

Kopie

Afgeleverd aan: Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Uitgifte

Repertoriumnummer
2017/451
Datum van uitspraak
14 februari 2017
Rolnummer
2016/AB/13

Uitgerekt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000768294-0001-0026-04-01-1





*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 3 januari 2017, waarna de debatten werden gesloten en de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden. De partijen hebben niet bijkomend gerepliceerd op het schriftelijk advies van het openbaar ministerie.

*

1. De heer H. trad op 1 oktober 1971 als burgerlijk ingenieur in dienst van de nv Intercom, rechtsvoorganger van de nv Electrabel, met een arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde tijd.
2. In de loop van zijn carrière heeft de heer H. verscheidene functies uitgeoefend op verschillende departementen van Electrabel, waarbij hij meermaals werd gedetacheerd bij andere vennootschappen van de groep in België en in het buitenland. Als burgerlijk ingenieur werd hij herhaaldelijk ingezet voor de bouw van nucleaire centrales.
3. Met brief van 2 juli 2008 werd de opdracht van de heer H. als projectleider voor het opstarten en operationeel maken van de centrale te Fos-sur-Mer/Frankrijk (project Combigolfe) bevestigd. Dit project was op 17 oktober 2006 besteld bij Alstom in het kader van een samenwerking Tractebel-Electrabel.



Zijn taak bestond uit budgettering, planning, veiligheid, kwaliteitsbewaking, voorbereiding van de toekomstige activiteit, band met leverancier Alstom en het naleven van de regels van de vergunningen en wetgeving. De heer H werd bijgestaan door een adjunct I

A

Hij bleef ook verbonden aan zijn vroeger project in België voor de centrale te Rulen (project DeSox-DeNox).

4. Met brief van 27 oktober 2008 wordt hij aangesteld als directeur van dit project. Er wordt bepaald dat de duur van zijn missie beperkt was tot de duur van de constructie van de nieuwe centrale en dat zij een einde zal nemen op de dag van de "take over", waarbij de verantwoordelijkheid voor de exploitatie zou worden overgedragen aan de directie van CycoFos-CombiGolfe. De opdrachten en de tijdelijke opdracht in België werden herbevestigd.

5. Het project te Fos sur Mer liep af midden 2010. Met e-mail van 30 juni 2010 vroeg de algemeen directeur van GDF Suez in Parijs, de heer Thierry S, of de heer H' tot einde december 2010 assistentie wou verlenen voor het "claim management" van het project SPEM te Montoir.

6. De heer H antwoordde: *"Uiteraard ga ik akkoord, ik denk dat ik niet overdrijf als ik eraan toevoeg dat met jou samenwerken een zekere voldoening geeft (...)"* (vrije vertaling)

7. Toen deze tijdelijke opdrachten op 31 december 2010 een einde namen, werd er aan de heer H per e-mail van 13 december 2010 voorgesteld om vanaf 1 januari 2011 een



nieuwe tijdelijke opdracht te vervullen bij GDF Suez Nucléaire France, als raadgever van de voorzitter van GDF Nucléaire France verantwoordelijk voor de veiligheid en de arbeidsvoorwaarden met detachering vanaf 1 januari 2011.

8. De detacheringsovereenkomst voor deze opdracht werd met vertraging opgemaakt, maar werd uiteindelijk niet ondertekend door de heer H , o.m. omdat hij door zijn nieuwe standplaats te Lyon het voordelige fiscaal statuut van grensarbeider verloor. Electrabel wenste op dit punt niet mee te gaan in de verwachting van de heer H omdat hij niet meer in België werkte.

9. Op 22 juli 2011 ontving de heer V van Electrabel een brief van de heer H , waarbij hij aangaf dat de functie die hij uitoefende niet overeenkwam met de directiefunctie die hij voordien uitvoerde. Hij beklagde zich tevens over het gebrek aan werk en substantiële opdrachten. Hij beschouwde dit als een leeftijdsdiscriminatie omwille van zijn 64 jaar (° 10 juli 1947) en hij vorderde een nieuwe directiefunctie die overeenkwam met zijn niveau en vroegere opdrachten.

10. Op 30 augustus 2011 beantwoordde Electrabel deze brief en wees erop dat de heer H reeds meer dan 7 maanden zijn functie zonder enig bezwaar uitoefende. Hij werd uitgenodigd een afspraak vast te leggen voor een ontmoeting, waarbij zijn professionele situatie zou worden besproken alsook zijn bemerkingen daarover.

