



Uitgifte

Repertoriumnummer
2023 /
Datum van uitspraak
22 juni 2023
Rolnummer
2021/AB/788
Beslissing waartegen beroep
20/431/A

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

V J, wonende te,
Appellant op hoofdberoep,
Geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. BOLJAU Annick, advocaat loco mr. L'ALLEMAND Thierry,
advocaat te 2000 ANTWERPEN, Britselei 47-49 bus 5

tegen

HENRY SCHEIN NV, ON 0403.138.334, met maatschappelijke zetel te 1800 VILVOORDE,
Luchthavenlaan 20,
Geïntimeerde op hoofdberoep,
Appellante op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. VAN LANCKER Stijn, advocaat te 9000 GENT, Coupure 5

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit:

Gelet op de stukken van de rechtspleging, in het bijzonder:

- het bestreden vonnis, uitgesproken door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 2^{de} kamer, op 17 juni 2021 (AR 20/431/A)
- het verzoekschrift strekkende tot hoger beroep, neergelegd bij de griffie op 15 november 2021
- de conclusies en de stukken van de beide partijen.

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 16 mei 2023, waarna de debatten werden gesloten en de zaak in beraad werd genomen voor uitspraak op 20 juni 2023. De uitspraak werd vervolgens verdaagd naar 22 juni 2023.

1 FEITEN

Op 24 oktober 2001 ondertekenen de heer V en de firma Henry Schein een “arbeidsovereenkomst handelsvertegenwoordiger” (stuk 1 dhr. V ; stuk 5 Henry Schein). Hierin wordt overeengekomen dat de heer V uiterlijk op 15 maart 2002 in dienst van Henry Schein treedt als “handelsvertegenwoordiger”.

Met een bijlage bij de arbeidsovereenkomst die wordt opgemaakt op 19 april 2016 komen de partijen overeen dat de heer V de functie van “Sales Manager Consumables” zal uitoefenen voor het gebied België en Luxemburg (stuk 6 dhr. V , stuk 4 Henry Schein).

Vanaf december 2017 is de heer V afwezig wegens ziekte (stuk 31 Henry Schein). Tijdens de arbeidsongeschiktheid wordt een coaching-traject opgestart vanaf maart 2018 (stukken 30, 31 en 32 Henry Schein).

Op 9 juli 2018 stuurt mevrouw Willeput, HR Officer, een e-mail rond in de onderneming met als onderwerp “Jeff V ” en de volgende inhoud:

“Beste collega’s,

Jeff V is na langdurige afwezigheid heropgestart met als nieuwe functietitel, Product & Corporate account Manager.

Hij zal zich bezighouden met twee belangrijke aspecten binnen ons bedrijf:

- Als Product Manager is Jeff verantwoordelijk voor de interne kennis rondom het productgamma van MI. Hij zal hiervoor opleiding geven aan sales, marketing en binnendienst, relaties opbouwen met de leveranciers, nieuwigheden introduceren, zorgen dat alle tools op orde zijn, etc.*
- Als Corporate Accountmanager zal Jeff verantwoordelijkheid opnemen om de opvolging van onze nieuwe Corporate klanten te doen (Dentius & Dentconnect). Deze belangrijke klanten hebben een specifieke aandacht en commerciële opvolging nodig en Jeff is de geschikte persoon hiervoor.*

Willem Leeftink zal de functie als Sales Manager MI blijven uitvoeren.” (stuk 8 dhr. V , stuk 3 Henry Schein)

Op 10 juli 2018 stuurt de heer V een e-mail aan o.a. mevrouw Willeput met als onderwerp “Functieomschrijving JV” en de volgende inhoud:

“Beste Trixie,

Bij deze de opgekuiste en geredigeerde versie van mijn functieomschrijving

*zoals deze werd bepaald en afgestemd tijdens de meeting op 5 juli,
in aanwezigheid van Willem D., Willem L. en Wendy Scheppers.*

Gelieve mee op te nemen in mijn personeelsdossier.” (stuk 2 Henry Schein)

De bijlage waarnaar verwezen wordt, betreft een bijlage met als bestandsnaam *“Functie omschrijving product specialist 2018 (Finaal)(2).docx”*, in de bijlage wordt de functie van *“Product specialist, Training Manager MI & Contact persoon BE Special Markets”* beschreven (stuk 1 Henry Schein).

Op 19 december 2018 wordt de heer V ontslagen (stuk 2 dhr. V):

“CONTRACTVERBREKING MET SCHADELOOSSTELLING

*De werkgever Henry Schein NV
[...]*

Betekent bij deze aan de werknemer

*Jozef V
[...]*

dat hij hem ontslaat heden, woensdag 19 december 2018,

*De opzeg is 12 maanden en 15 weken. Hierdoor is er recht op outplacement. De
verbreking mag hierdoor met 4 weken verminderd worden.*

*Een vergoeding, overeenstemmend met een opzeggingstermijn van 12 maanden en 11
weken zal op de gebruikelijke wijze uitbetaald worden, samen met het nog
verschuldigd loon van de lopende betaalperiode.*

[...]”

Op 15 mei 2019 richt de raadsman van de heer V een ingebrekestelling aan Henry Schein en wordt de vennootschap verzocht om binnen de 5 werkdagen verschillende vergoedingen te betalen, nl. een saldo opzeggingsvergoeding, een uitwinningsvergoeding, een schadevergoeding – wederrechtelijke discriminatie, een schadevergoeding – kennelijk onredelijk ontslag, achterstallig feestdagenloon, achterstallig (vast en variabel) loon, vakantiegeld, boni en diversen (stuk 5 dhr. V).

2 PROCEDURE EERSTE AANLEG

Op 11 december 2019 ging de heer V over tot dagvaarding van Henry Schein voor de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen. Hij vorderde de veroordeling van Henry Schein tot betaling van 22.076,95 euro als aanvullende verbrekingsvergoeding, 62.541,54 euro als uitwinningsvergoeding, 62.541,54 euro als schadevergoeding discriminatie (ondergeschikt 40.982,48 euro als schadevergoeding kennelijk onredelijk ontslag), 962,18 euro als feestdagen na contracteinde, 147,60 euro als vakantiegeld op feestdagen na contracteinde en 1,00 euro provisioneel als afrekening loon, boni en vakantiegeld (einde dienst).

Met een vonnis van 9 maart 2020 verklaarde de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen zich territoriaal onbevoegd en werd de zaak verwezen naar de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

Met een vonnis van 17 juni 2021 verklaarde de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel de vordering van de heer V ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond. Henry Schein werd veroordeeld tot betaling aan de heer V van 7.337,56 euro ten titel van saldo verbrekingsvergoeding te vermeerderen met de wettelijke, verwijls- en/of de vergoedende intresten op de brutobedragen vanaf datum van opeisbaarheid en met de gerechtelijke intresten vanaf datum dagvaarding, 225,55 euro dagvaardingskosten inclusief de 20 euro bijdrage aan het Begrotingsfonds voor de tweedelijnsbijstand en de helft van de rechtsplegingsvergoeding van 6.000 euro, zijnde 3.000 euro. Henry Schein werd tevens veroordeeld tot aflevering van de sociale en fiscale documenten met betrekking tot het toegekende bedrag.

3 PROCEDURE IN HOGER BEROEP

Met een verzoekschrift dat werd ontvangen op 15 november 2021 stelde de heer V hoger beroep in tegen dit vonnis.

