



Kopie

Afgeleverd aan: arbeidsrechtbank te Brussel
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Repertoriumnummer 2014 / 2178
Datum van uitspraak 05 september 2014
Rolnummer 2013/AB/790

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000031774-0001-0020-01-01-1



ARBEIDSRECHT - discriminatie
tegensprekelijk arrest
definitief

BNP PARIBAS FORTIS nv, voorheen Fortis Bank nv, met maatschappelijke zetel te 1000
BRUSSEL, Warandeberg 3,
Appellante op hoofdberoep,
Geïntimeerde op incidenteel beroep
vertegenwoordigd door mr. BOUCIQUE Ward, advocaat, loco mr. DEBRAY Olivier, advocaat
te 1160 BRUXELLES, Boulevard du Souverain 280

tegen

W
Geïntimeerde op hoofdberoep,
Appellant op incidenteel beroep
vertegenwoordigd door mr. LACHAERT Egbert, advocaat te 9051 SINT-DENIJS-WESTREM,
Drie Koningenstraat 3

*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 25-03-2013 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 3e kamer (A.R. 11-4115-A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 26 juli 2013,
- de conclusies voor de appellante, neergelegd ter griffie op 15 januari 2014,
- de conclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 15 november 2013 en 12 maart 2014,
- Gezien het advies van de heer J.-J. André, advocaat-generaal, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 6 mei 2014,



- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 25 april 2014, waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie zijn schriftelijk advies ter griffie heeft neergelegd, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op 27 juni 2014 waarop ze verdaagd werd voor uitspraak op heden.

*

I. FEITEN

De heer W trad op 1 november 2008 in dienst van de NV Fortis Bank, thans BNP Paribas Fortis (hierna genoemd de NV) als bediende, met schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van 30 oktober 2008. Hij werd aangeworven als directielid met als functie 'chief procurement officer' (directeur aankoop). In de overeenkomst werd een conventionele anciënniteit toegekend vanaf 10 december 2007.

Met aangetekende brief van 27 oktober 2010 beëindigde de NV de arbeidsovereenkomst per 1 november 2010, met aanzegging van betaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan 12 maanden loon, zoals overeengekomen in artikel 9 van de arbeidsovereenkomst.

Op dezelfde datum formuleerde de NV een voorstel van overeenkomst, waarin de verdere modaliteiten van de beëindiging werden uitgewerkt.

Met brief van 10 november 2010 vroeg de heer W om verdere uitleg over de redenen voor zijn ontslag, meldde hij het niet eens te zijn met door de NV voorgestelde regeling, en vorderde hij betaling uiterlijk op 15 november 2010 van de bedragen waarop hij meende recht te hebben. Deze vorderingen werden herhaald met E-mail van 30 november 2010.

Met brief van 27 oktober 2010 (volgens de inventaris van de stukken van de NV 27 november 2010) antwoordde de NV dat het geformuleerde voorstel meer was dan wat contractueel was bepaald en dat het voorstel slechts zou gelden tot 10 december 2010.

Met E-mail en aangetekende brief van 14 december 2010 kwam de vroegere raadsman van de heer W tussen met dezelfde vorderingen.

Als antwoord hierop volgde een brief van de NV aan de heer W van 27 december 2010, waarin de NV vaststelde dat haar voorstel niet werd aanvaard, en betaling werd aangekon-



digd van een opzeggingsvergoeding gelijk aan 423.151,20 euro bruto.

Met brief van 20 januari 2011 noteerde de huidige raadsman van de heer W betaling van een bruto bedrag van 500.114,30 euro (waaronder 423.151,30 euro opzeggingsvergoeding), en vorderde hij onder andere volgende vergoedingen:

332.767,26 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
80.275,00 euro	pro rata bonus 2010
52.273,31 euro	'deferred bonus' 2011-2012
20.994,64 euro	pro rata eindejaarspremie 2010 (naast betaling van de eindejaarspremies 2008 en 2009)
125.986,41 euro	schadevergoeding wegens niet naleving van de sectorale ontslagprocedure.

Verder vroeg de heer W concrete informatie over de outplacementbegeleiding, maakt hij voorbehoud voor de betaling van intrest wegens laattijdige betaling van de opzeggingsvergoeding en omtrent discriminatie wegens nationaliteit, en vroeg hij afgifte van documenten om kinderbijslag te kunnen genieten en van verbeterde sociale documenten.

Met brief van 9 februari 2011 antwoordden de raadsleden van de NV op de gestelde vorderingen.

