



Kopie

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

Repertoriumnummer 2014 / 2290
Datum van uitspraak 12 september 2014
Rolnummer 2013/AB/592

Uitgifte

Uitgereikt aan
op € JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000032843-0001-0023-01-01-1



ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

TOERISME VLAANDEREN, met maatschappelijke zetel te 1000 BRUSSEL, Grasmarkt 61,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. STAS DE RICHELLE Damien, advocaat te 1200 SINT-
LAMBRECHTS-WOLUWE, Neerveldstraat 109

tegen

Q
geïntimeerde,
verschijnend in persoon en bijgestaan door mr. PEETERS Liesbeth 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 voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 22-03-2013 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 24e kamer (A.R. 11/13880/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 29 mei 2013,
- de conclusie voor de appellante,
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 20 juni 2014, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad



werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op 5 september 2014 waarop ze verdaagd werd voor uitspraak op heden.

*

I. FEITEN

De heer O werd met K.B van 15 juni 1981 benoemd in vast verband als bestuurssecretaris bij het Commissariaat-generaal voor Toerisme (Ministerie van Verkeerswezen), met ranginneming op 1 april 1980. Hij werd overgedragen naar het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, administratie voor kunst en toerisme, bestuur toerisme en vervolgens naar het Vlaams Commissariaat-generaal voor toerisme, waar hij met ministerieel besluit van 17 november 1987 was benoemd tot adjunct-adviseur.

Met schriftelijke arbeidsovereenkomst van 30 augustus 1989 werd hij vanaf 1 september 1989 als in dienst genomen als prospector door de vzw Belgium Convention and Incentive Bureau (BECIB). Blijkens de statuten van deze vzw werd zij opgericht door het Vlaams Commissariaat voor toerisme, het Office de promotion de tourisme de la Communauté Française de Belgique en de Belgische naamloze vennootschap tot het exploitatie van het luchtverkeer (SABENA).

Met decreet van 23 maart 1994 tot regularisatie van de toetreding van de Vlaamse regering tot verenigingen zonder winstgevend doel, werd het Vlaams Commissariaat-generaal met terugwerkende kracht gemachtigd toe te treden tot de vzw BECIB.

Vanaf 1 januari 1999 trad de heer O in dienst van Toerisme Vlaanderen, thans een intern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid van de Vlaamse Gemeenschap, als bediende, met als functie directeur voor het buitenlands kantoor Nederland, met schriftelijke arbeidsovereenkomst van 1 december 1998.

Op 31 oktober 2005 werd tussen dezelfde partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten, op grond waarvan de heer O vanaf 1 november 2005 de functie zou uitoefenen van adjunct van de directeur in de afdeling marketing dienst strategische allianties.



Met addendum bij deze laatste overeenkomst van 16 augustus 2010 werd de heer C opnieuw directeur van een buitenlandkantoor, ditmaal in Londen (Verenigd Koninkrijk).

Met aangetekende brief van 6 juni 2011 beëindigde Toerisme Vlaanderen de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang. Aan de heer O werd een opzeggingsvergoeding betaald gelijk aan negen maanden loon ten bedrage van 48.455,00 euro.

Met aangetekende en gewone brief van 22 juni 2001 vorderde de raadsman naast de gebruikelijke vergoedingen einde dienstbetrekking, een opzeggingsvergoeding van 393.411,42 euro, gelijk aan 36 maanden loon en voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst, en een morele schadevergoeding van 12.500,00 euro.

Een antwoord van of voor Toerisme Vlaanderen wordt niet bijgebracht.

II. RECHTSPLEGING

a.-

Met inleidende dagvaarding van 10 oktober 2011 vorderde de heer O voor de arbeidsrechtbank van Brussel betaling door Toerisme Vlaanderen van:

344.956,42 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
12.500,00 euro	morele schadevergoeding
283,54 euro	feestdagenloon 13 juni 2011
36,59 euro	vakantiegeld einde dienst op feestdagenloon
1.500,00 euro	provisioneel verhuisvergoeding
1.500,00 euro	installatievergoeding

te vermeerderen met de van rechtswege verschuldigde intrest aan de wettelijke intrestvoet vanaf 7 juni 2011, datum ontslag tot op de datum van algehele betaling.

Hij vorderde tevens afgifte van nauwkeurig aangedulde sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag en per ontbrekend document vanaf de datum van betekening van het vonnis tot aan de datum van afgifte, en de veroordeling van Toerisme Vlaanderen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, te begroten op 7.700,00 euro.

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



b.-

Met vonnis van 22 maart 2013 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond; zij veroordeelde Toerisme Vlaanderen tot betaling aan de heer C van:

356.930,98 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
283,54 euro	feestdagenloon 13 juni 2011
36,59 euro	vakantiegeld einde dienst op feestdagenloon
1.500,00 euro	provisieel verhuisvergoeding
1.500,00 euro	installatievergoeding

te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest.