In zijn *“Tweede syntheseconclusie”*, neergelegd op 28 februari 2023, vordert de heer V :

“Dit hoger beroep toelaatbaar en gegrond te verklaren, om de grieven hierboven aangehaald, en alle andere later in de loop van het geding aan te halen,

Het incidenteel beroep namens de NV toelaatbaar doch ongegrond te verklaren, dienvolgens haar ervan af te wijzen,

De bestreden beslissing te vernietigen,

en opnieuw rechtdoende:

De vordering van de heer V integraal ontvankelijk en gegrond te verklaren,

Dienvolgens de NV te veroordelen tot betaling aan de heer V van:

<i>28.255,13 EUR</i>	<i>aanvullende verbrekingsvergoeding</i>
<i>61.334,02 EUR</i>	<i>uitwinningsvergoeding</i>
<i>61.334,02 EUR</i>	<i>schadevergoeding, discriminatie</i>
<i>40.103,01 EUR</i>	<i>ondergeschikt, schadevergoeding kennelijk onredelijk ontslag</i>
<i>962,18 EUR</i>	<i>feestdagen na contracteinde</i>
<i>147,60 EUR</i>	<i>vakantiegeld op feestdagen na contracteinde</i>
<i>1,00 EUR</i>	<i>provisioneel, afrekening loon, boni, vakantiegeld (einde dienst)</i>

bedragen te vermeerderen met de wettelijke, verwijls en/of de vergoedende intresten op de brutobedragen vanaf datum van opeisbaarheid en met de gerechtelijke intresten vanaf datum dagvaarding,

Tevens de NV te veroordelen tot afgifte van de loonbrieven m.b.t. de gevorderde bedragen, een verbeterd C4, de (verbeterde) individuele rekening 2018 en de fiscale fiche 281.10, bij gebreke hieraan te voldoen binnen de maand volgende op de betekening van het te vellen vonnis, de NV nu en voor alsdan te veroordelen tot het betalen van een dwangsom ten bedrage van 25 EUR per dag vertraging in de aflevering ervan.

De NV tenslotte te veroordelen tot betaling van de kosten van het geding, aan de zijde van de heer V tot op heden begroot op:

<i>225,55 EUR</i>	<i>dagvaarding</i>
<i>6.000 EUR</i>	<i>rechtsplegingsvergoeding</i>
<i>6.000 EUR</i>	<i>rechtsplegingsvergoeding hoger beroep</i>
<i>20 EUR</i>	<i>tweedelijnsbijstand</i>

Henry Schein van haar kant vraagt in haar “syntheseconclusie in hoger beroep”, neergelegd op 27 april 2023:

“Het hoger beroep van Dhr. V ontvankelijk maar ongegrond te verklaren;

Het vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel gewezen op 17 juni 2021 (zaak gekend onder rolnummer 20/431/A) voor het overgrote deel te bevestigen.

Op incidenteel beroep het vonnis te hervormen voor wat betreft de begroting van de aanvullende opzeggingsvergoeding en de rechtsplegingsvergoeding.

Dienvolgens:

In hoofdde: de vordering van Dhr. V ontvankelijk doch ongegrond te verklaren en Dhr. V te veroordelen tot de kosten van het geding inclusief tot betaling aan geïntimeerde van de rechtsplegingsvergoedingen dewelke begroot worden op respectievelijk de 6.000 EUR voor de procedure in eerste aanleg en de geïndexeerde rechtsplegingsvergoeding van op 7.500 EUR voor de procedure in hoger beroep.

In ondergeschikte orde de rechtsplegingsvergoedingen te verminderen in functie van het bedrag dat effectief zou worden toegekend aan Dhr. V .”

4 ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP en HET INCIDENTEEL BEROEP

4.1

Het blijkt niet dat het bestreden vonnis werd betekend, zodat kan aangenomen worden dat het hoger beroep van de heer V tijdig is. De andere vormvoorwaarden werden eveneens nageleefd. Het hoger beroep van de heer V is bijgevolg ontvankelijk.

4.2

Met de eerste conclusie die namens Henry Schein werd neergelegd in graad van beroep, zijnde de conclusie van 3 februari 2022, werd incidenteel beroep ingesteld voor wat betreft de aanvullende opzeggingsvergoeding en de rechtsplegingsvergoeding. Dit incidenteel beroep werd ingesteld op de wijze voorzien in art. 1054, 2^{de} lid Ger.W. Het is bijgevolg toelaatbaar.

5 BEOORDELING TEN GRONDE

5.1 Aanvullende opzeggingsvergoeding

De heer V meent dat de arbeidsrechtbank het jaarloon dat gehanteerd moet worden voor de berekening van de opzeggingsvergoeding waarop hij recht heeft ten onrechte heeft begroot op 112.917,20 euro bruto. Hij stelt dat zijn jaarloon 122.668,04 euro bruto bedraagt en dat hij zodoende recht heeft op een aanvullende opzeggingsvergoeding van 28.587,08 euro bruto i.p.v. 7.337,56 euro bruto zoals toegekend door de arbeidsrechtbank.

Ook Henry Schein is van oordeel dat de arbeidsrechtbank het jaarloon foutief begrootte en meent dat dit slechts 106.860,80 euro bruto bedraagt, zodat er geen aanvullende opzeggingsvergoeding verschuldigd is.

Beoordeling door het arbeidshof:

Art. 39 §1, 1^{ste} lid Arbeidsovereenkomstenwet (Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978) bepaalt dat de opzeggingsvergoeding gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn. Art. 39 §1, 2^{de} lid Arbeidsovereenkomstenwet voegt daaraan toe dat de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopend loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst behelst.

De componenten waaromtrent geen betwisting bestaat, zijn de volgende:

• Vast maandloon (5.662,26 euro x 13,92)	78.818,66 euro
• Werkgeversbijdrage groepsverzekering (262,72 x 12)	3.152,64 euro
• Ecocheques	250,00 euro
• Kerst en andere geschenken	40,00 euro

Omtrent de volgende componenten bestaat wel betwisting:

- ***Bonus ("commissieloon" in de loonfiches)***

Henry Schein, daarin gevolgd door de arbeidsrechtbank, neemt een bedrag van 14.000,00 euro op als variabel loon. Het betreft hier het "commissieloon" dat de heer V daadwerkelijk ontving in de twaalf maanden voorafgaand aan zijn ontslag. De heer V stelt dat er daarentegen sprake was van een vaste commissie van 2.000,00 euro per maand, zodat in de berekeningsbasis het bedrag van 2.000,00 euro per maand moet opgenomen worden, vermenigvuldigd met 12.

Beoordeling:

Het bedrag van de opzeggingsvergoeding wordt berekend met inachtneming van het loon waarop de werknemer aanspraak heeft op grond van de arbeidsovereenkomst waardoor hij is gebonden op de dag van het ontslag (zie en vgl. Cass. 16 november 1992, RW 1993-93, 991). Het recht is in principe bepalend en niet de betaling.

Art. 39 §1, 3^{de} lid Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt:

"Wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de overeenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, wordt voor het veranderlijke gedeelte het gemiddelde genomen van de twaalf voorafgaande maanden of, in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was."
(onderlijning door het arbeidshof)

Art. 39 §1, 3^{de} lid heeft dus enkel betrekking op het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst in de mate dat deze veranderlijk zijn. Zijn ze gedeeltelijk

veranderlijk, dan heeft hetgeen in art. 39 §1, 3^{de} lid bepaald wordt enkel betrekking op het veranderlijke gedeelte.

In de bijlage bij de arbeidsovereenkomst die op 19 april 2016 ondertekend werd, wordt in art. 2 “Salaris en vergoedingen” het volgende bepaald:

“Vanaf 01/01/2017 wordt het volgende afgesproken

Bruto maandsalaris wordt 5500€ per maand

Bonus: de bonusregeling wordt in het eerste kwartaal vastgelegd volgens de MBO Sales Managers European Dental Group.

