# Arbeidshof: Arrest van 8 Mei 2009 (Brussel). RG 51.276

* Datum : 08-05-2009
* Taal : Nederlands
* Sectie : Rechtspraak
* Bron : Justel N-20090508-5
* Rolnummer : 51.276

Rep.Nr.
ARBEIDSHOF TE BRUSSEL
ARREST
OPENBARE TERECHTZITTING VAN 8 MEI 2009.
3de KAMER
Bediendecontract
Tegensprekelijk
Definitief
In de zaak:
DE N.V. BELGISCHE DISTRIBUTIEDIENST, met vennootschapszetel gevestigd te 1930 Zaventem, Mechelsesteenweg, 414 en met ondernemingsnummer 0403.522.770;
Appellante, geïntimeerde op incidenteel hoger beroep, vertegenwoordigd door Mter J. De Vreese, advocaat te 1000 Brussel;
Tegen :
De Heer M. , wonende te [xxx],
Geïntimeerde, appellant op incidenteel hoger beroep, verschijnend in persoon, vertegenwoordigd door
Mter H. Schyvens, advocaat te 2018 Antwerpen;
Na beraadslaging, velt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest : 
Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer bepaald op :
- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis op tegenspraak gewezen door de Arbeidsrechtbank te Brussel (2de kamer) op 20 juni 2008;
- het verzoekschrift tot hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 12 augustus 2008;
- de besluiten en samenvattende besluiten voor geïntimeerde neergelegd ter griffie van dit Hof , respectievelijk op 30 oktober 2008 en 3 februari 2009;
- de besluiten en synthesebesluiten van appellante neergelegd ter griffie van dit Hof, respectievelijk op 5 januari 2009 en 2 maart 2009;
- de bundel met stukken neergelegd door appellante partij ter griffie op 26 maart 2009;
- de bundel met stukken neergelegd door geïntimeerde partij ter griffie op 27 maart 2009;
Gehoord partijen in hun middelen en beweringen op de openbare terechtzitting van 10 april 2009, waarna de debatten gesloten werden en de zaak in beraad genomen werd.
x x
x
1. FEITEN EN RECHTSPLEGING.
Op basis van een geschreven arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van 22 oktober 2002 kwam de heer M. in dienst van de N.V. Belgische Distributiedienst ( hierna afgekort tot B.D.) in de functie van manager encarteerbedrijf.
Tijdens zijn tewerkstelling nam hij enige tijd de taak van preventieadviseur waar.
Op 19 januari 2005 werd hij aangesteld als Depotmanager Weihoek.
B.D. zorgt voor de huis- aan -huis distributie van bladen en deze verdeling wordt georganiseerd vanuit een depot, waarvan de heer M. de depotmanager was.
Op 31 januari 2007 ontving de heer D.K., Sales verantwoordelijke, een vraag van een klant, de heer A.C., omtrent de correcte verdeling van het tijdschrift Carrefour in een aantal straten van de gemeentes Rhode en Tervuren.
Op 11 februari 2007 ontving de heer D.K., Sales verantwoordelijke, andermaal een vraag van een klant, de heer B.C., omtrent de correcte verdeling van het tijdschrift Journal UF in quasi dezelfde straten van de gemeentes Rhode en Tervuren en in een aantal wijken van de gemeente Sint Pieters Leeuw.
De heer D.K. zond de klacht van de heer A.C. door aan de Regiomanager D.D. met een opmerking waaruit blijkt dat de klagers gekend zijn maar dat er ditmaal toch al vooraf betaald werd. Ook de klacht van de heer B.C. werd overgemaakt aan de Regiomanager.
Deze zond beide klachten onmiddellijk door aan de heer L.D. en de heer E. M. ; de klacht Carrefour ( A.C.) werd ook doorgezonden aan de heer M.P. (niet aan de heer D.C.); de klacht Journaal UF (B.C.) werd doorgezonden aan de heer D.C..
Regiomanager D.D. vroeg daarbij dat dit zou worden uitgezocht en dat er zo snel mogelijk een rapport zou worden opgemaakt.