Zij veroordeelde Toerisme Vlaanderen tevens tot afgifte van de aangepaste sociale documenten conform de door de rechtbank toegekende bedragen en het werkloosheidsbewijs C4 voor zover nog niet afgeleverd.

Toerisme Vlaanderen werd tevens veroordeeld tot de kosten van het geding, in hoofde van de heer C begroot op 140,11 euro dagvaardingskosten en 7.700 euro rechtsplegingsvergoeding.

c.-

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

d.-

Met verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 29 mei 2013, stelde Toerisme Vlaanderen hoger beroep in tegen dit vonnis. Zij vorderde dat het arbeidshof het vonnis zou hervormen en opnieuw recht doende, de vordering van de heer O. ontvankelijk doch ongegrond zou verklaren, met verwijzing van de heer C in de kosten van beide aanleggen.

e.-

Met conclusie hoger beroep, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 17 september 2013, tekende de heer O. incidenteel beroep aan tegen het reeds bestreden vonnis; hij vorderde dat het arbeidshof Toerisme Vlaanderen zou veroordelen om hem volgende bedragen te betalen:



338.471,92 euro	aanvullende opzeggingsvergoeding
12.500,00 euro	schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht
283,54 euro	feestdagenloon 13 juni 2011
36,59 euro	vakantiegeld einde dienst op feestdagenloon
1.500,00 euro	verhuisvergoeding
1.500,00 euro	installatievergoeding

Al deze bedragen te verhogen met de van rechtswege verschuldigde en gekapitaliseerde intrest vanaf de datum van hun opeisbaarheid tot op de datum van algehele betaling, dit aan de wettelijke intrestvoeten.

Hij herhaalde zijn vordering tot afgifte van nauwkeurig aangeduide sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag en per ontbrekend document vanaf de datum van betekening van het vonnis tot aan de datum van afgifte, en de veroordeling van Toerisme Vlaanderen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, te begroten op 7.700,00 euro per aanleg.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is.

IV. BEOORDELING

1. Aanvullende opzeggingsvergoeding

1.1. Opzeggingstermijn

1.1.1. Algemeen

Bij ontstentenis van akkoord tussen partijen dient de 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:

anciënniteit: 31 jaar en 2 maanden



leeftijd: 55 jaar en 8 maanden
functie: directeur buitenlandkantoor
loon: 70.206,64 euro (zie verder onder 1.2 voor de gedetailleerde samenstelling)

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. S.08.0086.N)

1.1.2. De in aanmerking te nemen anciënniteit

Discussie tussen partijen

Partijen zijn het niet eens over de anciënniteit van de heer O waarmee rekening gehouden dient te worden voor de bepaling van de opzeggingstermijn.

De heer O is van oordeel dat deze een aanvang heeft genomen op 1 april 1980, dit is de aanvang van zijn benoeming in vast verband bij het Commissariaat-generaal voor toerisme; Toerisme Vlaanderen gaat uit van een ononderbroken dienstperiode vanaf 1 januari 1999, dit is het ogenblik waarop hij in dienst trad bij Toerisme Vlaanderen.

Aldus bestaat discussie over de vragen:

- of rekening kan worden gehouden met de dienstperiode als ambtenaar vanaf 1 april 1980 tot 31 augustus 1989
- of rekening kan worden gehouden met de periode van 1 september 1989 tot 31 december 1998, tijdens dewelke de heer O als bediende werkzaam was voor de vzw BECIB.

Aanrekening van de dienstperiode als ambtenaar

a.-

Een ambtenaar is met de tewerkstellende overheid niet verbonden met een arbeidsovereenkomst; in beginsel wordt aangenomen dat de in vast verband benoemde ambtenaar in beginsel tegenover de overheid buiten contractueel verband staat.

(vgl. Cass. 8 december 1932, Pas. 1933, I 44; Cass. 22 oktober 1942, Pas. 1942, I 249)



Dit belet evenwel niet dat met de anciënniteit verworven als statutair ambtenaar rekening zou kunnen worden gehouden voor de bepaling van de anciënniteit met het oog op de berekening van de opzeggingstermijn als werknemer.

Met arrest van 12 mei 2010 zegde het Grondwettelijk Hof voor recht dat:

- artikel 82, §§ 2 tot 4, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, in die zin geïnterpreteerd dat het, voor de vaststelling van de anciënniteit met het oog op de berekening van de opzeggingstermijn van de werknemer, de periodes uitsluit die daarvóór onder statuut bij dezelfde werkgever zijn gepresteerd, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt;

- artikel 82, §§ 2 tot 4, van dezelfde wet, in die zin geïnterpreteerd dat het, voor de vaststelling van de anciënniteit met het oog op de berekening van de opzeggingstermijn van de werknemer, de daarvóór onder statuut bij dezelfde werkgever gepresteerde periodes omvat, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.

