



Uitgifte

Repertoriumnummer
2023 /
Datum van uitspraak
21 maart 2023
Rolnummer
2021/AB/871
Beslissing waartegen beroep
20/1291/A

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

BPOST nv van publiek recht (hierna "**Bpost**"), ON 0214.596.464., met maatschappelijke zetel
te 1000 BRUSSEL, Muntcentrum
Appellante op hoofdberoep,
Geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr.

tegen

T. C.,
Geïntimeerde op hoofdberoep,
Appellant op incidenteel beroep
vertegenwoordigd door mr.

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit:

Gelet op de stukken van de rechtspleging, in het bijzonder:

- het afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 2^{de} kamer, op 4 november 2021 (AR 20/1291/A)
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd op 22 december 2021
- de conclusies en de stukken van de beide partijen.

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting 24 januari 2023, waarna de debatten werden gesloten en de zaak in beraad werd genomen voor uitspraak op 21 februari 2023. De uitspraak werd vervolgens verdaagd tot op heden.

1 FEITEN

De heer T. C. werd met ingang van 17 november 2008 door Bpost angeworven als “*Senior Business Analyst (Finance & Accounting – Corporate Control & Costing)*” en dit met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (stuk A.1 Bpost; stuk 1 dhr. T. C.). In deze arbeidsovereenkomst werd in art. 3, §3 het volgende overeengekomen met betrekking tot het variabel loon:

“Afhankelijk van de realisatie van zijn/haar objectieven, en op voorwaarde dat de werknemer gedurende 6 maanden effectieve prestaties heeft geleverd tijdens het referentiejaar en nog in dienst is bij De Post op het tijdstip van de uitbetaling van het variabel loon (tenzij het vertrek het gevolg is van pensionering), kan de werknemer in aanmerking komen voor een variabele beloning van 10% van zijn/haar jaarlijkse brutobezoldiging (inclusief dubbel vakantiegeld en indien van toepassing, inclusief dertiende maand)

Het te betalen bedrag is afhankelijk van de verwezenlijkte doelstellingen op het niveau van de Post en op Unit niveau, alsook van de individueel gerealiseerde doelstellingen (KPI's – key performance indicators en individuele objectieven). Onvoldoende prestaties kunnen ertoe leiden dat het variabel loon niet of slechts gedeeltelijk wordt uitbetaald.

Het aandeel van de door DE POST te behalen doelstellingen enerzijds en de individuele doelstellingen anderzijds in het totale bedrag van de variabele verloning wordt bepaald door De Post.

De key performance indicators en de individuele doelstellingen worden jaarlijks door De Post vastgelegd in overleg met de hiërarchische overste.

Een onderbreking van de arbeidsprestaties gedurende in totaal 1 maand of meer per jaar en dit om eender welke reden behalve afwezigheid wegens jaarlijkse vakantie of extra-legaal verlof, zal aanleiding geven tot een pro rata uitbetaling van het variabel loon.”

In art. 6, dat als titel “*Jaarlijkse evaluatie*” draagt, werd het volgende bepaald:

“De werknemer is onderworpen aan een jaarlijks evaluatiegesprek dat kadert in het Performance Management Programma van toepassing binnen De Post. Deze evaluatie gebeurt door middel van een standaard evaluatiedocument dat wordt ingevuld door de werknemer en zijn evaluator, op basis van concrete en specifieke beschikbare informatie.”

Na enige tijd maakte de heer T. C. blijkbaar de overstap naar de functie van *“ICT Consultant”* (stuk 13 dhr. T. C.).

Tot eind februari 2019 werkte de heer T. C. als *“ICT Consultant”* in het departement *“Budget & Risk Management”* onder de verantwoordelijkheid van de heer D. W., Head of IT Office (stuk 2 dhr. T. C.). Deze laatste evalueert de heer T. C. een laatste keer op 25 februari 2019, waarbij de heer T. C. de score *“in lijn met verwachtingen”* behaalt (stuk 2 dhr. T. C.). Het evaluatieformulier wordt door zowel de heer D. W., als de heer T. C. ondertekend op 25 februari 2019 (bij de heer T. C. *“ter kennisname”*; zie vermelding op het laatste blad).

Vanaf eind februari 2019 werd de heer T. C. tewerkgesteld in de unit *“Customer Experience”*, waarvan de heer M. de verantwoordelijke manager was, en meer bepaald binnen de tak *“Service desk support tools”* waarvan de heer G. de verantwoordelijke was. Dit blijkt uit een vertrouwelijke presentatie van 15 maart 2019 getiteld *“ICT – overzicht organisatie Overlegcomité Centrale Diensten”* waarin onder andere vermeld wordt dat de heer T. C. de overstap maakt van *“ICT Governance”* naar *“Service desk support tools”* (stuk A.3 Bpost). Dit blijkt ook uit de evaluatie van 25 februari 2019 door de heer D. W., waarin deze schrijft: *“Het zal een verlies zijn voor IT Office/Governance team zowel qua skills (analyse vermogen) als spirit (T. C. is een echte team player met positieve ingesteldheid) gezien T. C. – tot nader order- bij Customer Experience team zal ingeschakeld worden.”* (stuk 2 dhr. T. C.) Dit blijkt tenslotte ook uit een e-mail die de heer G. op 28 februari 2019 richtte aan de heer T. C. (stuk C.7 Bpost).

Op 12 maart 2020 vond er blijkbaar een gesprek plaats tussen de heer T. C. en de heer G. met betrekking tot het presteren van de heer T. C. Er worden door geen van beide partijen stukken voorgelegd m.b.t. dit gesprek, doch dat het plaatsvond staat niet ter discussie. Omtrent de exacte inhoud en toon bestaat wel discussie. Volgens de heer T. C. zou zijn manager aan het begin van het gesprek hebben aangegeven dat het slechts een eerste gesprek was dat nog gevolgd zou worden door een formeel evaluatiegesprek waarop enerzijds de beoordeling voor het prestatiejaar 2019 aan bod zou komen en anderzijds de objectieven voor prestatiejaar 2020 zouden worden vastgelegd. Dit eerste gesprek zou enkel een informele zelfevaluatie geweest zijn waarop hij van zijn manager quasi geen feedback kreeg. (zie laatste conclusie dhr. T. C. p. 14). Volgens Bpost daarentegen werden de opmerkingen die door de heer G. vermeld werden in het evaluatieformulier tijdens het gesprek van 12 maart 2020 besproken met de heer T. C. (zie laatste conclusie Bpost p. 5-6).

Uit het stuk C.14 van Bpost blijkt dat vervolgens op 5 april 2020 in het elektronisch evaluatiesysteem voor de heer T. C. een score *“C”* (voor *“merit validator”*) en een score *“1”* (voor *“variable validator”*) werd ingebracht, waarbij als evaluator de heer G. werd vermeld en als validator de heer M. (stuk C.14 Bpost). Uit niets blijkt dat de heer T. C. hiervan op de hoogte gebracht werd.

Op 20 april 2020 om 11 uur 's avonds verzond de heer T. C. een e-mail aan de heer G. met als onderwerp *“PMP 2019 – draft”* (vrije vertaling: *“PMP 2019 – ontwerp”*) en in bijlage een word-document met als bestandsnaam *“2019 -284609 (T. C.).docx”*. In de begeleidende e-mail schreef de heer T. C.: *“Dag S. G., Bijgaand template ingevuld naar goed vermogen (om morgen te bespreken). Mvg, T. C.”* (stuk 20 dhr. T. C.). Het word-document is volgens de heer T. C. zijn stuk 3, zijnde het evaluatieformulier dat hij aanmaakte op *“20-4-2020”* (datum zoals vermeld wordt onderaan op het document) en waarin hij zijn werk over het jaar 2019 evalueerde. Hij vulde zowel het deel 1 als het deel 2 in. Bpost brengt dit evaluatieformulier ook bij (stuk C.2 Bpost), weze het dat hierin het standpunt van de heer G. is toegevoegd en dat in deel 2 de input van de heer T. C. volledig werd weggelaten en vervangen door input van de heer G. Uit niets blijkt wanneer de heer G. dit evaluatieformulier heeft aangevuld. Er liggen ook geen stukken voor waaruit blijkt dat de heer G. t.a.v. de heer T. C. reageerde op de e-mail die hij van hem mocht ontvangen op 20 april 2020.

Uit e-mailcorrespondentie blijkt vervolgens dat een zekere mevrouw S., Strategic HR Business Partner, op 5 mei 2020, met verwijzing naar het feit dat zij binnen ICT een zekere mevrouw C. assisteert, beroep deed op mevrouw P. voor het maken van uit dienst berekeningen van 8 werknemers, niet-baremieke contractuelen binnen ICT, waaronder de heer T. C. (stuk B.1 Bpost). Op 12 mei 2020 liet mevrouw C. vervolgens aan mevrouw S. in een e-mail weten dat er op 2 juni 2020 zou overgegaan worden tot het ontslag van 2 werknemers van de lijst van 8, waaronder de heer T. C. (stuk B.2 Bpost). In een e-mail van 28 mei 2020 liet mevrouw S. dan weer weten aan een zekere mijnheer S. D. dat op 2 juni 2020 zou overgegaan worden tot het ontslag van 4 werknemers in de ICT-afdeling, waaronder de heer T. C. (stuk B.9 Bpost).

Eveneens op 28 mei 2020 richtte de heer T. C. een e-mail aan de heer G. waarin hij meldde dat hij in juni 2020 gebruik wil maken van deeltijds corona-ouderschapsverlof (stuk A.5 Bpost; stuk 4 dhr. T. C.). Dezelfde dag nog ondertekende de heer G. deze aanvraag en maakte hij deze over aan de personeelsdienst (stuk A.6 Bpost).

Op 2 juni 2020 ging Bpost over tot het ontslag van de heer T. C. (stuk B.4 Bpost; stuk 5 dhr. T. C.):

“[...]”

Verbreking van het contract

Geachte,

Wij stellen u hierbij op de hoogte van ons besluit om een einde te stellen aan uw arbeidscontract vanaf 03/06/2020, mits betaling van een opzeggingsvergoeding. Vanaf deze datum bent u dus vrij van alle voordelen en hoeft u zich niet meer aan het werk te melden.

Dit ontslag is gebaseerd op redenen die verband houden met uw ondermaatse prestaties.

Na verscheidende gesprekken, moeten we tot de conclusie komen dat we tot op heden nog geen enkele verbetering zien in verschillende aspecten die we reeds hebben besproken.

Binnen de functie van ICT Consultant, is het belangrijk relevante verbanden te leggen in het grotere verhaal en hoe deze bijdragen tot de resultaten van het volledige team, en bij onze interne klant. Het verzamelen en interpreteren van informatie dient op aangepaste wijze met de betrokken partijen te worden gedeeld. Echter wordt het resultaat vandaag nog vaak te complex opgeleverd of te weinig afgestemd op de noden van de betrokkene. Hierdoor is de opgeleverde data vaak niet direct bruikbaar, hetgeen een impact heeft op de goede werking van andere teams.

