

rep.nr.

2011/3095

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 25 NOVEMBER 2011

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

NEW IMMO SERVICE BVBA, met maatschappelijke zetel te
1933 STERREBEEK, Mechelsesteenweg 222,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. SERVVRANCKX Wilfried, advocaat te 1970
WEZEMBEEK-OPPEM, Mechelsesteenweg 105.

Tegen:

M
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door
mr. DE KETELAERE Tim loco mr. DE KETELAERE Jacques, advocaat te
3000 LEUVEN, Bondgenotenlaan 155 A.

*

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaarde afschriften van de bestreden vonnissen, uitgesproken op tegenspraak op 19 januari 2009 en 21 september 2010 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 17008/07).
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 24 november 2010;
- de conclusie voor de appellante, neergelegd ter griffie op 20 juni 2011,
- de conclusie voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 23 maart 2011;
- de voorgelegde stukken;

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 28 oktober 2011, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd werd mevrouw. M op 12 juni 2006 door de bvba New Nimmo Service aangeworven als bediende. Er gold een proefbeding van 6 maanden.

Artikel 2 vermeldt volgende taken: *algemene administratieve en commerciële taken: onthaal en begeleiding klanten, beantwoorden van telefonische oproepen, prospectie panden (te koop/te huur), opstellen publiciteit, agendabeheer en dit zonder enige beperkingen.*

Bij aangetekend schrijven van 15 november 2006 werd ze in gebreke gesteld omwille van een ongerechtvaardigde afwezigheid op 14 november 2006.

Op 27 december 2006 werd ze opnieuw in gebreke gesteld voor een ongerechtvaardigde afwezigheid vanaf 20 december 2006.

Op 29 december 2006 liet de werkgever een aantal dossiers bij haar ophalen en ze overhandigde hem dan een medisch attest voor een ziekte van 20 december 2006 tot 1 januari 2007; het verlaten van de woning was niet toegelaten.

2. Bij aangetekende brief van 29 december 2006 werd ze ontslagen met dringende redenen, die werden gepreciseerd als volgt:

- *heden, 29 december 2006, word ik toevallig in het bezit gesteld van een doktersattest van 21 december 2006 waaruit zou moeten blijken dat U ziek bent met ingang van 20 december. Vanaf deze datum waart U zonder enige opgave van reden of mededeling van een verantwoordingsdocument onwettig afwezig.*
Het is slechts doordat ik heden een medewerkster naar uw woning heb gestuurd om dossiers op te halen dat ik 'en passant' het medisch attest heb bekomen. U waart dus waarschijnlijk niet zinnens mij dit te laten geworden en uiteraard niet binnen de wettelijke termijn die reeds lang was verstreken.
- *reeds bij mijn aangetekend schrijven van 15 november 2006 heb ik U gewezen op Uw onwettige afwezigheid op 14 en 15 november. Het is dus niet de eerste maal dat deze feiten zich voordoen.*
- *Naderhand heb ik bovendien vernomen via derden dat U tijdens deze periode van onwettige afwezigheid zou gewerkt hebben – in elk geval een cursus zou gevolgd hebben – bij Century 21, kantoor Imox te Zaventem, zijnde dus een rechtstreekse concurrent van New Immo Service: Van loyaliteit gesproken!*
- *Tijdens mijn afwezigheid in het buitenland hebt U in de loop van de maand oktober cash gelden ontvangen ten belope van 975 euro uit hoofde van huurgelden. Tot op heden en dit niettegenstaande diverse aanmaningen van mij en in aanwezigheid van getuigen, hebt U geweigerd vermeld bedrag over te maken aan New Immo Service. Erger zelfs, U hebt toegegeven dit bedrag te hebben gestort op Uw persoonlijke bankrekening: het betreft dus duidelijk*

een geval van misbruik van vertrouwen en huisdiefstal. Desgevallend zal klacht worden ingediend bij de Procureur des Konings.