*Het MBO target bedrag wordt op 30.000€ vastgelegd, **met een minimum garantie van 80%, zijnde 24.000€.***

Iedere maand wordt een voorschot van 2.000€ betaald samen met de normale verloning”. (onderlijning en nadruk door het arbeidshof)

Dit is het enige stuk dat door de partijen -buiten de loonfiches- met betrekking tot de bonus wordt neergelegd. De bewoordingen van het art. 2 zijn duidelijk: er wordt een minimale bonus van 24.000,00 euro bruto op jaarbasis gegarandeerd. Dit betekent dat de heer V sowieso jaarlijks recht heeft op een bonus van 24.000,00 euro bruto. Nergens wordt voorzien dat een lager bedrag kan toegekend worden, bv. ingeval van tegenvallende resultaten. Hieruit volgt dat de bonus slechts gedeeltelijk veranderlijk is, nl. voor het gedeelte dat het jaarlijks bedrag van 24.000,00 euro bruto desgevallend te boven gaat. Van de bonus is 24.000,00 euro bruto op jaarbasis “vast” en heeft de heer V er recht op. Op dit vaste gedeelte van de bonus is art. 39, §1, 3^{de} lid Arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing.

In de berekeningsbasis moet dus sowieso 24.000,00 euro bruto opgenomen worden uit hoofde van “vaste” bonus. Dat de heer V een bepaalde periode voorafgaand aan het ontslag arbeidsongeschikt was, doet hieraan geen afbreuk. Het gaat om loon waarop hij recht heeft op het ogenblik van zijn ontslag.

Uit niets blijkt dat er daarnaast in de loop van de 12 maanden voorafgaand aan het ontslag nog recht was op een “veranderlijke” bonus, bovenop het vast gedeelte van 24.000,00 euro. De post “bonus” in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding bedraagt dus 24.000,00 euro bruto.

Het vonnis van de arbeidsrechtbank moet op dit punt dus hervormd worden.

Daarnaast vordert de heer V dat in de berekeningsbasis ook het feestdagenloon en het vakantiegeld berekend op deze bonus in aanmerking worden genomen. Er wordt hieromtrent ten gronde en cijfermatig geen betwisting gevoerd door Henry Schein, zodat het

arbeidshof van oordeel is dat deze bedragen aangenomen kunnen worden (960,00 euro feestdagenloon, 1.996,80 euro enkel vakantiegeld en 1.913,60 euro dubbel vakantiegeld).

- ***privé-gebruik GSM en laptop***

Henry Schein begroot dit voordeel op 491,00 euro op jaarbasis, zijnde 40,91 euro per maand. De heer V , daarin gevolgd door de arbeidsrechtbank, houdt het op 25,00 euro per voordeel per maand, dus 50,00 euro voor de beide voordelen tezamen.

Beoordeling:

De argumentatie van Henry Schein dat de heer V nooit heeft aangetoond dat de werkgever een voordeel wilde toekennen, gaat in tegen de eigen stukken van Henry Schein, met name de loonfiches waaruit blijkt dat in het belastbaar loon een voordeel “laptop en/of internet” en een voordeel “GSM en/of tablet” worden opgenomen. Aangezien de heer V belast werd op dergelijke voordelen, betekent dit dat er sprake is van privé-gebruik van de door de werkgever toegekende laptop en GSM. Zo er geen sprake zou zijn van privé-gebruik dan zou er geen sprake zijn van een belastbaar voordeel. Professioneel gebruik van een laptop of een GSM zijn immers geen belastbare voordelen in hoofde van de werknemer. Enkel privé-gebruik van voorwerpen die de werkgever in de eerste plaats uit hoofde van professioneel gebruik toekent, kan beschouwd worden als een belastbaar voordeel.

Bij de opname van dergelijke voordelen in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding moet rekening gehouden worden met het reële voordeel dat de werknemer werkelijk haalt uit het privégebruik van de GSM en de laptop.

Bij de begroting van dit voordeel in deze context moet niet zozeer de nadruk gelegd worden op het type van GSM of laptop, de kostprijs of de waardering die daaraan voor doeleinden van loonverwerking gegeven wordt, maar wel op het gebruiksgenot en de besparing die het voordeel aan de werknemer oplevert, zulks vanuit de afweging dat de werknemer in die situatie nu niet noodzakelijk zelf nog een eigen GSM of laptop moet aanschaffen en bekostigen (inclusief het abonnement met internet, uit de loonfiches blijkt immers dat er ook sprake is van een “voordeel telefonie-abonnement” en bij het “voordeel laptop” wordt ook “en/of internet” vermeld), gelet op het privégebruik dat hij van de hem ter beschikking gestelde GSM en laptop, inclusief abonnement, kan maken.

Het is ongeloofwaardig dat in die optiek het voordeel van het privé-gebruik van de GSM en laptop, inclusief abonnement met internet, beperkt kan blijven tot 40,91 euro per maand.

Het arbeidshof is van oordeel dat het reële voordeel dat de heer V hier haalde uit het privégebruik van de GSM en de laptop forfaitair en redelijkerwijze kan begroot worden op 50,00 EUR per maand voor de beide voordelen tezamen.

- ***privé-gebruik bedrijfswagen***

Wat het privé-gebruik van de bedrijfswagen betreft, bestaat er tussen de partijen in feite geen discussie omtrent de waarde van dit voordeel. De heer V houdt het op 620,00 euro, net zoals Henry Schein.

Daarnaast is het zo dat de heer V de bedrijfswagen na zijn ontslag verder mocht blijven gebruiken tot en met 31 januari 2019, waarna hij de wagen heeft overgekocht. Omtrent dit feit op zich bestaat geen discussie, wel omtrent de wijze waarop dit tijdelijk verder gebruik in aanmerking genomen moet worden. Volgens Henry Schein moet dit in mindering genomen worden bij de berekening van de opzeggingsvergoeding. Volgens de heer V niet, waarbij hij verwijst naar het feit dat hij verder alle lopende zaken afwerkte.

Beoordeling:

Aangezien de heer V na zijn ontslag de bedrijfswagen nog tijdelijk verder mocht gebruiken, moet dit voordeel bij de berekening van de desgevallend nog verschuldigde aanvullende opzeggingsvergoeding in mindering gebracht worden voor de desbetreffende periode, nl. 6 weken. Dat de heer V in die periode de nog lopende zaken afwerkte, is vooreerst niet bewezen en bovendien irrelevant: doordat hij verder mocht beschikken over de bedrijfswagen mocht hij hier verder privé gebruik van maken in de desbetreffende periode en beschikte hij in die periode over het voordeel in natura. Het gaat dan ook niet op om voor dit voordeel ook nog een vergoeding te betalen in de opzeggingsvergoeding. Dit zou immers betekenen dat de werkgever het voordeel tweemaal toekent: éénmaal in natura en éénmaal in geld.

- ***onkostenvergoeding en maaltijdvergoeding***

Henry Schein meent dat de arbeidsrechtbank ten onrechte de forfaitaire onkostenvergoeding van 110 euro per maand en de maaltijdvergoeding van 10,50 euro per dag in de berekeningsbasis heeft opgenomen.

De heer V wijst op de omvang van de vergoedingen en het feit dat de onkostenvergoeding werd doorbetaald.

Beoordeling:

In principe zijn onkostenvergoedingen geen loon aangezien zij een kost eigen aan de werkgever vergoeden, die de werknemer in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst

heeft gedragen. Onkostenvergoedingen zijn daarentegen wel “vermomd” loon als er geen echte kosten, eigen aan de werkgever, tegenover staan.

Terecht wijst de heer V op het feit dat de doorbetaling van de onkostenvergoeding een ernstige indicatie vormt dat de onkosten verdoken loon uitmaken. Henry Schein ontwikkelt dienaangaande geen ernstig verweer. Welke kosten eigen aan de werkgever de heer V vanaf juli 2018 nog diende te maken als “Product & Corporate account Manager” (stuk 8 dhr. V, stuk 3 Henry Schein) / “Product specialist, Training Manager MI & Contact persoon BE Special Markets” (stukken 1 & 2 Henry Schein) wordt niet verduidelijkt.

