

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. S.18.0095.N

ROBERT HALF bv, met zetel te 1702 Groot-Bijgaarden, Stationsstraat 34, bus 1, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0440.965.760,

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1170 Brussel, Terhulpansesteenweg 177, bus 7, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

K.D.P.,

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Willy van Eeckhoutte, met kantoor te 9051 Gent, Drie Koningenstraat 34, waar de verweerster woonplaats kiest.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het arbeidshof te Brussel van 29 juni 2018.

Sectievoorzitter Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

III. BESLISSING VAN HET HOF*Ontvankelijkheid van het middel*

1. De verweerder voert een grond van niet-ontvankelijkheid aan: het middel komt op tegen de beoordeling in feite van de appelrechters dat de aanzienlijke schade die de eiseres heeft geleden in deze zaak niet relevant is bij de beoordeling van de ernst van de als dringende reden ingeroepen feiten.

2. Het onderzoek van de grond van niet-ontvankelijkheid valt niet te onderscheiden van het onderzoek van het middel zelf.

De grond van niet-ontvankelijkheid kan niet worden aangenomen.

Gegrondeid

3. Artikel 35, eerste en tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat elke partij de overeenkomst zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn kan beëindigen om een dringende reden die aan de rechter wordt overgelaten, waarbij onder dringende reden wordt verstaan: de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

Uit die bepaling volgt dat de feitenrechter op onaantastbare wijze oordeelt of tekortkomingen al dan niet voldoende ernstig zijn om elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer definitief onmogelijk te maken, mits hij het begrip “*dringende reden*” niet miskent.

4. Het feit dat het ontslag zonder opzegging rechtvaardigt, is de tekortkoming met in achtneming van alle omstandigheden die daarvan een dringende reden kunnen maken.

Artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet vereist niet dat de werkgever schade heeft geleden door de ernstige tekortkoming van de werknemer. Niets belet evenwel dat de rechter bij de beoordeling van de aangevoerde tekortkoming ook nagaat of zij aan de werkgever nadeel heeft berokkend of dat hij daardoor schade heeft geleden.

5. De appelrechters achten het bewezen dat:

- de verweerster minstens medeverantwoordelijk was voor het tijdig indienen van de Btw-aangifte van R.H. Sarl bij de Luxemburgse administratie;
 - de verweerster nagelaten heeft de Btw-aangifte van R.H. Sarl voor het jaar 2010 tijdig bij de Luxemburgse administratie in te dienen;
 - zij haar overste niet op de hoogte heeft gebracht van de boete wegens laattijdige aangifte die door de Luxemburgse Btw-administratie werd opgelegd en de betaling van de boete heeft goedgekeurd en laten uitvoeren;
 - zij haar overste niet onmiddellijk op de hoogte heeft gebracht van de ambtshalve aanslag voor een bedrag van 72.195,18 euro en evenmin van de eerste herinnering die is binnengekomen vóór haar zwangerschapsrust;
 - zij niet het nodige heeft gedaan om deze ambtshalve aanslag te betwisten;
 - zij geen provisie heeft aangelegd overeenkomstig de interne regels van de bv,
- en oordelen dat het niet ernstig kan betwist worden dat het geheel van deze fouten beroepsfouten bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zijn die getuigen van een gebrek aan beroepsernst.

6. De appelrechters achten het ook bewezen dat de eiseres ten gevolge van deze feiten aanzienlijke schade heeft geleden, maar oordelen dat dit niet relevant is

voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het ontslag om dringende reden op grond dat de dringende reden niet moet worden beoordeeld aan de hand van het bestaan of de omvang van de eventuele schade die de werkgever ten gevolge van de tekortkoming heeft geleden.

7. De appelrechters die weigeren de door de eiseres ingeroepen aanzienlijke schade te betrekken in de beoordeling van de ernst van de bewezen feiten die als dringende reden werden aangevoerd, miskennen hiermee het begrip “*dringende reden*” en verantwoorden zodoende hun beslissing dat de aan de verweester verweten feiten de professionele samenwerking wellicht wel op termijn, maar niet onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt, niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het arbeidshof te Gent.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, derde kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, sectievoorzitter Koen Mestdagh, en de raadsheren Antoine Lievens, Ilse Couwenberg en Sven Mosselmans, en in openbare rechtszitting van 6 februari 2023 uitgesproken door sectievoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal Henri Vanderlinden, met bijstand van griffier Mike Van Beneden.