- Er werd eveneens vastgesteld dat U, zonder akkoord of voorafgaand overleg en zonder dat U hiertoe enige bevoegdheid hebt, bestellingen doet om in naam van New Immo Service publiciteit te laten plaatsen op onze kosten. Deze kosten zullen u worden meegedeeld en dienen door U te worden terugbetaald.
- Heden verneem ik van garage Renault (Schrevels) te Herent dat U aldaar een autosleutel hebt besteld op naam van New Immo Service met een kostprijs van ongeveer 200 euro. De garage laat mij weten dat U op 15 december aldaar de sleutel diende te laten coderen. Deze bestelling is gebeurd buiten ons medeweten zodat de kosten hiervan U eveneens worden aangerekend.
- Meermaals heb ik moeten vaststellen dat de firmawagen, die U mag gebruiken voor de dienstverplaatsingen, door U voor gebruik wordt uitgeleend aan Uw echtgenoot en onbevoegde derden die hiervan misbruik hebben gemaakt. Zo heb ik moeten vaststellen dat U in de loop van november met tankkaart van de firma 3 opeenvolgende dagen hebt getankt!! Ofwel hebt U met het voertuig overdreven en onnodige verplaatsingen uitgevoerd of laten uitvoeren door derden of hebt U de tankkaart gebruikt om voertuigen van derden te bevoorraden: in elk geval gaat het om een duidelijk geval van misbruik van vertrouwen.
- Zelfde scenario voor wat het misbruik van het GSM-toestel betreft dat in principe enkel voor dienstzaken kan worden gebruikt. Aldus heb ik moeten vaststellen dat dit ten overvloede (wel 350 maal) werd gebruikt om deel te nemen aan idiote spelletjes (0900-nummers) met alle kosten vandien en dit zowel tijdens het weekend als tijdens de werkuren.
- Idem voor wat betreft de P.C. op kantoor: er werd nu vastgesteld dat deze werd gebruikt voor privé chatsessies en downloaden van muziek, alsook het versturen van privé emailverkeer en het consulteren van internetsites die niets met het werk te maken hebben.
- Ik stel vast dat U nog steeds de sleutels achterhoudt van het pand te Zaventem, Heidestraat 14 wat voor gevolg heeft gehad dat een bezoek met een kandidaat-huurder op 29 december niet kon doorgaan. U wordt bij deze aangemaand om de sleutels binnen de 24 uur vanaf heden binnen te brengen op kantoor, onder voorbehoud van alle schade terzake.
- Ik verneem eveneens dat U op eigen houtje contacten hebt gehad met diverse kandidaat-kopers waarbij U een pand te koop hebt aangeboden niettegenstaande dit reeds was verkocht aan iemand anders. (cfr. Driesstraat 13 te Everberg).

Daarna volgt een aanmaning om de bedrijfsgoederen terug te brengen, een bedrag van € 975 terug te storten en niet in dienst te treden bij een concurrerende firma.

Op 5 januari 2007 zond New Immo Service een aangetekende brief met bijkomende verwijten.

Bij aangetekende brief van 8 januari 2007 betwistte mevrouw M. het ontslag om dringende reden, waarna New Immo Service bij antwoordbrief van 20 januari 2007 nog een reeks aanvullende verwijten overmaakte.

Op 1 februari 2007 stelde de raadsman van New Immo Service mevrouw N. in gebreke om de bedragen van € 975 en € 385 terug te storten; de dringende redenen werden bevestigd en gehandhaafd.

3. Op 3 januari 2007 legde de zaakvoerder van New Immo Service klacht neer bij de politie te Zaventem wegens huisdiefstal. Nadat mevrouw M hierover werd ondervraagd, werd de klacht zonder gevolg gerangschikt.

4. Partijen kwamen dus niet tot een oplossing, zodat mevrouw M op 19 november 2007 New Immo Service dagvaardde voor de arbeidsrechtbank te Brussel in betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van 3 maanden of € 8.010
 - een eindejaarspremie van € 2.000
 - feestdagenloon van € 90,91
 - vakantiegeld einde dienst van € 1 provisioneel,
- meer de intresten en de kosten.