11. Op 6 september 2011 stelde de raadsman van de heer H Electrabel in gebreke wegens de functiewijziging, gebrek aan werk en "degradatie" van de heer H



12. Op 16 september 2011 nodigde Electrabel de heer H uit om aanwezig te zijn op een vergadering op 23 september 2011 om de professionele toekomst van de heer H in de onderneming samen te bespreken en om een functie voor te stellen in overeenstemming met het verantwoordelijkheidsniveau en competentie van zijn vorige en huidige opdrachten.

13. Op deze vergadering in aanwezigheid van de heer Philippe V, de heer Vincent W en de heer Freddy De S werd aan de heer F voorgesteld om een functie op te nemen als verantwoordelijke voor het project SAPPI te Lanaken, waarbij hij onder meer de levensduurverlenging van de toenmalige installaties zou moeten leiden, alsook het uitbreiden van het elektrisch vermogen van de Installatie met 12 Mega Watt, het bijplaatsen van een heath recovery, ...

Dit project vormde de uitvoering van een Joint Venture tussen een klant (SAPPI) en Electrabel. De beslissing over de projectverantwoordelijkheid, diende om commerciële redenen tegen uiterlijk 1 oktober 2011 genomen te worden.

Er werd daarom aan de heer H gevraagd uiterlijk op 29 september 2011 aan Electrabel te laten weten of hij al dan niet op dit voorstel wenste in te gaan. Op 26 september 2011 vroeg de heer H nadere specificatie van dit project, waarna Electrabel op 28 september 2011 een functiebeschrijving overmaakte (stuk 45 de heer H).



14. Met brief van 30 september bevestigde Electrabel de mutatie van de heer H als projectleider van het SAPPI-project en vroeg om vóór 5 oktober 2011 schriftelijk zijn akkoord hiermee te bevestigen.

15. Met brief van 5 oktober 2011 liet de raadsman van de heer F aan Electrabel weten dat de heer H geen genoegen nam met dit voorstel omdat dit geen gelijkaardige functie was en hij herhaalde zijn ingebrekestelling van 6 september 2011.

16. Met brief van 14 oktober 2011 drong Electrabel aan opdat hij deze opdracht zou willen aanvaarden. Ze wenste niet toe te staan dat hij weigerde opdrachten uit te voeren en hij werd uitgenodigd op een vergadering op 19 oktober 2011 over het begin van de opdracht in aanwezigheid van zijn nieuwe hiërarchie, de heer W

17. De heer H is niet aanwezig op de vergadering op 19 oktober 2011, omwille van arbeidsongeschiktheid. De vergadering werd daarom uitgesteld naar 25 oktober 2011. Wegens verdere arbeidsongeschiktheid werd de vergadering nogmaals verdaagd naar 3 november 2011.

18. Na afloop van de vergadering van 3 november 2011, drong Electrabel er bij de heer H met brief van 4 november 2011 nogmaals op aan standpunt in te nemen en werd hij uitgenodigd op de zetel van de onderneming op 10 november 2011 om 13u teneinde zijn hiërarchische meerdere, de heer W op de hoogte te brengen van zijn definitief antwoord. Bij een positief antwoord startte hij dezelfde dag in deze functie. Zonder duidelijk antwoord op bovenvermelde datum, zou men hieruit de nodige conclusies moeten trekken.



19. Met brief van 9 november 2011 bracht de heer H aan Electrabel ter kennis dat hij *"akte neemt van het feit dat de vennootschap door deze houding een einde stelt aan de arbeidsrelaties"*.

De heer H stelde in dit schrijven dat hij sinds juli 2011 zonder vaste affectatie was en dat hij van oordeel was dat de functie die hem werd aangeboden in het kader van het project SAPPI niet equivalent was met zijn functieniveau.

20. De heer H bood zich niet meer aan op het kantoor.

21. Met brief van 14 november 2011 betwistte Electrabel de door de heer H. In zijn brief van 9 november 2011 aangevoerde beweringen.

Electrabel preciseerde hierbij dat in tegenstelling tot hetgeen de heer H beweerde, zij hem wel degelijk terecht de opdracht met betrekking tot het project SAPPI kon toevertrouwen nu deze opdracht geenszins een wijziging inhield van zijn contractuele arbeidsvoorwaarden.