Hetzelfde geldt voor de maaltijdvergoedingen. Daar waar dergelijke vergoedingen mogelijk beschouwd zouden kunnen worden als kosten eigen aan de werkgever voor niet-sedentaire werknemers die tijdens de werkdag geen gebruik kunnen maken van faciliteiten van de werkgever en die niet anders kunnen dan hun maaltijd buitenshuis te gebruiken, kan dergelijke vergoeding in hoofde van een hoofdzakelijk sedentaire werknemer moeilijk aanvaard worden als een kost eigen aan de werkgever en dus een werkelijke onkostenvergoeding. Ten andere kan erop gewezen worden dat Henry Schein zelf voor de arbeidsrechtbank Antwerpen teneinde de territoriale bevoegdheid van die arbeidsrechtbank te betwisten, niet naliet te benadrukken dat de heer V slechts één tewerkstellingsplaats had, nl. op de bedrijfszetel in Vilvoorde (zie p. 11 van het vonnis van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen).

Rekening houdend hiermee is het arbeidshof van oordeel dat de arbeidsrechtbank in deze specifieke omstandigheden terecht heeft geoordeeld dat de forfaitaire onkostenvergoeding en de maaltijdvergoeding beschouwd moeten worden als verdoken loon.

Rekening houdend met het bovenstaande, is het jaarloon voor de berekening van de opzeggingsvergoeding als volgt samengesteld:

Vast maandloon (5.662,26 euro x 13,92)	78.818,66 euro
Werkgeversbijdrage groepsverzekering 262,72 euro x 12	3.152,64 euro
Ecocheques	250,00 euro
Kerst en andere geschenken	40,00 euro
Vaste bonus	24.000,00 euro
Feestdagen op vaste bonus	960,00 euro
Enkel vakantiegeld op vaste bonus	1.996,80 euro
Dubbel vakantiegeld op vaste bonus	1.913,60 euro
Prive-gebruik GSM & laptop 50,00 euro x 12	600,00 euro
Privé-gebruik bedrijfswagen 620,00 euro x 12	7.440,00 euro
Onkostenvergoeding	

110,00 euro x 12	1.320,00 euro
Maaltijdvergoeding 10,50 euro x 231	2.425,50 euro
TOTAAL	122.917,20 euro

Tussen de partijen bestaat geen discussie over het feit dat gelet op de anciënniteit van de heer V de toepasselijke opzeggingstermijn 12 maanden en 15 weken bedraagt. Aangezien hij geen opzeggingstermijn diende te presteren, heeft hij recht op de uitbetaling van een vervangende opzeggingsvergoeding.

Op basis hiervan had de opzeggingsvergoeding vastgesteld moeten worden op:

- Deel 1 (12 maanden): 122.917,20 euro / 12 x 12 = 122.917,20 euro bruto
 - Deel 2 (15 weken): 122.917,20 euro / 52 x 15 = 35.456,88 euro bruto
- Totaal = 158.374,08 euro bruto

Aangezien de heer V recht had op outplacementbegeleiding mocht deze opzeggingsvergoeding verminderd worden met 4 weken loon, nl. 9.455,17 euro bruto (122.917,20 euro bruto / 52 x 4) (zie art. 11/5, 2° wet van 5 september 2001 tot verbetering van de werkgelegenheidsgraad van de werknemers, *BS* 15 september 2001; zie ook vermelding in ontslagbrief (stuk 2 dhr. V)). De heer V houdt bij zijn becijfering ten onrechte geen rekening met deze toegelaten vermindering.

Bovendien mocht de heer V de bedrijfswagen nog gedurende 6 weken verder gebruiken. Dit betekent dat de opzeggingsvergoeding verminderd moet worden met de waarde hiervan voor een periode van 6 weken:

$$(620,00 \text{ euro} * 3 / 13) * 6 \text{ weken} = 858,46 \text{ euro}$$

Aldus had de heer V uiteindelijk recht op de betaling van een opzeggingsvergoeding van 148.060,45 bruto (= 158.374,08 euro – 9.455,17 euro – 858,46 euro).

Gelet op enerzijds het bedrag waarop de heer V recht heeft uit hoofde van opzeggingsvergoeding, nl. 148.060,45 bruto en anderzijds het bedrag dat hij reeds uit hoofde van opzeggingsvergoeding van de vennootschap heeft mogen ontvangen, nl. 129.465,97 euro bruto (stuk 7 Henry Schein), heeft de heer V nog recht op een **aanvullende opzeggingsvergoeding van 18.594,48 euro bruto.**

Het vonnis van de arbeidsrechtbank moet op dit punt hervormd worden. Het hoger beroep van de heer V is op dit punt gedeeltelijk gegrond.

5.2 Uitwinningsvergoeding

De heer V meent dat de arbeidsrechtbank ten onrechte besliste dat hij op het ogenblik dat hij ontslagen werd geen handelsvertegenwoordiger meer was. Aldus is de heer V van oordeel dat hij wel recht heeft op de door hem gevorderde uitwinningsvergoeding.

Henry Schein, daarin gevolgd door de arbeidsrechtbank, is van oordeel dat de heer V alleszins op het ogenblik dat hij ontslagen werd geen handelsvertegenwoordiger meer was. De heer V heeft dus geen recht op een uitwinningsvergoeding.

Beoordeling door het arbeidshof:

5.2.1

Art. 101 Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd door de werkgever zonder dringende reden, de werkgever een vergoeding wegens uitwinning verschuldigd is aan de handelsvertegenwoordiger die een cliënteel heeft aangebracht, tenzij de werkgever bewijst dat uit de beëindiging van de overeenkomst geen enkel nadeel volgt voor de handelsvertegenwoordiger. Bijkomend wordt voorzien dat deze vergoeding pas verschuldigd is na een tewerkstelling van één jaar. Deze vergoeding – zijnde de uitwinningsvergoeding – is dus in de eerste plaats enkel verschuldigd indien de werknemer kan beschouwd worden als een “handelsvertegenwoordiger”. Pas wanneer aangetoond is dat de werknemer die aanspraak maakt op een uitwinningsvergoeding effectief dient beschouwd te worden als een handelsvertegenwoordiger, zal moeten nagegaan worden of al dan niet voldaan is aan de andere voorwaarden om recht te hebben op dergelijke uitwinningsvergoeding.

Overeenkomstig art. 4 Arbeidsovereenkomstenwet is een handelsvertegenwoordiger de werknemer die zich ertoe verbonden heeft om tegen loon cliënteel op te sporen en cliënteel te bezoeken met het oog op het onderhandelen over en/of sluiten van zaken, onder het gezag, voor rekening en in naam van één of meer opdrachtgevers. De handelsvertegenwoordiger moet dus nieuwe klanten opsporen en daarnaast ook klanten (nieuwe of bestaande) bezoeken. Daar waar het opsporen op verschillende wijzen kan gebeuren en niet noodzakelijk een verplaatsing vraagt, vereist het bezoeken van klanten wel een verplaatsing buiten de lokalen van de onderneming. De handelsvertegenwoordiger zal zich van beide moeten kwijten zoals blijkt uit het gebruik van het woord “en” in de wettelijke definitie. Wat betreft de verhouding tussen enerzijds het opsporen van nieuwe klanten en anderzijds het bezoeken van nieuwe/bestaande klanten vereist de wet geen bepaalde verhouding tussen de beide activiteiten, doch het is wel noodzakelijk dat de beide plaatsvinden om te kunnen spreken van handelsvertegenwoordiging. Het opsporen en bezoeken van cliënteel moet bovendien gebeuren met een bijzonder oogmerk, nl. het onderhandelen over zaken en indien mogelijk, het sluiten van zaken. Het “onderhandelen” zoals bedoeld in art. 4 Arbeidsovereenkomstenwet houdt bovendien in dat de werknemer prijzen kan bepalen en kortingen kan toekennen (zie Arbh. Antwerpen 15 december 2010, AR 2008/AA/562, onuitg. aangehaald in p. P. MAERTEN en S. CLEEREN, “De handelsvertegenwoordiger anno 2012 – Overzicht rechtspraak 2005-2011”, *Or.* 2012, p. 73).