Tevens werd de afgifte van de sociale en fiscale documenten gevraagd onder verbeurte van een dwangsom.

New Immo Service stelde bij besluiten van 21 maart 2008 een tegenvordering in betaling van achtergehouden huurgelden van € 975 en achtergehouden huurwaarborg van € 385.

5. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 19 januari 2009 werd de dringende reden niet erkend wegens laattijdigheid, maar werden de debatten heropend om de einddatum van de proefperiode te vernemen; de bvba New Immo Service werd reeds veroordeeld tot betaling van het feestdagenloon van € 90,91 en € 1 provisioneel wegens vakantiegeld einde dienst; de vordering eindejaarspremie werd wegens het ontbreken van rechtsgrond ongegrond verklaard.

Ook in verband met de tegenvordering werden de debatten heropend om New Immo Service toe te laten de juiste grondslag (arbeidsovereenkomst of misdrijf) mee te delen.

Bij vonnis van 21 september 2010 werd New Immo Service veroordeeld tot betaling van € 8.010 bruto meer de intresten wegens opzeggingsvergoeding; de tegenvordering werd ontvankelijk en gegrond verklaard. Elke partij diende de eigen kosten te dragen.

6. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 24 november 2010, tekende de bvba New Immo Service hoger beroep aan tegen de vonnissen van 19 januari 2009 en 21 september 2010 om de hoofdvordering te zien afwijzen als ongegrond.

Mevrouw M tekende incidenteel beroep aan in zoverre haar oorspronkelijke hoofdvordering niet werd toegewezen en ze preciseerde deze posten als volgt:

- eindejaarspremie € 1.153,40
 - feestdagenloon € 106,47
 - vakantiegeld einde dienst € 4.914,94
- meer de intresten op bruto en de kosten
- afgifte sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom van € 1.250 per ontbrekend document en per dag vertraging

Ze vraagt tevens dat de aanbetaling van € 2.560 bruto eerst zou aangerekend worden op de gerechtskosten en de intresten.

In het beschikkend gedeelte maakt ze geen gewag van de toegekende tegenvordering, maar uit haar conclusies blijkt dat ze ook op dat punt incidenteel

beroep aantekent en vraagt dat deze zou worden afgewezen als zijnde niet toelaatbaar, minstens ongegrond.

II. BEOORDELING.

1. Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hogere beroep van New Immo Service tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is daardoor ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De dringende reden.

De tijdigheid en de drie werkdagentermijn.

2. Op grond van artikel 35, 3^o lid van de arbeidsovereenkomstenwet mag een ontslag om dringende reden niet meer worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept.

De termijn van 3 werkdagen begint te lopen vanaf het ogenblik waarop de partij die ontslag betekent, voldoende kennis heeft van de feiten (Cassatie, 23 mei 1973, JTT 1973, 212 en Cassatie, 11 januari 1993, JTT 1993, 58).

Deze termijn neemt slechts een aanvang, nadat degene die de bevoegdheid heeft om tot ontslag over te gaan, van de feiten kennis heeft gekregen (Cass. 24 juni 1996, R.Cass. 1997,35; Cass. 7 december 1998, R.W. 1999-2000, 848).

Op grond van artikel 35 achtste lid van de arbeidsovereenkomstenwet moet de partij die een dringende reden inroept bewijzen dat zij de termijn van artikel 35 derde lid en vierde lid geëerbiedigd heeft.

Wanneer het arbeidsgerecht de tijdigheid van het ontslag om dringende redenen moet beoordelen, dient het alleen te onderzoeken of de aangevoerde kennis van het feit niet meer dan drie werkdagen bestond en doet het daarbij nog geen uitspraak over het bestaan van de feiten en het zwaarwichtig karakter ervan (cfr. Cassatie, 19 maart 2001, JTT 2001, 249).