Tevens benadrukte Electrabel dat de weigering door de heer H om de hem toegewezen functie uit te oefenen niet kon aanvaard worden en herhaalde zij haar wens om de heer H als projectverantwoordelijke voor het project SAPPI aan te stellen. Vervolgens maande Electrabel de heer H een laatste keer aan om zijn standpunt te herzien en haar binnen de 48 uur te laten weten of hij de opdracht in verband met het project SAPPI aanvaardde.



Concreet werd de heer H _____ verzocht tegen uiterlijk 17 november 2011 om 12u de nodige documenten ondertekend voor akkoord per mail en per aangetekende brief terug te sturen aan de heer Philippe V _____

Tenslotte benadrukte Electrabel dat bij gebreke van uitdrukkelijke aanvaarding van zijn opdracht Electrabel geen andere keuze zou hebben dan vast te stellen dat de heer H _____ zelf een einde had gesteld aan de arbeidsovereenkomst waarvoor hij de volledige verantwoordelijkheid droeg, onverminderd het recht van Electrabel om van de heer H _____ de passende vergoedingen te vorderen.

22. De heer H _____ reageerde niet op de brief van Electrabel van 14 november 2011 en Electrabel stelde vervolgens in een brief van 24 november 2011 vast dat heer H _____ zélf eenzijdig een einde aan de arbeidsovereenkomst had gesteld door in zijn brief van 9 november 2011 verkeerdelijk en ten onrechte de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door Electrabel vast te stellen.

23. Op 4 januari 2012 bracht de heer H _____ dagvaarding uit lastens Electrabel voor de arbeidsrechtbank te Oudenaarde en vorderde, na latere aanpassing in conclusies, betaling van:

- Een opzeggingsvergoeding van € 1.484.601,78
- Achterstallige opstartpremies van € 49.330
- Achterstallig variabel loon 2009 van € 12.330
- Per diem vergoedingen van € 50.000 netto



- Achterstallig loon van € 64.732,50
- Correctie van de eindafrekening van € 1 provisioneel
- Schadevergoeding wegens leeftijdsdiscriminatie van € 10.000

Vermeerderd met intresten en kosten.

Tevens vroeg hij de afgifte van een aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

Tenslotte vroeg hij dat zou gezegd worden voor recht dat hij de toegekende aandelen, aandelenopties en personeelsparen in aandelen behield.

Electrabel stelde een tegeneis en vroeg betaling van een opzeggingsvergoeding van € 136.053,59.

24. Met vonnis van 3 september 2013 verklaarde de arbeidsrechtbank te Oudenaarde zich territoriaal onbevoegd en verzond de betwisting naar de arbeidsrechtbank te Brussel.

25. Met vonnis van 19 februari 2015 verklaarde de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel de hoofdvordering ontvankelijk en slechts gegrond ten belope van € 810,27 wegens vakantiegeld op variabel loon, vermeerderd met intresten en tot afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

De debatten werden heropend om bijkomende stukken voor te leggen over de evaluaties wat betreft de vordering achterstallig loon 2009.

De tegenvordering werd ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard voor een bedrag van € 22.675,60, zijnde een opzeggingsvergoeding van 1 maand, vermeerderd met intresten.



De gerechtskosten werden ten laste van de heer H gelegd.

De arbeidsrechtbank aanvaardde hierbij niet het door de heer H ingeroepen impliciet ontslag.

26. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 6 januari 2016, tekende de heer H hoger beroep aan tegen dit vonnis en hernam hij zijn eerdere vordering met uitzondering van de schadevergoeding wegens leeftijdsdiscriminatie. Tevens voerde hij aan dat de tegenvordering onterecht was toegekend; in ondergeschikte orde deed hij een getuigenaanbod.

Electrabel tekende incidenteel beroep aan wat betreft het aan de heer H toegekende bedrag van € 810,27 en de herleiding van de opzeggingsvergoeding, waarbij Electrabel de veroordeling vroeg tot het door haar gevorderde bedrag van € 136.053,59.

II. BEOORDELING

27. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, wat niet wordt betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

Het impliciet ontslag

28. Opdat er sprake kan zijn van een eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst die gelijk staat met een onregelmatige beëindiging, moet de heer H aantonen dat er sprake is van:



- een effectieve wijziging, minstens een definitieve beslissing (Cass., 30 november 1998, *Arr. Cass.* 1998, 496)
- een aanzienlijke wijziging van een essentieel bestanddeel, (vgl. Cass. 15 januari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 544; Cass. 1 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 361; Cass. 7 februari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, nr. 324)
- een eenzijdige wijziging (vgl. Cass., 4 februari 2002, *JTT* 2002, 121; Cass., 23 juni 1997, *JTT* 1997, 333; Cass., 30 november 1998, *JTT* 1999, 150; Cass., 20 december 1993, *JTT* 1994, 443 en *Soc. Kron.* 1994, 105, noot).