(GWH. Nr. 54/2010, 12 mei 2010, J.T.T. 2010, 209)

In zijn arrest overwoog het Grondwettelijk Hof:

“Ten slotte beperkt het Hof zijn onderzoek tot de aan de verwijzende rechter voorgelegde hypothese, namelijk de vraag van de inaanmerkingneming van een statutaire anciënniteit, verworven bij dezelfde werkgever, voor de vaststelling van de duur van de opzeggingstermijn, waarbij de opzegging door de werkgever is gegeven.

B.5.1. Zoals is aangegeven in B.3, moet de opzeggingstermijn in het geval van een opzegging door de werkgever de werknemer in staat stellen een nieuwe aangepaste en evenwaardige betrekking te vinden, rekening houdend met zijn anciënniteit, zijn leeftijd, het belang van zijn functie en het bedrag van zijn loon; de wetgever heeft eveneens de trouw van een werknemer willen belonen, door bij de berekening van de opzeggingstermijn rekening te houden met de anciënniteit die hij heeft verworven bij de werkgever die hem zijn opzegging heeft gegeven.

B.5.2. De specifieke kenmerken die het statuut ten opzichte van de arbeidsovereenkomst vertoont, kunnen naar gelang van het geval worden geanalyseerd als voordelen (dat is met name het geval voor de grotere vastheid van betrekking of de pensioenregeling, die voordeliger is), of als nadelen (zoals het veranderlijkheidsbeginsel, de discretie- en neutraliteitsplicht of de regeling inzake de cumulatie of de onverenigbaarheden).



Die specifieke kenmerken dienen evenwel alleen in aanmerking te worden genomen in het licht van het onderwerp en de finaliteit van de in het geding zijnde bepaling : de ontslagen werknemer, door hem een toereikende opzeggingstermijn toe te kennen, in staat stellen een nieuwe aangepaste en evenwaardige betrekking te vinden, en daarbij rekening te houden met het aantal jaren dat hij in dienst van zijn voormalige werkgever is geweest. In dat opzicht blijkt niet dat de werknemer die zijn opzegging krijgt, zich in een verschillende situatie bevindt naargelang de bij zijn werkgever verworven anciënniteit al dan niet gedeeltelijk als statutair personeelslid is verworven : Immers, in de veronderstelling dat de andere criteria die op het vlak van de opzegging relevant zijn (leeftijd, belang van de functie en bedrag van het loon), identiek zijn en dat de anciënniteit in de onderneming dezelfde is, blijkt niet dat een werknemer die die anciënniteit gedeeltelijk als statutair heeft verworven, over meer kansen beschikt om een nieuwe betrekking te vinden dan een werknemer die uitsluitend in het kader van een arbeidsovereenkomst is tewerkgesteld geweest; overigens wordt niet ingezien om welke reden de trouw van een werknemer aan dezelfde werkgever zou moeten worden beloond wanneer de diensten uitsluitend in het kader van een arbeidsovereenkomst zijn gepresteerd, maar dat niet zou moeten wanneer die diensten gedeeltelijk onder statuut zijn gepresteerd.

B.6. Uit hetgeen voorafgaat, vloeit voort dat artikel 82, §§ 2 tot 4, van de wet van 3 juli 1978, niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in die zin geïnterpreteerd dat het voor de vaststelling van de anciënniteit met het oog op de berekening van de opzeggingstermijn van de werknemer enkel toestaat periodes in aanmerking te nemen die zijn gepresteerd in het kader van een arbeidsovereenkomst, met uitsluiting van de periodes die daarvóór onder statuut zijn gepresteerd bij dezelfde werkgever.

B.7. Het Hof merkt evenwel, samen met de verwijzende rechter, op dat de in het geding zijnde bepaling anders kan worden geïnterpreteerd.

Om de in B.5 aangegeven redenen kan immers worden aangenomen dat de wetgever, wanneer hij verwijst naar de periodes in « dienst bij dezelfde werkgever », niet heeft willen uitsluiten dat voor de berekening van de opzeggingstermijn van een werknemer de anciënniteit in aanmerking wordt genomen die hij daarvóór onder statuut heeft verworven.

In die interpretatie bestaat het aan het Hof voorgelegde verschil in behandeling niet en is het artikel 82, §§ 2 tot 4, niet onbestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet."

Bijgevolg kan wel degelijk rekening worden gehouden met de dienstprestaties die de heer O van 1 april 1980 tot 31 augustus 1989 heeft geleverd als ambtenaar, op voorwaarde



uiteraard dat de tewerkstellende overheden en Toerisme Vlaanderen beschouwd kunnen worden als dezelfde werkgever.

Zijn de oorspronkelijk tewerkstellende overheden, de vzw BECIB en Toerisme Vlaanderen dezelfde werkgever?

a.-

Uit artikel 82 § 2 van de Arbeidsovereenkomstenwet kan worden afgeleid dat de opzeggingstermijn (ook voor bedienden waarvan de opzeggingstermijn wordt bepaald met toepassing van artikel 82 § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet), moet worden bepaald met inachtneming van de jaren dienst bij dezelfde werkgever.