3. De eerste rechter onderzoekt de realiteit van de dringende redenen in verband met de afwezigheid sinds 20 december 2006 en in verband met de andere redenen en leidt daaruit af dat deze niet correct zijn, zodat de tijdigheid van het ontslag niet wordt aanvaard.

4. Het laatst ingeroepen feit betreft de zogenaamde onwettige afwezigheid sinds 20 december 2006, waarvan de werkgever kennis kreeg door het ophalen van het doktersattest op 29 december 2006. Het ontslag volgde op dezelfde datum, zodat het alleszins binnen de 3 werkdagen na kennisname werd gegeven. Het ontslag is dan ook tijdig.

De overige elementen hebben betrekking op de grond van de dringende reden, die hierna zal worden onderzocht.

De grond van de dringende reden.

5. Artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet omschrijft de dringende reden als de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk onmogelijk maakt.

Hieruit volgt dat 3 voorwaarden cumulatief aanwezig moeten zijn:

- er moet een ernstige tekortkoming zijn van de werknemer,
- die elke professionele samenwerking onmogelijk maakt,
- en dit op een bijzondere manier met name onmiddellijk en definitief.

Artikel 35 laatste lid van de arbeidsovereenkomstenwet zegt dat de partij die een dringende reden inroept hiervan het bewijs dient te leveren.

Naast het foutief karakter zal de rechter dus tevens de ernst van de tekortkoming dienen te beoordelen (cfr. Mallie J., noot onder Arbh. Brussel, 20.6.1980, T.S.R. 1981,41).

Bij de beoordeling van een dringende reden dient uiteraard rekening te worden gehouden met de omstandigheden eigen aan de zaak. Het feit dat het ontslag om dringende reden rechtvaardigt, is immers het feit met inachtneming van alle omstandigheden die het feit het karakter van een zwaarwichtig motief geven (Cass., 13 december 1982, Arr. Cass., 1982-1983, 504; Cass., 16 juni 1971, JTT 1972, 37; Cass., 23 mei 1973, JTT 1973, 212).

6. Terecht heeft de eerste rechter vastgesteld dat New Immo Service via een e-mail dd. 20 december 2006 van de collega van mevrouw M op de hoogte was gebracht van haar ziekte. Door de (zij het laattijdige) afgifte van het medisch attest was er op 29 december 2006 alleszins geen sprake van een onwettige afwezigheid.

Hoogstens kan men aan mevrouw M verwijten dat ze na de vraag dd. 27 december 2006 van de werkgever om een medisch attest binnen te brengen, ze hieraan laattijdig gevolg heeft gegeven, en dit niettegenstaande ze hierop eerder al was gewezen bij brief van 15 november 2006.

Een ontslag met dringende reden is de zwaarste sanctie, die enkel kan toegepast worden wanneer de samenwerking onmiddellijk onmogelijk is.

De wetgever heeft voor het laattijdig binnen brengen van een medisch attest een specifieke en minder zware sanctie voorzien in art. 31 §2 derde lid van de arbeidsovereenkomstenwet, met name het verlies van het gewaarborgd loon.

De laattijdigheid wordt daarom door de rechtspraak gewoonlijk niet als dringende reden aanvaard (C. Engels, *Ontslag wegens dringende reden*, reeks Recht en praktijk, nr. 46, 2006, 113; Arbh. Brussel 6 september 1988, JTT 1988, 384 met noot).

7. De overige ingeroepen redenen waren reeds langer aan de werkgever bekend, zodat ze op zichzelf gezien buiten de termijn van 3 werkdagen vallen. Ze kunnen echter alleszins op zich genomen of in hun samenhang gezien geen ontslag met dringende redenen verantwoorden of aan de laattijdigheid in verband met het binnenbrengen van het medisch attest het karakter geven van een dringende reden.

