

rep.nr.

2011/3410

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 23 DECEMBER 2011

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

I

appellante,
vertegenwoordigd door mr. VANDERMEERSCH Sofie loco mr.
BUYSENS Herman, advocaat te 2600 BERCHEM, Fruithoflaan 124 bus
14.

Tegen:

SG PRIVATE BANKING N.V., met maatschappelijke zetel te 9000 GENT,
Kortrijksesteenweg 302,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. DE LANGHE Valérie loco mr. DE GANCK
Christian, advocaat te 9000 GENT, Koning Leopold II-laan 95.

*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het tussenarrest van het hof van 25 juni 2010;
- de conclusie na tussenarrest voor de appellante, neergelegd ter griffie op 1 april 2011;
- de samenvattende conclusies na tussenarrest voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 2 september 2011;
- de voorgelegde stukken;

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 25 november 2011, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

1. Het hof kan verwijzen naar de beschrijving van de relevante feiten en rechtspleging in het tussenarrest van 25 juni 2010.

In dit tussenarrest werd bedrijfsrevisor D S aangesteld als deskundige omdat partijen geen overeenstemming konden vinden over de begroting van de bonus, waarover het hof technisch advies wenste in te winnen.

2. Door bemiddeling van de deskundige, heeft de NV SG meer rechtvaardigende stukken voorgelegd, waarna de partijen een oplossing hebben gevonden over de bonus en de berekeningswijze.

Voor het jaar 2003 bedroeg de bonus € 6.710,62 en voor het jaar 2004 € 1.561,92.

Hierdoor kunnen de verdere geschilpunten tussen partijen worden beslecht.

VERDERE BEOORDELING

De opzeggingsvergoeding

1. Mevrouw T heeft recht op een opzeggingsvergoeding die gelijk is aan het lopende loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn.

De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens eigen aan de zaak (Cass., 8 september 1980, Arr. Cass., 1980-1981, 17; Cass., 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, JTT 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, R.W. 1990-1991, 1407) en met inachtneming van de wederzijdse belangen van partijen (Cass., 19 januari 1977, Arr. Cass. 1977, 5 161; Cass., 9 mei 1994, Soc. Kron. 1994, 2 153).

2. Partijen hebben betwisting over de samenstelling van het basisloon, meer bepaald de opname van het variabel loon, de waardering van het privaat gebruik van de bedrijfswagen en de GSM en het abonnement op een krant en op een tijdschrift.

Bonus

3. Over de hoegrootte van de bonus bestaat er thans geen discussie meer, maar mevrouw T houdt voor dat bij de opname in het basisloon rekening moet gehouden worden met een gemiddelde bonus over de jaren 2003 en 2004, terwijl de NV SG enkel de bonus voor de laatste 12 maanden (2004) in aanmerking neemt.

Voor de berekening van de opzeggingsvergoeding is artikel 131 van de arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing voor de vaststelling van het basisloon

(Cass. 6 april 1967, Pas. 1967, I, 920; Cass. 24 oktober 2005, JTT 2006 met noot Votquenne).

Terecht wijst D. Votquenne erop dat aan het cassatiearrest van 24 oktober 2005 niet de betekenis moet worden gegeven dat voor de berekening van de opzeggingsvergoeding in geen geval rekening mag gehouden worden met het variabel loon dat in de 12 maanden voorafgaand aan de beëindiging werd verdiend. De rechter kan daardoor een referteperiode van 12 maanden als richtsnoer hanteren, zij het niet op basis van artikel 131 van de arbeidsovereenkomstenwet.

Hij bepaalt vrij de berekeningswijze die het best aan het begrip lopend loon beantwoordt (Arbh. Brussel 30 juli 2009, JTT 2010, 79).

Het hof neemt het variabel loon voor de laatste 12 maanden als richtsnoer, omdat het loon voor een dergelijke referteperiode in deze zaak het beste aanknopingspunt vormt voor de evaluatie van de periode, die nodig is bij het zoeken naar een gelijkwaardige betrekking.

