



Ludo Lievens, Lievens & Co Consulting

De familiale holding Nieuw advies Dienst Voorafgaande Beslissingen

De meerwaarde op de verkoop van aandelen is belastbaar als divers inkomen (33% in de personenbelasting) tenzij het gaat om een "normale verrichting van beheer van een privé-vermogen".

Bij het structureren van het familiaal vermogen is het dikwijls aangewezen gebruik te maken van een private holding.

Door het opzetten van een holdingstructuur kan:

- 1) de meerwaarde op de aandelen aangehouden door de privépersoon, vastgeklit worden;
- 2) de holdingvennootschap op een quasi onbelaste wijze liquiditeiten overhevelen vanuit de werkvennootschap.

Op basis van deze structuur kan een lange termijnstrategie worden uitgewerkt met betrekking tot de lokalisatie van de cash, de successieplanning, de verdere ontwikkeling van de groep, ...

WETGEVING

Het fiscaal regime van meerwaarden op aandelen in de personenbelasting, buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, wordt bepaald in artikel 90, 9°, eerste lid, van het Wetboek van Inkomstenbelastingen:

"Art. 90. Diverse inkomsten zijn:

...

9° meerwaarden op aandelen die:

- ofwel, zijn verwezenlijkt naar aanleiding van een overdracht onder bezwarende titel van die aandelen buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid, daaronder niet begrepen normale verrichtingen van beheer van een privévermogen;"

De inkomsten die voortkomen uit "normale verrichtingen van beheer van een privé-vermogen", zijn evenwel niet aan te merken als diverse inkomsten.

Daar het begrip "normale verrichting" nergens gedefinieerd is in de wet, bestaat er rechtsonzekerheid met betrekking tot de beoordeling van dit artikel.

Teneinde rechtszekerheid te verkrijgen bij het uitwerken van de familiale structuur, kan het aangewezen zijn om hieromtrent (de niet-belastbaarheid) een voorafgaande beslissing aan te vragen bij de Dienst Voorafgaande Beslissingen in Fiscale Zaken.

Vastklikken interne meerwaarden

De privé-aandeelhouder kan bij het opzetten van een holdingstructuur opteren om:

- ofwel de aandelen te *verkopen* aan zijn privé-holding
- ofwel de aandelen *in te brengen* in zijn privé-holding.

ADVIES: Dienst Voorafgaande beslissingen

• Verkoop van aandelen

De rulingcommissie heeft recent haar advies aangepast in die zin dat de verkoop van aandelen in principe ook mogelijk is indien voldaan wordt aan de criteria die ook in de rechtspraak aan bod komen.

Navolgende criteria worden opgesomd in haar advies:

- het al dan niet aanwezig zijn van economische motieven;
- het complex karakter van de verrichting of het spitsvondig feitencomplex;
- bij de verrichting(en) zijn pas opgerichte vennootschappen betrokken (hetzij de exploitatievennootschappen, hetzij de holding);
- de meerwaarde;
- de wijze van financiering en de eventuele borgstelling;
- de financiële draagkracht van de kopende vennootschap;
- de uitkering van dividenden tussen de verwerving van de aandelen van de bij de verrichting betrokken vennootschappen en de voorgelegde verrichting;
- de verrichting(en) dienen in hun geheel te worden bekeken, al dan niet gebruik makend van vennootschappen die worden gecontroleerd door de aanvrager en al dan niet gebruik makend van specialisten. Het betreft hier meer bepaald de (analyse van de) wijze van beheer van het privaat patrimonium;
- de waardering van de aandelen.

De commissie benadrukt dat zij bij de beoordeling van de criteria rekening zal houden met de evolutie in de rechtspraak.

• Inbreng van aandelen

Bij de inbreng van aandelen verkrijgt de inbrenger aandelen van de privé-holding als vergoeding voor de inbreng. Ook hier zal de rulingcommissie de inbreng aftoetsen aan de voormelde criteria.

Bovendien kan de commissie een aantal engagementen vragen aan de belastingplichtigen die de inbreng wensen te doen, namelijk:

1. geen kapitaalverminderingen door de holding gedurende 3 jaar na de inbreng;
2. geen kapitaalverminderingen door de werkmaatschappijen gedurende 3 jaar na de inbreng (behoudens nieuwe investeringen door de holding of financiering van groepsvennootschappen, zonder dat de gelden mogen doorstromen naar de aandeelhouders natuurlijke personen);
3. geen wijzigingen van de dividenduitkeringen door de werkmaatschappijen gedurende 3 jaar na de inbreng (behoudens nieuwe investeringen door de holding of financiering van groepsvennootschappen, zonder dat de gelden mogen doorstromen naar de aandeelhouders natuurlijke personen);
4. geen wijzigingen van de door de werkmaatschappijen betaalde managementfees en bedrijfsleidersbezoldigingen gedurende 3 jaar na de inbreng (tenzij er werkelijke prestaties tegenover staan).