Immers, amper 2 weken voor het ontslag was de proefperiode verstreken en de werkgever oordeelde het niet nodig om tijdens de proeftijd een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst, zodat aangenomen mag worden dat mevrouw M. voldeed. De nadien bijeen verzamelde feiten komen dan ook wat kunstmatig over.

8. Bovendien worden deze bijkomende elementen grotendeels betwist, zonder dat New Immo Service een afdoende bewijs van haar standpunten aanbrengt.

- Mevrouw M. haalt aan dat ze haar werkgever op de hoogte gebracht had dat ze gecontacteerd was door Century 21, waarna New Immo Service haar had aangeraden dit gesprek te voeren. Hoewel in de briefwisseling dikwijls wordt verwezen naar getuigen, wordt geen ter zake dienend getuigenaanbod gedaan.
- Mevrouw M. betwist de huurgelden van € 975 niet te hebben teruggegeven; in het zonder gevolg gerangschikte strafdossier zegt ze dat ze dit cash heeft teruggegeven bij het afhandelen van de lopende zaken. New Immo Service verwijst ook hier naar niet nader genoemde getuigen, maar doet geen getuigenaanbod. Het feit wordt niet bewezen.
- Mevrouw M. beweert wel toestemming te hebben bekomen om de bewuste publiciteit te plaatsen. In art. 2 van de arbeidsovereenkomst wordt uitdrukkelijk als taak vermeld: *opstellen publiciteit*.
- Het laten bijmaken van een reservesleutel werd door de eerste rechter terecht niet als fout aangemerkt; alleszins wordt geen bewijs voorgelegd dat de werkgever hiervoor verbod zou hebben opgelegd of dat hij geen toestemming zou hebben gegeven.
- In verband met het ingeroepen onrechtmatig gebruik van de bedrijfswagen, de GSM en de PC wordt geen policy of andere instructies voorgebracht, waaruit zou blijken dat het privégebruik uitdrukkelijk verboden was; integendeel in art. 14 van de arbeidsovereenkomst wordt uitdrukkelijk bepaald dat de bedrijfswagen door de werknemer mag worden gebruikt; New Immo Service betwist overigens evenmin de becijfering van het basisloon voor de opzeggingsvergoeding, waarin het privégebruik van de wagen en de GSM is opgenomen.
- Uit het dossier blijkt dat mevrouw M. haar boetes terugbetaalde; in de immobiëlesector is het aannemelijk dat heel wat kilometers moeten gereden worden; het niet aangetoonde feit dat in november gedurende 3 opeenvolgende dagen zou zijn getankt (men brengt enkel een afrekening van december voor), toont nog geen excessief gebruik van de wagen aan.
- Wat betreft het voorgehouden misbruik van GSM en P.C. worden geen stukken voorgelegd.
- De moeilijkheid in verband met het bezoek aan een pand op 29 december 2006 situeerde zich in de ziekteperiode van mevrouw M.
- Betreffende moeilijkheden rond de verkoop van Driesstraat 13 te Everberg worden geen stukken voorgelegd.

New Immo Service heeft na het ontslag nog bijkomende elementen gezocht, die hoogstens zouden kunnen in overweging genomen voor de beoordeling van de zwaarwichtigheid van een als bewezen weerhouden feit. Uit wat hierboven werd vastgesteld volgt dat een dergelijk bewezen feit niet aanwezig is. De bijkomende elementen, waaronder de afrekening van de waarborg van € 385, houden alleszins geen verband met het laattijdig binnenbrengen van het doktersattest en doen geen afbreuk aan de beoordeling van de dringende reden.

Hieruit vloeit voort dat de dringende reden niet kan weerhouden worden.

9. Aangezien de dringende reden niet kan worden aanvaard, maakt mevrouw M terecht aanspraak op een opzeggingsvergoeding van € 8.010, zijnde een vergoeding overeenstemmend met de minimum opzeggingstermijn van 3 maanden, niet betwist zijnde dat de proefperiode verstreken was.