29. Een functie wordt niet in alle omstandigheden als een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst beschouwd. De werkgever heeft het recht de werking van zijn onderneming te moderniseren of te reorganiseren, bv. omwille van een veranderde economische situatie, maar de werkgever dient hierbij in acht nemen dat de betrokkene geen financieel nadeel mag ondergaan en dat de nieuwe functie enigszins vergelijkbaar moet zijn met de voordien uitgeoefende functie (Arbh. Brussel 10 december 1980, *JTT* 1982, 109).

Kleine eenzijdige wijzigingen aan essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst komen niet neer op een onrechtmatige beëindiging ervan (vgl. Cass. 15 januari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 544; Cass. 4 februari 2002, *JTT* 2002, 121; Arbh. Brussel 6 maart 2015, www.iuridat.be).

30. Tot aan het voorstel om de hoofdverantwoordelijkheid voor het project SAPPI op te nemen, heeft de heer H steeds de functieaanpassingen wegens de afloop van



eerdere projecten aanvaard. Niet betwist wordt dat al deze functies behoorden tot het niveau 9 van de HAY-classificatie. Dit was ook zo voor de laatste functie van raadgever veiligheid en arbeidsvoorwaarden van de voorzitter van GDF Nucléaire France.

31. Op blz. 5 onderaan van zijn laatste synthese beroepsbesluiten bevestigt hij immers dat hij zich op loyale wijze bereid getoond had deze raadgevingsfunctie op te nemen. Hij heeft deze tevens minstens gedurende 7 maanden zonder protest uitgevoerd. Alleszins doet zijn weigering om finaal de tijdelijke detacheringsovereenkomst te ondertekenen hieraan niets af, omdat dit mede het gevolg was van zijn overplaatsing naar Lyon, waardoor hij geen beroep meer kon doen op het fiscaal voordelige grensarbetersstatuut.

32. De bewering dat hij uiteindelijk te weinig om handen had in deze nieuwe functie maakt geen eenzijdige wijziging van zijn arbeidsovereenkomst uit en zou hoogstens aanleiding kunnen geven tot een contractuele wanprestatie van de werkgever, wat zelfs indien afdoende bewezen, in de gegeven situatie niet tot impliciet ontslag kon leiden, daar alleszins zijn volledig loon doorbetaald werd en er geenszins een wil tot beëindiging aan de zijde van Electrabel kan worden aangetoond, gelet op de uitvoerige onderhandelingen vanaf 23 september 2011 voor een nieuwe functie, zoals door de eerste rechter correct beschreven op het 13^{de} blad van het bestreden vonnis.

33. De gebeurlijke beweringen d.d. 6 juli 2011 op de voice mail van de heer t
uitgaande van de heer L , m.b.t. het zoeken naar een globale oplossing zijn dan ook
zonder pertinentie voor de beoordeling van het impliciet ontslag.



34. Door de uiteindelijke weigering van de heer H om zijn inschakeling in het SAPPI-project te aanvaarden, vond er de facto geen effectieve wijziging van zijn functie plaats, maar uit de brieven van Electrabel van 4 en 14 november 2011 volgt duidelijk dat er een uitdrukkelijke beslissing genomen was om deze opdracht aan hem toe te wijzen (zie randnummer 28 eerste en derde streepje).

35. Rekening houdend met wat gezegd werd in de randnummers 28 tweede streepje en 29 moet derhalve worden nagegaan of deze nieuwe functie een essentiële wijziging inhield ten aanzien van de vorige positie van de heer H, die een niveau 9 omvatte in de HAY-schaal. Electrabel beschouwt de leiding van het SAPPI-project als een functie van een dergelijk niveau.