Ingevolge deze opdracht zou aan de heer D.C., inspecteur bij de N.V. GFI, een aan B.D. gelieerde onderneming, opdracht gegeven zijn om een controle in verband met de bedeling van beide tijdschriften uit te voeren.
Dit gebeurde op 14, 19 en 23 februari 2007, maar deze controles zouden niet volgens de regels van de kunst en het goede vakmanschap gebeurd zijn.
B.D. in de persoon van Regiomanager D.D. besliste daarom op 26 februari 2007 om een hercontrole te laten gebeuren door een andere inspecteur van de N.V. G.F.I., de heer E., die volgens B.D. zou uitwijzen dat de eerste controle van de heer D.C. onzorgvuldig en frauduleus was gebeurd. In essentie wordt aan de heer D.C. verweten dat hij een gezamenlijke controle voor beide tijdschriften heeft uitgevoerd en identieke formulieren heeft gebruikt waarop enkel de naam van het tijdschrift gewijzigd werd.
Om die reden werd de heer M. uitgenodigd om de originele formulieren aan de Regiomanager te bezorgen; na een gesprek over deze vaststellingen is de Regiomanager D.D. samen met de heer M. naar zijn werkplaats gegaan waar één origineel rapport werd aangetroffen, waarop een tippex-aanpassing voorkwam.
Op 28 februari 2007 werd de heer M. met dringende redenen ontslagen.
Dezelfde dag werd ook de heer D.C. door N.V. G.F.I. ontslagen wegens het bedrieglijk opmaken van controleverslagen met valse informatie, die door de betrokken inspecteur "voor echt verklaard" werden.
De ontslagreden van de heer M. werd meegedeeld in een aangetekende brief van 2 maart 2007, met volgende inhoud :
Op 27 februari werd één van uw inspecteurs schuldig bevonden aan fraude bij het opstellen van zijn controlerapporten, die bestemd zijn om de klanten een waarheidsgetrouwe weergave te geven van de kwaliteit van onze bedeling. Deze fraude staat ontegensprekelijk vast en alle bewijsstukken zijn hiervoor aanwezig.
Op 28 februari werd u door de heer D'A., Director Operations, in het bijzijn van mevrouw M., H. R. medewerkster, geconfronteerd met deze fraudepraktijken. U deelde hen toen mede dat u hiervan al geruime tijd op de hoogte was en u het niet noodzakelijk vond om dit te verhinderen, of dit zelfs maar te melden aan uw verantwoordelijke.
Dit, geachte heer M. , is in uw hoedanigheid van depotmanager totaal onaanvaardbaar en bewijst dat u bedrieglijke praktijken, die het bedrijf zeer zware schade kunnen toebrengen, zonder meer goedkeurt.
Als depotmanager dient u te weten dat wij onze klantenrelaties op een zeer kwalitatieve wijze willen onderhouden en behouden. Dit feit getuigt niet alleen van een duidelijke onwil om hieraan mee te werken, maar van een doelbewuste intentie om deze kwaliteit te ondergraven.
Bovendien hebt u overigens meermaals bewezen dat u weinig of niet begaan was met de goede contacten met onze klanten. Zo hebben we vastgesteld dat u tot driemaal toe niet aanwezig was op geplande klanten afspraken, namelijk op
19 september 2006
10 oktober 2006
31 oktober 2006
dit steeds zonder verwittiging of zonder het sturen van een plaatsvervanger (cfr. ons schrijven van 16/11/2006 en van 13/12/2006).
Bij gewone brief van 20 maart 2007 vroeg de heer M. outplacement aan.
Bij aangetekende brief van zijn raadsman van 24 maart 2007 werd het ontslag om dringende reden betwist, zowel wat betreft de tijdigheid en de voldoende precisering van de ingeroepen reden als wat betreft de ingeroepen feiten zelf en de N.V. B.D. werd in gebreke gesteld in betaling van een opzeggingsvergoeding provisioneel geraamd op 7 maanden of euro 31.703,96, een bijkomende schadevergoeding wegens de wijze van ontslag van euro 2.500 provisioneel, een pro rata eindejaarspremie en aanpassing van het vertrekvakantiegeld; tevens werd herinnerd aan de aanvraag voor outplacement en werd afgifte gevraagd van de nodige sociale en fiscale documenten.