Indien meerdere aandeelhouders de aandelen van hun werkvennootschappen wensen in te brengen in hun respectievelijke privé holdingvennootschappen, kan door de rulingcommissie een bijkomend engagement gevraagd worden.

• Algemeen

Bovendien wordt de geldigheidsduur van de afgeleverde ruling ingekort (in principe tot één jaar vanaf de datum van de voorafgaande beslissing).

Tevens kan het noodzakelijk zijn dat een waarderingsverslag van de revisor of de accountant dient te worden bezorgd aan de rulingcommissie vooraleer zij een beslissing over de voorgelegde verrichting neemt.

CONCLUSIE

Bij de beoordeling van een overdracht van aandelen aan een holdingvennootschap wordt de verrichting door de rulingcommissie afgetoetst aan de criteria die in de rechtspraak aan bod komen. De rulingcommissie bekijkt daarbij het geheel van de geplande verrichtingen, zowel vóór als na de overdracht van de aandelen.

Een voorafgaande beslissing is in principe niet noodzakelijk gezien de rechtspraak in het verleden de belastingplichtige meestal gelijk gegeven heeft. De vele procedures wijzen er evenwel op dat de fiscus niet altijd dit standpunt deelt, bijgevolg biedt een positieve voorafgaande beslissing de belastingplichtige meer rechtszekerheid.



LIEVENS & Co Consulting
Corporate Finance
www.lievens.be

Ludo Lievens
Vennoot-Belastingconsulent
Lievens & Co Consulting
Corporate Finance
www.lievens.be
Wittemolenstraat 47, 8200 BRUGGE
Bischoffsheimlaan 36, 1000 BRUSSEL

Deze nieuwsbrief wordt u
aangeboden door Stroke Fund
www.strokefund.be

ALS ER TE VEEL LIJKEN UIT DE KAST VALLEN NA EEN AANDELENOVERDRACHT

Wanneer de verklaringen en waarborgen bij een overdracht aandelen niet voldoen, kan teruggegrepen worden naar de gemeenrechtelijke noties bedrog en dwaling

1. Bij het ondertekenen van een overeenkomst aandelenoverdracht wordt vaak van de verkopende partij een aantal garanties gevraagd met betrekking tot de aandelen die worden overgenomen (de geldigheid van deze aandelen, het al dan niet volstort zijn edm.), maar ook vooral met betrekking tot het actief en het passief van de vennootschap die wordt overgenomen.

Deze verklaringen en waarborgen kunnen zeer ver gaan en zeer gedetailleerd zijn, waarbij de verkoper niet enkel garandeert dat de aandelen geldig en vrij overdraagbaar zijn, maar ook dat:

- de vennootschap geldig is opgericht;
- de vennootschap geen andere schulden en engagements heeft dan deze vermeld in de overnamebalans;
- alle activa van de vennootschap zich in goede staat bevinden en tevens eigendom zijn van de vennootschap zonder enige last of beperking (bijvoorbeeld een hypotheek, pand handelszaak, erfdiensbaarheden edm.);
- de vennootschap in geen procedures of geschillen betrokken is;
- de vennootschap eigenaar is van alle intellectuele eigendomsrechten die door haar in het kader van haar activiteiten worden aangewend en tevens eigenaar is van alle software die zij gebruikt;
- de vennootschap alle sociaal- en fiscaalrechtelijke verplichtingen stipt heeft nageleefd.

In geval na de overname blijkt dat deze verklaringen en waarborgen niet stroken met de werkelijkheid en een aantal lijken uit de kast vallen met betrekking tot de periode vóór de overdracht, heeft de koper de mogelijkheid om de verkopende partij op grond van deze verklaringen en waarborgen aan te spreken.

2. Heel vaak is tevens in de overeenkomst aandelenoverdracht voorzien dat het invoeren van deze verklaringen en waarborgen aan een aantal voorwaarden en modaliteiten is gekoppeld.