Daarenboven is er enkel sprake van een *“handelsvertegenwoordiger”* in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet indien de handelsvertegenwoordiging de voornaamste opdracht van deze werknemer is. Dit volgt uit art. 88 Arbeidsovereenkomstenwet waarin voorzien wordt dat enkel *“de handelsvertegenwoordiger die in dienst wordt genomen om op bestendige wijze zijn beroep uit te oefenen, zelfs indien hij door zijn werkgever wordt belast met bijkomend werk dat van andere aard is dan de handelsvertegenwoordiging”* een beroep kan doen op de bepalingen van Titel IV van de Arbeidsovereenkomstenwet (zijnde de titel met als onderwerp *“de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers”* waarin o.a. art. 101 de uitwinningsvergoeding regelt). Vervolgens preciseert dit art. 88 *“(d)at voordeel wordt, met uitzondering van het bij artikel 90 toegekende recht, niet verleend aan de bediende die er af en toe mede wordt belast, samen met zijn arbeid binnen de onderneming stappen te doen bij de cliëntèle”*.

Wanneer de werknemer slechts occasioneel taken van handelsvertegenwoordiging verricht, is hij geen handelsvertegenwoordiger (zie en vgl. Cass. 5 mei 2015, S.12.0036.N, <https://juportal.be>; Cass. 28 juni 1999, S.98.0128.N, <https://juportal.be>; Cass. 18 april 1988, AR 8069, RW 1988-89, 539) en kan hij zich niet beroepen op de bepalingen in de arbeidsovereenkomstenwet inzake handelsvertegenwoordigers (met uitzondering van art. 90).

Pas wanneer aangetoond is dat de werknemer die aanspraak maakt op een uitwinningsvergoeding effectief dient beschouwd te worden als een handelsvertegenwoordiger in de zin zoals hierboven uiteengezet, zal moeten nagegaan worden of al dan niet voldaan is aan de andere voorwaarden om recht te hebben op dergelijke uitwinningsvergoeding.

5.2.2

Het is de heer V die als eisende partij moet aantonen dat hij de voorwaarden vervult om aanspraak te kunnen maken op de door hem gevorderde uitwinningsvergoeding. Aldus zal hij in de eerste plaats moeten aantonen dat hij hoofdzakelijk als handelsvertegenwoordiger was tewerkgesteld of, met andere woorden, dat de handelsvertegenwoordiging het voornaamste voorwerp van zijn overeenkomst was.

Uit de stukken blijkt dat de heer V in 2001 alleszins werd aangeworven om vanaf 15 maart 2002 in dienst te treden als handelsvertegenwoordiger (stuk 1 dhr. V ; stuk 5 Henry Schein). Dat hij initieel werd aangeworven als handelsvertegenwoordiger betekent evenwel niet automatisch dat hij dit statuut ook nog had op het ogenblik dat hij werd ontslagen, nl. 19 december 2018. Uit de stukken blijkt immers dat de functie van de heer V wijzigde: vanaf 19 april 2016 wordt hij “Sales Manager Consumables” en vanaf juli 2018, na een maandenlange afwezigheid wegens ziekte, wordt hij “Product & Corporate account Manager” (stuk 8 dhr. V , stuk 3 Henry Schein) / “Product specialist, Training Manager MI & Contact persoon BE Special Markets” (stukken 1 & 2 Henry Schein).

Dat de functie die de heer V uitoefende vanaf juli 2018 wel degelijk een andere functie is dan de functies die hij voordien uitoefende, blijkt uit de volgende stukken:

- Op 9 juli 2018 wordt door de HR Officer van Henry Schein uitdrukkelijk aan alle personeelsleden meegedeeld dat de heer V terugkeert na een langdurige afwezigheid, dat hij heropstart met de nieuwe functietitel “Product & Corporate account manager” (stuk 3 Henry Schein). Daarnaast wordt in dezelfde e-mail aangegeven dat de heer Willem Leeftink de functie als “Sales Manager MI” zal blijven uitvoeren, zijnde de functie die de heer V uitoefende voor hij arbeidsongeschikt werd (onder de naam “Sales Manager Consumables, dit betreft echter dezelfde functie, zie loonfiches van de heer V voor de maanden januari 2017 waarop bij “functie” vermeld wordt “Sales Manager MI” (stuk 17 Henry Schein).
- De heer V stuurt op 10 juli 2018 zelf een “opgekuiste en geredigeerde versie” door van zijn functieomschrijving (stuk 2 Henry Schein). Het betreft de functieomschrijving voor de functie van “Product specialist, Training manager MI & contact persoon BE Special Markets” (stuk 1 Henry Schein).
- In de loonfiches vanaf zijn terugkeer in juli 2018 uit arbeidsongeschiktheid wordt als functie van de heer V consequent vermeld “Product Manager” (stukken 6, 7, 18 Henry Schein), daar waar hij in januari 2017 nog werd aangeduid als “Sales Manager MI” (stuk 17 Henry Schein).
- Op 18 september 2018 vermeldt de heer V zelf het volgende in een e-mail aan “Compliance Learning”:

“Beste collega,

Mijn verantwoordelijkheden binnen HS België zijn gewijzigd en het team van MI valt nu onder Willem Leeftink, salesmanager MI.

[...]” (stuk 43 Henry Schein)

In een navolgende e-mail schrijft de heer V eveneens zelf:

“Hi Jose,

*Hierbij de lijst van alles handelsvertegenwoordigers voor MI, nu
Verantwoordelijkheid van Willem Leeftink:*

Verkoopsteam MI	e-mailaccounts	taal
P C	[...]	

Het is niet omdat verschillende klanten van Henry Schein verklaren dat de heer V hun contactpersoon bleef tot in december 2018 dat er ook sprake is van handelsvertegenwoordiging. Zoals hoger uiteengezet, is er maar sprake van handelsvertegenwoordiging indien er nieuwe klanten opgespoord worden en klanten (nieuwe of bestaande) bezocht worden. Uit geen enkel stuk dat door de heer V wordt bijgebracht, blijkt dat hij zich vanaf juli 2018 nog bezighield met het opsporen van nieuwe klanten. In zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst als handelsvertegenwoordiger wordt onder “administratieve formaliteiten” duidelijk vermeld dat verslagen van bezoeken dagelijks opgemaakt moeten worden en doorgestuurd moeten worden naar de firma (stuk 1 dhr. V, stuk 5 Henry Schein). Daarnaast wordt ook vermeld dat het plan van de bezoeken die voorzien zijn voor de volgende week iedere donderdagavond naar de zetel van de firma moet worden doorgestuurd. Dergelijke verslagen of plannings die dateren uit de periode vanaf juli 2018 worden door de heer V niet neergelegd. Dat in zijn agenda voor de maanden augustus en september 2018 een aantal bezoeken vermeld worden (stuk 59 dhr. V) betekent niet dat het gaat om prospectie van nieuw opgespoorde klanten. De heer V is immers vanaf juli 2018 ook “Corporate accountmanager” en in die hoedanigheid verantwoordelijk voor de “special markets”. Uit de functiebeschrijving waaraan hij zelf een bijdrage heeft geleverd, blijkt dat hij in die hoedanigheid instaat voor “het onderhouden van de relatie met de Special Market accounts BE”, “het herkennen van problemen, signaleren van kansen en het ondernemen van doeltreffende maatregelen en acties”, “in overleg met de verantwoordelijke Sales Manager Special Markets, het monitoren van de productmix...” en “aanspreekpunt voor Special Market accounts BE op de disciplines kleingoed, equipment en technische dienst” (stuk 1 Henry Schein). Dit ligt in de lijn van hetgeen een account manager of account director gewoonlijk doet, namelijk het meedenken met hun klanten/accounts, hierin investeren, nagaan of ze tevreden zijn met de producten en diensten en verbeteringen aanbrengen waar mogelijk. Kort gezegd dient een accountmanager of account director ervoor te zorgen dat de klant/account krijgt wat hij wenst en gevraagd heeft en dat ervoor gezorgd wordt dat er geleverd wordt wat er is afgesproken. Dat de account manager of account director mogelijks ook nieuwe contracten of diensten bespreekt met de klant/account betekent niet dat dit zijn hoofdtaak is en dat hij hierdoor een handelsvertegenwoordiger wordt.