M. Van Beneden

S. Mosselmans

I. Couwenberg

A. Lievens

K. Mestdagh

E. Dirix

VOORZIENING IN CASSATIE

VOOR: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **ROBERT HALF**, met zetel te 1702 Groot-Bijgaarden, Stationsstraat 34, bus 1, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0440.965.760,

Eiseres tot cassatie, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. Huguette Geinger, ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie, kantoor houdende te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, bij wie keuze van woonplaats wordt gedaan,

TEGEN: mevrouw K.D.P.,

Verweerster in cassatie

Aan de Heren Eerste Voorzitter en Voorzitter, de Dames en Heren Raadsheren, leden van het Hof van Cassatie,

Hooggeachte Dames en Heren,

Eiseres heeft de eer het arrest, dat op 29 juni 2018 op tegenspraak tussen partijen werd gewezen door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel (2017/AB/204), aan het toezicht van Uw Hof te onderwerpen.

FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

1.1. Ingevolge een schriftelijke arbeidsovereenkomst van 28 december 1999 trad verweerster vanaf 15 februari 2000 in dienst van eiseres als bediende. Haar functie werd aanvankelijk omschreven als *“European Business Financial Analyst”*. Vanaf 1 augustus 2005 bekleedde zij de functie van *“Finance Manager Benelux”*.

Met een bijlage bij de arbeidsovereenkomst van 20 maart 2006 werd overeengekomen dat verweerster deeltijds zou werken in een 4/5^{de} stelsel.

Vanaf 15 februari 2013 genoot verweerster van zwangerschapsrust.

2. Bij aangetekend schrijven van 17 mei 2013 werd de arbeidsovereenkomst van verweerster door eiseres beëindigd wegens dringende reden.

Als dringende redenen werden ondermeer aangevoerd:

- dat verweerster als eindverantwoordelijke de BTW-aangiften diende te verrichten voor de vennootschappen van de groep binnen de Benelux, in het bijzonder de jaarlijkse BTW-aangifte voor de Luxemburgse vennootschap Robert Half SARL;
- dat zij had nagelaten de BTW-aangifte voor deze vennootschap voor het jaar 2010 in te dienen, terwijl dit een essentieel onderdeel was van haar functie;
- dat zij op 2 april 2012 een rekeninguittreksel van de Luxemburgse BTW-administratie had ontvangen met aanrekening van een boete van 500,00 euro wegens niet indiening van de aangifte voor het jaar 2010 en op 19 april 2012 opdracht had gegeven deze boete te betalen;

- dat zij in het bezit was van een rekeninguittreksel van dezelfde administratie van 27 november 2012, waarin melding werd gemaakt van een saldo van € 72.195,19 verschuldigd door de Luxemburgse vennootschap Robert Half SARL als gevolg van een ambtshalve aanslag wegens niet aangifte van de BTW voor het jaar 2010;
- dat zij het bestaan van de ambtshalve aanslag en van de betaalde boete doelbewust heeft verborgen gehouden voor haar oversten;
- dat zij geen beroep had ingesteld tegen de ambtshalve aangifte en geen provisie had aangelegd voor het bedrag van de ambtshalve aangifte terwijl in haar klassement een door haar ondertekende aangifte was gevonden, gedateerd op 31 maart 2012;
- dat zij ingevolge deze fouten een ernstige schade heeft veroorzaakt aan eiseres nu de Luxemburgse vennootschap Robert Half SARL het bedrag van € 72.195,19 ondertussen aan de Luxemburgse BTW-administratie heeft betaald en deze vennootschap dit bedrag zal terugvorderen van eiseres op grond van de fout begaan door verweerster.

3. Verweerster betwistte de ingeroepen dringende reden. Bij exploit van 26 juni 2013 werd eiseres op verzoek van de tegenpartij gedagvaard in betaling van ondermeer:

- een opzeggingsvergoeding van € 122.338,69
- een beschermingsvergoeding van € 45.877,01
- een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht van € 45.877,01
- een pro rata eindejaarspremie van € 2.233,03
- feestdagenloon: € 202,62
- achterstallig loon: € 45.000,55
- recup 4/5: € 1.088,46

Eiseres vorderde bij tegeneis:

- terugbetaling van € 500,00 boete
- terugbetaling van de ambtshalve aanslag van € 72.195,19;

- € 164,79 schade aan bedrijfswagen;
- € 1,00 provisioneel voor aanvullende schadevergoedingen.

De Nederlandstalige Arbeidsrechtbank Brussel sprak vonnis uit op 18 oktober 2016 waarbij eiseres werd veroordeeld om aan verweerster te betalen:

- een verbrekingsvergoeding gelijk aan het loon voor 12 maanden of € 82.379,41
- een pro rato eindejaarspremie van € 2.233;
- een feestdagenloon van € 202,62;
- recuperatie 4/5 t.b.v. € 1.088,46,

te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intresten.

De tegenvordering van eiseres werd ongegrond verklaard.

Eiseres tekende hoger beroep aan tegen dit vonnis. Verweerster stelde incidenteel beroep in.