II. RECHTSPLEGING

a.-

Met inleidende dagvaarding van 23 maart 2011 vorderde de heer W voor de arbeidsrechtbank van Brussel betaling door de NV van:

332.767,26 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
80.275,00 euro	provisioneel pro rata bonus 2010
12.314,19 euro	provisioneel vakantiegeld op pro rata bonus 2010
52.273,31 euro	'deferred bonus' 2011-2012
8.018,73 euro	vakantiegeld op deze bonussen
50.387,14 euro	eindejaarspremie voor 2008 en 2009
125.986,41 euro	schadevergoeding wegens schending van de cao van 2 juli 2007
1,00 euro	provisioneel schadevergoeding wegens discriminatoire behandeling
1,00 euro	provisioneel schadevergoeding wegens niet afgifte van documenten tot het bekomen van de wettelijk voorziene kinderbijslag
1,00 euro	provisioneel terugbetaling van gemaakte kosten

Deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke of de vergoedende intrest vanaf nauwkeurig aangeduide datum, en met de gerechtelijke intrest vanaf 23 maart 2011.



Hij vorderde tevens de veroordeling van de NV tot:

aanbieden van outplacementbegeleiding onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag vertraging vanaf de zevende dag na de betekening van het tussen te komen vonnis;

afgifte van de documenten tot het bekomen van de wettelijk voorziene kinderbijslag onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag vertraging vanaf de zevende dag na de betekening van het tussen te komen vonnis; ondergeschikt tot betaling van een schadevergoeding wegens gederfde kinderbijslag, te vermeerderen met de gerechtelijke intrest;

afgifte van de verbeterde sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag vertraging vanaf de zevende dag na de betekening van het tussen te komen vonnis;

de kosten van het geding, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding, voorlopig begroot op 11.000,00 euro.

Tenslotte vorderde hij de voorlopige uitvoerbaarheid van het tussen te komen vonnis zonder enige reserve.

b.-

Met syntheseconclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank op 30 december 2011, breidde de heer W zijn vordering uit en paste hij sommige gevorderde bedragen aan als volgt:

369.044,41 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
75.320,12 euro	provisieel pro rata bonus 2010
11.800,40 euro	provisieel vakantiegeld op pro rata bonus 2010
22.596,03 euro	'deferred bonus' 2010
3.540,13 euro	vakantiegeld op deze bonus
50.387,14 euro	eindejaarspremie voor 2008 en 2009
20.994,64 euro	pro rata eindejaarspremie 2010
132.032,60 euro	schadevergoeding wegens schending van de cao van 2 juli 2007
1,00 euro	provisieel schadevergoeding wegens discriminatoire behandeling
582,08 euro	intrest van vanaf 1 november 2010 tot 20 juni 2011 op het laattijdig betaald gedeelte van de 'deferred bonus 2010'.

c.-

Met vonnis van 25 maart 2013 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond; zij veroordeelde de NV tot betaling aan de heer V van



43.623,41 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
75.320,12 euro	provisioneel pro rata bonus 2010
11.800,40 euro	provisioneel vakantiegeld op pro rata bonus 2010
22.596,03 euro	'deferred bonus' 2010
3.540,13 euro	vakantiegeld op deze bonus
50.387,14 euro	eindejaarspremie voor 2008 en 2009
20.994,64 euro	pro rata eindejaarspremie 2010
129.453,90 euro	schadevergoeding wegens schending van de cao van 2 juli 2007
582,08 euro	intrest van vanaf 1 november 2010 tot 20 juni 2011 op het laattijdig betaald gedeelte van de 'deferred bonus 2010'

Het eerste, tweede, vierde, zesde en zevende bedrag te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 1 november 2010 tot 23 maart 2011 en met de gerechtelijke intrest vanaf 23 maart 2011 tot op de dag van effectieve betaling; het derde en vijfde bedrag te vermeerderen met de vergoedende intrest vanaf 10 november 2010 tot 23 maart 2011 en met de gerechtelijke intrest vanaf 23 maart 2011 tot op de dag van effectieve betaling; het achtste bedrag te vermeerderen met de vergoedende intrest vanaf 14 december 2010 tot 23 maart 2011 en met de gerechtelijke intrest vanaf 23 maart 2011 tot op de dag van effectieve betaling.

De NV werd tevens veroordeeld tot afgifte van de verbeterde sociale documenten, waaronder een verbeterd C4-formulier en de aangepaste loondocumenten en tot de kosten van het geding, voor de heer W : begroot op 137,06 euro kosten dagvaarding en 11.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding, en voor de NV begroot op 11.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding.

d.-

Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van dit vonnis.

e.-

Met verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 26 juli 2013, tekende de NV hoger beroep aan tegen het vonnis dat op 25 maart 2013 werd gewezen door de arbeidsrechtbank van Brussel. Zij vorderde dat het arbeidshof dit vonnis zou hervormen en opnieuw recht doende:

In hoofddorde:

- Inzake de vordering tot het bekomen van een aanvullende opzeggingsvergoeding, te zeggen voor recht dat door de NV een saldo verschuldigd is aan de heer Wibrink ten belope van 11.739,57 euro bruto;
- De overige vorderingen van de heer W : ongegrond te verklaren;
- De heer W te veroordelen tot de kosten van beide gedingen, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 11.000 euro voor de procedure in eerste



aanleg en 11.000 euro voor de procedure in hoger beroep.