36. Dit is aannemelijk, omdat na de weigering van de opdracht door de heer H, de projectleiding werd toevertrouwd aan de heer G, die eveneens een directiefunctie uitoefende in de HAY9-classificatie. De omstandigheid dat de heer G daarbij geholpen werd door een lager ingeschaalde assistent, doet niets af aan de eindverantwoordelijkheid en het belang van de functie. Overigens hield het aanbod aan de heer H in dat ook hij een ploeg moest aansturen (zie functieprofiel tweede blad bovenaan – zijn stuk 45) en dat hij in een joint venture met de klant werkte (zie functieprofiel en bevestigd in de brief van zijn raadsman van 5 oktober 2011) en daarenboven nog samenwerkte met een studiebureau, zoals eveneens omschreven in het functieprofiel. Bovendien had hij in zijn functie van raadgever van de voorzitter van GF-DF Nucléaire de France evenmin personeel onder zich, terwijl hij voor deze taak ook niet beschikte over budgeten, zodat deze elementen niet zo decisief zijn voor de afweging van het belang van de functie.



37. Alleszins toont de heer P niet op afdoende wijze aan dat de hem voorgestelde functie van een lager niveau zou zijn dan een HAY schaal 9. De argumenten, die hij inbrengt tegen het functieprofiel, zijn niet geobjectiveerde en subjectieve inkleuringen, die steunen op niet aangetoonde intentieprocessen, die door de voorliggende briefwisseling en stukken gerelativeerd en ontkracht worden.

38. In het functieprofiel wordt immers gewezen op het strategisch belang van het pilootproject voor de nieuwe samenwerkingsformule met analoge klanten waarvoor de bestaande contracten dienen heronderhandeld te worden. Electrabel wijst in dat verband naar de gewijzigde situatie na de Fukushima-ramp in Japan, waardoor de mogelijkheid van de bouw van telkens nieuwe nucleaire projecten afnam en men zich meer oriënteerde naar omschakeling en uitbreiding van bestaande eenheden. In die zin maakt de heer H andermaal een onjuiste vergelijking met de investeringskosten die hij voordien gewoon was bij de bouw van nucleaire centrales.

39. Ook het feit dat hij voor de opstart van het nog te ondertekenen project ook zou moeten samenwerken met de afdeling Marketing & Sales, doet niets af aan de waarde van zijn functie. Ook in zijn vorige opdrachten moest hij de aspecten budget, planning en samenwerking met de klant bemeesteren, zoals blijkt uit zijn aanstellingsbrieven voor het project Fos-sur-Mer (zie stukken 2 en 3 van Electrabel, waarin overigens uitdrukkelijk verwezen wordt naar 'de voorbereiding van de toekomstige activiteit'). Het onderscheid tussen ontwikkeling en realisatie is dus veel minder strikt dan hij wil voorhouden. Deze vroegere aanstellingsbrieven, op basis waarvan hij de eerdere opdrachten aanvaard heeft,



zijn bovendien veel minder gedetailleerd dan het functieprofiel dat hem overhandigd werd voor het SAPPI-project.

40. Voor het geval het project niet verder zou geraken dan de voorbereidingsfase garandeerde Electrabel in de brief van 14 november 2011 dat hem dan een andere opdracht zou worden toegewezen.

41. Het later op de klippen lopen van het project in 2012 vormt evenmin een relevant argument, daar de aan hem voorgestelde functie juist uitging van het afwenden van een dergelijke mislukking, wat hij ook al had moeten doen met de centrale te Montoir.

42. De heer H wil op basis van de stiekem opgenomen toelichtingsbesprekingen aantonen dat de aangeboden functie minderwaardig zou zijn; voor het geval het arbeidshof deze opnames niet zou aannemen doet hij een getuigenaanbod van een aantal punten, die hij also wil bewijzen, maar die niet relevant zijn :

- Het hebben van onvoldoende werk in januari 2011 werd hierboven besproken in randnummer 32 en 33;
- Het mogelijk aanbieden van een vertrekregeling bij het niet aanvaarden van de functie, heeft geen belang voor het afwegen van de gelijkwaardigheid van de aangeboden functie; het is immers normaal dat bij een onderhandeling bepaalde opties bekeken worden, die finaal niet worden weerhouden.
- De praktische bijstand in de functie door medewerkers van het niveau 6 of 7, is irrelevant, omdat de aan de heer H aangeboden functie uitgaat van eindverantwoordelijkheid en leiding. Na de weigering van de heer H werd deze



eindverantwoordelijkheid gedragen door de heer G , die de leiding ook effectief opnam door zijn deelname aan 8 zgn. 'steering-meetings' (zie ook randnummer 36).

- De samenwerking met de afdeling Marketing & Sales werd besproken in randnummer 39.

De over en weergaande beweringen tijdens de onderhandelingen doen dan ook niets af aan de bovenstaande vaststellingen, afgeleid uit de geschreven stukken, zodat het niet nodig is rekening te houden met de stiekem gemaakte opnames van gesprekken; evenmin dient ingegaan op het getulgenaanbod hierover.