Bij arrest van 29 juni 2018 verklaarde het Arbeidshof te Brussel het hoger beroep ontvankelijk, doch ongegrond en het incidenteel beroep ontvankelijk, doch slechts gedeeltelijk gegrond. Het arbeidshof vernietigde het vonnis a quo enkel in zoverre het een opzeggingsvergoeding van € 82.379,41 had toegekend en, opnieuw rechtdoende, veroordeelde eiseres tot betaling aan verweerster van een bruto opzeggingsvergoeding van € 86.565,25, te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 17 mei 2013 tot 26 juni 2013 en met de gerechtelijke intrest vanaf 26 juni 2013;

Tegen dit arrest van 29 juni 2018 meent eiseres volgend middel tot cassatie te kunnen aanvoeren.

ENIG MIDDEL TOT CASSATIE

Geschonden wetsbepalingen

- artikelen 35, 39, §1, en 82, §3, van de wet van 3 juli 1978 *betreffende de arbeidsovereenkomsten* (verder afgekort als “Arbeidsovereenkomstenwet”), artikel 39, §1, zoals dit bestond vóór de wijziging bij de wet van 26 december 2013 en artikel 82, §3, vóór de opheffing ervan bij wet van 26 december 2013

Aangevochten beslissing

Bij het bestreden arrest van 29 juni 2018 verklaart het Arbeidshof te Brussel het hoger beroep van eiseres tegen het vonnis van 18 oktober 2016 van de Nederlandstalige Arbeidsrechtbank Brussel, waarbij eiseres werd veroordeeld om aan verweester te betalen een verbrekingsvergoeding van 12 maanden, gelijk aan € 82.379,41, een pro rata eindejaarspremie van € 2.233,00, een feestdagenloon van € 202,62 en een “recuperatie 4/5” van € 1.088,46, bedragen te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intresten, ontvankelijk doch ongegrond en het incidenteel beroep van verweester tegen voormeld vonnis van 18 oktober 2016 ontvankelijk doch slechts gedeeltelijk gegrond, doet dit vonnis teniet doch enkel voor zover het de vordering van verweester tot betaling van een opzeggingsvergoeding gegrond verklaarde voor een bedrag van € 82.379,41 opzeggingsvergoeding, en opnieuw recht doende, veroordeelt eiseres tot betaling aan verweester van € 86.565,25 bruto opzeggingsvergoeding, te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 17 mei 2013 tot 26 juni 2013 en met de gerechtelijke intrest vanaf 26 juni 2013 tot de dag van de volledige betaling, veroordeelt eiseres tevens tot afgifte van de sociale en fiscale documenten met betrekking tot het toegekende bedrag, en van een verbeterd werkloosheidsformulier C4, bevestigt het vonnis van 18 oktober 2016 in alle overige beschikkingen, en verwijst elke partij in de eigen kosten van het hoger beroep, en dit op de volgende gronden:

1.4. Het bewijs van de dringende reden

25.-

Artikel 35 achtste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet stelt als regel dat de partij die een dringende reden inroept, hiervan het bewijs dient te leveren.

Bij de beoordeling van het door de partij die de dringende reden inroept, kunnen volgende stelregels worden gehanteerd.

Het voorwerp van het bewijs zijn in eerste instantie de feiten die worden ingeroepen als dringende reden.

(vgl. Arbh. Luik 28 september 1987, Soc. Kron. 1988, 304)

De ernst van het ontslag om dringende reden vereist een vaststaand bewijs van de feiten die aan de partij die om dringende reden wordt ontslagen ten laste worden gelegd. (vgl. Arbh. Bergen 16 mei 1991, Bull. VBO 1992/2, 78).

Bijgevolg zal het arrest dat zich uitsluitend steunt op de beweringen van de partij die het initiatief nam tot het ontslag, de regels betreffende de bewijslast schenden. (vgl. Cass. 14 november 1988, Soc. Kron. 1989, 43).

Ernstige twijfel over het bestaan van de ingeroepen fout speelt in het voordeel van de ontslagen partij.

(vgl. Arbh. Brussel 16 maart 1989, T.S.R. 1989, 238; Arbh. Brussel 14 augustus 2008, J.T.T. 2009, 125).

26,-

In voorliggende betwisting is het arbeidshof van oordeel dat (eiseres) op afdoende wijze aantoon:

- dat (verweester) binnen (eiseres) minstens medeverantwoordelijk was voor het tijdig indienen van de BTW-aangifte van Robert Half Sarl bij de Luxemburgse administratie;

Aanvaard moet worden dat er minstens twijfel bestaat over het feit of (verweester) als enige hiervoor verantwoordelijk was; hierbij kan worden verwezen naar de onduidelijkheid over wie nu eigenlijk allemaal mocht gebruik maken van de USB-stick waarmee dergelijke aangifte moest gebeuren.