In een officiële brief van de raadsman van de N.V. B.D. van 20 april 2007 werd de ingebrekestelling van de raadsman van de heer M. beantwoord, zowel op het punt van de vormvoorschriften in verband met het ontslag om dringende reden als wat betreft de grond van de zaak.
Partijen kwamen dus niet tot overeenstemming en op 16 mei 2007 dagvaardde de heer M. de N.V. B.D. voor de arbeidsrechtbank te Brussel in betaling van :
- een opzeggingsvergoeding van 8 maanden of euro 36.233,10
- een pro rata eindejaarspremie van euro 571,72
- vertrekvakantiegeld 2006 - 2007 van euro 1
- vertrekvakantiegeld 2007 -2008 van euro 1
- loon voor compensatiedagen van euro 1
- dagvergoedingen of verdoken loon van euro 1
- achterstallig enkel dubbel aanvullend dubbel vakantiegeld van euro 1
- achterstallig loon over de gehele dienstbetrekking van euro 1
- schadevergoeding wegens derden van outplacement van euro 5.000
- schadevergoeding wegens de wijze van ontslag van euro 1.250
- schadevergoeding wegens kosten van verdediging van euro 2.500
al deze bedragen werden gevorderd ten provisionele en minimale titel
en dienden te worden vermeerderd met wettelijke intresten, desgevallend de vergoedende intresten en de gerechtelijke intresten;
Tevens wordt afgifte gevraagd van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom; tenslotte wordt de veroordeling van de N.V. B.D. gevraagd tot betaling van de gerechtskosten.
Bij vonnis van de arbeidsrechtbank van Brussel van 20 juni 2008 werd deze vordering in volgende mate ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard :
- een opzeggingsvergoeding van euro 36.233,10
- een pro rata eindejaarspremie van euro 571,72
- een schadevergoeding wegens derden van outplacement van euro 5.000
te vermeerderen met wettelijke en gerechtelijke intresten op de overeenstemmende nettobedragen en met de gerechtskosten.
Het overige van de vordering werd ongegrond verklaard.
De eerste rechter oordeelde in essentie dat de dringende reden laattijdig werd ingeroepen.
Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 12 augustus 2008, tekende de N.V. B.D. hoger beroep aan en vroeg dat de initiële vordering volledige ongegrond zou worden verklaard met veroordeling van de heer M. tot de gerechtskosten.
De heer M. tekende incidenteel beroep aan bij beroepsbesluiten van 3 november 2008 en 3 februari 2009, waarbij hij de door de eerste rechter definitief toegekende bedragen wenste te bekomen ten provisionele en minimale titel en waarbij hij de intresten vroeg op de brutobedragen; tevens vroeg hij de veroordeling tot afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom en de toekenning van de gerechtskosten a rato van telkens euro 3.750 rechtsplegingsvergoeding.
Bij conclusie van 3 november 2008 vroeg hij ook nog de kapitalisatie van intresten.
2. BEOORDELING.
Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidvereisten is voldaan. Het is derhalve ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.
2.1. De dringende reden.
Op grond van artikel 35, 3° lid van de arbeidsovereenkomstenwet mag een ontslag om dringende reden niet meer worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept.
Artikel 35, laatste lid, voegt hieraan toe dat de partij die een dringende reden inroept, het bewijs moet leveren dat zij deze termijn geëerbiedigd heeft.
De kennisname van de feiten waarop het ontslag met dringende reden gesteund is, dient te gebeuren in hoofde van de persoon of het orgaan, bevoegd om tot ontslag over te gaan.
De heer M. roept in dat de feiten al langer bekend waren aan de werkgever en dat de werkgever dus niet aantoont dat de drie werkdagentermijn gerespecteerd werd.
Alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven binnen drie werkdagen na het ontslag kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn ( art. 35, 4de lid arbeidsovereenkomstenwet).