De becijfering van het gevorderde bedrag wordt niet betwist.

Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

Pro rata eindejaarspremie

10. Terecht maakt mevrouw M aanspraak op een pro rata eindejaarspremie, daar niet betwist wordt dat New Immo Service ressorteert onder het paritair comité 218.

Artikel 5 van de CAO van 29 mei 1989 betreffende de arbeids- en loonsvoorwaarden in dit paritair comité (K.B. 6 augustus 1990, B.S. 31 augustus 1990) voorziet in het recht op uitbetaling van een pro rata eindejaarspremie en mevrouw M voldoet aan de in dit artikel gestelde voorwaarden.

De dringende reden wordt niet weerhouden en ze heeft een anciënniteit van meer dan 6 maanden.

De becijfering van het gevorderde bedrag wordt ook hier niet betwist.

Het incidenteel beroep is op dit punt gegrond.

Feestdagenloon en vakantiegeld hierop

11. Op grond van artikel 14 van het KB van 18 april 1974 heeft zij eveneens recht op betaling van het loon voor de feestdagen die vallen in de periode van 30 dagen volgend op het einde van de arbeidsovereenkomst, zodat ze terecht betaling van de feestdag van 1 januari 2007 vordert, waarvan de becijfering evenmin wordt betwist.

Ze vraagt bijkomend vakantiegeld hierop.

Het hoger beroep is ongegrond; het incidenteel beroep gegrond.

Vakantiegeld einde dienst

12. Reeds voor de eerste rechter had New Immo Service niet betwist dit onderdeel verschuldigd te zijn. Ze brengt geen grieven voor tegen dit onderdeel; de becijfering op € 4.914,94 van het vakantiegeld wordt door haar niet betwist.

Het hoger beroep is ongegrond.

Sociale en fiscale documenten

13. Mevrouw M heeft recht op de afgifte van de gevraagde sociale en fiscale documenten; de eerste rechter oordeelde terecht dat er geen redenen worden aangevoerd die verantwoorden dat deze veroordeling zou moeten worden opgelegd onder verbeurte van een dwangsom.

Dit onderdeel wordt onvermeld gelaten in de beschikkende gedeelten van de bestreden vonnissen, zodat deze in die zin moeten worden aangevuld.

Het incidenteel beroep is in die zin gegrond.

Intresten en aanrekening van in consignatie gegeven bedrag

14. Artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen bepaalt dat de rente ingevolge de loonbeschermingswet berekend wordt op het loon vooraleer de in artikel 23 van deze wet bedoelde inhoudingen in mindering zijn gebracht, maar deze bepaling kon volgens artikel 90 § 1 van de wet van 26 juni 2002 slechts in werking treden op een door de Koning te bepalen datum, wat gebeurde door de artikelen 1 en 2 van het K.B. van 3 juli 2005 (inwerkingtreding op 1 juli 2005 op de lonen waarvan de betaling inging vanaf die datum).

Door de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (B.S. 16 juni 2008) werd het Koninklijk Besluit van 3 juli 2005 bekrachtigd.

Hieruit volgt dat de intresten op de toegekende loonbedragen dienen berekend te worden op de brutobedragen, daar de tewerkstelling beëindigd werd op 29 december 2006 zijnde na 1 juli 2005. Dit geldt niet voor de vakantiegelden, die niet onder de loonbeschermingswet vallen.

15. Mevrouw M maakt zonder hierin te worden tegengesproken, melding van een op 24 februari 2011 in consignatie gegeven bedrag van € 2.560. Deze som dient eerst te worden aangerekend op de gerechtskosten en dan op de intresten.

Tegenvordering

16. De eerste rechter heeft in het tussenvonnis van 19 januari 2009 terecht de (contractuele) verjaring van de tegenvordering vastgesteld, rekening houdend met art. 15 van de arbeidsovereenkomstenwet, maar baseerde zich in het eindvonnis van 21 september 2010 evenzeer terecht op de delictuele verjaringstermijn, gelet op het misdrijf van huisdiefstal wegens de door mevrouw M ontvangen maar door haar niet teruggegeven bedragen.