- dat (verweester) nagelaten heeft de BTW-aangifte van Robert Half Sarl voor het jaar 2010 tijdig bij de Luxemburgse administratie in te dienen;

- dat zij haar overste niet op de hoogte heeft gebracht van de boete wegens laattijdige aangifte die door de Luxemburgse BTW-administratie werd opgelegd, dat zij de betaling van de boete heeft goedgekeurd en laten uitvoeren;

- dat zij haar overste niet onmiddellijk op de hoogte heeft gebracht van de ambtshalve aanslag voor een bedrag van 72.195,18 euro; evenmin van de eerste herinnering in dit verband, de twee laatste herinneringen zijn immers binnengekomen tijdens de zwangerschapsrust;

- dat zij niet het nodige heeft gedaan of laten doen om deze ambtshalve aanslag te betwisten;

- dat zij geen provisie heeft aangelegd overeenkomstig de interne regels van de BVBA;

- dat zij bij vroegere evaluaties opmerkingen kreeg over orde in haar werkzaamheden en klassement.

27.-

Eveneens bewezen doch niet relevant voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het ontslag om dringende reden acht het arbeidshof:

- dat (verweerster) tegenover haar ondergeschikte(n) de boete wegens laattijdige aangifte en de ambtshalve aanslag minimaliseerde;
- dat in haar klassement een door een ondergeschikte ingevulde en door (verweerster) ondertekende BTW-aangifte met als datum 31 maart 2012 werd gevonden;
- dat (eiseres) ten gevolge van deze feiten aanzienlijke schade heeft geleden; dit laatste is immers een gevolg van de als fout ingeroepen dringende reden, maar heeft bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het ontslag geen belang;

De dringende reden moet immers niet beoordeeld worden aan de hand van het bestaan of de omvang van de eventuele schade die de werkgever ten gevolge van de tekortkoming heeft geleden.

(vgl. Arbh. Brussel 25 mei 2016, J.T.T. 2016, 359).

- de anciënniteit van (verweerster) en haar voorbeeldfunctie gelet op haar positie in de onderneming.

28.-

Naar het oordeel van het arbeidshof toont (eiseres) niet, en alleszins niet op afdoende wijze, aan dat mevrouw D.P. bij het plegen van deze feiten te kwader trouw was.

Kwade trouw moet bewezen worden.

(Eiseres) toont wel aan dat (verweerster) de ambtshalve aanslag en de opgelegde geldboete niet heeft kenbaar gemaakt, maar het feit dat dit zelfs doelbewust zou zijn gebeurd wijst niet op kwade trouw:

hoogstens kan worden aanvaard dat (verweerster) deze informatie achterhield uit vrees voor de reactie van de werkgever op deze nalatigheden.

Kwade trouw kan evenmin worden afgeleid uit het enkele feit dat (verweerster) haar ondergeschikte slechts net voor de aanvang van haar bevallingsverlof 'opzadelde' met het dossier.

1.5. De rechtmatigheid van het ontslag om dringende reden

29.-

Artikel 35 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat onder dringende reden wordt verstaan, de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

De ernstige tekortkoming vereist noodzakelijk dat het gaat om feiten die als fout kunnen worden aangemerkt.

(vgl. Cass. 23 oktober 1989, J.T.T. 1989, 432).

Dergelijke fout kan bestaan in een tekortkoming aan een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting, maar omvat ook iedere vergissing in het gedrag die een normaal voorzichtig en gewaarschuwde werknemer of werkgever niet zou begaan.

(vgl. Cass. 26 juni 2006, J.T.T. 2006, 404)

30.-

Vereist is verder dat deze tekortkoming ernstig is, in die mate dat zij elke professionele samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

Voor de afdanking om dringende reden is bijgevolg vereist dat de door de werknemer gestelde handeling van die aard is dat elk vertrouwen en geloof in het verder zetten van de contractuele verhouding onmogelijk wordt.

(vgl. Arbh. Luik 14 maart 1984, T.S.R. 1984, 483).

Door het sluiten van de arbeidsovereenkomst treden werkgever en werknemer immers in een bijzondere relatie met mekaar, waardoor de arbeidsverhoudingen gebaseerd zijn op het wederzijdse vertrouwen van partijen.

(vgl. Arbh. Brussel 8 april 1986, J.T.T. 1986, 462, noot)

De ernst van het ingeroepen motief moet beoordeeld worden in functie van de gevolgen van de tekortkoming op het vertrouwen dat de werkgever moet kunnen hebben in de werknemer. (vgl. Arbh. Antwerpen 8 april 1992, R.W. 1992-93,439); Arbh. Bergen 20 september 2005, onuitg., AR 16149, www.juridat.be)

31.-

Het is de feitenrechter die oordeelt of de aangevoerde tekortkomingen al dan niet voldoende ernstig zijn om elke professionele samenwerking tussen werknemer en werkgever definitief onmogelijk te maken, zonder dat hij evenwel het rechtsbegrip dringende reden mag miskennen.