We zien eveneens nog geen vooruitgang over het structureren van je activiteiten in een efficiënte planning, waar rekening gehouden wordt met de prioriteiten van de organisatie.

Een voorbeeld hiervan draait rond customer centricity. Heel wat analyses werden gemaakt. Doch de evaluatie omtrent de tegemoetkoming aan de noden van de eindgebruiker werd nooit afgetoetst. Fieldbezoeken werden naar het achterplan geschoven waarbij de acties beperkt zijn gebleven tot een theoretisch actieplan. Door gebrek aan focus op het rechtstreekse contact, het behalen van deadlines en de efficiëntie van het opgeleverde werk of product. Dit was een kans om professionele relaties en sterke partnerschappen te ontwikkelen en onderhouden met onze eindgebruikers.

Deze opzegvergoeding is gelijk aan het salaris overeenkomstig een opzegtermijn van 6 maanden en 21 weken, die u spoedig zal betaald worden.

[...]”

Op 3 juli 2020 stelde de heer T. C. via zijn raadsman Bpost in gebreke en werd deze laatste verzocht om over te gaan tot betaling van de bonus voor het prestatiejaar 2019, een aanvullende opzeggingsvergoeding en een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof (stuk B.5 Bpost; stuk 8 dhr. T. C.).

Met een brief van 28 juli 2020 liet Bpost weten dat het niet op deze aanspraken zou ingaan (stuk B.6 Bpost).

Op 7 augustus 2020 verstuurde de raadsman van de heer T. C. een tweede ingebrekestelling (stuk B.7 Bpost; stuk 9 dhr. T. C.). Deze brief werd op 7 september 2020 beantwoord door de raadsman van Bpost die schreef dat er door Bpost geen enkel bedrag meer verschuldigd was aan de heer T. C. (stuk B.8 Bpost).

2 PROCEDURE EERSTE AANLEG

Aangezien de heer T. C. zich hiermee niet kon verzoenen, maakte hij op 22 oktober 2020 zijn zaak aanhangig bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel. De zaak werd daar ingeschreven onder het nummer AR 20/1291/A.

De heer T. C. verzocht de arbeidsrechtbank om Bpost te veroordelen tot betaling van een achterstallige bonus voor prestatiejaar 2019 gelijk aan 8.323,02 euro provisioneel, evenals het vakantiegeld hierop, een aanvullende opzeggingsvergoeding gelijk aan minimaal 13.527,84 euro bruto, een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof gelijk aan minimaal 56.056,53 euro bruto en een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, het niet voorafgaandelijk horen van de heer T. C. en het niet aanbieden van een verbeteringsplan, gelijk aan minimaal 36.652,34 euro bruto. Tenslotte verzocht de heer T. C. de arbeidsrechtbank om Bpost te veroordelen tot de kosten van het geding.

Met een vonnis van 4 november 2021 verklaarde de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel de vordering van de heer T. C. ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond. Bpost werd veroordeeld tot betaling van: 8.323,02 euro provisioneel achterstallige bonus voor 2019, 1.304,22 euro bruto provisioneel achterstallig vakantiegeld op bonus, 8.691,99 euro bruto aanvullende opzeggingsvergoeding en 53.132,52 euro bruto beschermingsvergoeding ouderschapsverlof, meer de wettelijke en gerechtelijke intresten. Bpost werd ook veroordeeld tot de kosten van het geding, zijnde 20,00 euro bijdrage aan het begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand en 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding.

3 PROCEDURE EN VORDERING IN HOGER BEROEP

Met een verzoekschrift dat bij de griffie van het arbeidshof te Brussel werd neergelegd op 22 december 2021 tekende Bpost hoger beroep aan tegen dit vonnis. In haar *“aanvullende en syntheseconclusie in beroep”*, neergelegd op 3 oktober 2022, vordert Bpost:

“In hoofdorde:

- *Het vonnis a quo te vernietigen, met name:*
 - *De vordering van de heer T. C. tot betaling van een achterstallige bonus voor 2019 en achterstallig vakantiegeld op de bonus voor 2019 ongegrond te verklaren;*

- *De vordering van de heer T. C. tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding ongegrond te verklaren;*
- *De vordering van de heer T. C. tot betaling van een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof ongegrond te verklaren;*
- *De vordering van de heer T. C. tot afgifte van de loon- en fiscale documenten ongegrond te verklaren;*
- *Het vonnis a quo te bevestigen, met name:*
 - *De vordering van de heer T. C. tot betaling van een schadevergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag, het niet-voorafgaandelijk horen van de heer T. C. en het niet aanbieden van een verbeteringsplan ongegrond te verklaren;*
 - *De vordering van de heer T. C. tot kapitalisatie van de wettelijke en gerechtelijke intresten ongegrond te verklaren;*
- *De heer T. C. te horen veroordelen tot betaling van de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen voor beide aanleggen, begroot op 7.000,00 EUR voor de procedure eerste aanleg en 7.000,00 EUR voor de procedure in hoger beroep.*

In ondergeschikte orde:

- *Indien uw Hof per impossibile toch zou oordelen dat de heer T. C. aanspraak zou maken op een bonus, deze hoogstens te begroten op 20-30% van het basisbedrag of 40-60% van het basisbedrag;*
- *Indien uw Hof per impossibile toch zou oordelen dat de heer T. C. aanspraak zou maken op een beschermingsvergoeding van 6 maanden brutoloon, quod non, dient in ieder geval de vergoeding berekend te worden op basis van een bruto jaarloon (incl. voordelen) van 95.753,81 EUR.*
- *Indien uw Hof per impossibile toch zou oordelen dat de heer T. C. aanspraak zou maken op een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, het niet-voorafgaandelijk horen van de heer T. C. en het niet aanbieden van een verbeteringsplan, quod non, dient in ieder geval de vergoeding berekend te worden op basis van een bruto jaarloon (incl. voordelen) van 95.753,81 EUR.*
- *Indien uw Hof per impossibile zou oordelen dat bpost aangepaste sociale documenten zou moeten afleveren, er geen reden is om de vordering toe te kennen onder verbeurte van een dwangsom, minstens de gebeurlijke dwangsom tot een proportioneel bedrag te herleiden.*
- *Toepassing te maken van artikel 1017 Ger.W. zodat de kosten tussen de partijen verdeeld worden in functie van het aandeel van de toegekende vorderingen.”*

De heer T. C. van zijn kant vraagt in zijn “syntheseconclusie”, neergelegd op 1 december 2022:

“Behage het aan het arbeidshof:

- *Akte te nemen van het incidenteel beroep ingesteld door de heer T. C. bij eerste conclusie tegen het vonnis a quo, op grond van art. 1054 jo. art. 1056 Ger. W.;*
- *De vorderingen van de heer T. C. ontvankelijk en gegrond te verklaren, en derhalve het vonnis a quo:*
 - *Integraal te bevestigen wat betreft de bonus en het vakantiegeld daarop, en derhalve bpost te veroordelen tot betaling aan de heer T. C. van een achterstallige bonus van 8.323,02 EUR bruto provisioneel en het achterstallig vakantiegeld op die bonus ten belope van 1.304,22 EUR bruto provisioneel;*
 - *Ondergeschikt, bpost te veroordelen tot betaling aan de heer T. C. van een achterstallige bonus van 3.329,21 EUR bruto provisioneel en het achterstallig vakantiegeld op die bonus ten belope van 521,69 EUR bruto provisioneel.*
 - *Te bevestigen op het principe dat een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof en een aanvullende opzeggingsvergoeding verschuldigd zijn door bpost, doch de in eerste aanleg toegekende bedragen te verhogen tot 56.056,53 EUR bruto resp. 13.527,84 EUR bruto;*
 - *Ondergeschikt, minstens de in het vonnis a quo toegekende bedragen ten titel van beschermingsvergoeding ouderschapsverlof resp. aanvullende opzeggingsvergoeding toe te kennen, en het vonnis a quo op deze punten derhalve integraal te bevestigen.*
 - *Te hervormen wat betreft de vordering tot schadevergoeding wegens (a) het ontslaan van de heer T. C. zonder het bestaan van objectieve noden daartoe in hoofde van bpost, of van gedrags- of prestatieproblemen bij de heer T. C., (b) het niet voorafgaandelijk horen van de heer T. C. en (c) het niet aanbieden van een verbeteringsplan, en derhalve zulke schadevergoeding ten belope van 36.652,34 EUR bruto toe te kennen aan de heer T. C.;*

- *bpost te veroordelen tot betaling van de wettelijke en gerechtelijke intresten op voormelde bedragen, te kapitaliseren van zodra zij betrekking hebben op een volledig jaar;*
- *bpost te veroordelen tot afgifte van de sociale en fiscale documenten, onder verbeurte van een dwangsom van 50 EUR per dag en per ontbrekend document, vanaf betekening van het tussen te komen arrest;*
- *bpost te veroordelen tot de betaling van alle kosten, zoals hierna vereffend aan de zijde van de heer T. C.:*
 - *bijdrage begrotingsfonds: 20 EUR*
 - *rechtsplegingsvergoeding 1ste aanleg : 7.500 EUR*
 - *rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 7.500 EUR**Totaal : 15.020 EUR.”*

4 ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP en HET INCIDENTEEL BEROEP

4.1

Het blijkt niet dat het bestreden vonnis werd betekend, zodat kan aangenomen worden dat het hoger beroep van Bpost tijdig is. De andere vormvoorwaarden werden eveneens nageleefd. Het hoger beroep van Bpost is bijgevolg ontvankelijk.

4.2

Met de eerste conclusie die namens de heer T. C. werd neergelegd in graad van beroep, zijnde de conclusie van 30 maart 2022, werd incidenteel beroep ingesteld voor wat betreft zijn vordering inzake een schadevergoeding ten belope van 36.652,34 euro bruto die door de arbeidsrechtbank werd afgewezen. Dit incidenteel beroep werd ingesteld op de wijze voorzien in art. 1054, 2^{de} lid Ger.W. Het is bijgevolg toelaatbaar.

5 BEOORDELING TEN GRONDE

5.1 Achterstallige bonus 2019 en vakantiegeld hierop

De arbeidsrechtbank verklaarde de vordering van de heer T. C. m.b.t. de bonus voor het jaar 2019 gegrond en veroordeelde Bpost tot betaling van 8.323,02 euro bruto provisioneel achterstallige bonus voor 2019 en 1.304,22 euro bruto provisioneel achterstallig vakantiegeld op bonus.

Bpost is het hier niet mee eens daar volgens Bpost de toekenning en de waardering van de bonus afhankelijk zijn van het bereiken van doelstellingen door de werknemer, doelstellingen die de heer T. C. niet behaald heeft gezien zijn ondermaatse prestaties.

Daarenboven heeft Bpost ter zake een discretionaire bevoegdheid: zelfs indien de werknemer de doelstellingen bereikt, kan Bpost beslissen geen bonus toe te kennen.