Met betrekking tot dit laatste begrip heeft het Hof van Cassatie een aantal criteria vooropgesteld die toelaten af te bakenen wanneer sprake kan zijn van dezelfde werkgever, en het arbeidshof sluit zich bij deze criteria aan.

Met dezelfde werkgever wordt bedoeld, de economische exploitatie-eenheid die de onderneming vormt, ongeacht wijzigingen in haar juridische aard.
(vgl. Cass. 15 april 1985, Arr. Cass. 1984-85, 1079)

Het begrip dezelfde werkgever blijft bestaan wanneer de onderneming van directie is veranderd en zij dezelfde economische bestemming behoudt.
(vgl. Cass. 9 maart 1992, Arr. Cass. 1991-92, 647)

De werknemer wordt tevens geacht in dienst te zijn geweest van dezelfde werkgever, wanneer hij zonder onderbreking dezelfde arbeid achtereenvolgens heeft verricht in dienst van twee werkgevers die overeengekomen zijn dat de ene een bepaalde bedrijvigheid van de andere overneemt.
(vgl. Cass. 18 mei 1992, Arr. Cass. 1991-92)

In de conclusie van het Openbaar Ministerie bij het cassatiearrest van 18 mei 1992, wordt het begrip 'dezelfde werkgever' verbonden wordt met de volgende drie elementen:

- 1° de werkgevers moeten eenzelfde, tenminste een soortgelijke of aanvullende bedrijvigheid hebben;
- 2° er moet een juridische band tussen hen bestaan;
- 3° de dienstbetrekking van de werknemer mag niet onderbroken zijn.



(vgl. conclusie Proc.-Gen. H. Lenaerts voor Cass. 18 mei 1992, R.W. 1992-93, 293)

Voor de oplossing van de aan het arbeidshof voorgelegde betwisting lijkt cruciaal de vraag of de opeenvolgende werkgevers dezelfde, of minstens een soortgelijke bedrijvigheid hebben.

Essentieel om te kunnen spreken van dezelfde werkgever is dat de exploitatie de voortzetting van de vorige is, wat bijvoorbeeld veronderstelt dat de werknemer is blijven werken op dezelfde plaats, en dezelfde functies heeft uitgeoefend in dezelfde sector.

(vgl. C. Wantiez, *Même employeur. Unité économique d'exploitation*, Noot onder Cass. 9 maart 1992, J.T.T. 1992, 220, die hierbij refereert aan oudere cassatierechtspraak)

Tenslotte werd reeds geoordeeld dat het door de feitenrechter vastgestelde verschil in activiteiten van de opeenvolgende rechtspersonen waarvoor de werknemer prestaties heeft verricht, volstaat om de beslissing te verantwoorden dat die niet dezelfde werkgever zijn in de zin van artikel 82 § 2 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

(vgl. Cass. 13 januari 2003, J.T.T. 2003, 268)

b.-

Aan de orde is dan de vraag of het Vlaams Commissariaat-generaal voor toerisme en zijn rechtsvoorgangers, waarbij de heer O werkzaam was van 1 april 1980 tot 31 augustus 1989, de vzw BECIB, waarbij de heer O als bediende werkzaam was van 1 september 1989 tot 31 december 1998 en Toerisme Vlaanderen beschouwd kunnen worden als dezelfde werkgever, en bijgevolg:

- eenzelfde, tenminste een soortgelijke of aanvullende bedrijvigheid hadden

Naar het oordeel van het arbeidshof kan niet worden betwist dat het Vlaams Commissariaat-generaal voor toerisme en zijn rechtsvoorgangers, de vzw BECIB en Toerisme Vlaanderen deels dezelfde en alleszins een soortelijke of aanvullende bedrijvigheid hadden, te weten de ontwikkeling van de toeristische sector in Vlaanderen.

De opdracht van het oorspronkelijk nationale Commissariaat-generaal voor toerisme, vervolgens gewestelijk Vlaams Commissariaat-generaal voor toerisme, is evident de promotie van het toerisme in België, vervolgens Vlaanderen, in de meest ruime zin van het woord.



Volgens de statuten van de vzw BECIB had de vereniging als doel de bevordering van het houden van internationale congressen, vergaderingen en incentive reizen in België, wat omschreven kan worden als 'zakentoeurisme'.

Toerisme Vlaanderen heeft als doel om de duurzame ontwikkeling van het toerisme en van de toeristische sector in Vlaanderen en Brussel te bevorderen met het oog op meer economisch rendement, tewerkstelling en sociaal welzijn. Een van de afdelingen die hier voor moet zorgen gericht op de zgn. 'meetingindustrie' (zakenreizen en internationale congressen).

- tussen hen een juridische band bestaat

De vzw BECIB is opgericht door onder andere het Vlaams Commissariaat-generaal voor toerisme als één van de drie partners, en waarvan Toerisme Vlaanderen de rechtsopvolger is.