De feitenrechter is er immers toe gehouden het geschil te beslechten in overeenstemming met de rechtsregel die daarop van toepassing is. Hij moet met inachtneming van het recht van verdediging ambtshalve de rechtsmiddelen aanvoeren waarvan de toepassing wordt bevolen die door de partijen zijn aangevoerd tot staving van hun eisen (Cass. 14 april 2005, JT 2005, 659 met noot Van Compennolle; JLMB 2005, 8 156 met noot De Leval; RABG 2005, 1663 met noot Verbeke; Pas 2005, 862 met conclusie Openbaar Ministerie).

Daarmee is het Hof van Cassatie afgestapt van het klassieke concept dat de rechter gehouden is uitspraak te doen op grond van de aangevoerde feiten en met inachtneming van de juridische omschrijving die de partijen daaraan gegeven hebben.

Zo de partijen een verkeerde omschrijving hebben gegeven aan de door hen ingeroepen feiten, dient de rechter deze te vervangen door de juiste juridische omschrijving; dit is voor de rechter een verplichting, waardoor het Hof van Cassatie het feitelijk oorzaakbegrip van de burgerlijke rechtsvordering bekrachtigde

(Jaarverslag Hof van Cassatie 2005, 90; L. Eliaerts, *Loon als schadeherstel ex delicto: revisited*, Soc. Kron 2008, 438).

In overeenstemming met artikel 26 V.T. Sv. verjaart de burgerlijke rechtsvordering volgens de regels van het burgerlijk wetboek of van de bijzondere wetten die van toepassing zijn op de rechtsvordering tot vergoeding van schade, zonder dat zij kan verjaren voor de strafvordering.

Aldus is de vijfjarige verjaringstermijn van toepassing, in zoverre het misdrijf van huisdiefstal bewezen is. In die zin is de tegenvordering niet verjaard.

17. De eerste rechter weerhield huisdiefstal in verband met de door mevrouw M van haar werkgever achtergehouden bedragen van € 975 en € 385.

Wat het eerste bedrag betreft, bewijst New Immo Service het materieel element van het misdrijf niet. Mevrouw M verklaart immers in het PV van verhoor van 7 maart 2007 aan de politie van Leuven: *Bij het afhandelen van de lopende zaken, heb ik Van Eijcken het bedrag van 925 Euro contant ter hand gesteld, dit was ongeveer één maand later. Ik overhandig u een outprint waar dit bedrag op vermeld is. Het betreffende bedrag is niet van mijn rekening gegaan, daar ik voldoende cash in huis had en het daarvan meegenomen heb.*

Anders is het met de door haar ontvangen waarborg van € 385, waarover ze verklaart:

Het bedrag van 385 Euro betreft de eerste maand huur van een studio welke ik heb ontvangen. Dit geld is nog steeds in mijn bezit...

Ze erkent dat ze dit bedrag niet aan haar werkgever heeft overgemaakt zodat ze dit zich wetens en willens heeft toegeëigend, waardoor ze zich schuldig maakt aan (huis)diefstal.

Het bedrieglijk opzet bestaat immers, wanneer men zich de zaak toe-eigent tegen de wil van de eigenaar en ze niet teruggeeft (A. De Nauw, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht – Misdrijven en wanbedrijven tegen eigendom; diefstal en afpersing*, nr. 386, p. 305).

Ze werd bovendien in de aangetekende brief van haar werkgever van 5 januari 2007 en in het schrijven van de raadsman van New Immo Service van 1 februari 2007 uitdrukkelijk aangemaand om dit bedrag terug te geven.

Het feit dat het strafdossier zonder gevolg gerangschikt werd, is irrelevant.

De tegenvordering is met betrekking tot de som van € 385 gegrond, waardoor het incidenteel beroep gedeeltelijk gegrond is.