De dringende reden ter verantwoording van het ontslag op staande voet moet in de kennisgeving zodanig worden uitgedrukt dat daardoor, enerzijds, de ontslagen partij op de hoogte wordt gebracht van de haar verweten feiten en zich hierop kan verdedigen, en anderzijds de rechter het ernstig karakter van de aangevoerde reden kan beoordelen en kan nagaan of het dezelfde is als die welke voor hem wordt ingeroepen (Cass., 24 maart 1980, Arr Cass.1979-80, 912, Bull, 1980, 900, Pas, 1980, I, 900; Cass., 27 februari 1978, Arr. Cass. 1978, 757, Pas. 1978, I,737, R;W. 1978-79, 331, J.T.T. 1979, 43; Cass., 21 juni 1976, Pas 1976, I, 737, RW. 1978-79, 331, J.T.T. 1979, 43; Cass., 21 juni 1976, Pas. 1976, I, 1054; Arbh Brussel 9 juni 1993, J.T.T. 1994, 74; Arbh Brussel 7april 1988, J.T.T.1989, 287; Arbh. Luik, 4 december 1986, J.L. 1987, 307, Soc Kron. 1987, 253; Arbh. Luik, 24 maart 1986, Soc Kron. 1986, 275; Arbh. Brussel 10 januari 1978, J.T.T. 1978,201).
Artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet omschrijft de dringende reden als de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk onmogelijk maakt.
Hieruit volgt dat 3 voorwaarden cumulatief aanwezig moeten zijn :
- er moet een ernstige tekortkoming zijn van de werknemer,
- die elke professionele samenwerking onmogelijk maakt,
- en dit op een bijzondere manier met name onmiddellijk en definitief (zie. W. Van Eeckhoutte, Sociaal Compendium 04-05, nr. 5249).
Artikel 35 laatste lid van de arbeidsovereenkomstenwet zegt dat de partij die een dringende reden inroept hiervan het bewijs dient te leveren.
Benevens het foutief karakter zal de rechter dus tevens de ernst van de tekortkoming dienen te beoordelen (cfr. Mallie J., noot onder A.H. Brussel, 20.6.1980, T.S.R. 1981,41).
Bij de beoordeling van een dringende reden dient uiteraard rekening te worden gehouden met de omstandigheden eigen aan de zaak. Het feit dat het ontslag om dringende reden rechtvaardigt, is immers het feit met inachtneming van alle omstandigheden die het feit het karakter geven van een zwaarwichtig motief (Cass., 13 december 1982, Arr. Cass., 1982-1983, 504; Cass., 16 juni 1971, J.T.T. 1972, 37; Cass., 23 mei 1973, J.T.T. 1973, 212).
2.1.1. De vormvoorschriften in verband met het ontslag om dringende reden.
Het hof is van mening dat de vormvoorschriften in verband met het ontslag om dringende reden door de N.V. B.D. correct werden nageleefd.
Het ontslag werd betekend op 28 februari 2007, nadat op 27 februari 2007 een hercontrole plaatsvond op basis van kopieën van de inspectieverslagen van de heer D.C.; om zekerheid te bekomen over mogelijke onregelmatigheden werd aan de heer M. gevraagd om de originelen voor te brengen en dit gebeurde slechts gedeeltelijk na een ondervraging, die gefinaliseerd werd op 28 februari 2007.
In de gegeven omstandigheden was de door de werkgever gevraagde uitleg noodzakelijk om voldoende zekerheid te verkrijgen omtrent het bestaan van het feit en de omstandigheden die er een dringende reden kunnen van maken (vgl. Cass., 5 november 1990, R. W. 1990-91, 1124; Arbeidshof Brussel, 23 januari 1991, T.S.R. 1991, 120).
Het ontslag op 28 februari 2007 werd dan ook tijdig betekend; binnen de drie werkdagen, met name op 2 maart 2007, werd kennis gegeven van de redenen.