Uit de voorgelegde documenten blijkt verder dat bij de sluiting van de vereffening van de vzw BECIB 43,53 % van het netto activa werd toegekend aan Toerisme Vlaanderen.

Het bestaan van een juridische tussen deze diensten en ondernemingen staat aldus vast.

- er geen onderbreking in de tewerkstelling is

Uit de bijgebrachte documenten blijkt dat de tewerkstelling van de heer O van 1 april 1980 tot 6 juni 2011 niet onderbroken werd.

Het enkele feit dat de heer O ontslag zou hebben genomen uit eerst het Vlaams Commissariaat-generaal voor toerisme om in dienst te treden bij de vzw BECIB en vervolgens uit de vzw BECIB om in dienst te treden bij Toerisme Vlaanderen, brengt niet met zich dat er een onderbreking in de tewerkstelling zou zijn.

Van dergelijke onderbreking is slechts sprake wanneer minstens één dag niet werd gewerkt bij het nemen van de hiervoor aangeduide tewerkstellingsstappen, en dergelijke onderbreking wordt niet aangetoond.



C.-

Het was dan ook terecht dat de arbeidsrechtbank oordeelde dat voor de bepaling van de opzeggingstermijn waarmee rekening gehouden dient te worden met een anciënniteit vanaf 1 april 1980 tot 6 juni 2011, dit is gedurende 31 jaar en 2 maanden.

1.1.3. De na te leven opzeggingstermijn

Rekening houdend met deze criteria heeft de heer C recht op een opzeggingsvergoeding gelijk aan 31 maanden loon en voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

1.2. De samenstelling van het jaarloon

a.-

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.

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.

Het jaarloon van de heer C waarmee rekening gehouden dient te worden voor de berekening van de hem toekomende opzeggingsvergoeding bedraagt 70.206,64 euro, samengesteld als volgt:

Vaste maandwedde en vakantiegeld:

4.770,70 euro x 12,92 = 61.637,44 euro

Eindejaarstoelage:

4.770,70 euro x 60,80 % = 2.900,59 euro

Werkgeversbijdrage hospitalisatieverzekering: 68,61 euro

BUPA medische verzekering: 2.000,00 euro

Privaat gebruik GSM en laptop:

100,00 euro x 12 = 1.200,00 euro

Tussenkost openbaar vervoer:

200,00 euro x 12 = 2.400,00 euro



b.-

Partijen zijn het niet eens over de vraag of een aantal bestanddelen van de vergoedingen die aan de heer O werden toegekend, al dan niet moeten worden opgenomen in de berekeningsbasis van de verschuldigde opzeggingsvergoeding.

Postvergoeding

Aan de heer O werd maandelijks een netto bedrag uitgekeerd van 2.202,00 euro als 'postvergoeding'.

Om uit te maken of dergelijke forfaitaire standplaatsvergoeding die wordt toegekend aan een in het buitenland tewerkgestelde werknemer van compensatoire aard is, dient de rechter *in concreto* na te gaan of en in hoeverre dat bedrag een vergoeding is voor kosten die de werknemer werkelijk heeft betaald en die verband houden met zijn tewerkstelling in het aangewezen land.

Ten onrechte argumenteert de heer O dat het aan de werkgever is om aan te tonen dat de postvergoeding werkelijke kosten dekt.

Bij ontstentenis van omkering van de bewijslast, is het met toepassing van artikel 870 Ger.W. en 1315 B.W. aan de heer O om het bewijs te leveren van zijn bewering dat de toegekende postvergoeding geen werkelijke kosten dekt.

De heer O toont niet aan dat het bedrag van 2.020,00 euro dat hem tijdens zijn tewerkstelling in Londen (Verenigd Koninkrijk) werd betaald, geen vergoeding is van de meerkost die hij dient te dragen door het feit van de tewerkstelling aldaar.

Het was dan ook ten onrechte dat de arbeidsrechtbank dit netto bedrag na brutering ervan in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding heeft opgenomen.

BUPA medische verzekering

Zoals terecht aangegeven door de arbeidsrechtbank in het bestreden vonnis, toont Toerisme Vlaanderen, op wie ter zake met toepassing van de reeds aangegeven wettelijke bepalingen de bewijslast rust van het door haar aangevoerde feit, niet aan dat deze verzekering werd gesloten teneinde een meerkost inzake medische kosten voor de heer O te vermijden in het buitenland.



Jaarlijkse werkgeversbijdragen in een medische kostenverzekering komen wel degelijk in aanmerking als voordeel verworven krachtens de arbeidsovereenkomst bij de berekening van de opzeggingsvergoeding.

(vgl. Arbrb. Gent 9 februari 1996, A.J.T. 1996-97, 157, noot M. De Vos)

Privaat gebruik van GSM en laptop

Zoals eveneens terecht aangegeven door de arbeidsrechtbank in het bestreden vonnis, toont Toerisme Vlaanderen, op wie ter zake met toepassing van de reeds aangegeven wettelijke bepalingen de bewijslast rust van het door haar aangevoerde feit, niet aan dat de heer C geen privaat gebruik van de hem ter beschikking gestelde laptop en GSM.