Beoordeling door het arbeidshof:

De arbeidsovereenkomst die tussen de partijen gesloten werd op 9 september 2008 bepaalt in art. 3 §3 dat de heer T. C. in aanmerking kan komen voor een variabele beloning van 10 % van zijn/haar jaarlijkse brutobezoldiging afhankelijk van de realisatie van zijn/haar objectieven en op voorwaarde dat de werknemer gedurende 6 maanden effectieve prestaties heeft geleverd tijdens het referentiejaar en nog in dienst is bij De Post op het tijdstip van de uitbetaling van het variabel loon (zie citaat afgehaald onder de uiteenzetting van de feiten).

Bpost is hier ontegensprekelijk een verbintenis onder een voorwaarde aangegaan ten aanzien van de heer T. C. (art. 1168 Oud BW¹). Bpost heeft zich er immers toe verbonden om aan de heer T. C. een variabele beloning uit te betalen indien hij zijn objectieven realiseert, tijdens het referentiejaar minstens gedurende 6 maanden effectieve prestaties heeft geleverd en nog in dienst is bij Bpost op het tijdstip van de uitbetaling van het variabel loon. Dat over de toekenning van het variabel loon discretionair beslist zou kunnen worden door Bpost en dat er beslist zou kunnen worden om het variabel loon niet toe te kennen ook al zijn de doelstellingen gerealiseerd, blijkt niet uit het art. 3 §3 van de arbeidsovereenkomst en evenmin uit enig ander stuk.

Het geschil tussen de partijen betreft de voorwaarde m.b.t. de realisatie van de objectieven.

Wat betreft de objectieven of doelstellingen die behaald moeten worden, bepaalt het 4^{de} lid van dezelfde §3 het volgende:

“De key performance indicators en de individuele doelstellingen worden jaarlijks door De Post vastgelegd in overleg met de hiërarchische overste.”

Ingevolge de arbeidsovereenkomst die tussen de partijen gesloten werd, rustte zodoende op Bpost de contractuele verplichting om jaarlijks, dus ook voor het jaar 2019, de key performance indicators en individuele doelstellingen voor de heer T. C. vast te leggen.

In een bijlage bij de arbeidsovereenkomst die op 23 december 2015 getekend wordt het zo mogelijk nog duidelijker gesteld dat de doelstellingen bepaald worden door Bpost (stuk 13 dhr. T. C.):

¹ Art. 5.139 BW dat geldt voor overeenkomsten die gesloten zijn vanaf 1 januari 2023 bevat een gelijkaardige bepaling.

“Het bedrag van het variabel loon zal worden bepaald in functie van de individuele en collectieve doelstellingen die bpost elk jaar bepaalt en aan u meedeelt.”

Dat de doelstellingen *“duidelijk en gekend”* waren en dat *“(d)e heer T. C. (dus) wist (...) wat in 2019 van hem verwacht werd”*, zoals Bpost argumenteert, volstaat niet. Bpost moet aantonen dat het wel degelijk key performance indicators en individuele doelstellingen voor het jaar 2019 heeft vastgelegd voor de heer T. C..

In tegenstelling tot wat Bpost voorhoudt, blijkt uit geen enkel van de bijgebrachte stukken dat er voor de heer T. C. voor het jaar 2019 dergelijke key performance indicators en individuele doelstellingen werden vastgelegd:

- De functiebeschrijving van *“ICT Consultant”* die door Bpost wordt bijgebracht (stuk A.2 Bpost), kan onmogelijk in die zin begrepen worden. Het betreft een algemene uiteenzetting van onder meer het doel van de functie, de hoofdtaken en de vereiste technische expertise. Dit zijn geen persoonlijke te behalen doelstellingen die specifiek voor een bepaald jaar worden vastgelegd.
- Ook de presentatie *“ICT – overzicht organisatie”* die klaarblijkelijk op 15 maart 2019 gebracht werd in het Overlegcomité Centrale Diensten (stuk A.3 Bpost) kan niet beschouwd worden als het vastleggen van *“key performance indicators”* en *“individuele doelstellingen”* voor de heer T. C. voor het jaar 2019. Het betreft enkel een algemene uiteenzetting van de taken van onder meer de Customer Experience Unit. De heer T. C. wordt enkel vermeld als medewerker van deze unit. Uit niets blijkt of kan blijken welke zijn persoonlijke individuele objectieven voor het jaar 2019 dan mogelijks zouden kunnen zijn.
- Dat de heer T. C. tenslotte op dagdagelijkse basis van de heer G. feedback en bijsturing ontvangen zou hebben *“op grond waarvan hij wist wat er van hem verwacht werd”*, kan evenmin opgevat worden als doelstellingen die vastgelegd werden.

Op basis van de voorgelegde stukken kan het arbeidshof niet anders dan besluiten dat er door Bpost voor de heer T. C. geen key performance indicators en individuele doelstellingen voor het jaar 2019 werden vastgelegd.

Door voor het jaar 2019 geen key performance indicators en individuele doelstellingen vast te leggen voor de heer T. C., heeft Bpost nagelaten de op haar rustende contractuele verbintenis te goeder trouw uit te voeren. Bpost maakt zich aldus schuldig aan een contractuele fout (art. 1134 Oud BW²).

² Art. 5.73 BW dat geldt voor overeenkomsten die gesloten zijn vanaf 1 januari 2023 bevat een gelijkaardige bepaling.

Aangezien Bpost door haar contractuele fout zelf verhinderd heeft dat de heer T. C. deze voorwaarde tot het bekomen van het variabel loon voor het jaar 2019 kan vervullen, wordt deze voorwaarde geacht vervuld te zijn (art. 1178 Oud BW³).

Of met andere woorden: er moet aangenomen worden dat de heer T. C. voor het jaar 2019 wel degelijk zijn key performance indicators en individuele doelstellingen gerealiseerd heeft.

De argumentatie van Bpost dat de heer T. C. zijn doelstellingen niet behaald zou hebben, wat dan besproken zou geweest zijn tijdens een evaluatiegesprek, door hem niet tegengesproken zou zijn, waarna er vervolgens een score 1 werd toegekend (*“doelstellingen niet bereikt”*, uitbetalingspercentage 0%), gaat dus niet op. De voorwaarde wordt immers geacht vervuld te zijn omdat de handelswijze van Bpost (nl. geen individuele doelstellingen bepalen voor de heer T. C. voor het jaar 2019) een fout uitmaakt (zie en vgl. Cass. 8 september 1989, *RW* 1989-90, 1220).

Dat de heer T. C. tijdens het referentiejaar (2019) minstens gedurende 6 maanden effectieve prestaties heeft geleverd, wordt niet betwist.

Evenmin staat het ter discussie dat hij op het ogenblik dat het variabel loon voor het jaar 2019 uitbetaald moest worden, nog in dienst was van Bpost.

Dat de doelstellingen die blijkbaar ook op collectief niveau behaald moesten worden, bereikt werden, wordt ook niet betwist.

De heer T. C. vervult dus alle voorwaarden om recht te hebben op variabel loon voor het jaar 2019.

Samen met de arbeidsrechtbank is het arbeidshof het eens dat het variabel loon moet bepaald worden op 100% van het voorziene bedrag, nl. *“10% van zijn/haar jaarlijkse brutobezoldiging (inclusief dubbel vakantiegeld en indien van toepassing, inclusief dertiende maand)”* zoals dat wordt gevorderd door de heer T. C. en dat er geen pro ratering dient te gebeuren. Nu door de contractuele fout van Bpost er geen voorwaarden werden opgelegd en dus onmogelijk uit te maken valt of de heer T. C. al dan niet en in de welke mate de objectieven die hem zouden zijn opgelegd door Bpost -zo Bpost gevolg zou gegeven hebben aan de op haar rustende contractuele verplichting- zou hebben vervuld en welk prestatieniveau hij desgevallend behaald zou hebben, is het arbeidshof van oordeel dat gezien de juridische fictie die art. 1178 oud BW in feite creëert, nl. dat de voorwaarde geacht wordt vervuld te zijn, moet aangenomen worden dat het gaat om een normale prestatie dewelke aanleiding geeft tot een uitbetaling aan 100%, dus zonder afwijking naar boven of

³ Art. 5.144 BW dat geldt voor overeenkomsten die gesloten zijn vanaf 1 januari 2023 bepaalt: “Wanneer een partij door haar fout de vervulling van de voorwaarde verhindert, kan de andere partij haar voor vervuld houden.”

naar beneden. Bijkomend kan opgemerkt worden dat het niet betwist wordt dat de heer T. C. voor alle voorgaande prestatiejaren telkens het variabel loon aan 100% ontvangen heeft.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 20 december 2021 waarnaar door Bpost verwezen wordt om te argumenteren dat het variabel loon geen 100% van het vooropgestelde bedrag mag bedragen, kan in deze niet gevolgd worden. De rechtsvraag waarover het Hof van Cassatie zich in dat arrest diende te buigen, was immers verschillend van het voorliggend geval (Cass. 20 december 2021, S.18.0089.N, <https://juportal.be>; zie en vgl. J. DE VREESE en P. DE ROO, “Bonusplannen en recente rechtspraak: lessons learned!”, *Or.* 2022, 284). In de zaak die aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd, waren er immers wel doelstellingen vastgelegd, maar was het verwijt aan het adres van de werkgever dat hij deze niet op redelijke wijze had beoordeeld. Er werd verwezen naar rechtsmisbruik en het herstel van de schade die daardoor werd teweeggebracht. Het art. 1178 oud BW was in deze zaak -in tegenstelling tot de huidige zaak waarin door Bpost gewoon geen doelstellingen werden vastgelegd- dus niet aan de orde.

Evenmin kan Bpost gevolgd worden waar het argumenteert dat er sprake is van een gedeelde fout nu volgens Bpost de heer T. C. mede verantwoordelijk was voor het vastleggen van de doelstellingen voor het jaar 2019. Dat in een presentatie met betrekking tot het evaluatieproces 2019 (stuk C.1 Bpost) in verband met de doelstellingen in maart wordt voorzien in een “uitwisselingsmoment” tussen medewerker en manager, betekent niet dat de medewerker in kwestie mee verantwoordelijk is voor het vastleggen van deze doelstellingen. Dit wordt duidelijk tegengesproken door hetgeen bepaald is in art. 3 §3 van de individuele arbeidsovereenkomst en de bijlage van 23 december 2015: het is Bpost en Bpost alleen dat de verantwoordelijkheid draagt voor het bepalen van de doelstellingen. Aangezien deze eenzijdig vastgelegde doelstellingen met de medewerker besproken moeten worden, is het niet onlogisch dat er voorzien wordt in een “uitwisselingsmoment” nu de medewerker moet weten wat er van hem verwacht wordt.

Het variabel loon voor het jaar 2019 moet dus bepaald worden op 100% van de jaarlijkse bruto bezoldiging van de heer T. C. (inclusief vakantiegeld en 13^{de} maand).

Wat betreft de begroting van deze jaarlijkse bruto bezoldiging stelt het arbeidshof vast dat de begroting die door de heer T. C. gehanteerd wordt (5.979,18 euro * 13,92) niet betwist wordt door Bpost.