In ondergeschikte orde, wat de intrest betreft, voor recht te zeggen dat voor wat het vakantiegeld en de schadevergoedingen betreft, de intrest pas begint te lopen vanaf de datum van de ingebrekestelling en dat zij moeten berekend worden op de netto bedragen.

In haar beroepsconclusie, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 15 januari 2014, herleidde de NV de voor de procedure in hoger beroep gevorderde rechtsplegingsvergoeding tot 7.700,00 euro.

f.-

Met conclusie hoger beroep, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 15 november 2013, tekende de heer W. Incidenteel beroep aan tegen het reeds bestreden vonnis; hij vorderde (zoals gevorderd in zijn conclusie hoger beroep, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 12 maart 2014), dat het arbeidshof dit vonnis zou hervormen met toekenning aan de heer W van:

71.460,21 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
75.320,12 euro	provisieel pro rata bonus 2010
11.800,40 euro	provisieel vakantiegeld op pro rata bonus 2010
50.387,14 euro	eindejaarspremie voor 2008 en 2009
20.994,64 euro	pro rata eindejaarspremie 2010
123.652,86 euro	schadevergoeding wegens schending van de cao van 2 juli 2007
1,00 euro	morele schadevergoeding wegens discriminatoire behandeling
582,08 euro	intrest van vanaf 1 november 2010 tot 20 juni 2011 op het laattijdig betaald gedeelte van de 'deferred bonus 2010'
1.640,14 euro	intrest van vanaf 1 november 2010 tot 20 juni 2012 op het laattijdig betaald gedeelte van de 'deferred bonus 2010'

Het eerste, tweede, vierde, zesde en zevende bedrag te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 1 november 2010 tot 23 maart 2011 en met de gerechtelijke intrest vanaf 23 maart 2011 tot op de dag van effectieve betaling; het derde en vijfde bedrag te vermeerderen met de vergoedende intrest vanaf 10 november 2010 tot 23 maart 2011 en met de gerechtelijke intrest vanaf 23 maart 2011 tot op de dag van effectieve betaling; het achtste bedrag te vermeerderen met de vergoedende intrest vanaf 14 december 2010 tot 23 maart 2011 en met de gerechtelijke intrest vanaf 23 maart 2011 tot op de dag van effectieve betaling.

Hij vorderde tevens de afgifte van de verbeterde sociale documenten, waaronder een verbeterd C4-formulier en aangepaste loondocumenten op straffe van een dwangsom van 25 euro per ontbrekend document per dag vertraging na betekening van het arrest.

Ten slotte vorderde hij de veroordeling van de NV tot de kosten van het geding, begroot op



137,06 euro dagvaardingskosten, 11.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg en 7.700,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat ze ontvankelijk zijn.

IV. BEOORDELING

1. De pro rata bonus 2010 en vakantiegeld op de pro rata bonus 2010

Het staat niet ter discussie dat artikel 4 eerste alinea, derde punt, derde alinea van de arbeidsovereenkomst tussen partijen, waarin melding wordt gemaakt van het in het kader van de arbeidsovereenkomst toegekend variabel loon, uitdrukkelijk bepaalt dat dit variabel loon enkel zal worden toegekend indien de werknemer op het ogenblik van de betaling ervan nog in dienst is van de werkgever.

Het staat evenmin ter discussie dat de heer W op het ogenblik van de betaling van de bonus 2010 niet langer in dienst was van de NV.

Aanvaard mag worden dat een bonus, als tegenprestatie van arbeid die ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst wordt verricht, in principe wordt verkregen naarmate de arbeid wordt verricht en dus in principe splitsbaar is.

(vgl. Arbh. Brussel 14 juni 2010, J.T.T. 2011, 106; inzake de vergelijkbare situaties met betrekking tot eindejaarspremies: Cass. 9 september 1985, R.W. 1985-86, 2692, noot R. Boes)

Niets belet echter dat een bepaling in een individuele of een collectieve arbeidsovereenkomst voorziet dat van deze principiële deelbaarheid kan worden afgestapt.

(vgl. Arbh. Brussel 14 juni 2010, J.T.T. 2011, 106; inzake de vergelijkbare situatie met betrekking tot eindejaarspremies: Arbh. Antwerpen 12 juni 2002, Soc. Kron. 2003, 97; Arbh. Gent 27 maart 2006, Soc. Kron. 2007, 154)

Aldus is de voorwaarde voor de toekenning van een bonus, waarin als voorwaarde voor de betaling ervan wordt gesteld dat de begunstigde in dienst moet zijn op het ogenblik van de betaling ervan, rechtsgeldig.

(vgl. Arbh. Brussel 14 juni 2010, J.T.T. 2011, 106)

Ten onrechte beroept de heer W zich op de bepaling van artikel 1178 B.W., met toepassing waarvan de voorwaarde geacht wordt vervuld te zijn, wanneer de schuldenaar die zich onder de voorwaarde verbonden heeft, zelf de vervulling ervan verhinderd heeft. Hierbij argumenteert de heer W dat de NV door zelf de arbeidsovereenkomst te beëindigen, de vervulling van de voorwaarde heeft verhinderd zodat de voorwaarde van



tewerkstelling op het ogenblik van de betaling van de bonus geacht moet worden vervuld te zijn.