43. De heer HJ toont dus niet aan dat Electrabel de grenzen van het wijzigingsrecht heeft overschreden. Er wordt geen geschreven arbeidsovereenkomst voorgelegd en evenmin zijn er uitdrukkelijke en bewezen mondelinge bedingen in verband met de arbeidsvoorwaarden die op essentiële punten zouden zijn gewijzigd. Niet conventioneel bepaalde arbeidsomstandigheden mogen door de werkgever eenzijdig gewijzigd worden indien het goed beheer van de onderneming, met inbegrip van het belang van de werknemer, dat vereist (B. CROIMANS en J.J.M. DE LAAT, "Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het injunctierecht", TSR 2008/4, 510). Het belang van de heer I werd niet geschonden door hem de functie van eindverantwoordelijke van het SAPPI-project aan te bieden.

44. Uit dit alles vloeit voort dat de heer I ten onrechte het impliciet ontslag heeft ingeroepen, hetzij wegens contractuele wanprestatie met de bedoeling om de



arbeidsovereenkomst te beëindigen, hetzij wegens een belangrijke en essentiële wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.

45. Zijn vordering tot het bekomen van een opzeggingsvergoeding is daardoor ongegrond.

46. Anderzijds, is het zo dat de partij die ten onrechte de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst vaststelt, zelf de arbeidsovereenkomst onrechtmatig beëindigt (vgl. Arbh. Brussel 11 juni 1997, *JTT* 1998, 13; Arbh. Brussel 5 oktober 1998, *Soc. Kron.* 2001, 470; Arbh. Luik 7 november 2006, *Soc. Kron.* 2008, 58).

Uit het feit dat een partij aan de andere partij verwijt dat zij de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd, terwijl die laatste niet is overgegaan tot expliciet ontslag en niet blijkt dat er van harentwege sprake was van impliciet ontslag, kan wettig worden afgeleid dat de eerstgenoemde de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd door die beëindiging verkeerdelijk aan de wederpartij te wijten (vgl. Cass. 15 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1182).

47. Bij ontstentenis van akkoord tussen partijen dient de opzeggingsvergoeding met toepassing van het voormalige artikel 82 § 3 en artikel 39 § 1 van de arbeidsovereenkomstenwet bepaald te worden door de rechter.

Bij de begroting hiervan houdt de rechter rekening, binnen de grenzen van de maximumtermijnen, met de belangen van beide partijen, dit is wat de werkgever betreft, met inachtneming van de voor hem op het ogenblik van het ontslag bestaande mogelijkheid om een werknemer met dezelfde kwalificatie te vinden (vgl. Cass. 19 juni 1989, *JTT* 1989, 384, noot V. VANNES; Arbh. Antwerpen 18 oktober 1995, *Soc. Kron.* 1996, 347).



De termijn die de werkgever nodig heeft om de ontslag gevende bediende te vervangen in de opgezegde functie door een bediende met gelijkwaardige kwalificaties, moet door de rechter in abstracto worden beoordeeld, zonder acht te slaan op de termijn die de werkgever nodig heeft gehad om de bediende te vervangen (Arbh. Gent 10 december 2001, *RW* 2002-03, 220).

De berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding die verschuldigd is door de werknemer die ten onrechte een met verbreking gelijkgestelde handeling heeft ingeroepen, is het brutoloon (Arbh. Brussel 23 mei 2006, *JTT* 2007, 98; VAN DEN POEL I. e.a., "Onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, *TPR* 2014, afl. 1, 487, nr. 524).

48. Op goede gronden heeft de eerste rechter op basis van deze beginselen de opzeggingsvergoeding begroot op het loon van één maand rekening houdend met het door Electrabel becijferde jaarloon, hetzij $\text{€ } 272.107,18/12 = \text{€ } 22.675,60$.

49. Zijn vordering tot het horen zeggen voor recht dat hij zijn aandelen, aandelenopties en spaaraandelen kon behouden, is daardoor ongegrond. Hij betwist niet dat deze voordelen vervallen, wanneer hijzelf de arbeidsovereenkomst beëindigt.

50. Het hoger beroep en het incidenteel beroep zijn ongegrond voor al de onderdelen, vermeld in de randnummers 45, 48 en 49.