Het tegenovergestelde blijkt minstens onrechtstreeks uit het niet betwiste feit dat Toerisme Vlaanderen de desbetreffende facturen waaruit privaat gebruik steeds zonder opmerkingen heeft betaald.

Verhuis- en installatievergoeding

Het staat niet ter discussie dat de heer O contractueel recht heeft op een verhuisvergoeding bij aanstelling in en vertrek uit de buitenlandse post, en van een installatievergoeding bij aanstelling in de buitenlandse post, evenals bij finale terugkeer uit een buitenlandse post.

Naar het oordeel van het arbeidshof dekken deze vergoedingen werkelijke kosten verbonden aan het verhuizen naar en het zich installeren op een buitenlandse post, zodat deze elementen dan ook terecht door de arbeidsrechtbank uit de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding werden geweerd.

Tussenkost in het openbaar vervoer

Om te vermijden dat dit voordeel in de loonbasis wordt opgenomen, zou duidelijk moeten zijn dat de heer C in Londen gehouden was professionele verplaatsingen met het openbaar vervoer te maken, wat niet het geval is.

Bovendien blijkt dat toegekende abonnement zeven dagen op zeven geldig was, wat het privaat karakter ervan benadrukt.



Het was dan ook terecht dat de arbeidsrechtbank dit voordeel opnam in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding.

1.3. Aanvullende opzeggingsvergoeding

Op basis van een na te leven opzeggingstermijn van 31 maanden en een jaarloon van 70.206,64 euro heeft de heer O recht op een totale opzeggingsvergoeding van 181.367,15 euro, becijferd als volgt:

70.206,64 euro (jaarloon) x 31/12

Hiervan betaalde Toerisme Vlaanderen slechts 48.455,00 euro, zodat de heer O recht heeft op betaling door Toerisme Vlaanderen van een aanvullende opzeggingsvergoeding gelijk aan 132.912,15 euro, becijferd als volgt:

181.367,15 euro (verschuldigd) – 48.455,00 euro (betaald)

2. Schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht

a.-

In de algemene betekenis van de term is er sprake van misbruik van recht wanneer een recht wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.
(vgl. Cass. 10 september 1971, R.W. 1971-72, concl. Proc. Gen. W. Ganshof van der Meersch)

Opdat er sprake zou zijn van rechtsmisbruik bij ontslag, is vooreerst een fout vereist die onderscheiden is van het niet in acht nemen van de regels betreffende het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

(vgl. Arbrb. Verviers 19 december 1973, J.T.T. 1974, 108)

Deze fout moet bestaan in de kennelijk onredelijke houding van de werkgever.
(vgl. Cass. 12 december 2005, J.T.T. 2006, 155)

De bediende mag niet elke onredelijke of onbillijke uitoefening van de werkgever als rechtsmisbruik bestempelen, maar enkel de onbetamelijke uitoefening ervan, d.i. de uitoefening die zo verregaand onredelijk is dat een weldenkend mens in dezelfde situatie daartoe niet zou willen komen.

(vgl. Arbh. Antwerpen 21 maart 1983, R.W. 1983-84, 299)



Naast een fout onderscheiden van de miskennis van de ontslagregels, vereist het bestaan van rechtsmisbruik een bijzondere materiële schade, die onderscheiden is van die welke wordt veroorzaakt door het ontslag zelf.

(vgl. Arbh. Brussel 8 januari 1991, R.S.R. 1991, 187)

b.-

Wanneer de bediende een vordering stelt tot betaling van een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht, dient hij het bewijs te leveren van het feit dat de werkgever zich bij het ontslag schuldig maakte aan rechtsmisbruik.

(vgl. Arbh. Bergen 16 oktober 1997, J.T.T. 1998, 385; Arbh. Luik 20 december 1999, Soc. Kron. 2001, 547)

Het is bijgevolg aan de bediende om aan te tonen dat de werkgever een fout heeft begaan die onderscheiden is van het niet in acht nemen van de regels betreffende het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, en die moet bestaan in de kennelijk onredelijke houding van de werkgever.

Overeenkomstig de gewone aansprakelijkheidsregeling moet de bediende ook het bewijs leveren van het bestaan en de omvang van de schade die hij beweert geleden te hebben en die onderscheiden is van die welke wordt gedekt door de opzeggingsvergoeding, en van het oorzakelijk verband tussen het rechtsmisbruik en die schade.

(vgl. Arbh. Brussel 29 juni 1982, T.S.R. 1982, 627)

c.-

In voorliggende betwisting toont de heer O aan dat Toerisme Vlaanderen zich wel degelijk schuldig heeft gemaakt aan een kennelijk onredelijke houding bij zijn ontslag.