Uit de standpuntuitwisselingen tussen partijen volgt dat zij zeer goed de inhoud van de ontslagbrief begrijpen en ook voor het arbeidshof is het duidelijk wat aan de heer M. verweten wordt, zodat de aangetekende brief van 2 maart 2007 voldoende precies is om het ernstig karakter van de aangevoerde reden te beoordelen en na te gaan of de redenen dezelfde zijn als die welke voor ons worden ingeroepen.
2.1.2. De inhoud van de dringende reden.
In essentie wordt aan de heer M. verweten dat hij deelachtig zou geweest zijn aan een fraudepraktijk van een inspecteur, zijnde een bediende van een andere onderneming, maar klaarblijkelijk wel gelieerd aan de N.V. B.D., doordat hij deze fraudepraktijken kende en het niet noodzakelijk vond om deze te verhinderen of te melden aan de verantwoordelijke.
De heer M. ontkent met klem deze tenlastelegging en betwist tevens dat hij zich in die termen zou hebben uitgelaten tijdens het verhoor van 28 februari 2007.
In die omstandigheden is het aan de werkgever om bewijs te leveren van de door haar ingeroepen feiten. Het bewijs van de werkgeversversie kan hier echter niet uitsluitend steunen op de door haar voorgebrachte verklaringen, die enkel uitgaan van personen die in de ontslagprocedure en in het daarvan deel uitmakende verhoor het werkgeversgezag t.a.v. de heer M. vertegenwoordigden. In deze verklaringen wordt de eigen interpretatie teveel verweven met de weergave van de feiten meer bepaald wat betreft de kwalificatie naar fraude, zodat deze verklaringen onvoldoende zijn om de objectieve waarheid te vinden.
De N.V. B.D. verwijst voor de verantwoordelijkheid van de heer M. naar het taakbeschrijvingsformulier in verband met zijn functie.(haar stuk 32)
Het doel van de functie van de heer M. wordt daarin omschreven als het collecteren, transporteren, sorteren en verdelen van ongeadresseerde post, geadresseerde post en pakjes tegen minimale kosten en met een maximale kwaliteit, klantentevredenheid en medewerkermotivatie in de zone van de depots Weihoek, Etterbeek, Anderlecht en Ganshoren.
Voor de hoofdactiviteiten van deze functie wordt een ganse reeks taken opgegeven die verband houden met de coördinatie en organisatie van deze activiteit.
Ten aanzien van de inspecteurs wordt niet gezegd dat de depotmanager een gezags- of controlefunctie heeft - inspecteurs betreffen overigens werknemers van een andere onderneming -; enkel wordt vermeld dat de depotmanager instaat voor het coördineren van de inzet van de inspecteur/groepschefs.
Uit de stukken van het dossier blijkt dat na de klacht van de met elkaar verwante tijdschriftenuitgevers er een opvolging en controle gevraagd werd door de Regiomanager D.D.; de opvolging van de klachten gebeurde ook rechtstreeks door de Regiomanager, zoals blijkt uit de door hem verzonden e-mails.
In hoeverre de heer D.C. een dermate zware fout begaan heeft dat er sprake is van fraude, kan niet zomaar afgeleid worden uit de door de N.V. B.D. voorgebrachte stukken; meer bepaald staat in de syllabus inspecteur niet met zoveel woorden te lezen dat niet éénzelfde controle tegelijkertijd kan dienen voor twee bedelingen van tijdschriften.
Wel leest men op pagina 42 van deze syllabus dat na een termijn van vijf dagen na de bedeling de kwaliteit van een controle vermindert, gezien de ondervraagde personen dit zich niet meer herinneren.
De niet aan de heer D.C. overgemaakte klacht rond het tijdschrift Carrefour dateert van 31 januari 2007, terwijl de vroegste controle slechts plaatsvond op 14 februari 2007.
In hoeverre de heer D.C. een fout beging door bij dit tijdsverloop een parallelle en gelijktijdige controle uit te voeren voor twee tijdschriften kan hier niet vastgesteld worden.
De verbetering met tippex wijst niet automatisch op fraude; dit zou enkel kunnen aanvaard worden wanneer de aanpassing gebeurd is, nadat de ondervraagden hun handtekening hadden geplaatst; over het tijdstip van verbetering ontbreekt elk gegeven.