Opstartpremies

51. Electrabel erkent dat de Franse collega's, verbonden aan het project Combigoïfe, effectief een opstartpremie hebben ontvangen.



52. De heer H ontving tot op heden deze premie niet en deed hierover navraag op 12 november 2010.

De heer Thierry S erkende zijn recht op deze premies in een antwoord-e-mail van 12 november 2010, zeggende dat hij reeds per 1 oktober het initiatief genomen had om deze buitengewone premie aan de heer H te laten storten. Hij verwees naar een fout in de verwerking (stuk 49 de heer H).

Uit de stukken blijkt dat algemeen directeur S bevoegd was om de arbeid van de heer H te regelen (stuk 5, 6 en 7 Electrabel) en looncomponenten, zoals bonussen, toe te kennen (stuk 25 de heer H).

53. Electrabel erkende zodoende het recht van de heer H op deze premie en betwist de becijfering (€ 49.320) niet.

54. De vordering van de heer H en het hoger beroep op dit onderdeel zijn gegrond.

Variabel loon evaluatie 2009

55. De heer H houdt voor dat hij in 2009 te laag geëvalueerd werd en daardoor een te laag variabel loon had ontvangen.

56. De eerste rechter heeft op dit punt de debatten heropend om bijkomende stukken voor te leggen. Ter zitting blijkt dat beide partijen geen nieuwe elementen kunnen of willen voorbrengen.



57. De heer H bewijst zijn aanspraak niet. Het hoger beroep is voor dit onderdeel ongegrond.

Per diem vergoedingen

58. Het per diem systeem bij Electrabel is uitsluitend bestemd voor de forfaitaire terugbetaling van uitgaven waarvan de terugbetaling niet via het indienen van een onkostenstaat of een Visa uitgavenstaat verloopt. Er werd een interne policy hierover opgesteld (stuk 36 Electrabel). Hieruit blijkt dat deze kostenvergoedingen slechts betrekking hebben op buitenlandse missies van korte duur.

59. De heer H houdt voor dat deze policy maar van toepassing was vanaf 1 oktober 2010; de policy verwijst voor de voorgaande periode naar de informatie die op Blue Box beschikbaar is. Deze wordt door de heer H niet voorgebracht.

60. Electrabel toont met haar stukken 37 aan dat de onkosten van de heer H omwille van zijn langer verblijf telkens op reële basis vergoed werden; de afrekening vindt men terug in de loonfiches.

61. De heer H toont zodoende niet aan dat hij aanspraak kon maken op achterstallige per diem vergoedingen.

Zijn hoger beroep is op dit punt ongegrond.



Eindafrekening

62. De heer H. houdt voor dat zijn laatste loonafrekening (loonfiches - zie zijn stukken 21) incorrect is. Electrabel betwist dit.

63. De eerste rechter stelde terecht vast dat Electrabel een bedrag van € 810,27 wegens enkel vakantiegeld variabel loon in mindering bracht, maar dit door geen enkel stuk kon verantwoord worden. Hoewel Electrabel op dit punt incidenteel beroep aantekent, blijft ze ook in huidige aanleg in gebreke haar bewering hard te maken. Haar incidenteel beroep is op dit punt ongegrond.

64. De heer H. verwijst naar zijn loonfiche (zoals berekend in 11/2011) die aangeeft dat hij nog 243 openstaande vakantie-uren had, wat niet overeenkomst met het 'enkelvoudig vakantiegeld huidig jaar' (€ 14.741,28).

65. Electrabel brengt hiertegen in dat openstaande vakantie-uren van voorgaande jaren slechts beperkt konden worden overgedragen, maar dat hiermee geen rekening wordt gehouden bij de vermelding op de loonfiche. Dit laatste is ongeloofwaardig, daar men ervan mag uitgaan dat de opgave in de loonfiches correct is. Bovendien maakt Electrabel haar algemene bewering ook nergens concreet.

66. De heer H. berekent de achterstal echter foutief. Een juiste berekening leidt tot een achterstal van:

(€ 12.330,11 x 3/13) : 38 x 243 uren = € 18.195,65

– betaald € 14.741,28



Blijft € 3.454,37.

67. Gelet op het feit dat de heer H zelf als ontslagnemend wordt beschouwd (zie randnummer 46) kan hij op grond van art. 4.13 (iv) van het optieplan geen aanspraak maken op variabel loon omgezet in opties (vgl. randnummer 49); hij kan dus evenmin aanspraak maken op een equivalent bedrag.