(vgl. Cass. 15 september 1986, R.W. 1986-87, 1602; Cass. 6 november 1989, J.T.T. 1989, 482)

De rechter mag hierbij rekening houden met alle elementen die van aard zijn om zijn beslissing te ondersteunen, op voorwaarde dat hij niet de criteria wijzigt die de wet geeft aan het begrip dringende reden, door bijvoorbeeld het criterium van de proportionaliteit tussen de fout en het verlies van de betrekking toe te voegen.

(vgl. Cass. 6 juni 2016, J.T.T. 2016, 351, noot C.W.).

32.-

In voorliggende betwisting is aan de orde de vraag of de feiten die het arbeidshof als bewezen aanvaardde, een dermate zware tekortkoming uitmaken dat de professionele samenwerking tussen (verweerster) en (eiseres) onmiddellijk en definitief onmogelijk is geworden.

Naar het oordeel van het arbeidshof is in dit gegeven omstandigheden niet het geval.

33.-

Zoals hiervoor geoordeeld, acht het arbeidshof bewezen:

- dat (verweerster) binnen (eiseres) minstens medeverantwoordelijk was voor het tijdig indienen van de BTW-aangifte van Robert Half Sarl bij de Luxemburgse administratie;*
- dat (verweerster) nagelaten heeft de BTW-aangifte van Robert Half Sarl voor het jaar 2010 tijdig bij de Luxemburgse administratie in te dienen;*
 - dat zij haar overste niet op de hoogte heeft gebracht van de boete wegens laattijdige aangifte die door de Luxemburgse BTW-administratie werd opgelegd, dat zij de betaling van de boete heeft goedgekeurd en laten uitvoeren;*
 - dat zij haar overste niet onmiddellijk op de hoogte heeft gebracht van de ambtshalve aanslag voor een bedrag van 72.195,18 euro; evenmin van de eerste herinnering in dit verband, de twee laatste herinneringen zijn immers binnengekomen tijdens de zwangerschapsrust;*
 - dat zij niet het nodige heeft gedaan of laten doen om deze ambtshalve aanslag te betwisten;*
 - dat zij geen provisie heeft aangelegd overeenkomstig de interne regels van (eiseres).*

Het kan niet ernstig worden betwist dat het geheel van deze fouten beroepsfouten bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zijn.

34.-

Wanneer de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst fouten maakt, die blijken van onbekwaamheid of van nalatigheid, is dit in principe geen tekortkoming die de professionele samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

(vgl. [bv](#). Arbh. Luik 15 mei 1996, J.T.T. 1997, 136)

Wanneer de onbekwaamheid het gevolg is van een opzettelijke nonchalance die op insubordinatie neerkomt, kan zij wel een dringende reden uitmaken.

(vgl. Arbh. Brussel 26 februari 1985, J.T.T. 1985, 473; Arbh. Brussel 6 november 2015, J.T.T. 2016, 105)

Hetzelfde geldt wanneer de tekortkomingen van de werknemer getuigen van een bewuste lichtzinnigheid of het oogmerk om de werkgever bewust te benadelen.

(vgl. Arbh. Luik 15 mei 1996, J.T.T. 1997, 136; Arbh. Brussel 6 november 2015, J.T.T. 2016, 105)

35.-

Naar het oordeel van het arbeidshof maken de feiten die (eiseres) aan (verweerster) verwijt, de professionele samenwerking niet onmiddellijk en definitief onmogelijk. Deze feiten maken de professionele samenwerking tussen partijen wellicht wel op termijn, doch alszins niet onmiddellijk en definitief onmogelijk.

Deze tekortkomingen vormen immers geen opzettelijke nonchalance die op insubordinatie neerkomt, of getuigen niet van een bewuste lichtzinnigheid of het oogmerk om de werkgever bewust te benadelen.

Hoogstens kan worden aanvaard dat (verweerster) een gebrek aan beroepsernst vertoonde, en er beter aan had gedaan (eiseres) on-

middellijk op de hoogte te stellen van het feit dat zij de BTW-aangifte voor het jaar 2010 van Robert Half Sarl niet tijdig had ingediend bij de Luxemburgse BTW administratie.

2. De gevorderde vergoedingen

2.1.Opzeggingsvergoeding

36.-

Met toepassing van artikel 39 § 1 eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet dient de partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder dringende reden en zonder inachtneming van een (voldoende) opzeggingstermijn, aan de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het loon dat overeenstemt met de (eventueel resterende) duur van de opzeggingstermijn.

Voor de toepassing van deze regel dient bijgevolg onderzocht te worden welk loon (verweerster) verdiende en welke opzeggingstermijn nageleefd diende te worden.