Maar de uiteindelijke vraag is of aan de heer Maurquoi kan ten laste gelegd worden dat hij op de concrete werkwijze van de heer D.C. geen controle zou uitgeoefend hebben.
Uit het taakbeschrijvingsformulier in verband met zijn functie blijkt niet dat hij een dergelijke doorgedreven controlefunctie t.a.v. een inspecteur had; zijn functie was eerder organiserend en algemeen coördinerend.
Bovendien blijkt de feitelijke controle van de heer D.C. vooral via de Regiomanager gelopen te zijn zonder dat de heer M. hierin rechtstreeks betrokken werd. Er werd hem enkel gevraagd het origineel van het controleverslag voor te brengen, wat volgens B.D. moeizaam gebeurde, maar uiteindelijk toch plaatsvond na het onderhoud van 28 februari 2007. Dit enkele
element wordt in de ontslagbrief niet naar voor gebracht en volstaat overigens niet voor een ontslag om dringende reden.
Nu de heer M. ten stelligste betwist dat hij zou verklaard hebben op enigerlei wijze deelgenomen te hebben aan mogelijke fraude van een inspecteur en nu zijn functie geen uitdrukkelijke controleplicht ten aanzien van een inspecteur inhield, maar enkel coördinerend was wat betreft de inzet van deze inspecteurs, is de N.V. B.D. in het kader van een ontslag om dringende reden te gemakkelijk tot de veronderstelling overgegaan dat de heer M. tekort zou geschoten zijn in het verhinderen van een zgn. zekere en vaststaande fraude.
De N.V. B.D. bewijst in deze omstandigheden niet dat de heer M. zich plichtig zou gemaakt hebben aan een ernstige tekortkoming die de professionele samenwerking onmiddellijk onmogelijk maakte.
De beschouwingen rond de TGP Business Principles, klokkenluidersbescherming en klachtenprocedures kunnen aan deze beoordeling geen afbreuk doen, daar nergens een sluitend bewijs wordt geleverd van een deelname aan een vaststaande fraude. Ook het enkele feit dat hij de ingescande inspectieverslagen heeft doorgezonden aan de heer D.K., Sales verantwoordelijke, bewijst geen deelname aan fraude.
Het onderzoek van de voorgaanden, die enkel als verzwarend element worden ingeroepen en op zichzelf langer dan drie werkdagen voor het ontslag bekend waren, is hierdoor overbodig.
Bij gebrek aan bewijs kunnen de dringende redenen dan ook niet worden aanvaard.
Dit brengt met zich mee dat de heer M. aanspraak kan maken op de door hem gevorderde opzeggingsvergoeding, waarvan de hoegrootheid en de becijfering niet wordt betwist.
Op grond van artikel 5 van de C.A.O. van 29 mei 1989 betreffende de arbeids- en beloningsvoorwaarden, afgesloten in het paritair comité 218, (K.B. 6 augustus 1990, B.S. 31 augustus 1990, zoals gewijzigd) heeft de heer M. ook recht op de door hem gevraagde pro rata eindejaarspremie; ook hiervan wordt de becijfering niet betwist.
Wel heeft de heer M. het nuttig geoordeeld om zijn vorderingen systematisch te betitelen als provisioneel en minimaal en hij herneemt dit in zijn incidenteel beroep; bij gebrek aan betwisting door B.D. van de becijfering van de bedragen, zoals door de heer M. zelf opgemaakt, heeft de eerste rechter terecht deze becijfering overgenomen en de heer M. zal dan ook willen begrijpen dat zijn incidenteel beroep op dit punt ongegrond is, nu de rechtsmachten graag ten definitieve titel geschillen beslechten.
Zoals door de eerste rechter terecht beslist, heeft de heer M. recht op de overeenstemmende sociale en fiscale bescheiden, maar er is geen reden om de afgifte te bevelen onder verbeurte van een dwangsom, daar uit de stukken 5 tot
en met 9 van de heer M. kan afgeleid worden dat deze documenten ook in het verleden steeds zonder moeilijkheden werden overgemaakt. Ook hier is het incidenteel beroep ongegrond.