Opdat een voorwaarde, waaronder een verbintenis is aangegaan, zou geacht worden vervuld te zijn, wanneer de schuldenaar de vervulling ervan verhinderd heeft, moet de daad van de schuldenaar een fout uitmaken.

(vgl. Cass. 5 mei 1955, Pas. 1955, I 967; Cass. 8 september 1989, Arr. Cass. 1989-90, 24)

Het enkele feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt met betaling van een opzeggingsvergoeding, levert dergelijke fout niet op.

Het was dan ook ten onrechte dat de arbeidsrechtbank deze onderdelen van de vordering van de heer W. gegrond verklaarde.

2. De gevorderde eindelaarspremies

a.-

De discussie tussen partijen over deze onderdelen van de vordering van de heer Wibrink heeft in essentie betrekking op de vraag of de NV hem gelijkwaardige voordelen als de jaarlijkse gratificatie voorzien in de collectieve arbeidsovereenkomst van 30 juni 1997 gesloten in het paritair comité voor de banken heeft toegekend.

Deze cao werd algemeen verbindend verklaard met K.B. van 10 juni 1998 (B.S. 4 september 1998).

Artikel 1 van voornoemde cao bepaalt dat deze van toepassing is op de werkgevers en werknemers van de ondernemingen die onder het paritair comité voor de banken ressorteren, met uitsluiting van de onderneming waarin ten minste gelijkwaardige of soortgelijke stelsels bestaan voor de toekenning van een jaarlijkse gratificatie, genomen ter uitvoering van de sectoraanbeveling van 17 februari 1977.

De commentaar van dit artikel geeft aan dat met 'gelijkwaardige of soortgelijke stelsels' worden bedoeld onder meer de stelsels zoals die bestaan bij de Bank Brussel Lambert en de Kredietbank.

Uit de bijgebrachte stukken blijkt dat deze cao de concretisering en de formalisering is van de sectoraanbeveling van 17 februari 1977, waarin aan de ondernemingen die onder het paritair comité voor de banken ressorteren werd aanbevolen aan alle personeelsleden een gratificatie bij het einde van het dienstjaar toe te kennen die gelijk diende te zijn aan het loon van de maand in de loop waarvan de premie werd toegekend.

b.-

De NV argumenteert dat de heer W. geen aanspraak kan maken op de door hem



gevorderde eindejaarspremies, vermits het hem toegekende variabel loon beschouwd moet worden als een gelijkwaardig of soortgelijk stelsel voor de toekenning van een jaarlijkse gratificatie.

Indien de NV dit argumenteert, dient zij met toepassing van artikel 870 Ger.W. en artikel 1315 B.W. hiervan het bewijs te leveren. Het arbeidshof wijst in dit verband zeer specifiek op de bepaling van artikel 1315 tweede lid B.W. dat bepaalt dat wie beweert bevrijd te zijn, het bewijs moet leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht.

De NV, die voorhoudt dat het aan de heer W toegekende variabel loon beschouwd moet worden als een gelijkwaardig of soortgelijk stelsel als een jaarlijkse gratificatie, dient van het feit dat het tenietgaan van haar verbintenis voortvloeiend uit de cao van 30 juni 1997 zou teweegbrengen het bewijs te leveren.

Samen met de arbeidsrechtbank is het arbeidshof van oordeel dat de NV het bewijs van dit feit niet levert.

Dit bewijs blijkt in het bijzonder niet uit de loutere bewering van de NV dat 'dit systeem door alle partijen (werkgever, werknemers, vakbonden) beschouwd wordt als een gelijkwaardig of soortgelijk stelsel', en evenmin uit het loutere feit dat het refertesysteem van de Kredietbank (thans KBC) ook enkel voorziet in de toekenning van een variabel loon als jaarlijkse gratificatie.

C.-

Evenzeer ten onrechte argumenteert de NV dat de heer W niet te goeder trouw was: het feit dat bij de loononderhandelingen afspraken werden gemaakt over een bepaald loonpakket, betekent niet dat afstand werd gedaan van het recht op jaarlijkse gratificatie, voorzien in een collectieve arbeidsovereenkomst die algemeen verbindend werd verklaard.

Dergelijke afstand zou overigens strijdig zijn met de bepalingen van artikel 51 van de Cao-wet, dat de hiërarchie van de bronnen en verbintenissen in de arbeidsbetrekkingen tussen werkgevers en werknemers vaststelt en stelt dat de bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde cao in een paritair comité (artikel 51, 2b) primeren op de bepalingen van de geschreven individuele arbeidsovereenkomst (artikel 51, 4).

Aldus verzet de hiërarchie van de rechtsbronnen zoals bepaald in artikel 51 Cao-wet zich er tegen dat met geschreven individuele overeenkomst kan worden afgeweken van een bepaling in een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst.