Uit de stukken van Henry Schein blijkt zeer duidelijk dat de heer V vanaf juli 2018 bovendien ook diende in te staan voor interne opleidingen. Dit wordt duidelijk aangegeven in de functiebeschrijving waaraan de heer V meegeschreven heeft (stuk 1 Henry Schein) en de interne communicatie die werd rondgestuurd op 9 juli 2018 (stuk 3 Henry Schein). Uit verschillende e-mails die Henry Schein bijbrengt, blijkt dat de heer V ook effectief vanaf juli 2018 interne trainingen opzette (stukken 39 en 40 Henry Schein).

Uit al de stukken die voorliggen, kan derhalve niet afgeleid worden dat de hoofdtaak van de heer V vanaf juli 2018 nog bestond in het opsporen en bezoeken van cliënteel met het oog op het onderhandelen over zaken en indien mogelijk, het sluiten van zaken. Dat hij zich hier voordat hij arbeidsongeschikt werd eind 2017 wel mee heeft beziggehouden, wordt op

zich niet betwist, maar is irrelevant aangezien het de functie op het ogenblik van het ontslag, nl. 19 december 2018, is die in aanmerking moet worden genomen. Het arbeidshof moet dan ook besluiten dat de heer V niet bewijst dat handelsvertegenwoordiging het voornaamste voorwerp van zijn overeenkomst met Henry Schein was op 19 december 2018.

Aangezien de heer V niet aantoont dat hij hoofdzakelijk als handelsvertegenwoordiger tewerkgesteld was, komt hij niet in aanmerking voor een uitwinningsvergoeding. De arbeidsrechtbank verklaarde zijn vordering terecht ongegrond.

5.3 Schadevergoeding wegens discriminatie, ondergeschikt kennelijk onredelijk ontslag

De heer V maakt aanspraak op een schadevergoeding wegens discriminatie. Hij houdt voor dat hij werd ontslagen “ingevolge redenen van leeftijd en ziekte/gezondheidstoestand”. Aldus maakt hij aanspraak op een vergoeding gelijk aan 6 maanden loon. Ondergeschikt, meent hij dat zijn ontslag kennelijk onredelijk is en maakt hij op die basis aanspraak op een schadevergoeding van 17 weken loon.

Henry Schein, daarin gevolgd door de arbeidsrechtbank, is van oordeel dat de heer V geen feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden. Evenmin is het ontslag kennelijk onredelijk. Er is dus geen enkele schadevergoeding verschuldigd.

Beoordeling door het arbeidshof:

a) Schadevergoeding wegens discriminatie

5.3.1

De wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (hierna “Antidiscriminatiewet”) is van toepassing op de arbeidsbetrekkingen (zie art. 5, §1, 5°) en in het bijzonder bij de ontslagbeslissing (zie art. 5 §2, 3°). De Antidiscriminatiewet bepaalt dat in de aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van deze wet vallen, elke vorm van discriminatie verboden is (zie art. 14). Daarbij wordt gepreciseerd dat onder “*discriminatie*” verstaan wordt:

- Directe discriminatie;
- Indirecte discriminatie;
- Opdracht tot discrimineren;
- Intimidatie;
- Een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.

De Antidiscriminatiewet voorziet in verschillende beschermde criteria, waaronder “*leeftijd*” en “*huidige of toekomstige gezondheidstoestand*” (zie art. 4, 4°: “huidige of toekomstige gezondheidstoestand” tot en met 26 oktober 2022; vanaf 27 oktober 2022 “gezondheidstoestand”, zie wet 20 juli 2022 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter

bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie wat de discriminatiegrond gezondheidstoestand betreft, BS 17 oktober 2022). De Antidiscriminatiewet definieert het begrip *“huidige of toekomstige gezondheidstoestand”* niet. Er wordt aangenomen dat dit beschouwd moet worden als de restcategorie ten opzichte van het eveneens beschermde criterium *“handicap”* en dat het personen beschermt wiens gezondheidstoestand geen aanleiding geeft tot langdurige functionele of psychische beperkingen.

Art. 7 Antidiscriminatiewet voorziet dat elk direct onderscheid op grond van één van de beschermde criteria een directe discriminatie vormt. *“Direct onderscheid”* wordt door art. 4, 6° Antidiscriminatiewet gedefinieerd als *“de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria”*.

Art. 9 van dezelfde wet stelt dat elk indirect onderscheid op grond van één van de beschermde criteria een indirecte discriminatie vormt, tenzij in het geval van een indirect onderscheid op grond van handicap wordt aangetoond dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden. *“Indirect onderscheid”* wordt door art. 4, 8° Antidiscriminatiewet gedefinieerd als *“de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen”*.

Art. 18 Antidiscriminatiewet voorziet dat in geval van discriminatie het slachtoffer ervan een schadevergoeding kan vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

Op het vlak van de bewijslast voorziet art. 28 Antidiscriminatiewet in de volgende regeling:

“§1. Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie [...] voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die een bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

§2. Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald criterium; onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Centrum of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of

2° de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

§3. Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

- 1° *algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid; of*
- 2° *het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of*
- 3° *elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.”*

Er kan zodoende enkel sprake zijn van een verschuiving van de bewijslast van het beweerde slachtoffer naar de beweerde dader, nadat het beweerde slachtoffer feiten heeft aangevoerd die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden. De bewijslast ligt dus in de eerste plaats bij het beweerde slachtoffer. Daarbij moet wel benadrukt worden dat de wettekst uitdrukkelijk stelt dat het slechts moet gaan om feiten die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden. Er mag dus in geen geval van het beweerde slachtoffer vereist worden dat deze feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie alleszins doen vermoeden (zie en vgl. F. DROSSEMONT, “Discriminatie op grond van syndicale overtuiging – Hof van Cassatie heeft moeite met juiste lezing antidiscriminatiewet”, *Juristenkrant* 2020, afl. 401, 12-13, in het bijzonder: “*Het Hof van Cassatie miskent overigens zelf de geest en de letter van de antidiscriminatiewet, waar het stelt dat de aangevoerde feiten de discriminatie moeten doen vermoeden. De wetgever stelt evenwel dat de aangevoerde feiten de discriminatie slechts moeten kunnen doen vermoeden. De lat ligt om die reden veel lager dan wat het Hof van Cassatie stelt.*”).

Dit betekent dat het beweerde slachtoffer moet aantonen dat de verweerder daden heeft gesteld of opdrachten heeft gegeven die *prima facie* discriminerend zouden kunnen zijn (zie GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, randnr. B.93.3, www.const-court.be, waarbij verwezen wordt naar de parlementaire voorbereiding: *Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 72; in dezelfde zin: GwH 11 maart 2009, nr. 39/09, randnr. B.52, www.const-court.be).