2.1.1. Samenstelling van het jaarloon

37.-

Artikel 39 §1 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de opzeggingsvergoeding niet enkel het lopend loon behelst maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Rekening houdend met de door partijen bijgebrachte stukken en door hen ontwikkelde argumenten bepaalt het arbeidshof het jaarloon van (verweerster) 79.906,38 euro, met volgende bestanddelen:

4.660,24 euro (vaste wedde) x 13,92 = 64.870,54 euro

Variabel loon verdiend gedurende de laatste 12 maanden en vakantiegeld:

7.761,
91 euro

Voordelen in natura (privaat gebruik bedrijfswagen)

129,20 euro x 12 = 1.550,40 euro

Voordeel in natura (privaat gebruik GSM):

25,00 euro x 12 = 300,00 euro

Werkgeversbijdrage groepsverzekering: 3.355,32 euro

Werkgeversbijdrage hospitalisatieverzekering:

17,12 euro x 12 = 684,00 euro

Werkgeversbijdrage maaltijdcheques:

4,91 euro x 231 dagen = 1.134,21 euro

Ecocheques: 250,00 euro

38.-

Wat de variabele wedde betreft stelt het arbeidshof op basis van de bijgebrachte loondocumenten vast dat (eiseres) in de 12 maanden voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst 6.710,29 variabele wedde betaalde, met name 2.495,63 euro in juli 2012 en 4.214,66 euro in januari 2013.

Hierop dient het vakantiegeld te worden toegekend; impliciet doch hierin niet tegengesproken door (eiseres) becijfert (verweerster) dit vakantiegeld op 15,67 % van de variabele wedde, zodat een totaal bedrag aan veranderlijke wedde en vakantiegeld verschuldigd is van 7.761,79 euro.

Ten onrechte beroept (eiseres) zich op een bepaling in de arbeidsovereenkomst die stelt dat de toekenning van bonussen of premies een loutere gunst uitmaakt die geen verworven recht doet ontstaan.

Dergelijk beding kan immers niet tot gevolg hebben dat de voordelen die de werkgever werkelijk reeds aan de werknemer heeft toegekend, geen loon zijn. (vgl. Cass. 18 september 2000, J.T.T. 2000, 499)

39.-

Vervolgens is er het voordeel in natura dat bestaat uit het privaat gebruik van de bedrijfswagen.

Aan de orde is de vraag hoe dit voordeel in natura moet worden begroot.

Om het loon te bepalen ter berekening van de opzeggingsvergoeding moet rekening worden gehouden met de werkelijke waarde van de voordelen in natura, zodat het arrest dat de conventioneel vastgelegde waarde van het voordeel in natura in aanmerking neemt en weigert de werkelijke waarde van dat voordeel te onderzoeken, artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet schendt.

(vgl. Cass. 29 januari 1996, J.T.T. 1996, 188; Cass. 26 september 2005, Soc. Kron. 2006, 69)

De bewijslast van de werkelijke waarde van het voordeel in natura dat bestaat in de terbeschikkingstelling van een bedrijfswagen, rust op de werknemer, waarbij vastgesteld moet worden dat (verweester) geen elementen bijbrengt die het arbeidshof zouden toelaten een begroting te maken van deze werkelijke waarde.

In die omstandigheden kan enkel rekening worden gehouden met het bedrag waarvan (eiseres) erkent dat het als begroting van het voordeel in natura kan worden weerhouden, te weten 129,20 euro per maand.

40.-

Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor het voordeel in natura dat bestaat in de terbeschikkingstelling van een GSM.

Er kan enkel rekening worden gehouden met het bedrag waarvan (eiseres) erkent dat het als begroting van het voordeel in natura kan worden weerhouden, te weten 25,00 euro per maand.

41.-

Indien (verweerster) vordert dat in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding een vergoeding voor structurele overuren met vakantiegeld en een groepsverzekering bonusplan, dient zij aan te tonen recht te hebben op deze voordelen.

Zij levert hiervan niet en alleszins niet op afdoende wijze het bewijs, zodat met deze voordelen geen rekening kan worden gehouden.

2.1.2. Opzeggingstermijn

42.-

Bij ontstentenis van akkoord tussen partijen dient de na te leven opzeggingstermijn, te betalen opzeggingsvergoeding met toepassing van artikel 82 § 3 en artikel 39 § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaald te worden door de rechter.

De opzeggingstermijn moet bepaald worden met inachtneming van de op het tijdstip van de opzegging voor de bediende bestaande kans om een gelijkwaardige en passende betrekking te vinden, rekening houdend met de hiernavolgende criteria:

<i>anciënniteit:</i>	<i>13 jaar en 3 maanden</i>
<i>leeftijd:</i>	<i>38 jaar en 11 maanden</i>
<i>functie:</i>	<i>finance manager</i>
<i>loon:</i>	<i>79.906,38 euro</i>

mede in acht genomen de gegevens eigen aan de zaak.