68. De eerste rechter heeft m.b.t. de afrekening van het vakantiegeld volgens de stukken 52, 57 en 58 van de heer H een precieze afrekening gemaakt, die aanduidt dat de heer H een klein teveel aan vakantiegeld heeft ontvangen. De eerste rechter stelde terecht vast dat het vakantiegeld correct werd betaald.

69. De heer H herhaalt in graad van beroep enkel zijn vorige afrekening, die door de eerste rechter op een juiste wijze werd gecorrigeerd; hij geeft niet aan waarom de premissen van de eerste rechter onjuist zouden zijn.

Ook op dit onderdeel is zijn hoger beroep ongegrond.

70. Wat betreft de eindafrekening kan enkel een correctie ten bedrage van € 810,27 + € 3.454,37 = € 4.264,64 aanvaard worden (zie randnummers 63 en 66). Het hoger beroep is enkel in die mate gegrond.

71. Voor de toegekende bedragen (randnummers 53 en 70) dienen aangepaste sociale en fiscale documenten te worden afgeleverd; doch het is niet nodig dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom, daar uit het dossier blijkt dat Electrabel zijn loonadministratie volgens de normale regels voert.



72. De gerechtskosten vallen ten laste van de heer H. Er zijn geen redenen om de rechtsplegingsvergoedingen te herleiden tot het minimumbedrag. Het basisbedrag volstaat.

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;

Gelet op het schriftelijk advies van substituut arbeidsauditeur M. Van den Bossche, gedelegeerd bij het auditoraat-generaal, neergelegd op 2 januari 2017 en waarop geen verdere schriftelijke repliek is gevolgd;

Verklaart het hoofdberoep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en ongegrond.

Hervormt het bestreden vonnis in de mate dat het de vordering wegens opstartpremies ongegrond verklaarde en de eindafrekening slechts aanpaste ten bedrage van € 810,27 vermeerderd met intresten en wat betreft de afgifte sociale en fiscale documenten.

Gelet op de devolutieve kracht van het hoger beroep, trekt de zaak aan zich wat betreft de vordering achterstallig loon wegens evaluatie 2009.

Over deze punten opnieuw rechtdoende,

┌ PAGE 01-00000768294-0024-0026-04-01-4 ┐



Veroordeelt de nv Electrabel tot betaling aan de heer H van de opstartpremies van € 49.320, te vermeerderen met wettelijke en gerechtelijke intresten op bruto;

Verwerpt de vordering wegens achterstallig loon wegens evaluatie 2009;

Veroordeelt de nv Electrabel tot betaling aan de heer H van aangepast vakantiegeld (eindafrekening) ten bedrage van € 810,27 + € 3.454,37 = € 4.264,64, te vermeerderen met gerechtelijke intresten op netto.

Veroordeelt de nv Electrabel tot afgifte aan de heer H van de aangepaste sociale en fiscale documenten voor de toegekende bedragen.

Bevestigt het bestreden vonnis wat betreft de afwijzing van al het overige van de hoofdvordering en wat betreft de toekenning van de tegenvordering (€ 22.675,60 vermeerderd met intresten) en de gerechtskosten eerste aanleg.

Veroordeelt de heer H tot de gerechtskosten van het hoger beroep, deze aan de zijde van de nv Electrabel begroot op:

Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep € 18.000.



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

L. LENAERTS,
P. CLERINX,
D. HEYVAERT,
bijgestaan door :
K. CUVELIER,

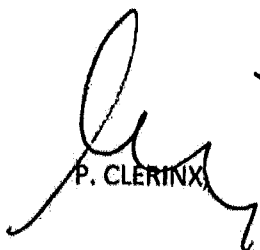
kamervoorzitter,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier,



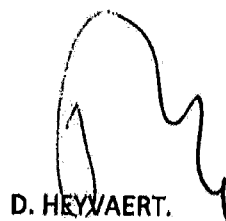
L. LENAERTS,



K. CUVELIER,



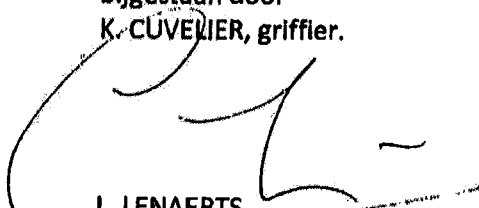
P. CLERINX,



D. HEYVAERT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 14 februari 2017 door:

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
K. CUVELIER, griffier.



L. LENAERTS,



K. CUVELIER.