De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. De persoon in kwestie kan er niet mee volstaan aan te tonen dat hij het voorwerp is geweest van een voor hem ongunstige behandeling. Deze persoon moet eveneens feiten bewijzen die erop lijken te wijzen dat de ongunstige behandeling is ingegeven door ongeoorloofde motieven. De feiten mogen ook niet algemeen van aard zijn, maar moeten specifiek aan de auteur van het onderscheid kunnen worden toegeschreven (GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, randnr. B.93.3, www.const-court.be; in dezelfde zin: GwH 11 maart 2009, nr. 39/09, randnr. B.52, www.const-court.be).

Wanneer de bewijslast verschuift omdat het slachtoffer feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden, dient de tegenpartij te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest. De tegenpartij kan daartoe proberen aan te tonen dat het verschil in behandeling niet berust op het verboden criterium, maar uitsluitend gebaseerd is op andere geoorloofde criteria. Zo de tegenpartij niet zou kunnen bewijzen dat het verschil in behandeling uitsluitend gebaseerd is op geoorloofde criteria, kan de tegenpartij nog proberen aan te tonen dat het verschil in behandeling op grond van een verboden criterium

gerechtvaardigd is in het kader van een rechtvaardigingsgrond die toegelaten wordt door de Antidiscriminatiewet.

5.3.2

Aangezien de heer V voorhoudt dat er bij zijn ontslag sprake is van discriminatie op basis van leeftijd en ziekte/gezondheidstoestand, komt het in de eerste plaats toe aan de heer V om feiten aan te voeren die het bestaan van discriminatie op grond van leeftijd en/of (huidige of toekomstige) gezondheidstoestand kunnen doen vermoeden.

Wat betreft feiten die het bestaan van discriminatie op grond van leeftijd kunnen doen vermoeden, kan het arbeidshof niet anders dan vaststellen dat de heer V dienaangaande geen enkel feit aanvoert dat voldoende sterk en pertinent is. Het loutere feit dat de heer V 53 jaar was op het ogenblik dat hij werd ontslagen, is geen feit dat het bestaan van discriminatie op basis van leeftijd kan doen vermoeden.

Wat de door hem voorgehouden discriminatie op basis van “ziekte/gezondheidstoestand” betreft, verwijst de heer V naar 2 e-mails, de ene daterend van 29 maart 2016 (stuk 52 dhr. V) en de andere van 30 april 2013 (stuk 53 dhr. V). Dat in deze twee e-mails telkens een werknemer wordt ontslagen die arbeidsongeschikt is, volstaat niet om zoveel jaren later aan te nemen dat de heer V feiten aanvoert die voldoende sterk en pertinent zijn om in het kader van zijn ontslag het bestaan van discriminatie omwille van ziekte/gezondheidstoestand te kunnen doen vermoeden. De heer V keerde in juli 2018 terug na een aantal maanden arbeidsongeschikt geweest te zijn en werd maar in december 2018 ontslagen. Hij werd dus niet ontslagen onmiddellijk na of kort nadat hij zich ziek had gemeld. Integendeel blijkt uit de stukken van Henry Schein dat er een begeleidingstraject werd opgestart tijdens zijn arbeidsongeschiktheid. Evenmin werd hij ontslagen aansluitend bij zijn terugkeer uit ziekteverlof. Zijn situatie is duidelijk verschillend van deze waarvan sprake lijkt te zijn in de 2 e-mails.

Rekening houdend met het voorgaande besluit het arbeidshof dat de heer V er niet in slaagt om feiten aan te tonen die het bestaan van discriminatie op basis van leeftijd en/of zijn (huidige of toekomstige) gezondheidstoestand kunnen doen vermoeden.

Zijn vordering die ertoe strekt om Henry Schein te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding uit hoofde van discriminatie werd door de arbeidsrechtbank terecht ongegrond verklaard.

b) Schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

5.3.3

Ondergeschikt maakt de heer V aanspraak op een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

Een “*kennelijk onredelijk ontslag*” is een ontslag van een werknemer die is aangeworven voor onbepaalde tijd, dat:

- gebaseerd is op redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst;
- en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever (art. 8 cao nr. 109).

Het gaat om cumulatieve voorwaarden. Enkel wanneer ze tezamen vervuld zijn, is er sprake van een kennelijk onredelijk ontslag.

De arbeidsrechtbanken en arbeidshoven toetsen niet de omstandigheden van het ontslag, maar moeten nagaan of het ontslag al dan niet verband houdt met de bovenvermelde redenen en of de beslissing genomen zou zijn door een normale en redelijke werkgever.

Het betreft een beoordelingsbevoegdheid aan de marge gezien de werkgever tot op grote hoogte vrij is te beslissen over wat redelijk is. Alleen de kennelijke onredelijkheid van het ontslag mag getoetst worden, en niet de opportuniteit van het beleid van de werkgever, m.a.w. zijn keuze uit de verschillende redelijke beleidsalternatieven waarover hij beschikt (zie commentaar bij art. 8 cao nr. 109).

Bij betwisting wordt de bewijslast als volgt verdeeld tussen de partijen (art. 10 cao nr. 109):

- Heeft de werkgever, na ontvangst van een geldig verzoek van de werknemer, de ontslagredenen geldig en tijdig meegedeeld met inachtneming van art. 5 (tijdige mededeling door de werkgever na een schriftelijk verzoek van de werknemer) of bevindt men zich in het geval van art. 6 (spontane mededeling door de werkgever) dan draagt de partij die iets aanvoert daarvan de bewijslast.
- Het is de werkgever die het bewijs moet leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen die niet aan de werknemer werden meegedeeld met inachtneming van art. 5 of 6 cao nr. 109 en die aantonen dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is.
- Heeft de werknemer geen verzoek ingediend om de redenen van zijn ontslag te kennen met inachtneming van art. 4 cao nr. 109, d.w.z. binnen twee maanden na het ontslag, dan moet de werknemer het bewijs leveren van elementen die wijzen op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.

5.3.4

In dit dossier heeft de heer Verrrees geen verzoek ingediend om de redenen van zijn ontslag te kennen.

Aldus bevinden de partijen zich in de situatie van art. 10, 3^{de} streepje cao nr. 109 en behoort het aan de heer V om het bewijs te leveren van elementen die wijzen op de kennelijke onredelijkheid van zijn ontslag.

De heer V voert aan dat hij een onberispelijke loopbaan kende, dat hij hard werkte en graag gezien was bij collega's, klanten en de werkgever. Hij stelt dat hij nooit enige noemenswaardige opmerking mocht ontvangen en dat zijn evaluaties steeds positief waren en dat hij als bijzonder bekwaam werd beoordeeld.

Dat de heer V bekwaam was en op alle vlakken voldeed, wordt op zich niet betwist, doch dit vormt op zich geen element dat wijst op de kennelijke onredelijkheid van zijn ontslag. Ook in het geval van een werknemer die op alle vlakken goed presteert, kan de werkgever de beslissing nemen om deze te ontslaan zonder dat dit betekent dat er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag.

In het geval van de heer V werd in het formulier C4 als reden voor de werkloosheid opgegeven "herstructurering" (stuk 4 dhr. V) en dit is ook wat Henry Schein voor de arbeidsrechtbank en nu in graad van beroep aanvoert als reden voor het ontslag. Uit de stukken die Henry Schein bijbrengt (stukken 25 en 35 Henry Schein) meent het arbeidshof, net zoals de arbeidsrechtbank, te kunnen opmaken dat er inderdaad een herstructurering heeft plaatsgevonden waarbij de functie die de heer V uitoefende vanaf juli 2018 werd afgeschaft, net zoals de functie die hij voorheen uitoefende, zodat een terugkeer naar die functie ook niet mogelijk was. De argumentatie van de heer V omtrent mevrouw M die volgens hem werd aangeworven als zijn vervangster, wordt tegengesproken door de stukken en de verklaringen die Henry Schein bijbrengt.