Privaat gebruik bedrijfswagen en GSM

4. Mevrouw T beschikte over een bedrijfswagen Audi A 4 met tankkaart, waarvan het privaat gebruik toegestaan was.

Het hof waardeert dit voordeel op € 350/maand.

Het privaat gebruik van de GSM werd door de eerste rechter terecht begroot op € 25/maand.

Het abonnement op krant en tijdschrift

5. Mevrouw T had op haar thuisadres een krantenabonnement op La Libre Belgique en een abonnement op het tijdschrift Trends/Tendances, respectievelijk voor een waarde van € 229/jaar en € 192/jaar.

De NV SG toont niet aan dat deze abonnementen werden toegekend om professionele redenen, zodat ze een voordeel verworven krachtens de overeenkomst uitmaken.

6. Het basisloon kan dan ook worden samengesteld als volgt:

vast loon	€ 4.636,96 x 13,92	€ 64.588,24
Bonus 2004		€ 1.561,92
Vakantiegeld op bonus	€ 1.561,92 x 15,34%	€ 239,60
Privaat gebruik firmawagen	€ 350 x 12	€ 4.200,00
Privaat gebruik GSM	€ 25 x 12	€ 300,00
Patronale bijdrage groepsverzekering	€ 268,69 x 12	€ 3.224,28
Patronale bijdragen hospitalisatieverzekering		€ 105,24
Abonnementen	€ 229 + € 192	€ 421,00
Totaal		€ 74.640,28

7. Mevrouw T. (° 23 oktober 1951) had op het ogenblik van het ontslag de leeftijd van 53 jaar en 3,5 maanden; rekening houdend met de toegekende conventionele anciënniteit, aanvangend op 1 januari 1994, beliep de anciënniteit 11 jaar en 1,5 maand; haar jaarloon beliep € 74.640,28 en zij had de functie van Senior Private Banker, zodat haar kans om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden, rekening houdend met de gegevens eigen aan de zaak en de belangen van beide partijen, kan worden geraamd op 12 maanden.

Zij had daardoor recht op een opzeggingsvergoeding van € 74.640,28.

Ze ontving reeds uitbetaling van een opzeggingsvergoeding van € 51.979,50, zodat ze aanspraak kan maken op een saldo van € 22.660,78.

8. Anders dan de NV SG voorhoudt, kan bij de bepaling van de in acht te nemen opzeggingstermijn geen rekening gehouden worden met mogelijke tekorten van de werknemer aan zijn verplichtingen (Cass., 22 juni 1977, JTT 1978,6; Cass., 23 februari 1987, JTT 1987, 265).

Deze elementen kunnen ook niet ingeroepen worden als gegevens eigen aan de zaak of gegevens die verband houden met het belang van één van de partijen, omdat hierbij enkel kan gezien worden naar omstandigheden die een invloed kunnen hebben op de kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden.

Bonus 2003 en 2004

9. Partijen zijn hierover tot overeenstemming kunnen komen na de installatiezitting in het kader van de expertise, zodat de bonus 2003 kan worden bepaald op € 6.710,62 en de bonus 2004 op € 1.561,92.

De bonus voor het jaar 2003 werd uitbetaald, zodat mevrouw T. nog aanspraak maakt op betaling van de bonus 2004 ten bedrage van € 1.561,92 en het vakantiegeld hierop of $€ 1561,92 \times 15,34\% = € 239,60$.

Afrekening vakantiegeld

10. Stuk 16 van mevrouw T. toont aan dat de NV SG naast de wettelijke vakantiedagen ook conventioneel verlof toekende en dat er voor het jaar 2004 nog 10 dagen mochten overgedragen worden naar 2005, waarvan mevrouw T. reeds 2 dagen opnam op 3 en 4 januari 2005. Er stonden zo nog 8 dagen open.

Mevrouw T. houdt voor dat voor deze conventionele afspraak dezelfde regeling geldt als voor de wettelijke vakantiedagen, zodat bij het einde van de tewerkstelling de niet opgenomen dagen moeten worden uitbetaald.