Artikel 51 van de Cao-wet dat de hiërarchie van de bronnen der verbintenissen in de arbeidsverhoudingen vaststelt, bepaalt dat wanneer twee normen met hetzelfde voorwerp onderling onverenigbaar zijn, de norm van de lagere orde ter zijde moet geschoven worden.



(vgl. Cass. 5 juni 2000, J.T.T. 2000, 420)

d.-

Ook het argument van de NV dat de heer W enkel recht kan hebben op een eventueel verschil tussen de jaarlijkse gratificatie en de variabele bezoldiging faalt.

Uit wat voorafgaat blijkt immers dat de variabele bezoldiging voorzien in artikel 4 eerste alinea derde punt van de arbeidsovereenkomst tussen partijen geen gelijkwaardig of soortgelijk stelsel is als de jaarlijkse gratificatie voorzien in de cao van 30 juni 1997, en er bijgevolg niet mee verrekend kan worden.

e.-

Het was dan ook terecht dat de arbeidsrechtbank deze onderdelen van de vordering van de heer W gegrond verklaarde.

3. De aanvullende opzeggingsvergoeding

3.1. De samenstelling van het jaarloon

Artikel 39 § 1 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de aan de werknemer verschuldigde opzeggingsvergoeding niet enkel het lopend loon omvat, doch ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Naar het oordeel van het arbeidshof (hierna verder uitgewerkt) bedraagt het jaarloon van de heer W waarmee rekening gehouden voor de begijfering van de hem toekomstende opzeggingsvergoeding 461.014,44 euro, samengesteld als volgt:

Vast loon, inclusief vakantiegeld:	238.401,00 euro
Marktvergoeding, inclusief vakantiegeld:	87.100,00 euro
Eindejaarspremie:	25.193,57 euro
Variabel loon / bonus:	90.384,14 euro
Vakantiegeld op bonus:	13.864,93 euro
Voordeel in natura (privaat gebruik bedrijfswagen A6):	4.800,00 euro
400 euro x 12 =	518,40 euro
Aanvullende kinderbijslag:	752,40 euro
Werkgeversbijdrage maaltijdcheques:	

Partijen zijn het niet eens over een aantal bestanddelen van het jaarloon waarmee rekening wordt gehouden voor de samenstelling van het jaarloon.

Eindejaarspremie

Zoals hiervoor onder IV.2 geoordeeld, kan de heer W wel degelijk aanspraak maken op



een jaarlijkse gratificatie (eindejaarspremie).

Forfaitaire kostenvergoeding

Een kostenvergoeding is geen loon, aangezien zij niet de tegenprestatie is van arbeid, maar wel de vergoeding van een uitgave. Zij is evenmin een verdienste verworven krachtens de arbeidsovereenkomst en komt derhalve niet in aanmerking voor opname in de opzeggingsvergoeding.

(vgl. Arbh. Luik 6 mei 1998, J.T.T. 1999, 156; Arbh. Gent 25 september 1998, T.G.R. 1998, 236)

Enkel wanneer de kostenvergoeding geen werkelijke kosten dekt vormt zij gewoon vast loon en dient zij in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding te worden opgenomen.

(vgl. Arbh. Antwerpen 20 november 1978, J.T.T. 1979, 348; Arbh. Gent 25 september 1998, T.G.R. 1998, 236)

Indien de heer W voorhoudt dat de hem toegekende kostenvergoeding geen werkelijke kosten dekte maar verdoken loon was, dient hij hiervan het bewijs te leveren. De heer W levert dit bewijs niet; in het bijzonder wordt dit bewijs niet geleverd door het feit dat de heer W naast deze forfaitaire kostenvergoeding ook andere kosten vergoed kreeg.

Voordeel in natura: bedrijfswagen

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 de heer V geen elementen bijbrengt die het arbeidshof zou toelaten een begroting te maken van deze werkelijke waarde.

In die omstandigheden kan enkel rekening worden gehouden met het bedrag waarvan de NV erkent dat het als begroting van het voordeel in natura kan worden weerhouden, te weten 400 euro per maand.

Mobiele telefoon en Black Berry

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 ter beschikking stellen van een GSM en een Black Berry, rust op de werknemer, waarbij vastgesteld moet worden dat de heer W geen elementen bijbrengt die het arbeidshof zouden toelaten een begroting te maken van deze werkelijke waarde.

Werkgeversbijdrage hospitalisatieverzekering

De NV toont aan de hand van een verklaring van de verzekeringsmaatschappij belast met de organisatie van de hospitalisatieverzekering aan dat de heer Wi verzekerd was gedurende de volledige duur van de termijn gedekt door de opzeggingsvergoeding.

In die omstandigheden kan de werkgeversbijdrage in de hospitalisatieverzekering niet worden opgenomen in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding.