Aangezien de heer V in gebreke blijft het bewijs te leveren van elementen die wijzen op de kennelijke onredelijkheid van zijn ontslag en Henry Schein bovendien stukken bijbrengt waaruit een herstructurering blijkt en aannemelijk maakt dat de heer V werd ontslagen omwille van die herstructurering, is het ontslag van de heer V niet kennelijk onredelijk.

Zijn vordering die ertoe strekt om Henry Schein te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag werd door de arbeidsrechtbank terecht ongegrond verklaard.

5.4 Feestdagenvergoeding en andere vergoedingen

De heer V meent dat hij verder nog gerechtigd is op betaling van feestdagen na contracteinde en vakantiegeld hierop. Volgens hem spreekt het tenslotte voor zich dat hij nog gerechtigd is op 1,00 euro provisioneel, houdend achterstallig vast en variabel loon, boni, vakantiegeld (einde dienst), ...

Henry Schein stelt dat zij heeft voldaan aan al haar wettelijke verplichtingen inzake het feestdagenloon. Wat betreft de overige vorderingen stelt Henry Schein dat het niet duidelijk is wat de heer V hiermee bedoelt. Henry Schein vraagt de bevestiging van het vonnis van de arbeidsrechtbank dat deze vorderingen ongegrond verklaarde.

Beoordeling door het arbeidshof:

Net zoals de arbeidsrechtbank kan het arbeidshof niet anders dan vaststellen dat de loonfiche die werd opgesteld op 21 december 2018 ontegensprekelijk melding maakt van een post “feestdag na einde overeenkomst” (stuk 7 Henry Schein). De heer V betwist niet dat hij in overeenstemming met deze loonfiche de uitbetaling van het overeenstemmende nettobedrag mocht ontvangen. Hij ontwikkelt in zijn conclusies in graad van beroep geen enkel argument teneinde zijn vordering aannemelijk te maken.

Wat zijn vordering betreft uit hoofde van 1,00 euro provisioneel moet het arbeidshof vaststellen dat hij dienaangaande evenmin enig argument ontwikkelt. De laatste loonfiches vermelden het vakantiegeld bij uitdiensttreding en commissieloon (stuk 7 Henry Schein).

Het arbeidshof ziet dan ook geen enkele reden waarom het bestreden vonnis op deze punten zou hervormd moeten worden.

5.5 Sociale documenten

In graad van beroep vraagt de heer V opnieuw dat de afgifte van de sociale documenten zou worden opgelegd onder verbeurte van een dwangsom.

Henry Schein is wettelijk verplicht om de nodige sociale en fiscale documenten af te leveren met betrekking tot de aanvullende opzeggingsvergoeding die zij verschuldigd is aan de heer V .

Het arbeidshof ziet evenwel geen grond om hieraan de verbeurte van een dwangsom te koppelen. De heer V stelt dat *“Indien de NV haar verplichtingen honoreert, hoeft zij een dwangsom niet te vrezen”*. Dit volstaat uiteraard niet als argument om een dwangsom op te leggen. De heer V maakt op geen enkele wijze aannemelijk waarom het opleggen van een dwangsom noodzakelijk is.

6 KOSTEN VAN HET GEDING

De arbeidsrechtbank stelde de rechtsplegingsvergoeding vast op het basisbedrag van 6.000,00 euro en besliste vervolgens dat Henry Schein “gelet op het aandeel van de veroordeling ten aanzien van de gevorderde bedragen” veroordeeld werd tot betaling van de helft hiervan, nl. 3.000,00 euro.

Henry Schein is het hier niet mee eens en tekende hiertegen incidenteel beroep aan. Voor wat de gedingkosten in graad van beroep betreft, vraagt Henry Schein dat de heer V hiertoe veroordeeld zou worden, ondergeschikt dat deze verminderd worden in functie van het bedrag dat effectief zou worden toegekend aan de heer V .

Beoordeling door het arbeidshof:

6.1

Het is in principe de *“in het ongelijk gestelde partij”* die moet worden veroordeeld tot de gerechtskosten (art. 1017, 1^{ste} lid Ger.W.). Daarnaast wordt evenwel voorzien dat de kosten kunnen worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld (art. 1017, 4^{de} lid Ger.W.).

Gezien het uitdrukkelijke gebruik van het werkwoord “kunnen” in het 4^{de} lid van art. 1017 Ger.W. is het omslaan van de kosten enkel een mogelijkheid waarover de rechter beschikt indien de partijen over en weer in enig standpunt worden afgewezen, doch is er geen sprake van enige verplichting in die zin. Het betreft dus slechts een mogelijkheid die ter beoordeling aan de rechter wordt overgelaten, waarbij de rechter vrij is om deze al dan niet toe te passen en eveneens vrij is om te beslissen hoe en op welke wijze hij dit omslaan concreet toepast (zie en vgl. B. VAN DEN BERGH, “Art. 1017 Ger.W.” (randnr. 58) in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I, Deel IV, Boek II, Titel IV, Ger.W. Art. 1017-1 – Ger.W. Art. 1017-37).

De arbeidsrechtbank stelde de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk, wat in graad van beroep door het arbeidshof bevestigd wordt, waarbij enkel het bedrag van aanvullende opzeggingsvergoeding die de vennootschap verschuldigd is, wordt hervormd. Rekening houdend hiermee is het arbeidshof van oordeel dat er geen redenen voorliggen om aan de beslissing inzake de gerechtskosten zoals genomen door de arbeidsrechtbank te raken.

6.2

Voor wat de kosten van het hoger beroep betreft, is het arbeidshof eveneens van oordeel dat het raadzaam is deze kosten om te slaan. Beide partijen werden immers ook in graad van beroep onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk gesteld.

Gezien de vorderingen en argumenten in graad van beroep en de mate waarin deze werden toegekend, is het arbeidshof van oordeel dat voor wat betreft de kosten van het hoger beroep, elke partij de eigen kosten dient te dragen.

OM DEZE REDENEN

BESLIST HET ARBEIDSHOF

De Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken werd nageleefd.

Het arbeidshof oordeelt op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben wat hierna volgt.

Het hoger beroep van de heer V is ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Het incidenteel beroep van Henry Schein is ontvankelijk, maar ongegrond.

Bijgevolg hervormt het arbeidshof het bestreden vonnis in de mate dat Henry Schein hierin veroordeeld werd tot betaling van een saldo verbrekingsvergoeding van 7.337,56 euro, en opnieuw rechtdoend, veroordeelt het arbeidshof Henry Schein tot betaling aan de heer V van een aanvullende opzeggingsvergoeding van 18.594,48 euro bruto, te vermeerderen met de wettelijke, verwijls- en/of de vergoedende intresten op het brutobedrag vanaf datum van opeisbaarheid en met de gerechtelijke intresten vanaf datum van dagvaarding. Henry Schein dient tevens de nodige sociale en fiscale documenten af te leveren met betrekking tot dit bedrag en dit binnen de wettelijke termijnen.

Het bestreden vonnis wordt voor het overige bevestigd.

De kosten van het geding in hoger beroep worden in toepassing van art. 1017, 4^{de} lid Ger.W. omgeslagen, met dien verstande dat iedere partij de eigen kosten moet dragen. Het arbeidshof vereffent deze kosten als volgt:

- In hoofde van de heer V : 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep;
- In hoofde van Henry Schein: 7.500,00 rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit :

A G, raadsheer

L P, raadsheer in sociale zaken, werkgever

S M, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende

Bijgestaan door K C, griffier

K C

S M

L P

A G

en uitgesproken op de buitengewone openbare terechtzitting van 22 juni 2023 door

A G, raadsheer

K C, griffier

K C

A G