Het arbeidshof is van oordeel dat deze kennelijk onredelijke houding vooreerst blijkt uit het bruuske karakter van het ontslag: zonder enige voorafgaandelijke verwittiging werd aan de heer O gemeld in een E-mail van 7 juni 2011 waarbij kopie was gevoegd van de eigenlijke ontslagbrief, dat de arbeidsovereenkomst was beëindigd en werd hem (om 9.49 uur) gevraagd alle bedrijfsgoederen af te geven en het kantoor tegen 12.00 uur te verlaten.

Ook de opzeggingsbrief zelf getuigt van een overdreven gestrengheid:



“Gezien deze redenen vragen wij om onmiddellijk afscheid te nemen van het team en het kantoor in Cavendish Square 1A te verlaten nadat u uw persoonlijke bezittingen hebt kunnen verzamelen.”

Op de tweede plaats blijkt de kennelijke onredelijke houding van Toerisme Vlaanderen uit het feit dat de heer O werd ontslagen omwille van het feit dat de in hem gestelde verwachtingen als directeur van een buitenlandkantoor niet zouden zijn ingelost zonder dat hem de gelegenheid werd geboden enig verweer te voeren.

Dit is des te meer afkeurenswaardig wanneer uit de door Toerisme Vlaanderen zelf bijgebrachte documenten blijkt dat de argumenten voor het ontslag werden aangeleverd door de heer F C, naar aanleiding van een bezoek dat deze aan Londen had gebracht op 24 en 25 mei 2011, zonder dat aan de heer O de gelegenheid heeft geboden om ernstig verweer te voeren over de door hem vastgestelde tekortkomingen, die bijna *verbatim* werden overgenomen in de ontslagbrief van 6 juni 2011, hoewel het uiteindelijke verslag van de heer C dateert van 10 juni 2011.

Klaarblijkelijk heeft de heer Cuypers zich in een gesprek met de heer O beperkt tot het vragen waarom de heer O ‘etnische marketing’ verbood aan personeelsleden en over de afwezigheid van de ‘gay niche’ in de marketing.

Met welke opdracht de heer C als consultant naar Londen is gestuurd is niet duidelijk, maar dat hij om een of andere reden de heer O moest hebben, blijkt uit zijn verslag zelf:

“Hoewel het buiten de scope van deze opdracht valt kan ik niet anders dan hier het advies te geven om heel nauwkeurig het profiel van de huidige directeur te bekijken”.

Van Toerisme Vlaanderen mocht als werkgever worden verwacht dat zij de heer O minstens de gelegenheid zou bieden om te antwoorden op de opmerkingen in het verslag van consultant C dat alvast bij het arbeidshof overkomt als uitermate bevooroordeeld.

d.-

Door deze kennelijk onredelijke houding van Toerisme Vlaanderen bij het ontslag van de heer O heeft deze onmiskenbaar schade geleden, die het arbeidshof *ex aequo et bono* begroot op 5.000,00 euro.

3. Het loon voor de feestdag van 13 juni 2011 en het overeenstemmende vakantiegeld



Met toepassing van artikel 14 eerste lid 2° van het Uitvoeringsbesluit Feestdagenwet blijft de werkgever gehouden tot betaling van het loon voor de feestdagen die vallen in de periode van dertig dagen die volgt op het einde van de arbeidsovereenkomst, voorzover de werknemer, zonder onderbreking die aan hem is toe te schrijven, gedurende een periode van meer dan één maand in dienst van de onderneming is gebleven.

Met toepassing van artikel 14 derde en vierde lid van het Uitvoeringsbesluit Feestdagenwet is de bepaling van het eerste lid niet van toepassing:

- wanneer de werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder een dringende reden of wanneer de werkgever ze om een dringende reden beëindigt
- zodra de werknemer begint te werken voor een nieuwe werkgever.

Artikel 1315 tweede lid BW bepaalt dat wie beweerd bevrijd te zijn, het bewijs moet leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenissen heeft teweeggebracht.

De NV toont niet aan dat zij zich gekweten heeft van de op haar rustende verplichting tot betaling van het loon voor de feestdagen na het einde van de overeenkomst en evenmin dat de heer M voor een andere werkgever is begonnen arbeiden.

Vermits het loon voor feestdagen na het einde van de arbeidsovereenkomst een uitgesteld voordeel is dat zijn oorzaak vindt in de voorheen bestaande arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer, is vakantiegeld einde dienst verschuldigd op het loon voor feestdagen na het einde van de arbeidsovereenkomst.
(vgl. Arbh. Brussel 6 maart 2012, J.T.T. 2012, 269)

Deze onderdelen van de vordering, die cijfermatig niet worden betwist, werden door de arbeidsrechtbank terecht toegekend.

4. De verhuis- en installatievergoedingen

Artikel 2 f) van het addendum van 16 augustus 2010 bij de arbeidsovereenkomst gesloten op 1 november 2005 bepaalt dat de werkgever bij aanstelling in en vertrek uit de buitenlandse post een verhuisvergoeding zal ontvangen.