Gratis aandelen / aandelenopties / korting aandelen

Het staat niet ter discussie dat voornoemde voordelen door de NV niet werden toegekend, doch wel door de Franse moedermaatschappij BNP Paribas. In die omstandigheden kunnen deze voordelen niet worden opgenomen in de berekeningsbasis van de door de NV verschuldigde opzeggingsvergoeding.

(vgl. Arbh. Antwerpen 10 november 2008, Soc. Kron. 2009, 378)

Met deze voordelen kan bovendien geen rekening worden gehouden gelet op het eenmalige karakter ervan.

Een eenmalige toekenning van een aandelenoptie is weliswaar loon, maar geen lopend loon dat in aanmerking komt voor de berekening van de opzeggingsvergoeding.

(vgl. Arbh. Brussel 27 juni 1990, J.T.T. 1990, 490; Arbh. Brussel 7 november 2006, J.T.T. 2007, 125)

Tenslotte stelt zich het probleem van de waardering van de aangeduide voordelen.

Het verkrijgen van een aandelenoptie verleent aan de werknemer een kans op winst die bij de begroting van de opzeggingsvergoeding moet beschouwd worden als een voordeel verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

(vgl. Cass. 4 februari 2002, Soc. Kron. 2002, 319, noot O. Debray en A. V. Michaux; R.W. 2002-03, 422, noot M. De Vos)

Het felt dat het verkrijgen van een aandelenoptie in aanmerking moet worden genomen bij



de bepaling van het jaarloon in de zin van artikel 39 § 1 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet als voordeel verworven krachtens de arbeidsovereenkomst, betekent nog niet dat het verkrijgen van aandelenopties ook werkelijk meegerekend moet worden in de begroting van de opzeggingsvergoeding. Hiertoe is vereist dat het bedrag, minstens het minimumbedrag, van het voordeel met zekerheid vaststaat. (vgl. M. De Vos, Aandelenopties en opzeggingsvergoeding, noot onder Cass. 4 februari 2002, R.W. 2002-03, 423)

Naar het oordeel van het arbeidshof levert de heer W niet het bewijs van de waarde van het hem toegekende voordeel: uit de voorgebrachte berekeningen aan de hand van de slotkoers van een aandeel op 5 maart 2010 kan immers niet met zekerheid wat het toegekende voordeel is op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, peildatum voor de begroting van de opzeggingsvergoeding, worden afgeleid..

Gelet op wat voorafgaat, oordeelde de arbeidsrechtbank terecht dat met voornoemde voordelen geen rekening kan worden gehouden bij de samenstelling van het jaarloon voor de berekening van de opzeggingsvergoeding.

3.2. De aanvullende opzeggingsvergoeding

Partijen zijn het er thans over eens dat de heer W aanspraak kan maken op een opzeggingsvergoeding gelijk aan 12 maanden loon en voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Rekening houdend met een jaarloon dat door het arbeidshof werd begroot op 461.014,44 euro, betekent dit dat hij recht heeft op een totale opzeggingsvergoeding van hetzelfde bedrag, becijferd als volgt:

461.014,44 euro x 12/12

De NV betaalde een opzeggingsvergoeding van 423.151,30 euro, zodat de heer W recht heeft op een aanvullende opzeggingsvergoeding van 37.863,14 euro, becijferd als volgt:

461.014,44 euro (verschuldigd) – 423.151,30 euro (betaald)

4. Schadevergoeding wegens schending van de cao van 2 juli 2007

a.-

Artikel 2 § 2 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 2 juli 2007 gesloten in het paritair comité voor de banken houdende bepalingen inzake werkgelegenheid in de banksector, algemeen verbindend verklaard met K.B. van 19 maart 2008 (B.S. 29 mei 2008), bepaalt dat, indien de werkgever overweegt om een werknemer die is tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur en die zich niet meer in de proefperiode bevindt te



ontslaan wegens disciplinaire of professionele tekortkomingen, deze werknemer schriftelijk wordt uitgenodigd op een onderhoud dat binnen de acht kalenderdagen na de uitnodiging plaatsheeft.

De werknemer wordt er schriftelijk van op de hoogte gebracht dat hij zich op dit onderhoud mag laten bijstaan door een vakbondsafgevaardigde van zijn keuze.

Tijdens het onderhoud wordt de werknemer ingelicht over de redenen die de werkgever ertoe hebben geleid een ontslag te overwegen. Indien acties werden ondernomen om een ontslag te vermijden, worden ze vermeld tijdens dit onderhoud.

Artikel 2 § 3 van voornoemde cao bepaalt verder dat bij niet naleving van de procedure voorzien in § 2, de werkgever verplicht is aan de ontslagen werknemers met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur en met minstens een jaar anciënniteit, een forfaitaire vergoeding te betalen verder wordt bepaald in functie van de dienstperiode en zo varieert van drie tot negen maanden loon.