(vgl. Cass. 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass. 3 februari 1986, J.T.T. 1987, 58; Cass. 4 februari 1991, R.W. 1990-91, 1409; Cass. 9 mei 1994, Arr. Cass. 1994, 461; Cass. 2 december 2002, Soc. Kron. 2003, 166; Cass. 3 februari 2003, J.T.T. 2003, 262; Cass. 5 januari 2009, nr. 5.08.0086.N)

Rekening houdend met hogervermelde criteria heeft (verweerster) recht op een opzeggingstermijn of daarmee overeenstemmende vergoeding van 13 maanden.

2.1.3. Opzeggingsvergoeding

42.-

Met als uitgangspunten een jaarloon van 79.906,38 euro en een na te leven opzeggingstermijn van 13 maanden, heeft (verweerster) recht op betaling door (eiseres) een opzeggingsvergoeding van 86.565,25 euro, becijferd als volgt:

79.906,38 euro (jaarloon x 13/12.

Grief

1.1. Artikel 35, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat elke partij de overeenkomst zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn kan beëindigen om een dringende reden die aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten en onverminderd alle eventuele schadeloosstellingen.

Onder dringende reden wordt, overeenkomstig artikel 35, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, verstaan de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

Ontslag om een dringende reden mag ingevolge het derde lid van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet niet meer zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept.

Luidens het achtste lid van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet dient de partij die een dringende reden inroept, hiervan het bewijs te leveren.

1.2. Wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten, dan is de partij die de overeenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de opzeggingstermijn vastgesteld in artikel 82, ingevolge artikel 39, §1, van de Arbeidsovereenkomstenwet gehouden de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn.

2. Het feit dat het ontslag zonder opzegging rechtvaardigt, is de tekortkoming met in achtneming van alle omstandigheden die daarvan een dringende reden kunnen maken.

De rechter moet rekening houden met de omstandigheden die in de ontslagbrief zijn aangevoerd om de erin opgegeven reden toe te lichten.

Artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet vereist niet dat de ernstige tekortkoming aan de werkgever schade heeft berokkend.

Niets belet echter dat de bodemrechter bij de beoordeling van de ernst van de tekortkoming ook nagaat of de tekortkoming aan de werkgever nadeel heeft berokkend of dat hij daardoor schade heeft geleden.

De rechter mag immers, voor zover hij de criteria niet wijzigt die de wet aan het begrip “dringende reden” toekent, rekening houden met alle elementen die zijn beoordeling kunnen staven.

3.1. Het bestreden arrest stelt vast dat eiseres op afdoende wijze aantoont:

- dat verweerster binnen de onderneming van eiseres medeverantwoordelijk was voor het tijdig indienen van de BTW-aangifte van Robert Half SARL bij de Luxemburgse administratie;
- dat verweerster nagelaten heeft de BTW-aangifte van Robert Half SARL voor het jaar 2010 tijdig bij de Luxemburgse administratie in te dienen;
- dat zij haar overste niet op de hoogte heeft gebracht van de boete wegens laattijdige aangifte die door de Luxemburgse BTW-administratie werd opgelegd, dat zij de betaling van de boete heeft goedgekeurd en laten uitvoeren;
- dat zij haar overste niet onmiddellijk op de hoogte heeft gebracht van de ambtshalve aanslag voor een bedrag van 72.195,18 euro; evenmin van de eerste herinnering in dit verband, de twee laatste herinneringen zijn immers binnengekomen tijdens de zwangerschapsrust;
- dat zij niet het nodige heeft gedaan of laten doen om deze ambtshalve aanslag te betwisten;
- dat zij geen provisie heeft aangelegd overeenkomstig de interne regels van de BVBA (bestreden arrest p. 13-14, nr. 26 en p. 17, nr. 33).

Het arbeidshof oordeelde *dat het geheel van deze fouten beroepsfouten bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zijn* (bestreden arrest p. 17, nr. 33, laatste lid).

3.2. In haar *“aanvullende en syntheseconclusie in hoger beroep”* benadrukte eiseres dat de feiten ernstig zijn vermits eiseres, als gevolg van de hierboven vermelde fouten, een **ernstige schade** heeft geleden nu Robert Half SARL een bedrag van € 72.195,19 heeft moeten betalen aan de Luxemburgse BTW-administratie, bedrag dat gefactureerd werd aan eiseres aangezien zij – via de tussenkomst van verweerster - verantwoordelijk was voor het tijdig neerleggen van de BTW-aangifte (*“aanvullende en syntheseconclu-*

sie in hoger beroep”, gedagtekend op 28 februari 2018, p. 28 e.v., randnr. A.2.2.2., meer bepaald p. 29, laatste punt en p. 30, eerste lid).

Het bestreden arrest stelt in dit verband vast dat *eveneens bewezen (is) doch **niet relevant** voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het ontslag om dringende reden:*

(...)