Ze toont echter niet aan dat een zodanige regeling was opgenomen in het haar toegekende stelsel van conventionele en overgedragen vakantiedagen en dit kan evenmin afgeleid worden uit de lijst die opgenomen is in haar stuk 16.

Bij gebreke aan overeenkomst of eenzijdige toekenning door de werkgever, kan zij geen aanspraak maken op uitbetaling van de resterende conventionele vakantiedagen (Arbh. Brussel 16 december 1987, JTT 1988, 187).

Haar vordering, ook deze in ondergeschikte orde, is op dit punt ongegrond, zodat ook het hoger beroep op dit onderdeel ongegrond is.

Terugbetaling aandelen

11. Mevrouw T was eigenares van 282 aandelen van de NV SG en ze gaf op 31 maart 2005 instructie om deze te verkopen en om haar rekening met de opbrengst ervan te crediteren.

Aangenomen kan worden dat deze aandelen haar toegekend werden krachtens de arbeidsovereenkomst, zodat de arbeidsrechtbank bevoegd was om te oordelen over het geschil in verband met de afrekening hiervan, en dit bij toepassing van artikel 578,1° Ger. W.

De discussie over de afrekening heeft betrekking op het koersverschil tussen 31 maart 2005 en 22 april 2005, datum van de effectieve tegeldemaking. Tevens vraagt mevrouw T intresten voor deze tijdspanne.

De werkgever heeft echter het nodige gedaan om binnen een redelijke termijn gevolg te geven aan de e-mail van mevrouw T van 31 maart 2005, waarbij zij instructie gaf om de bedoelde aandelen te verkopen zonder dat ze daarbij een duidelijke ingebrekestelling formuleerde of een datum aangaf waarop de verkoop alleszins moest zijn afgewerkt.

Ze toont dan ook niet aan dat ze een schade zou hebben geleden als gevolg van een fout van de werkgever, waardoor haar vordering ongegrond is.

Schadevergoeding outplacement

12. Op grond van artikel 3 van de C.A.O. 82 van de N.A.R. van 10 juli 2002 heeft de werknemer wiens arbeidsovereenkomst door de werkgever is beëindigd, recht op een outplacementbegeleiding, mits hij voldoet aan de voorwaarden, bepaald in §1, waaraan mevrouw T voldeed.

Op grond van artikel 7 §1 moet de werkgever binnen een termijn van 15 dagen nadat de arbeidsovereenkomst een einde heeft genomen schriftelijk aan de werknemer een geldig outplacementaanbod doen.

Indien de werkgever binnen deze termijn geen outplacementbegeleiding aanbiedt, stelt de werknemer hem binnen een maand na het verstrijken van deze termijn in gebreke.

Binnen een maand na het tijdstip van de ingebrekestelling doet de werkgever aan de werknemer schriftelijk een geldig outplacementaanbod.

13. De NV SG wijst erop dat de werknemer voor het bekomen van outplacement een procedure dient te doorlopen.

Mevrouw T deed hiervoor echter het nodige.

In de ontslagbrief van 14 februari 2005 en in de afrekening van 16 februari 2005 heeft de NV SG geen outplacement aangeboden.

De raadsman van mevrouw T heeft binnen de termijn, bepaald in artikel 7 §1 van de CAO 82, op 29 maart 2005, de werkgever in gebreke gesteld, zonder dat daaraan door de NV gevolg werd gegeven.

Mevrouw T meldt nog dat zij zich nadien tot de RVA gewend heeft, wat voorzien wordt in het KB van 23 januari 2003, doch ze houdt voor dat men haar daar niet heeft kunnen verder helpen.

De regeling t.a.v. de RVA doet echter geen afbreuk aan de verplichting van de werkgever om het outplacement aan te bieden. Bij niet naleving vordert de RVA, de in artikel 2 en 3 van het KB bepaalde bedragen bij de werkgever in via de RSZ. In ieder geval blijft de verplichting tot aanbod van outplacement op de werkgever wegen.