Artikel 2 § 4 van de cao stelt tenslotte dat deze niet van toepassing is bij ontslag om dringende reden, op personeelsleden die buiten het toepassingsgebied van de cao van 3 juli 2008 tot vaststelling van het verloningssysteem in de banksector vallen, en evenmin in de bedrijven waar reeds dergelijke procedures bestaan, die minstens gelijkwaardig zijn aan de bepalingen van § 2 en § 3.

b.-

Lezing van voornoemde bepaling maakt duidelijk dat de voorgeschreven procedure (schriftelijke uitnodiging van de werknemer, mogelijke bijstand door een vakbondsafgevaardigde, uitleg over de redenen die de werkgever doen overwegen de werknemer te ontslaan) enkel dient te worden gevolgd bij het ontslag van een werknemer die met de werkgever verbonden is door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd buiten de proefperiode wanneer het ontslag overwogen wordt omwille van disciplinaire of professionele tekortkomingen.

Vereist wordt dat het gaat om tekortkomingen, wat impliceert dat in hoofde van de werknemer sprake moet zijn van verwijtbaar gedrag.

Hierbij kan nuttig worden verwezen naar de omschrijving van de dringende reden, waarin eveneens sprake is van een – zij het ernstige – tekortkoming.

Aanvaard wordt dat het bij dergelijke tekortkoming moet gaan om feiten die als fout kunnen worden aangemerkt.

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

Een tekortkoming kan dan worden omschreven als een overtreding van een wettelijke, reglementaire of contractuele verplichting en tevens als 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)

C.-

Uit de briefwisseling tussen partijen en in het bijzonder de vermelding van de juiste oorzaak van de werkloosheid op het werkloosheidsbewijs C4 blijkt dat de heer W. werd ontslagen wegens onvoldoende integratie in de onderneming.

Naar het oordeel van het arbeidshof is dit geen tekortkoming zoals hiervoor omschreven, doch de loutere vaststelling van een feitelijk gegeven, zonder dat enig verwijtbaar gedrag in hoofde van de heer W. kan worden weerhouden.

In die omstandigheden was de NV niet gehouden om de procedure voorzelen in artikel 2 § 2 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 2 juli 2007 gesloten in het paritair comité voor de banken houdende bepalingen inzake werkgelegenheid in de banksector na te leven; zoals hiervoor aangegeven dient deze procedure enkel te worden nageleefd in geval van verwijtbaar gedrag in hoofde van de werknemer.

Het was dan ook ten onrechte dat de arbeidsrechtbank dit onderdeel van de vordering gegrond verklaarde.

5. Schadevergoeding wegens discriminatie

De heer W. is van oordeel dat hij op grond van zijn nationaliteit gediscrimineerd werd daar hij niet werd uitgenodigd op opleidingen die het bevorderen van 'cultural awareness' van de personeelsleden van de NV op het oog had, waarbij hij van oordeel is dat dit gebeurde omwille van het feit dat hij niet de Belgische of de Franse nationaliteit had.

Het arbeidshof sluit zich bij de pertinente opmerkingen die door de openbaar ministerie ter zaak werden geformuleerd in het advies dat op 6 mei 2014 werd neergelegd ter griffie van het arbeidshof, en waarin het openbaar ministerie van oordeel was dat het discriminatieverbod in artikel 14 van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie niet werd geschonden.

Uit de voorgebrachte stukken kan immers terecht worden afgeleid dat de niet-uitnodiging van de heer W. voor deze opleiding geen uiting van discriminatie was, docht berustte op een louter misverstand, dat onmiddellijk werd rechtgezet door een bericht van de werkgever waarin de heer W. wel werd uitgenodigd om deel te nemen aan deze opleidingen.

Het komt ook bevreemdend over dat de heer W. er eerst wel aanstoot aan nam op deze training niet uitgenodigd te zijn, om dan na de uitnodiging / rechtzetting te antwoorden dat hij niet geïnteresseerd was in deze opleiding, nu hij meende voldoende ervaring te hebben in de omgang met meerdere nationaliteiten, waaronder Belgen en Fransen.



Het was dan ook terecht dat de arbeidsrechtbank dit onderdeel van de vordering van de heer W ongegrond verklaarde.

6. Intrest op de 'deferred bonus' 2010

De discussie tussen partijen heeft ter zake betrekking op de vraag of de heer W aanspraak kan maken op betaling door de NV van intrest op het gedeelte van de uitgestelde bonus dat werd betaald respectievelijk in juni 2011 en juni 2012.

De NV is hierbij van oordeel dat de verschuldigde bonussen werden betaald op de overeengekomen tijdstippen en dus geen intrest verschuldigd kan zijn; de heer W van zijn kant is van oordeel dat deze bonussen verschuldigd werden op het ogenblik van zijn ontslag, en bijgevolg vanaf dat ogenblik intrest dient op te brengen.

Uit het document met betrekking tot het 'deferred compensation plan 2010' waarop beide partijen zich beroepen blijkt dat de bonus 2010 (die betrekking heeft op de prestaties in het boekjaar 2009) voor de helft wordt betaald op de normaal voorziene betaaldag in 2010, terwijl de betaling van de tweede helft zou worden uitgesteld, waardoor 25 % zou worden betaald in juni 2011 en de resterende 25 % in juni 2012.