- *dat (eiseres) ten gevolge van deze feiten **aanzienlijke schade** heeft geleden; dit laatste is immers een gevolg van de als fout ingeroepen dringende reden, maar heeft bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het ontslag geen belang.*

De dringende reden moet immers niet beoordeeld worden aan de hand van het bestaan of de omvang van de eventuele schade die de werkgever ten gevolge van de tekortkoming heeft geleden (vgl. Arbh. Brussel 25 mei 2016, J.T.T. 2016, 359) (arrest 29.06.2018, p. 14-15, nr. 27).

Het arbeidshof stelde nochtans vast dat het geheel van de feiten, hoger weergegeven onder randnummer 3.1, **beroepsfouten** uitmaken bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

Niets belet dat de rechter, die oordeelt dat de werknemer een fout heeft begaan, bij de beoordeling van de ernst van die tekortkoming ook nagaat of de werkgever daardoor schade heeft geleden nu het feit dat het ontslag zonder opzegging rechtvaardigt, de tekortkoming is met in achtneming van alle omstandigheden die daarvan een dringende reden kunnen maken.

Het arbeidshof kon dan ook niet naar recht beslissen dat het feit dat eiseres ten gevolge van deze feiten aanzienlijke schade heeft

geleden, **“niet relevant”** is voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het ontslag om dringende reden louter omdat die **“aanzienlijke schade”** een gevolg is van de als fout ingeroepen dringende reden en de dringende reden niet moet worden beoordeeld aan de hand van het bestaan of de omvang van de schade die de werkgever ten gevolge van de tekortkoming heeft geleden.

Het feit dat het ontslag zonder opzegging rechtvaardigt, is immers de tekortkoming met inachtneming van alle omstandigheden die daarvan een dringende reden kunnen maken en het louter feit dat de **“aanzienlijke schade”** een gevolg is van die tekortkoming, belet op zichzelf niet dat hiermee bij de beoordeling van de ernst van de tekortkoming wel degelijk rekening mag worden gehouden.

Het bestreden arrest dat nalaat de door eiseres ingeroepen aanzienlijke schade te betrekken in de beoordeling van de ernst van de bewezen feiten die als dringende reden werden aangevoerd louter omdat die aanzienlijke schade een gevolg was van de als fout ingeroepen dringende reden, miskent aldus het begrip “dringende reden”. Door op die gronden te beslissen dat de feiten die eiseres aan verweerster verwijt, de professionele samenwerking niet onmiddellijk en definitief onmogelijk maken, heeft het arbeidshof het artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet geschonden.

Door op die gronden met toepassing van de artikelen 39, §1, en 82, §3, van de Arbeidsovereenkomstenwet eiseres te veroordelen tot betaling aan verweerster van een opzeggingsvergoeding van € 86.565,20, heeft het arbeidshof tevens de artikelen 39, §1 en 82, §3, van de Arbeidsovereenkomstenwet geschonden.

TOELICHTING

Het feit dat het ontslag zonder opzegging rechtvaardigt is de tekortkoming met in achtneming van alle omstandigheden die daarvan

een dringende reden kunnen maken. De rechter moet rekening houden met de omstandigheden die in de ontslagbrief zijn aangevoerd om de erin opgegeven reden toe te lichten (Cass. 16 april 2018, J.T.T. 2018, 293; Cass. 26 oktober 2009, Arr. Cass. 2009, 2486; Cass. 20 november 2006, Arr. Cass. 2006, 2375).

Artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet vereist niet dat de ernstige tekortkoming aan de werkgever schade heeft berokkend (Cass. 6 maart 1995, Arr. Cass. 1995, 268).

Niets belet echter dat de rechter bij de beoordeling van de ernst van de tekortkoming ook nagaat of de tekortkoming aan de werkgever nadeel heeft berokkend of dat hij daardoor schade heeft geleden (Cass. 28 april 1997, Arr. Cass. 1997, 495).

Voor zover hij de criteria niet wijzigt die de wet aan het begrip “dringende reden” toekent, mag de rechter immers rekening houden met alle elementen die zijn beoordeling kunnen staven (Cass. 6 juni 2016, Arr. Cass. 2016, 1287; J.T.T. 2016, 351, noot C.W.).

Het enkel feit dat artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet niet vereist dat de ernstige tekortkoming aan de werkgever schade berokkent, sluit niet uit dat de rechter met die schade rekening mag houden bij de beoordeling van de ernst van de aangevoerde tekortkoming. Wanneer de tekortkoming een nadeel berokkent aan de werkgever, mag de rechter hiermee uiteraard rekening houden bij de beoordeling van de ernst van de tekortkoming. Het belang van het nadeel kan de beoordeling van de ernst van de tekortkoming immers beïnvloeden (V. Vannes, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 906, litt. C; Cl. Wautiez, *Le congé pour motif grave*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 19, nr. 12).

BIJ DEZE BESCHOUWINGEN,

Besluit voor eiseres ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie dat het U behage, Hooggeachte Dames en Heren, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak en partijen te verwijzen naar een ander arbeidshof, kosten als naar recht.

Brussel, 30 november 2018.