14. In randnummer 7 werd de kans voor mevrouw T om een gelijkwaardige dienstbetrekking te vinden na de datum van haar ontslag geraamd op 12 maanden. Zij heeft slechts een aangepaste dienstbetrekking kunnen vinden na deze termijn, zodat ze benadeeld werd door het niet toekennen van het recht op outplacement.

Haar schade kan worden geraamd naar analogie met de bedragen vermeld in de artikelen 2 en 3 van het KB van 23 januari 2003 en kan worden vastgesteld op € 1.800.

Intresten

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

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

Hieruit volgt dat de intresten op de toegekende bedragen kunnen berekend worden op de netto bedragen, daar de tewerkstelling beëindigd werd op 14 februari 2005, zijnde voor 1 juli 2005.

Ook op het vakantiegeld op de bonus en op de schadevergoeding wegens outplacement kunnen slechts intresten worden toegekend op basis van de netto.

Gerechtskosten

16. Artikel 1017 vierde lid Ger. W. bepaalt dat de gerechtskosten kunnen worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld.

Dit is hier het geval, zodat het past elk van de partijen te veroordelen tot de helft van de gerechtskosten.

Op grond van artikel 991 §3 Ger. W. worden de bedragen van de expertisekosten in de eindbeslissing als gerechtskosten begroot.

Het past dat de gerechtskosten eveneens voor de helft ten laste van elk van de partijen worden gelegd, omdat enerzijds de afrekening van de bonus, opgemaakt

door de NV SG, werd bevestigd, maar anderzijds het volledig nazicht van de juistheid slechts kon plaatsvinden nadat de bijkomende verantwoordende stukken door de NV aan de gerechtsdeskundige werden overhandigd.

OM DEZE REDENEN HET ARBEIDSHOF

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

Rechtsprekend op tegenspraak,

Het tussenarrest van 25 juni 2010 verder uitwerkend,

Verklaart het hoger beroep gedeeltelijk gegrond en het incidenteel beroep ongegrond;

Trekt ingevolge het devolutieve karakter van het hoger beroep de zaak volledig aan zich;

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de oorspronkelijke vordering van mevrouw T ontvankelijk en als volgt gegrond;

Veroordeelt de NV SG Private Banking tot betaling aan mevrouw T van:

- een saldo aanvullende opzeggingsvergoeding van € 22.660,78
 - bonus 2004 van € 1.561,92
 - het vakantiegeld hierop van € 239,60
 - een schadevergoeding wegens miskenning recht outplacement € 1.800
- te vermeerderen met de wettelijke intresten en de gerechtelijke intresten op netto en te verminderen met het uitbetaalde nettobedrag van € 8.022,65.

Wijst al het meergevorderde af.

Compenseert de gerechtskosten en veroordeelt elk van de partijen tot betaling van de helft van de gerechtskosten van de andere partij, deze aan de zijde van mevrouw T vereffend op:

dagvaarding	€ 317,23
rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 3.000,00
expertisekosten	€ 2.280,85
rechtsplegingsvergoeding hoger beroep geïndexeerd	€ 3.300,00
totaal	€ 8.898,08

en aan de zijde van de NV SG vereffend op:

rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 3.000
rechtsplegingsvergoeding hoger beroep geïndexeerd	€ 3.300
totaal	€ 6.300

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

Lieven LENAERTS,
Georges JACOBS,
Roger VANDENPUT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



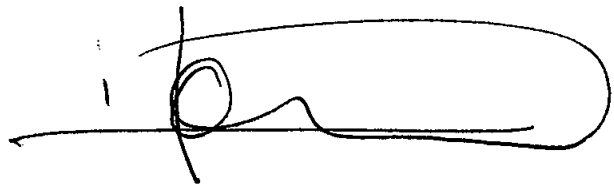
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



Georges JACOBS,



Roger VANDENPUT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 23 december 2011 door:

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.