De heer T. C. heeft dus voor het jaar 2019 recht op variabel loon ten belope van 8.323,02 euro bruto provisioneel zoals door hem gevorderd (5.979,18 euro * 13,92 * 10%), evenals het vakantiegeld hierop ten bedrage van 1.304,22 euro bruto provisioneel zoals ook door hem gevorderd (8.323,02 euro * 15,67%).

De arbeidsrechtbank veroordeelde Bpost terecht tot betaling van deze bedragen. Het hoger beroep van Bpost is op dit punt ongegrond. Bpost is deze bedragen wel degelijk verschuldigd aan de heer T. C.

5.2 Aanvullende opzeggingsvergoeding

De arbeidsrechtbank veroordeelde Bpost tot betaling van een aanvullende verbrekingsvergoeding van 8.691,99 euro bruto. De arbeidsrechtbank ging daarbij uit van een jaarloon van 106.265,05 euro bruto.

Bpost is het hier niet mee eens en meent dat het jaarloon begroot moet worden op 95.753,81 euro bruto. De verbrekingsvergoeding die de heer T. C. ontving, werd op basis hiervan berekend. Bijgevolg is er volgens Bpost geen aanvullende verbrekingsvergoeding verschuldigd.

Ook de heer T. C. kan niet akkoord gaan met het jaarloon zoals begroot door de arbeidsrechtbank. Hij meent dat het jaarloon minimaal 112.113,05 euro bruto bedroeg. Zodoende meent hij recht te hebben op een aanvullende verbrekingsvergoeding van 13.527,84 euro bruto.

Beoordeling door het arbeidshof:

De componenten in het jaarloon waaromtrent geen discussie bestaat, zijn: het vast maandloon (5.979,18 euro * 12), de eindejaarspremie (5.979,18 euro), het dubbel vakantiegeld (5.979,18 euro * 0,92), de patronale bijdrage in de groepsverzekering (520,05 euro * 12), de patronale bijdrage in de hospitalisatieverzekering (9,48 euro * 12) en de patronale bijdrage in de maaltijdcheques (5,46 euro * 231).

Omtrent de volgende componenten bestaat wel nog discussie tussen de partijen:

- Variabel loon + vakantiegeld (cf. hoger)

Art. 39 §1, 3^{de} lid Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt:

“Wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de overeenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, wordt voor het veranderlijke gedeelte het gemiddelde genomen van de twaalf voorafgaande maanden of, in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was.”

In de parlementaire voorbereiding valt omtrent deze bepaling het volgende te lezen:

“Artikel 39 voorziet actueel dat de opzeggingsvergoeding moet worden berekend rekening houdende met het loon en de voordelen waarop de werknemer recht heeft

*op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag. Aangezien het bedrag van die voordelen met zekerheid moet worden bepaald op het ogenblik van het ontslag, **bestaat één van de meest rechtszekere methodes erin om te refereren naar het laatste bedrag dat verschuldigd was in de twaalf maanden die het ontslag voorafgingen.***

*Er wordt in artikel 39 gepreciseerd dat, wanneer het loon en/of de voordelen verworven krachtens de overeenkomst geheel of gedeeltelijk variabel zijn, er voor de berekening van het bedrag dat moet worden opgenomen in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding, **rekening moet worden gehouden met het gemiddelde van die lonen en/of voordelen waarvan het recht op betaling eisbaar is in de twaalf maanden die het ontslag voorafgaan.** Wanneer bijvoorbeeld elke drie maanden een bonus verschuldigd is aan de werknemers waarvan het bedrag variabel is, zal men aldus het gemiddelde van de twaalf maanden die het ontslag voorafgaan, in rekening nemen.” (Parl. St. Kamer 2013-2014, nr. 3144/001, 19, onderlijning en nadruk door het arbeidshof)*

De wetgever beoogt dus de opname van het variabel loon dat eisbaar is in de 12 maanden die het ontslag voorafgaan. Het betreft het variabel loon waarop het recht op betaling is ontstaan in de 12 maanden voorafgaand aan het ontslag, ook al zou er geen effectieve betaling zijn gebeurd. Ook wanneer het variabel loon betrekking heeft op een eerdere periode, maar waarvan het recht op betaling slechts definitief ontstaat tijdens de periode van 12 maanden voorafgaand aan het ontslag, moet dus mee in aanmerking genomen worden. (zie en vgl. J. DE MAERE, “Opzeggingsvergoeding en variabel loon – Heeft de eenheidswet duidelijkheid gebracht” in *Arbeidsovereenkomstenwet na 40 jaar ... opnieuw anders bekeken*, Larcier, Gent, 2018, 269)

Het variabel loon voor het jaar 2019 was eisbaar vanaf 1 april 2020 (zie slide 27 in de presentatie van Bpost m.b.t. het “evaluatieproces 2019”, stuk C.1 Bpost).

Aangezien het arbeidshof hoger tot het besluit kwam dat de heer T. C. recht heeft op het variabel loon voor het jaar 2019, hetwelk dus eisbaar was en betaald had moeten worden vanaf 1 april 2020, evenals het vakantiegeld hierop, dienen deze bedragen opgenomen te worden in het jaarloon voor de berekening van de verbrekingsvergoeding die verschuldigd is voor het ontslag van de heer T. C. op 2 juni 2020: 8.323,02 euro bruto uit hoofde van variabel loon en 1.304,22 euro uit hoofde van vakantiegeld op dit variabel loon.

- ***Privégebruik bedrijfswagen + tankkaart***

De heer T. C. meent dat er een bedrag van 760,00 euro per maand in aanmerking genomen moet worden. Bpost houdt het op 400,00 euro per maand. Ook de arbeidsrechtbank beperkte de waarde van dit voordeel tot 400,00 euro per maand.

Bij de begroting van dit voordeel, met name het privé-gebruik van de bedrijfswagen met tankkaart die door de werkgever ter beschikking gesteld wordt, in de berekeningsbasis van de verbrekingsvergoeding moet rekening gehouden worden met het reële voordeel dat de werknemer werkelijk haalt uit het privégebruik van de bedrijfswagen met tankkaart.

Bij de begroting van dit voordeel in deze context moet zodoende niet zozeer de nadruk gelegd worden op het type van de bedrijfswagen, de kostprijs, de leasekost of de waardering die aan het voordeel voor fiscale doeleinden gegeven wordt, maar wel op het gebruiksgenot en de besparing die het voordeel aan de werknemer oplevert, zulks vanuit de afweging dat de werknemer in die situatie nu niet noodzakelijk zelf nog een eigen wagen moet aanschaffen of gebruiken, gelet op het privégebruik dat hij van de hem ter beschikking gestelde bedrijfswagen met tankkaart kan maken.

Om dezelfde reden dat met de kostprijs of de leasekost van de bedrijfswagen geen rekening kan worden gehouden, is het arbeidshof van oordeel dat evenmin rekening gehouden kan worden met het zogenaamde budget van 760,00 euro waarover de heer T. C. in het kader van het “My benefits My choice”-plan klaarblijkelijk beschikte om bepaalde voordelen, zoals een bedrijfswagen te financieren.

Net zoals de arbeidsrechtbank is het arbeidshof van oordeel dat het in die zin op te vatten reële voordeel dat de heer T. C. tijdens zijn tewerkstelling haalde uit het privégebruik van de bedrijfswagen met tankkaart forfaitair en redelijkerwijze kan begroot worden op 400,00 euro per maand.

- ***Parkingbudget***

Volgens de arbeidsrechtbank moet het saldo van het zgn. parkingbudget, nl. 692,00 euro (= eerste schijf parkingbudget 960,00 euro – treinabonnement 268,00 euro) opgenomen worden in het jaarloon.

Noch de heer T. C., noch Bpost zijn het daarmee eens. De heer T. C. meent dat het parkingbudget in zijn totaliteit, nl. 960,00 euro * 2 (schijf maart + schijf september), opgenomen moet worden. Volgens Bpost kan hoogstens het treinabonnement ter waarde van 268,00 euro waarin hij de eerste schijf van het parkingbudget van 960,00 euro heeft omgezet, opgenomen worden. Het saldo wordt niet uitbetaald. De

tweede schijf kan volgens Bpost sowieso niet opgenomen worden aangezien deze pas beschikbaar kwam in september 2020 en de arbeidsovereenkomst van de heer T. C. op dat ogenblik reeds beëindigd was.

Het wordt niet betwist dat de heer T. C. in maart 2020 als dusdanig beschikte over het voordeel bestaande in een abonnement om onbeperkt gebruik te maken van de parkings in het centrum van Brussel. Bij de keuze die hij in maart 2020 diende te maken in het kader van het “My benefits My choice” programma (stuk 11 dhr. T. C.) opteerde hij er blijkbaar voor om niet te kiezen voor dit parkeerabonnement, maar dit om te zetten in “budget”. Dit betekende dat er 960,00 euro “parkingbudget” werd toegevoegd aan zijn budget voor die periode. Dit parkingbudget zette hij deels om in een treinabonnement ter waarde van 268,00 euro (stuk A10 Bpost). Het saldo van het parkingbudget (692,00 euro) gebruikte hij niet (daar waar hij dit in september 2019 wel deed en opteerde voor 3 extra-legale vakantiedagen, zie stuk A.10 Bpost). De heer T. C. zou maar opnieuw kunnen kiezen in het kader van het “My Benefits My Choice” programma in september 2020.

Art. 39 §1, 1ste lid Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de opzeggingsvergoeding gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn. Art. 39 §1, 2de lid Arbeidsovereenkomstenwet voegt daaraan toe dat de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopend loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst behelst. Het bedrag van de opzeggingsvergoeding wordt zodoende berekend met inachtneming van het loon waarop de werknemer aanspraak heeft op grond van de arbeidsovereenkomst waardoor hij is gebonden op de dag van het ontslag (zie en vgl. Cass. 16 november 1992, RW 1993-93, 991). Het bedrag van het loon dat in aanmerking wordt genomen om de opzeggingsvergoeding te berekenen kan niet worden beïnvloed door gebeurtenissen die na die datum plaatshebben (zie en vgl. Cass. 6 september 1982, Arr. Cass. 1982-83, 14)

Op basis hiervan is het arbeidshof van oordeel dat enkel het treinabonnement ter waarde van 268,00 euro moet opgenomen worden in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding. Het saldo van 692,00 euro werd door de heer T. C. in maart 2020 niet benut en was zodoende niet beschikbaar op het ogenblik van zijn ontslag. Hetzelfde geldt voor het budget dat hij beschikbaar zou kunnen maken in september 2020.

- ***Extra-legale arbeidsongevallenverzekering***

De heer T. C. neemt in de berekeningsbasis een extra-legale arbeidsongevallenverzekering op waarvoor hij geen waarde opgeeft. Bpost betwist op zich niet dat er een extra-legale arbeidsongevallenverzekering werd aangegaan,

maar argumenteert dat het voordeel niet vaststaand en niet individualiseerbaar is, waardoor het niet moet worden opgenomen.

Volgens de rechtspraak van Hof van Cassatie komt een voordeel maar voor de berekening van de opzeggingsvergoeding in aanmerking wanneer wettelijke en conventionele bepalingen het mogelijk maken het bedrag of althans het minimumbedrag ervan, ten tijde van het ontslag met zekerheid vast te stellen (Cass. 9 maart 1992, *RW* 1992-93, 291, noot).