Gerechtskosten

18. Gelet op het feit dat de vordering van mevrouw M bijna volledig gegrond werd verklaard en de tegenvordering slechts voor een beperkt gedeelte gegrond, dienen de gerechtskosten ten laste van New Immo Service te worden gelegd.

OM DEZE REDENEN,**HET ARBEIDSHOF,**

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24,

Recht doende op tegenspraak;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende;

Verklaart de oorspronkelijke hoofdvordering ontvankelijk en gegrond, zoals hierna bepaald;

Veroordeelt de bvba New Immo Service tot betaling aan mevrouw M van volgende bedragen:

- een opzeggingsvergoeding van € 8.010 bruto
- een eindejaarspremie van € 1.153,40 bruto
- feestdagenloon van € 92,30 bruto

deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 29 december 2006, en de gerechtelijke intresten, telkens op bruto

- vakantiegeld op feestdagenloon van € 14,17
- vakantiegeld einde dienst van € 4.914,94 bruto

te vermeerderen met de verwijlntresten vanaf 8 januari 2007 en de gerechtelijke intresten, telkens op netto.

Zegt voor recht dat de op 24 februari 2011 gedane aanbetaling van € 2.560 eerst zal aangerekend worden op de gerechtskosten, vervolgens op de intresten en dan op de hoofdsom.

Veroordeelt de bvba New Immo Service tot afgifte aan mevrouw M van de aangepaste sociale en fiscale documenten, zoals vakantieattest, C4-formulier, loonfiche en individuele rekening en dit binnen de 14 dagen na betekening van het arrest.

Verklaart de oorspronkelijke tegenvordering ontvankelijk en gegrond, zoals hierna bepaald;

Veroordeelt mevrouw M tot betaling aan de bvba New Immo Service van de som van € 385, te vermeerderen met de verwijlsintresten vanaf 5 januari 2007 en de gerechtelijke intresten.

Legt de gerechtskosten van beide aanleggen ten laste van de bvba New Immo Service, deze aan de zijde van mevrouw M begroot op

- dagvaarding	€ 118,25
- rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 1.100,00
- rechtsplegingsvergoeding beroep	€ 1.100,00
Totaal	€ 2.318,25

En voor zover als nodig, aan de zijde van de bvba New Immo Service op

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 1.100,00
Rechtsplegingsvergoeding beroep	€ 1.100,00
Totaal	€ 2.200,00

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

Lieven LENAERTS,
Lucrèce REYBROECK,
Daniël HEYVAERT,
bediende,

raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-

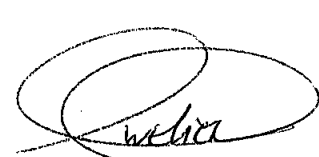
bijgestaan door :

Kelly CUVELIER,

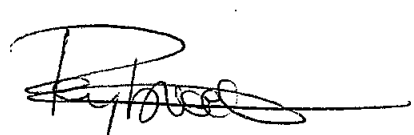
griffier.



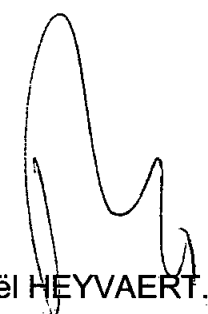
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



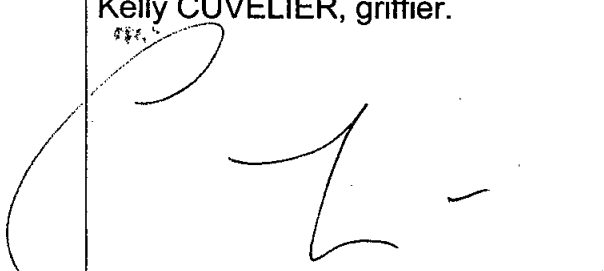
Lucrèce REYBROECK ,



Daniël HEYVAERT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 25 november 2011
door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.