Dit artikel voorziet verder dat de werknemer van de werknemer een eenmalige installatievergoeding van 1.500 euro ontvangt bij aanstelling in de buitenlandse post, evenals bij finale terugkeer uit de buitenlandse post.

Ten onrechte stelt Toerisme Vlaanderen dat deze vergoedingen niet verschuldigd zouden zijn in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dergelijke blijkt niet uit de tekst van de bepaling zelf, en evenmin uit enige andere bepaling.

Het was dan ook terecht dat de arbeidsrechtbank deze onderdelen van de vordering van de heer C die cijfermatig niet worden betwist, gegrond verklaarde.

5. Sociale documenten

Toerisme Vlaanderen is wel degelijk gehouden tot afgifte van de sociale documenten die betrekking hebben op de toegekende bedragen of voordelen.

Ter uitvoering van de aan de werkgever opgelegde verplichting tot afgifte van sociale documenten bij het einde van de arbeidsovereenkomst kan de rechter een dwangsom opleggen.

(vgl. Cass. 30 november 1998, R.W. 1998-99)

Het opleggen van een dwangsom met toepassing van artikel 1385bis Ger.W. is een efficiënt middel om de werkgever te verplichten de sociale documenten af te leveren. Hierbij mag niet het oog worden verloren dat de afgifte van deze documenten niet enkel van belang is voor de werknemer, doch ook nodig voor de bepaling van de verschuldigdheid van de sociale bijdragen en de bedrijfsvoorheffing, dit is in het algemeen belang.

Een efficiënt middel om te ontsnappen aan de verbeurte van de dwangsom is de tijdige afgifte van de sociale documenten.

6. Kapitalisatie van de intrest

De heer O vordert ten onrechte de kapitalisatie van de intrest, van zodra deze betrekking heeft op een volledig jaar.

Met toepassing van artikel 1154 BW kunnen vervallen intresten van kapitalen intrest opbrengen, ofwel ten gevolge van een gerechtelijke aanmaning, ofwel ten gevolge van een



bijzondere overeenkomst, op voorwaarde dat de aanmaning of de overeenkomst betrekking heeft op intrest die ten minste voor een heel jaar verschuldigd is.

Opdat dergelijke kapitalisatie van intrest mogelijk zou zijn, is vereist dat de eiser het bedrag van de vervallen intrest zou opgeven dat als berekeningsgrondslag moet dienen voor de kapitalisatie, teneinde de rechtbank toe te laten na te gaan of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1154BW werd voldaan.

(Antwerpen 28 oktober, R.W. 2004-2005, 1183)

De heer C laat na dergelijke opgave te doen, zodat zijn vordering tot kapitalisatie van de intrest moet worden afgewezen.

7. De kosten van het geding

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 in deze niet moeten worden omgeslagen.

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 en na erover beraadslaagd te hebben:

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

Vernietigt het bestreden vonnis in de mate dat het vordering van de heer O tot betaling van een opzeggingsvergoeding gegrond verklaarde ten belope van 356.930,98 euro, en in de mate dat het zijn vordering tot betaling van een schadevergoeding wegens misbruik van



ontslagrecht en tot verbeurte van een dwangsom bij niet afgifte van sociale documenten ongegrond verklaarde;

Opnieuw recht doende, verklaart de vordering van de heer O tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding en tot betaling van een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht als volgt gegrond;

Veroordeelt Toerisme Vlaanderen tot betaling aan de heer O van:

132.912,15 euro aanvullende opzeggingsvergoeding

5.000,00 euro schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht

deze vergoedingen te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf de datum van hun opeisbaarheid tot en met 9 oktober 2011, en met de gerechtelijke intrest vanaf 10 oktober 2011 tot de datum der algehele betaling, de intrest te berekenen aan de wettelijke intrestvoet;

Veroordeelt Toerisme Vlaanderen tevens tot afgifte van een verbeterde individuele rekening, een verbeterd vakantieattest een aangepast werkloosheidsformulier C4, onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per ontbrekend document en per dag vertraging vanaf de 15^{de} dag na de betekening van dit arrest;

Bevestigt het bestreden vonnis in de overige beschikkingen;

Wijst de vordering tot kapitalisatie van de intrest af;

Verwijst Toerisme Vlaanderen in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van beide partijen vereffend op 7.700,00 euro rechtsplegingsvergoeding.



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

Daniel RYCKX,
Marcel VAN AKEN,
Daniël HEYVAERT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

Daniel RYCKX;

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

griffier.

Kelly CUVELIER;

Marcel VAN AKEN

Daniël HEYVAERT

De heer M. Van Aken, raadsheer in sociale zaken, als werkgever, die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen.

Overeenkomstig artikel 785 Gerechtelijk Wetboek wordt het arrest ondertekend door D. Ryckx, raadsheer en D. Heyvaert, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 12 september 2014 door:

Daniel RYCKX, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.

Daniel RYCKX

Kelly CUVELIER