Het feit dat de werkgever geen geïndividualiseerde bijdrage per werknemer, maar een totale bijdrage betaalt aan een verzekering ten behoeve van zijn personeel sluit op zich niet uit dat via berekeningen eventueel de werkgeversbijdrage kan worden gecijferd, waardoor dit bedrag kan worden opgenomen in het jaarloon voor de berekening van de opzeggingsvergoeding (zie en vgl. Arbh. Brussel 29 oktober 2010, *JTT* 2011, 57).

Eenzijds kan Bpost dus niet zonder meer stellen dat het voordeel niet vaststaand en niet individualiseerbaar zou zijn. Anderzijds stelt het arbeidshof vast dat de heer T. C. ook geen enkele moeite doet om enige waardering op dit voordeel, waarvan hij nochtans de opname in de berekeningsbasis eist, te kleven, al was het maar een waarde bij benadering. Hij vordert ook niet de voorlegging van bepaalde stukken in dat verband. Op grond van dit alles is het arbeidshof van oordeel dat deze component niet kan worden opgenomen in de berekeningsbasis.

- ***Privé-gebruik GSM***

De heer T. C., daarin gevolgd door de arbeidsrechtbank, begroot de waarde van het privé-gebruik van de GSM op 25,00 euro. Bpost houdt het op 9,00 euro per maand, zijnde het bedrag dat in de loonfiche gehanteerd wordt uit hoofde van voordeel alle aard telefoonabonnement (4,00 euro) en voordeel van alle aard internetabonnement (5,00 euro).

Bij de opname van dit voordeel in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding moet rekening gehouden worden met het reële voordeel dat de werknemer werkelijk haalt uit het privégebruik van de GSM.

Bij de begroting van dit voordeel in deze context moet niet zozeer de nadruk gelegd worden op het type van GSM, de kostprijs of de waardering die daaraan voor doeleinden van loonverwerking gegeven wordt, maar wel op het gebruiksgenot en de besparing die het voordeel aan de werknemer oplevert, zulks vanuit de afweging dat de werknemer in die situatie nu niet noodzakelijk zelf nog een eigen GSM moet aanschaffen en bekostigen, gelet op het privégebruik dat hij van de hem ter beschikking gestelde GSM kan maken.

Het is ongeloofwaardig dat in die optiek het voordeel van het privé-gebruik van de GSM, inclusief abonnement, beperkt kan blijven tot 9,00 euro per maand.

De rechtbank is van oordeel dat het reële voordeel dat de heer T. C. hier haalde uit het privégebruik van de GSM forfaitair en redelijkerwijze kan begroot worden op 25,00 euro per maand.

- **Privé-gebruik laptop**

De heer T. C. houdt voor dat hij de laptop die hem ter beschikking werd gesteld privé mocht gebruiken. Hij begroot dit voordeel op 25,00 euro per maand. Bpost, daarin gevolgd door de arbeidsrechtbank, stelt dat het privé-gebruik verboden was zodat er geen voordeel dient te worden opgenomen.

Het reglement inzake het gebruik van informaticamiddelen dat door Bpost wordt bijgebracht (stuk C.4 Bpost) bepaalt in art. 5.1.2:

“De ICT-middelen van bpost die aan elke gebruiker worden verschaft in het kader van de vervulling van zijn taak, mogen enkel voor bedrijfsdoeleinden worden gebruikt.”

Hieruit volgt dat het privé-gebruik van de laptop verboden was. Het feit dat de heer T. C. op dit verbod geen acht heeft geslagen en de laptop toch privé heeft gebruikt, kan hem geen voordeel opleveren. Er moet zodoende geen rekening gehouden worden met enig privé-gebruik van de laptop in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding.

Rekening houdend met het bovenstaande en de componenten waaromtrent geen betwisting bestaat mee in aanmerking nemen, is het loon dat in aanmerking genomen moet worden voor de berekening van de verbrekingsvergoeding als volgt samengesteld:

Vast maandloon, eindejaarspremie & dubbel vakantiegeld 5.979,18 euro * 13,92	83.230,19 euro
Patronale bijdrage groepsverzekering 520,05 euro * 12	6.240,60 euro
Patronale bijdrage hospitalisatieverzekering 9,48 euro * 12	113,76 euro
Patronale bijdrage maaltijdcheques 5,46 euro * 231	1.261,26 euro
Variabel loon	8.323,02 euro
Vakantiegeld op variabel loon	1.304,22 euro
Privé-gebruik bedrijfswagen + tankkaart 400,00 euro * 12	4.800,00 euro

Treinabonnement	268,00 euro
Privé-gebruik GSM 25,00 euro * 12	300,00 euro
TOTAAL	105.841,05 euro

De verbrekingsvergoeding waarop de heer T. C. recht heeft, bedraagt bijgevolg:

• Deel 1 (6 maanden): $(105.841,05 \text{ euro} / 12) \times 6$	52.920,53 euro
• Deel 2 (21 weken): $(105.841,05 \text{ euro} / 52) \times 21$	42.743,50 euro
TOTAAL	95.664,03 euro

De heer T. C. heeft aldus recht op een verbrekingsvergoeding van 95.664,03 euro, waarvan 4 weken loon in mindering gebracht moeten worden wegens outplacement. Zodoende bedroeg de uiteindelijk aan de heer T. C. te betalen verbrekingsvergoeding 87.522,41 euro bruto (= 95.664,03 euro – $(105.841,05 \text{ euro} / 52 * 4 \text{ weken})$).

Bpost betaalde aan de heer T. C. een verbrekingsvergoeding van 79.181,03 euro bruto (zie stuk 10 dhr. T. C.).

Bijgevolg heeft de heer T. C. recht op een aanvullende verbrekingsvergoeding van 8.341,38 euro bruto (= 87.522,41 euro – 79.181,03 euro) (in plaats van 8.691,99 euro bruto zoals de arbeidsrechtbank oordeelde).

Het hoger beroep van Bpost is wat dit punt betreft in zeer beperkte mate gegrond. Het incidenteel beroep van de heer T. C. is ongegrond.

5.3 Beschermingsvergoeding ouderschapsverlof

De heer T. C. maakt aanspraak op een beschermingsvergoeding daar hij stelt te zijn ontslagen tijdens een periode dat hij beschermd was uit hoofde van ouderschapsverlof.

Bpost meent dat de heer T. C. geen recht heeft op dergelijke beschermingsvergoeding.

De arbeidsrechtbank volgde het standpunt van de heer T. C. en veroordeelde Bpost tot betaling van een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof.

Beoordeling door het arbeidshof:

Uit de stukken die voorliggen, blijkt dat de heer T. C. op 28 mei 2020 “CORONA-ouderschapsverlof” aanvraag (stuk 4 dhr. T. C.). Dit stelsel is voorzien in het KB nr. 23 van 13 mei 2020 tot uitvoering van artikel 5, §1, 5°, van de wet van 27 maart 2020 die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) houdende het corona ouderschapsverlof (BS 14 mei 2020). In art. 3

van dit KB wordt bepaald dat dit corona-ouderschapsverlof wordt uitgeoefend onder de voorwaarden en nadere regelen zoals van toepassing volgens de herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen (afdeling 5, hoofdstuk IV) en de koninklijke besluiten inzake ouderschapsverlof, in zover dit besluit niet afwijkt van deze bepalingen.

Art. 101 van deze Herstelwet bepaalt het volgende:

*“Wanneer de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wordt geschorst met toepassing van de artikelen 100, eerste lid, 100bis en 100ter of wanneer de arbeidsprestaties worden verminderd met toepassing van artikel 102, §1, 102bis en 102ter mag de werkgever geen handeling verrichten die ertoe strekt eenzijdig een einde te maken aan de dienstbetrekking, **behalve om een dringende reden** als bedoeld in artikel 35 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, **of om een voldoende reden**.*

[...]

Als voldoende reden geldt een door de rechter als zodanig bevonden reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de bij de artikelen 100 en 100bis bedoelde schorsing of de in de artikelen 102 en 102bis bedoelde vermindering [...]
(onderlijning en nadruk door het arbeidshof)

Dit ontslagverbod of deze periode van bescherming tegen ontslag gaat in vanaf de datum van de aanvraag (art. 101, 2^{de} lid Herstelwet). De werkgever die een werknemer ontslaat in weerwil van dit ontslagverbod dient aan de werknemer een forfaitaire vergoeding te betalen van 6 maanden loon (art. 101, 6^{de} lid Herstelwet).

Het KB nr. 23 voorziet niet in afwijkende bepalingen.

De heer T. C. werd ontslagen op 2 juni 2020, zijnde nadat hij het corona-ouderschapsverlof had aangevraagd op 28 mei 2020 (stukken A.5 en A.6 Bpost). De heer T. C. werd dus ontslagen tijdens de periode waarin er een principieel ontslagverbod gold.

Dit verbod geldt evenwel niet indien het ontslag door de werkgever gegeven wordt omwille van een dringende reden of een voldoende reden, zijnde een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan het ouderschapsverlof. De bewijslast van het bestaan van de motieven die de opheffing van het ontslagverbod rechtvaardigen, ligt bij de werkgever (zie en vgl. Cass. 14 januari 2008, RW 2008-2009, 113, Arbh. Brussel 12 november 2012, JTT 2013, 165, Arbh. Brussel 11 september 2018, JTT 2019, 62).

De bewijslast ligt dus bij Bpost. Aangezien er in dit dossier geen sprake is van een dringende reden, kan Bpost het ontslag van de heer T. C. enkel rechtvaardigen indien Bpost een voldoende reden bewijst, zijnde een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst of de vermindering van de arbeidsprestaties vanwege de uitoefening van het recht op ouderschapsverlof. De arbeidsgerechten moeten

derhalve niet nagaan of het ontslag al dan niet in verband staat met het ouderschapsverlof, maar wel of het al dan niet in verband staat met een motief vreemd aan het ouderschapsverlof (zie en vgl. Arbh Brussel 10 februari 2021, *JTT* 2021, 484).

Bewijst Bpost dergelijke voldoende reden?

Bpost houdt voor dat de heer T. C. werd ontslagen omdat hij ondermaats presteerde.