2.2. De intresten.
Het incidenteel beroep van de heer M. is gegrond wat betreft zijn aanspraak op intresten op basis van de brutobedragen.
Artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen bepaalt dat de rente ingevolge de loonbeschermingswet berekend wordt op het loon vooraleer de in artikel 23 van deze wet bedoelde inhoudingen in mindering zijn gebracht, maar deze bepaling kon volgens artikel 90 § 1 van de wet van 26 juni 2002 slechts in werking treden op een door de Koning te bepalen datum, wat gebeurde door de artikelen 1 en 2 van het K.B. van 3 juli 2005 ( inwerkingtreding op 1 juli 2005 op de lonen waarvan de betaling inging vanaf die datum).
Door de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (B.S. 16 juni 2008) werd het Koninklijk Besluit van 3 juli 2005 bekrachtigd.
Hieruit volgt dat de intresten op de toegekende bedragen kunnen berekend worden op de brutobedragen, daar het ontslag dateert van 28 februari 2007, zijnde na 1 juli 2005.
Op de prejudiciële vraag, gesteld door het Arbeidshof Gent in zijn arrest van 27 juni 2008 heeft het Grondwettelijk Hof in zijn arrest 48/2009 van 11 maart 2009 inmiddels ontkennend geantwoord, zodat er geen schending van het gelijkheidsbeginsel weerhouden werd.
Ook de gevraagde kapitalisatie van intresten, waartegen de N.V. B.D. overigens geen verweer voert, kan worden toegekend.
Artikel 1154 B.W. kan toepassing vinden inzake de wettelijke interest van een vergoeding die wordt toegekend wegens onregelmatigheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, mits het een verbintenis uit overeenkomst betreft. (Cass., 13 april 1987, R.W. 1986-87, 2847 met conclusie O.M.).
Hetzelfde geldt voor een verbintenis uit een C.A.O.
2. 3. De schadevergoeding wegens derving van outplacement.
De heer M. heeft op 20 maart 2007 een aanvraag tot outplacement gericht aan zijn werkgever in de zin van artikel 7 van de C.A.O. nr. 82 van de N.A.R. van 10 juli 2002 en deze aanvraag werd herhaald in de aangetekende ingebrekestelling van zijn raadsman van 24 maart 2007.
Aangezien het ontslag om dringende reden niet werd aanvaard, voldoet hij aan de voorwaarden gesteld in artikel 3 van de C.A.O. nr. 82 van de N.A.R. van 10 juli 2002.
De heer M. steunt zich op de regels van de contractuele aansprakelijkheid en houdt voor dat hij door de nalatigheid van de N.V. B.D. een schade heeft geleden van euro 5.000, minimaal en provisioneel begroot.
Terecht merkt de heer M. op dat de N.V. B.D. de hoegrootheid van dit gevorderde bedrag niet betwist, maar wel het principe van haar gehoudenheid tot betaling van schadevergoeding.
De heer M. heeft aldus wel de bewijslast in verband met de realiteit van zijn schade die in concreto moet worden aangetoond en die niet louter hypothetisch mag zijn.
Op grond van artikel 4 van de C.A.O. 82 wordt onder outplacementbegeleiding verstaan : een geheel van begeleidende diensten en adviezen die in opdracht van een werkgever door een derde individueel of in groep worden verleend om een werknemer in staat te stellen binnen een zo kort mogelijke termijn een betrekking bij een nieuwe werkgever te vinden of een beroepsbezigheid als zelfstandige te ontplooien.
Wanneer de heer M. een contractuele schadevergoeding claimt, moet hij dus niet enkel een fout, maar ook zijn schade en het oorzakelijk verband bewijzen.
Ongeacht de gebeurlijke toepassing van artikel 15 van de Wet van 5 september 2001 betreffende de verbetering van de werkgelegenheidsgraad van de werknemers, dient de heer M. derhalve aan te tonen hoe zijn zoektocht naar een nieuwe werkgever of naar een nieuwe zelfstandige activiteit zou belemmerd zijn door het ontbreken van deze begeleiding.