Hetzelfde document munt niet uit in duidelijkheid over de verschuldigdheid van de uitgestelde bonus bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Enerzijds is de bepaling van artikel 3.3.1 van het plan, waaruit kan worden afgeleid dat het recht op de uitgestelde bonus vervalt wanneer de werknemer de firma verlaat ten gevolge van 'dismissal'. Anderzijds is er de bepaling van artikel 3.3.5 van hetzelfde plan, waarin vervroegde betaling van de uitgestelde bonus wordt voorzien in geval van 'redundancy'.

Terecht stelt de NV echter dat de term 'redundancy' betrekking heeft op een specifieke vorm van ontslag, zoals bij herstructureringen. Van Dale Groot Woordenboek Engels Nederlands bevestigt dit door de term 'redundancy' te vertalen als 'gedwongen ontslag ten gevolge van overtoolligheid'.

De heer W werd niet om dergelijke economische reden ontslagen, en zou dus in principe geen recht hebben op betaling van de uitgestelde bonussen na zijn ontslag ('dismissal'). Het feit dat de NV de beslissing nam om de uitgestelde bonussen toch volgens plan te betalen, maakt dat geen intrest op deze betalingen verschuldigd is.

Ook ten aanzien van dit onderdeel van de vordering van de heer W is het hoger beroep van de NV gegrond.

7. Kosten van het geding – rechtsplegingsvergoeding



a.-

Ten onrechte argumenteert de NV dat de dagvaardingskosten ten laste van de heer V dienen te blijven, daar deze had kunnen opteren voor een goedkopere weg om het geding in te leiden.

Uit de artikels 700 eerste lid en 704 §§ 1 en 3 Ger.W. volgt dat geschillen inzake arbeidsovereenkomsten naar keuze van de eiser kunnen worden ingeleid bij dagvaarding of bij verzoekschrift op tegenspraak. Hieruit volgt dat het inleiden bij dagvaarding van een dergelijk geschil op zich geen fout uitmaakt.

Opdat het inleiden bij dagvaarding van een dergelijk geschil wanneer dit ook bij verzoekschrift op tegenspraak kan geschieden, als een fout kan worden aangezien, is vereist dat een normaal voorzichtig persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, redelijkerwijze anders zou hebben gehandeld.

(vgl. Cass. 7 oktober 2013, NJW 2014, 218, noot C. Van Severen: Dagvaarding of verzoekschrift: wie betaalt de kosten?)

b.-

Artikel 1017 eerste lid Ger.W. bepaalt dat ieder eindvonnis de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijst.

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

Het arbeidshof is van oordeel dat de kosten moeten worden omgeslagen waarbij elk der partijen verwezen wordt in de eigen rechtsplegingsvergoeding.

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;

Gezien het advies van de heer J.-J. André, advocaat-generaal, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 6 mei 2014;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben;



Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond;

**Vernietigt het bestreden vonnis in de mate dat het de vordering van de heer W
gegrond verklaarde ten belope van:**

43.623,41 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
75.320,12 euro	provisioneel pro rata bonus 2010
11.800,40 euro	provisioneel vakantiegeld op pro rata bonus 2010
22.596,03 euro	'deferred bonus' 2010
3.540,13 euro	vakantiegeld op deze bonus
129.453,90 euro	schadevergoeding wegens schending van de cao van 2 juli 2007
582,08 euro	intrest van vanaf 1 november 2010 tot 20 juni 2011 op het laattijdig betaald gedeelte van de 'deferred bonus 2010'

**En voor zover het de NV veroordeelde tot de wettelijke of vergoedende intrest op deze
bedragen, tot de gerechtelijke intrest en tot de rechtsplegingsvergoeding, voor beide partijen
begroot op 11.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding;**

**Opnieuw recht doende, veroordeelt de NV tot betaling aan de heer W van 37.863,14
euro aanvullende opzeggingsvergoeding, te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 1
november 2010 tot 22 maart 2011 en met de gerechtelijke intrest vanaf 23 maart 2011 tot
de dag der effectieve betaling;**

Bevestigt het bestreden vonnis in de overige beschikkingen;

**Verwijst elk der partijen in de eigen rechtsplegingsvergoeding, aan de zijde van beide partijen
vereffend op 11.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank en 7.700,00 euro
rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.**



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

Daniël RYCKX,
Marcel VAN AKEN,
Daniël HEYVAERT,
bijgestaan door :
Dirk VAN DEN BROECKE,

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

griffier

Dirk VAN DEN BROECKE,

Daniël RYCKX,

Marcel VAN AKEN,

Daniël HEYVAERT,

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel op vrijdag 5 september 2014 door:

Daniël RYCKX, raadsheer
bijgestaan door
Dirk VAN DEN BROECKE, griffier.

Dirk VAN DEN BROECKE,

Daniël RYCKX