Het feit dat een werknemer ondermaats presteert, kan een voldoende reden vormen. Evenwel is het arbeidshof van oordeel dat Bpost er niet in slaagt te bewijzen dat de heer T. C. effectief ondermaats presteerde en dat hij om die reden op 2 juni 2020 werd ontslagen. Bpost brengt weliswaar een evaluatieformulier bij (stuk C.2 Bpost) dat zogenaamd voorafgaand aan het ontslag zou zijn ingevuld door de N+1 van de heer T. C. (de heer S. G. G.), doch hieruit valt onmogelijk op te maken wanneer dit juist door de heer G. werd ingevuld. Bovendien worden de beweringen in dit evaluatieformulier niet gestaafd door enige andere stukken. De verschillende e-mails aan de hand waarvan Bpost het zogenaamd ondermaats presteren van de heer T. C. tracht hard te maken (stukken C.7 tot en met C.13 Bpost), hebben betrekking op de periode vanaf februari 2019 tot en met september 2019, daar waar het evaluatieformulier ten vroegste kan zijn opgemaakt op 20 april 2020. De e-mails betreffen dus de opstartfase van de heer T. C. in zijn nieuwe functie en de eerste maanden die daarop volgden. Voor de periode na september 2019 tot aan de datum van het ontslag, nl. 2 juni 2020, wordt geen enkele e-mail of ander stuk bijgebracht waaruit op objectieve wijze zou kunnen blijken dat de heer T. C. daadwerkelijk niet goed functioneerde. Zo een werkgever zich wenst te beroepen op ondermaats presteren door de werknemer als voldoende reden, dan moet de werkgever aantonen dat er in de periode onmiddellijk voorafgaand aan het ontslag nog steeds effectief sprake is van ondermaats presteren.

In tegenstelling tot waar Bpost van lijkt uit te gaan, komt het er voor Bpost niet op aan om aan te tonen dat er geen verband is tussen de beslissing tot ontslag en het aangevraagde ouderschapsverlof, maar moet Bpost een voldoende reden bewijzen voor het ontslag van de heer T. C. nu hij ontslagen werd in een periode tijdens dewelke hij ontslagbescherming genoot. Dat er reeds sprake was van het ontslag van de heer T. C. voorafgaand aan zijn aanvraag om corona-ouderschapsverlof op te nemen (wat blijkt uit de stukken B1 tot en met B.3 die Bpost bijbrengt), ontslaat Bpost niet van de verplichting om een voldoende reden te bewijzen.

Vermits Bpost aldus niet het bewijs levert van een voldoende reden, heeft de heer T. C. recht op de beschermingsvergoeding voorzien in art. 101, 6^{de} lid Herstelwet. Dit betekent dat hij recht heeft op een forfaitaire beschermingsvergoeding van 6 maanden brutoloon. Rekening houdend met het totaal jaarloon zoals dat hoger werd vastgesteld door het arbeidshof, komt dit neer op een bedrag van 52.920,53 euro bruto (= [105.841,05 euro / 12] x 6) (in plaats van 53.132,52 euro bruto zoals de arbeidsrechtbank oordeelde).

Het arbeidshof bevestigt dus het vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel voor wat betreft het principiële recht van de heer T. C. op de beschermingsvergoeding ouderschapsverlof, doch hervormt het vonnis voor wat betreft het bedrag waarop hij recht heeft.

5.4 Schadevergoeding wegens (a) het ontslaan van de heer T. C. zonder het bestaan van objectieve noden daartoe in hoofde van bpost, of van gedrags- of prestatieproblemen bij de heer T. C., (b) het niet naleven van de hoorplicht die op bpost rust en (c) het niet aanbieden van een verbeterplan aan de heer T. C.

De heer T. C. meent dat hij recht heeft op een schadevergoeding gelijk aan 17 weken loon omdat Bpost volgens hem verschillende fouten heeft gemaakt, met name:

(a) hem ontslaan zonder het bestaan van objectieve noden daartoe in hoofde van Bpost of van gedrags- of prestatieproblemen bij de heer T. C. (tijdens de procedure in eerste aanleg werd hier voorafgaandelijk aan toegevoegd dat het ontslag kennelijk onredelijk was),

(b) het niet-naleven van de hoorplicht die op Bpost rust

en (c) het niet aanbieden van een verbeterplan aan de heer T. C.

Bpost, daarin gevolgd door de arbeidsrechtbank, meent dat de heer T. C. geen recht heeft op dergelijke schadevergoeding.

Beoordeling door het arbeidshof:

5.4.1

Het arbeidshof dient in de eerste plaats na te gaan op grond van welke rechtsregel de heer T. C. desgevallend in aanmerking zou kunnen komen voor de door hem gevorderde schadevergoeding. De rechter is immers gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Dit is een algemeen rechtsbeginsel. (zie en vgl. Cass. 14 juni 2021, C.20.0438.N; Cass. 9 januari 2017, C.16.0135.N; Cass. 17 maart 2016, C.15.0235.N; Cass. 10 februari 2014, C.13.0381.N; alle te raadplegen via <https://juportal.be>).

Het is duidelijk dat met de eerste fout die de heer T. C. aan Bpost verwijt, hij alludeert op de regeling die voorzien is in de cao nr. 109 van 12 februari 2014 betreffende de motivering van het ontslag. Hij stelt niet de toepassing van deze cao te vragen, maar verwijst in dat verband naar een arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2016.

De cao nr. 109 is niet van toepassing op Bpost daar Bpost niet valt onder het toepassingsgebied van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités (BS 15 januari 1969).

Evenmin werd er reeds uitvoering gegeven aan hetgeen in het vooruitzicht werd gesteld in art. 38, 2° van de wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de

carenzdag en begeleidende maatregelen (BS 31 december 2013), nl. de invoering voor de werkgevers die niet onder het toepassingsgebied van de wet van 5 december 1968 vallen van een regeling vergelijkbaar met deze die voorzien is in de cao nr. 109. Zulks niettegenstaande de duidelijke herinnering die door het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 101/2016 van 30 juni 2016 gericht werd aan de wetgever: *“B.7.2. [...] Het staat aan de wetgever om onverwijld een regeling te treffen inzake de bescherming bij kennelijk onredelijk ontslag voor de werknemers bedoeld in artikel 38, 2°, van de wet van 26 december 2013, temeer daar voor de werknemers bedoeld in artikel 38, 1°, van dezelfde wet reeds met ingang van 1 april 2014 een nieuwe regeling werd aangenomen.”* (<https://const-court.be>)

Dit betekent dat bij gebrek aan een specifieke regeling voor wat betreft de publieke sector die voorziet in de toekenning van een schadevergoeding ingeval van kennelijk onredelijk ontslag, men vooralsnog enkel kan terugvallen op het algemeen verbintenissenrecht. Dat in afwachting van een specifieke regeling voor wat betreft de publieke sector enkel toepassing gemaakt kan worden van het algemeen verbintenissenrecht blijkt trouwens ook uit het reeds aangehaalde arrest van het Grondwettelijk Hof: *“B.7.3. In afwachting van het optreden van de wetgever komt het aan de rechtscolleges toe, **met toepassing van het algemene verbintenissenrecht**, de rechten van alle werknemers in de publieke sector bij een kennelijk onredelijk ontslag zonder discriminatie te vrijwaren, waarbij zij zich in voorkomend geval kunnen laten leiden door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109.”* (onderlijning en nadruk door het arbeidshof)

In het algemeen verbintenissenrecht wordt de civielrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheid⁴, of anders gezegd de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad, geregeld door art. 1382 Oud BW. Volledigheidshalve kan opgemerkt worden dat het rechtsmisbruik waarnaar de arbeidsrechtbank verwijst, gebaseerd is op dit art. 1382 (zie en vgl. Concl. Proc. Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 10 september 1971, Arr.Cass. 1972, 35-37).

Dit art. 1382 Oud BW bepaalt: *“Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden”*. Dit betekent dat er sprake moet zijn van een fout, een schade en een oorzakelijk verband tussen beide. Het oorzakelijk verband veronderstelt dat zonder de fout de schade niet had kunnen ontstaan zoals zij zich heeft voorgedaan. (zie en vgl. o.a. Cass. 1 april 2004, C.01.0211.F & C.01.0217.F, <https://juportal.be>)

Dat rechtscolleges zich voor wat betreft een kennelijk onredelijk ontslag in de publieke sector kunnen laten leiden door de cao nr. 109 betekent volgens het arbeidshof dat voor wat betreft de fout die de ontslagen werknemer in de publieke sector zijn werkgever aanwrijft, de werknemer kan verwijzen naar hetgeen in de cao nr. 109 verstaan wordt onder een kennelijk onredelijk ontslag. Dit betekent evenwel niet dat de bijzondere

⁴ Er is hier geen sprake van een contractuele aansprakelijkheid.

bewijsregeling/bewijsverdeling die in de cao nr. 109 voorzien is, eveneens kan toegepast worden. In het kader van art. 1382 Oud BW rust het bewijs van een fout begaan door de werkgever, de schade opgelopen door de ontslagen werknemer en het bestaan van een oorzakelijk verband tussen beide, op degene die de schadevergoeding vordert, zijnde de ontslagen werknemer.

Wat betreft de overige fouten die de heer T. C. aan Bpost verwijt (niet naleven van de hoorplicht en niet aanbieden van een verbeterplan), kunnen zij eveneens enkel aanleiding geven tot een schadevergoeding in het kader van de civielrechtelijke buitencontractuele aansprakelijkheid zoals geregeld door art. 1382 Oud BW.

5.4.2

Zoals reeds hoger werd aangehaald, verwijt de heer T. C. 3 fouten aan Bpost:

- (a) hem ontslaan zonder het bestaan van objectieve noden daartoe in hoofde van Bpost of van gedrags- of prestatieproblemen bij de heer T. C.;
- (b) het niet-naleven van de hoorplicht die op Bpost rust;
- (c) het niet aanbieden van een verbeterplan aan de heer T. C..

Levert de heer T. C. het bewijs van de fouten die hij aan Bpost verwijt?

- ***het niet aanbieden van een verbeterplan aan de heer T. C.***

Wat het aanbieden van een verbeterplan betreft, dient het arbeidshof vast te stellen dat de heer T. C. -die een niet-baremië contractueel personeelslid is (zie stuk A.7 Bpost)- niet aantoonde dat op Bpost de verplichting rustte om hem dergelijk verbeterplan aan te bieden. Het gegeven dat het verbeterplan wordt vermeld in het evaluatieformulier en in een presentatie met betrekking tot het evaluatieproces 2019 betekent niet dat hieruit besloten kan worden dat een dergelijke verplichting bestond in hoofde van Bpost voor wat betreft de niet-baremië contractuele personeelsleden. De heer T. C. toont ook niet aan dat Bpost maar kon overgaan tot zijn ontslag nadat een verbeterplan werd aangeboden en dit niet succesvol werd doorlopen.

Bpost heeft zodoende geen fout gemaakt door geen verbeterplan aan te bieden aan de heer T. C..

- ***het niet-naleven van de hoorplicht die op Bpost rust***

Wat de hoorplicht betreft, is het zo dat een werkgever in de publieke sector verplicht is om de contractuele werknemer wiens arbeidsovereenkomst hij wenst te beëindigen voorafgaandelijk te horen (zie en vgl. GwH 6 juli 2017, nr. 86/2017 en GwH 22 februari 2018, nr. 22/2018, beide te raadplegen via <https://const-court.be>). Dit volgt uit het feit dat werkgevers in de publieke sector verplicht zijn om bij het uitvoeren of beëindigen van de arbeidsovereenkomsten van hun contractuele werknemers de beginselen van behoorlijk

bestuur na te leven, waarvan de hoorplicht er één is (zie en vgl. R. VALKENEERS, “Adam ubi es?: het horen van een contractueel personeelslid in de private en publieke sector (deel 1)”, *Limb. Rechtsl.* 2019, 85 en R. VALKENEERS, “Adam ubi es?: het horen van een contractueel personeelslid in de private en publieke sector (deel2)”, *Limb. Rechtsl.* 2019, 183 e.v.).