De heer M. brengt dienaangaande geen enkel feitelijk gegeven naar voor en toont zijn schade dan ook niet aan.
Betreffende dit onderdeel is het hoger beroep derhalve gegrond.
2.4. De rechtsplegingsvergoeding.
De N.V. B.D. stelt voor om de rechtsplegingsvergoedingen eerste aanleg en beroep telkens te begroten op basis van het basisbedrag van euro 2.500;
de heer M. daarentegen wenst omwille van de complexiteit van de zaak en het kennelijk onredelijk karakter van de situatie een hogere rechtsplegingsvergoeding van euro 3.750 te bekomen.
Het hof is van mening dat het basisbedrag kan volstaan.
Het is niet omdat de heer M. naast de noodzakelijke juridische bespreking van de feiten zijn stellingen verder op- en uitbouwt, dat het geschil als dusdanig van een bijzondere complexiteit wordt.
De eerste rechter is de oorspronkelijke vordering van de heer M. niet volledig tegemoetgekomen en hij aanvaardt dit ook, daar zijn incidenteel hoger
beroep beperkt is, zodat niet kan worden gesteld dat het verweer van de N.V. B.D. kennelijk onredelijk was.
Het arbeidshof neemt met betrekking tot de dringende reden niet volledig het standpunt van de eerste rechter over en beoordeelt de situatie ook anders, in verband met de schadevergoeding outplacement is het hoger beroep gegrond, zodat aan de N.V. B.D. niet kan worden verweten dat zij de situatie kennelijk onredelijk zou hebben benaderd door hoger beroep aan te tekenen.
OM DEZE REDENEN
HET ARBEIDSHOF
Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24,
Rechtsprekend op tegenspraak,
Verklaart het hoger beroep en ontvankelijk, en deels gegrond,
Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk, en deels gegrond,
Bevestigt het bestreden vonnis wat betreft de veroordeling tot betaling van de opzeggingsvergoeding, de pro rata eindejaarspremie en de gerechtskosten eerste aanleg en tevens wat betreft de afgifte van de sociale documenten;
Hervormt het bestreden vonnis ,
-wat betreft de schadevergoeding wegens het niet respecteren van de outplacementverplichting en verklaart dit onderdeel van de vordering ontvankelijk doch ongegrond en
-wat betreft de veroordeling tot betaling van de wettelijke intresten vanaf 28 februari 2007 en van de gerechtelijke intresten, die dienen te worden toegekend op de bruto bedragen;
Staat de kapitalisatie van de intresten toe vanaf 28 februari 2007 tot 3 november 2008 aan de wettelijke rentevoet op de toegekende bedragen in verband met opzeggingsvergoeding en de pro rata eindejaarspremie en zegt voor recht dat de aldus gekapitaliseerde intrest bij de hoofdsom wordt gevoegd en vanaf 4 november 2008 opnieuw intrest afwerpt.
Wijst al het meergevorderde af.
Veroordeelt de N.V. B.D. tot de gerechtskosten van het hoger beroep, deze aan haar zijde begroot op euro 2.500 en aan de zijde van de heer M. begroot op euro 3.750, doch door het arbeidshof herleid tot euro 2.500.
Aldus gewezen door de 3de Kamer van het Arbeidshof te Brussel en ondertekend door :
De heer L. LENAERTS, Raadsheer,
Mevrouw S. ALAERTS, Raadsheer in sociale zaken als werkgever,
De Heer H. ENGELEN, Raadsheer in sociale zaken als werknemer-bediende,
Mevrouw L. HERREGODTS, Griffier.
L. LENAERTS. L. HERREGODTS,
S. ALAERTS. H. ENGELEN.
Het arrest is uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 3de kamer van het Arbeidshof te Brussel op 8 mei 2009 door de heer L. LENAERTS, Raadsheer, bijgestaan door Mevrouw L. HERREGODTS, Griffier.
L. LENAERTS. L. HERREGODTS.