Bpost houdt dus ten onrechte voor dat het niet gebonden zou zijn door enige hoorplicht bij een voorgenomen ontslag van een contractueel personeelslid. Het staat in deze vast dat Bpost de heer T. C. niet voorafgaandelijk aan zijn ontslag gehoord heeft.

Bpost heeft zodoende een fout begaan.

- ***ontslag zonder het bestaan van objectieve noden daartoe in hoofde van Bpost of gedrags- of prestatieproblemen bij de heer T. C.***

Tenslotte meent de heer T. C. dat Bpost een fout begaan heeft door over te gaan tot zijn ontslag zonder het bestaan van objectieve noden daartoe in hoofde van Bpost of van gedrags- of prestatieproblemen bij hemzelf.

Hoger onder het punt 5.3 besloot het arbeidshof dat Bpost er niet in slaagt om een voldoende reden voor het ontslag van de heer T. C. te bewijzen. Bpost beriep zich in dat verband op ondermaats presteren door de heer T. C., doch slaagde er niet in dit te bewijzen. Enige andere reden voor het ontslag werd niet bewezen door Bpost. Er ligt dus geen enkele reden voor het ontslag van de heer T. C. voor.

Bpost heeft in deze uiteraard het recht om op ieder ogenblik eenzijdig een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De uitoefening van het ontslagrecht door Bpost maakt als zodanig geen rechtsmisbruik uit. Evenwel is er sprake van rechtsmisbruik wanneer een recht wordt uitgeoefend op een wijze die *“kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en bezorgde persoon”* (zie en vgl. bv. Cass. 20 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 359, *RW* 1987-88, 1099; Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 245, *RW* 2001-02, 778, noot A. VAN OEVELEN.) Ook bij de uitoefening van het ontslagrecht door de werkgever kan er dus sprake zijn van rechtsmisbruik wanneer de uitoefening van dit ontslagrecht de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en bezorgde werkgever. Het ontslagrecht waarover de werkgever beschikt wordt in dergelijke hypothese op een foutieve wijze uitgeoefend. Dit zal met name het geval zijn wanneer het ontslag is gebaseerd op redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever (zie en vgl. de definitie van een kennelijk onredelijk ontslag in art. 8 cao nr. 109; P. PECINOVSKY, “Alternatieve juridische gronden voor vergoeding wegens willekeurig ontslag in publieke sector”, *NjW* 2016, 577).

Een ontslag dat zonder reden werd gegeven, is uiteraard niet gebaseerd op het gedrag of de geschiktheid van de werknemer in kwestie. Evenmin berust het op noodwendigheden inzake de werking van de onderneming. Een normale en redelijke werkgever zou nooit tot dergelijk ontslag beslist hebben.

Bpost heeft zijn ontslagrecht op een foutieve wijze uitgeoefend.

5.4.3

De heer T. C. bewijst dus 2 fouten in hoofde van Bpost. Om in aanmerking te komen voor een schadevergoeding moet hij daarnaast ook nog bewijzen dat hij schade heeft geleden en dat deze schade door deze fouten werd veroorzaakt.

Het arbeidshof stelt vast dat de heer T. C. voor wat betreft de door hem geleden schade stelt dat deze *“redelijkerwijze (kan) begroot worden op 17 weken loon en voordelen, op basis van het supra geciteerde arrest van het Grondwettelijk Hof.”*

Art. 9 cao nr. 109 voorziet inderdaad in een forfaitaire schadevergoeding ingeval van kennelijk onredelijk ontslag van minimaal 3 weken loon en maximaal 17 weken loon. Van zodra vaststaat dat het ontslag kennelijk onredelijk is, ontstaat ingevolge dit artikel het recht op deze schadevergoeding, zonder dat de werknemer in kwestie moet aantonen dat hij schade heeft geleden en in welke mate. Volgens de commentaar die in de cao nr. 109 is opgenomen bij art. 9 hangt de hoogte van de schadevergoeding enkel af van de gradatie van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Daarnaast vermeldt de commentaar dat *“(i)n de plaats van de in dit artikel bedoelde sanctie staat het de werknemer vrij de vergoeding van zijn reële schade te vragen, overeenkomstig de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.”*

In tegenstelling tot wat de heer T. C. voorhoudt en zoals hierboven ook al uiteengezet, heeft het arrest van het Grondwettelijk Hof niet tot gevolg dat de volledige regeling die voorzien is in de cao nr. 109 integraal van toepassing wordt bij ontslagen in de publieke sector. Het arbeidshof kan aan de heer T. C. enkel een schadevergoeding toekennen binnen het kader van art. 1382 Oud BW. Dat kader vereist dat de heer T. C. het bestaan bewijst van de schade die hij heeft opgelopen door de fouten die begaan werden door Bpost. Die schade moet zeker bestaan, wat wil zeggen dat ze moet vaststaan en niet gesteund kan zijn op loutere veronderstellingen. De heer T. C. toont niet aan dat hij dergelijke schade heeft geleden doordat Bpost hem ontslagen heeft zonder het bestaan van objectieve noden daartoe in hoofde van Bpost of gedrags- of prestatieproblemen bij de heer T. C. Bij gebrek aan het bewijs van enige schade kan er aan de heer T. C. geen schadevergoeding toegekend worden voor de fout die Bpost begaan heeft door hem te ontslaan zonder enige reden.

Louter ten overvloede merkt het arbeidshof op dat de heer T. C. of zijn raadslieden toch ook wel blijf geven van een zeer selectieve lezing van het art. 9 van cao nr. 109 in verband met de forfaitaire bepaling van de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. In de 3^{de} paragraaf van dit artikel wordt immers bepaald: *“De schadevergoeding is niet*

cumuleerbaar met enige andere vergoeding die verschuldigd is door de werkgever naar aanleiding van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, met uitzondering van een opzeggingsvergoeding, een niet-concurrentievergoeding, een uitwinningsvergoeding of een aanvullende vergoeding die bovenop de sociale uitkeringen wordt betaald.” Dit betekent dat de schadevergoeding die voorzien is in de cao nr. 109 niet gecumuleerd kan worden met bv. de beschermingsvergoeding ouderschapsverlof. Dit is immers ook een vergoeding die verschuldigd is door de werkgever naar aanleiding van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zo de heer T. C. en Bpost onder het toepassingsgebied van de cao nr. 109 zouden vallen, dan zou de heer T. C. sowieso geen aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag overeenkomstig art. 9 van cao nr. 109 aangezien hem door het arbeidshof reeds een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof werd toegekend.

Aangezien het arbeidshof geen fout in hoofde van Bpost heeft weerhouden voor wat betreft het niet aanbieden van een verbeterplan aan de heer T. C., doet het argument dat door de heer T. C. ontwikkeld wordt om zijn schade in dat verband te begroten, niet ter zake.

Wat tenslotte de fout betreft inzake het niet naleven van de hoorplicht beperkt de heer T. C. zich ertoe te verwijzen naar een arrest van dit arbeidshof dat de schade die een werknemer leed door de schending van de hoorplicht begrootte in functie van het verlies van een kans om zijn betrekking te behouden gedurende een periode van 5 jaar, waarop dan een factor van 25% werd toegepast (Arbh. Brussel 9 maart 2021, *JLMB* 2021, 671).

Om op basis van de leer van het verlies van een kans een schadevergoeding te bekomen, is het noodzakelijk dat het gaat om een reële kans (zie en vgl. Cass. 21 april 2016, C.15.0286.N en Cass. 21 oktober 2013, C.13.0124.N; beide te raadplegen via <https://juportal.be>). Elke vordering wegens verlies van een kans moet dus geval per geval beoordeeld worden en daarbij moet nagegaan worden of op basis van de omstandigheden van het specifieke dossier *in concreto* kan besloten worden dat er sprake is van een reëel verlies van een kans (zie en vgl. A. VANGANSBEEK, “De leer van het verlies van een kans in het arbeidsrecht”, *Or.* 2023, 51).

Het arbeidshof is in deze van oordeel dat het vooraf horen van de heer T. C. hem niet in staat zou hebben gesteld het ontslag te voorkomen. Uit een e-mail van 12 mei 2020, dus een halve maand voorafgaand aan het ontslag, blijkt dat de beslissing genomen was en dat het enige dat Bpost nog wenste was om het ontslag “proper” af te handelen:

“Hallo B.,

Zoals uitgelegd, gaan wij overgaan tot het ontslag van 2 personen van de lijst van 8 die oorspronkelijk was voorbereid:

[...]

- T. C.

Momenteel voorzien we een ontslag op 2/6 (aangezien de 1^{ste} een feestdag is ;-)) – het doel is om dit te doen op de meest verzorgde wijze /minst mogelijke schade... Dit zal doorgaan in het Muntcentrum en ik zal aanwezig zijn.

[...] gaat nakijken tussen nu en dan of hij alle veiligheidsaspecten zal hebben kunnen regelen. In geval van twijfel, neemt hij contact op met u

[...] gaat de inhoud voorbereiden en [...] informeren

[...]” (stuk B.2, vrije vertaling door het arbeidshof)

Hoewel de heer T. C. voorafgaand aan het ontslag niet gehoord werd, is er door deze fout geen reële kans verloren gegaan om de schade te vermijden. Het ontslag van de heer T. C. was onvermijdelijk. De heer T. C. maakt ten onrechte aanspraak op een schadevergoeding in dit verband.

5.4.4

Uit al het voorgaande volgt dat de heer T. C. ten onrechte aanspraak maakt op een schadevergoeding wegens (a) het ontslaan van de heer T. C. zonder het bestaan van objectieve noden daartoe in hoofde van bpost, of van gedrags- of prestatieproblemen bij de heer T. C., (b) het niet naleven van de hoorplicht die op bpost rust en (c) het niet aanbieden van een verbeterplan aan de heer T. C.

Het incidenteel beroep van de heer T. C. is ongegrond.

Het vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel moet op dit punt bevestigd worden.

5.5 Interesten

Het arbeidshof stelt vast dat de heer T. C. vraagt om “bpost te veroordelen tot betaling van de wettelijke en gerechtelijke intresten op voormelde bedrage, te kapitaliseren van zodra zij betrekking hebben op een volledig jaar”.

Op de bedragen tot betaling waarvan Bpost veroordeeld wordt, zijn inderdaad wettelijke en gerechtelijke intresten verschuldigd.

Wat betreft de kapitalisatie van intresten voorziet art. 1154 Oud BW⁵:

⁵ Niettegenstaande de inwerkingtreding van boek 5 “Verbintenissen” (waarin art. 5.207 is opgenomen i.v.m. de kapitalisatie van interesten (of anatocisme)) op 1 januari 2023, blijven de vorige regels van toepassing (1) op de toekomstige gevolgen van rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van deze wet en (2) op rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden na de inwerkingtreding van deze wet die betrekking hebben op een verbintenis ontstaan uit een rechtshandeling of

“Vervallen interesten van kapitalen kunnen interest opbrengen, ofwel ten gevolge van een gerechtelijke aanmaning ofwel ten gevolge van een bijzondere overeenkomst, mits de aanmaning of de overeenkomst betrekking heeft op interesten die ten minste voor een geheel jaar verschuldigd zijn.”

Voor de toepassing van art. 1154 Oud BW moeten drie voorwaarden samen vervuld zijn:

- het moet gaan om vervallen interest van kapitalen;
- over een heel jaar verschuldigd;
- er moet een gerechtelijke aanmaning zijn, die bij elke jaarlijkse vervaldag hernieuwd moet worden of een bijzondere overeenkomst.

Een gerechtelijke aanmaning, die bij elke jaarlijkse vervaldag vernieuwd moet worden, kan gebeuren in een dagvaarding (zie en vgl. Cass. 7 september 1978, RW 1978-79, 2223) of in een neergelegde conclusie. Indien de gerechtelijke aanmaning gebeurt in een conclusie die wordt neergelegd door de partij die aanspraak maakt op de kapitalisatie is het wel noodzakelijk dat in die conclusie de aandacht van de schuldenaar in het bijzonder wordt gevestigd op de kapitalisering van de rente (zie en vgl. o.a. Cass. 26 juni 1989, JTT 1989, 435, noot; Cass. 7 oktober 2011, C.10.0227.F, <https://juportal.be>).

Het in algemene bewoordingen geformuleerde verzoek om de interesten *“te kapitaliseren van zodra zij betrekking hebben op een volledig jaar”* betreft een loutere stijlformule die niet volstaat om de aandacht van de schuldenaar in het bijzonder te vestigen op de kapitalisatie. Er is geen sprake van een gerechtelijke aanmaning in de zin van art. 1154 Oud BW (zie en vgl. Antw. 9 november 1999, AJT 2000-01, 571). Dat het een loutere stijlformule betreft en dat de heer T. C. niet werkelijk de kapitalisatie nastreeft, of de aandacht van de schuldenaar hierop wenst te vestigen, blijkt ook uit het feit dat de arbeidsrechtbank met verwijzing naar een arrest van het Hof van Cassatie van 22 december 2006 de kapitalisatie afwees stellende dat de kapitalisatie niet kan worden toegestaan voor waardeschulden waarvan het bedrag door de rechter wordt bepaald. In graad van beroep beperkt de heer T. C. zich ertoe om in zijn laatste conclusie de hierboven aangehaalde formule toe te voegen aan de door hem gevorderde veroordeling van Bpost tot betaling van de wettelijke en gerechtelijke interesten. Op de redenering die ontwikkeld werd door de eerste rechter om de kapitalisatie te verwerpen, gaat hij zelfs niet in.

De kapitalisatie van de interesten kan bijgevolg niet worden toegestaan.

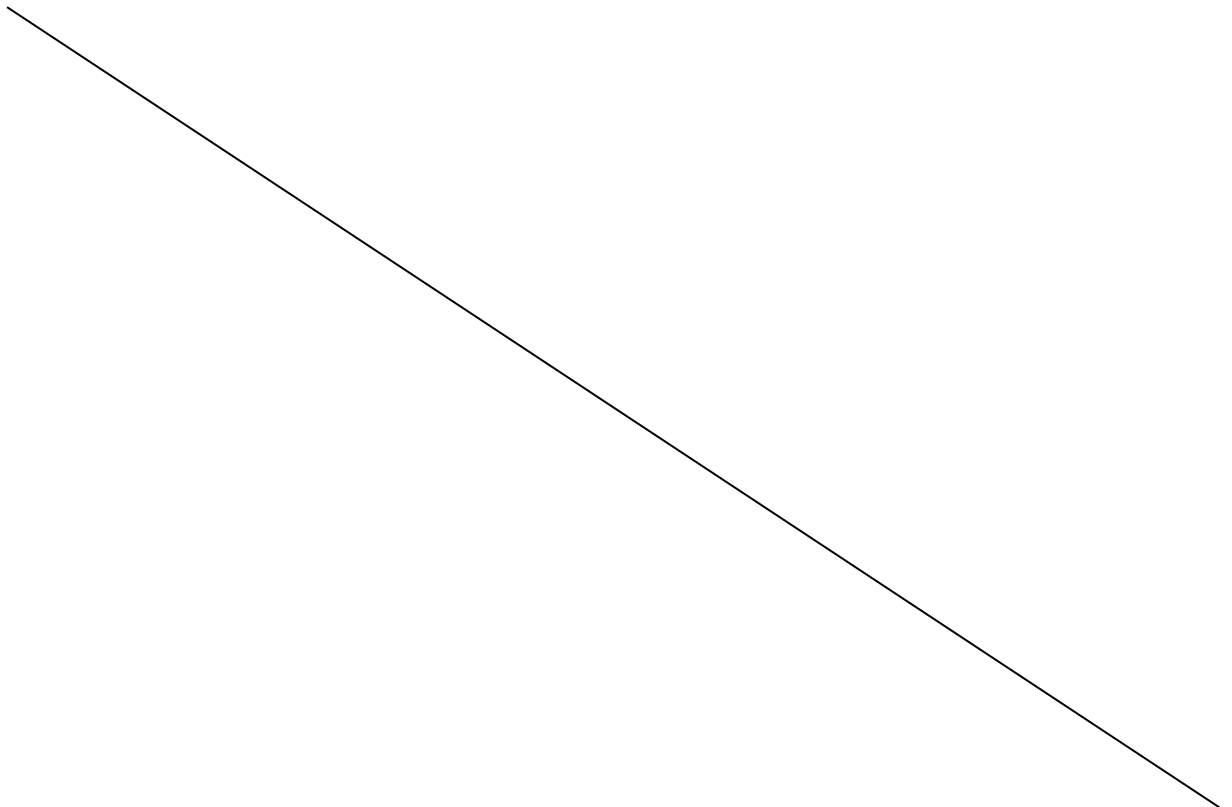
5.6 Afgifte van sociale en fiscale documenten

rechtsfeit dat heeft plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van deze wet. (zie art. 64 wet van 28 april 2022 houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek (BS 1 juli 2022))

De heer T. C. vraagt dat de afgifte van de sociale en fiscale documenten zou bevolen worden onder verbeurte van een dwangsom van 50,00 euro per dag vertraging na de betekening van het arrest.

Bpost is wettelijk verplicht om de nodige sociale en fiscale documenten af te leveren met betrekking tot de vergoedingen tot betaling waarvan dit arrest haar veroordeelt.

Het arbeidshof ziet evenwel geen grond om hieraan de verbeurte van een dwangsom te koppelen. De heer T. C. stelt met verwijzing naar zijn stuk 8 dat hij zijn vakantieattest pas maanden na het einde van de dienstbetrekking heeft mogen ontvangen en dit slechts na meermaals aandringen. Het stuk 8 van de heer T. C. betreft de ingebrekestelling die zijn raadsman op 3 juli 2020 richtte aan Bpost, zijnde een maand na zijn ontslag. Een bewijs van andere ingebrekestellingen in verband met dit vakantieattest ligt niet voor. Het vakantieattest zelf wordt ook niet bijgebracht zodat niet duidelijk is wanneer het juist werd afgeleverd en de bewering van de heer T. C. dat dit slechts maanden later was, dus niet wordt gestaafd. Alleszins volstaat de enkele eventuele vertraging bij het afleveren van het vakantieattest niet om aan de aflevering van de sociale en fiscale documenten de verbeurte van een dwangsom te koppelen.



OM DEZE REDENEN

BESLIST HET ARBEIDSHOF

De Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken werd nageleefd.

Het arbeidshof oordeelt op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben wat hierna volgt.

Het hoger beroep van Bpost is ontvankelijk en in zeer beperkte mate gegrond.

Het incidenteel beroep van de heer T. C. is ontvankelijk, maar integraal ongegrond.

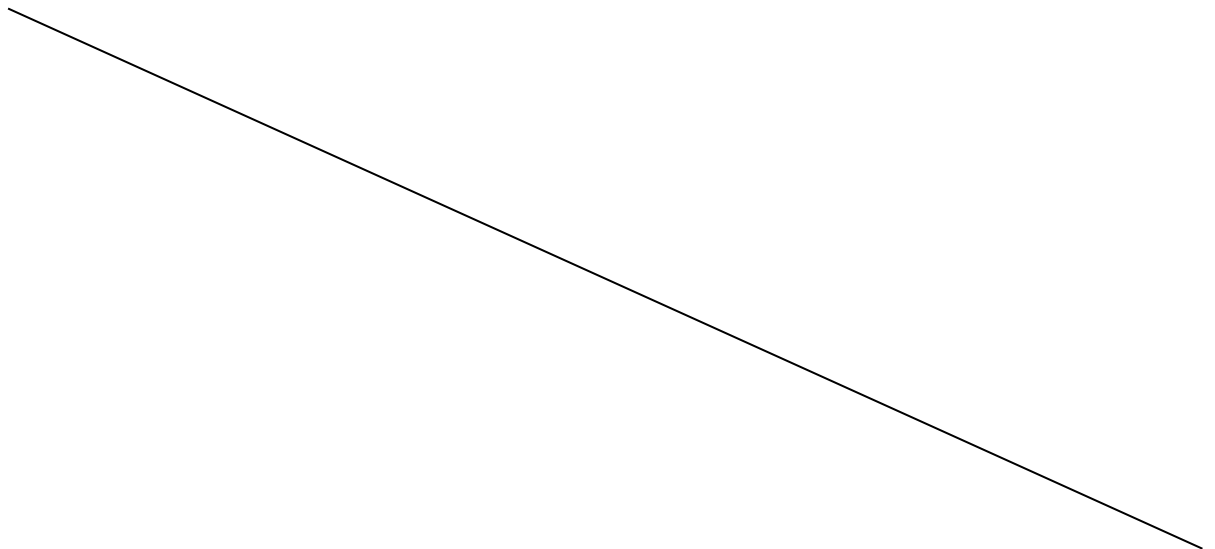
Bijgevolg hervormt het arbeidshof in zeer beperkte mate het bestreden vonnis, met name enkel voor wat betreft de cijfermatige begroting van de bedragen die Bpost uit hoofde van aanvullende opzeggingsvergoeding en beschermingsvergoeding ouderschapsverlof verschuldigd is en wordt Bpost zodoende veroordeeld tot betaling van:

- 8.341,38 euro bruto aanvullende opzeggingsvergoeding;
- 52.920,53 euro bruto beschermingsvergoeding ouderschapsverlof;

te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten.

Het bestreden vonnis wordt voor het overige bevestigd.

Bpost wordt veroordeeld tot de gerechtskosten in graad van beroep, voor de heer T. C. bepaald op 7.500,00 euro rechtsplegingsvergoeding.



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

, raadsheer

, raadsheer in sociale zaken, werkgever

, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende

Bijgestaan door , griffier

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van 21 maart 2023 door

, raadsheer

, griffier