Deze voorwaarden en modaliteiten hebben betrekking op :

- de periode waarbinnen de koper zich op deze verklaringen en waarborgen kan beroepen;
- de schadevergoeding waarop de koper bij een inbreuk op deze verklaringen en waarborgen recht heeft; in dit verband wordt heel vaak voorzien dat de koper geen recht heeft op de terugvordering van al de geleden schade maar er abstractie dient te worden gemaakt van het fiscaal voordeel dat de vennootschap geniet door deze extra kosten waardoor het door de koper te vorderen bedrag zal overeenstemmen met 66,01% van de werkelijke schade;
- het bedrag van de schade dat kan worden gerecupereerd: enkel indien zij een bepaald bedrag overschrijdt of tot een bepaald maximumbedrag.

3. Het spreekt vanzelf dat deze voorwaarden en modaliteiten voor de koper van aandelen in bepaalde omstandigheden vervelende consequenties kunnen hebben en ertoe kunnen leiden dat niet alle schade kan worden gerecupereerd.

Daarenboven wordt vastgesteld dat het invoeren van de verklaringen en waarborgen en het instellen van een schadeclaim omwille van een schending van deze verklaringen en waarborgen niet in alle gevallen voldoende soelaas biedt voor de koper die zich geconfronteerd ziet met de aankoop van een vennootschap die hij niet langer wenst.

In een extreem geval ziet de koper zich immers verplicht om omwille van schulden uit het verleden de boeken neer te leggen van de vennootschap wiens aandelen hij heeft overgenomen en ziet hij zijn investering volledig de mist ingaan.

4. Voor de hierboven geschetste hypothesen alsook voor het geval partijen in hun overeenkomst aandelenoverdracht geen specifieke verklaringen en waarborgen hebben voorzien, kunnen de gemeenrechtelijke rechtsfiguren van **bedrog** en **dwaling** mogelijks een oplossing bieden.

Op grond van bedrog en dwaling kan immers hetzij de nietigverklaring van de overeenkomst van overdracht van aandelen worden gevorderd, hetzij een schadevergoeding.

5. Er is sprake van bedrog wanneer de verkoper een aantal kunstgrepen heeft gebruikt die van aard zijn dat de koper zonder die manipulaties het contract niet zou hebben ondertekend.

Bedrog wordt niet vermoed maar dient te worden bewezen.

De koper die zich bijgevolg op bedrog wenst te beroepen, zal met andere woorden moeten bewijzen dat de verkopende partij kunstgrepen of listen heeft aangewend met de bedoeling om de koper te misleiden en aan te zetten tot contracteren terwijl, indien de koper hieromtrent zou geïnformeerd geweest zijn, hij het contract niet dan wel onder minder bezwarende voorwaarden (versta: tegen een lagere prijs) zou hebben ondertekend.

Die kunstgrepen of manipulaties die de kopende partij dient te bewijzen, dienen niet enkel te slaan op het actief manipuleren van bijvoorbeeld de cijfers van de overgenomen vennootschap, maar kunnen ook bestaan uit het bedrieglijk verzwijgen van informatie.

6. Wanneer de koper erin slaagt om aan te tonen dat de verkopende partij bijvoorbeeld de overnamebalans van de vennootschap welbewust heeft gemanipuleerd door het niet opnemen van bepaalde schulden of het overwaarden van bepaalde activa zoals de voorraden, en de koper tevens kan hard maken dat hij, indien hij hiervan op de hoogte zou geweest zijn, de vennootschap nooit zou hebben overgenomen, minstens een lagere prijs zou hebben bedongen, kan er sprake zijn van bedrog en kan de aandelenoverdracht nietig worden verklaard.

De nietigheid van de aandelenoverdracht impliceert dat beide partijen worden teruggeplaatst in hun toestand vóór de overname van de aandelen: de koper zal bijgevolg de overgenomen aandelen dienen terug te geven (ook indien de vennootschap die werd overgenomen inmiddels failliet is gegaan) en de verkoper zal de ontvangen prijs aan de koper dienen terug te betalen.

7. Dwaling is enkel dan een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst aandelenoverdracht indien zij betrekking heeft op een essentieel element van het contract en voor zover de dwaling verschoonbaar is.

Dwaling is enkel verschoonbaar wanneer zij door een normaal zorgvuldig en redelijk persoon geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, eveneens had kunnen begaan zijn.

De koper van aandelen die meent dat hij gedwaald heeft omtrent de waarde van de aandelen die hij heeft overgenomen, zal met andere woorden dienen aan te tonen dat deze waarde in het kader van de negotiaties van de overdracht een essentieel element was en bovendien deze dwaling zou zijn begaan door elk normaal zorgvuldig en redelijk persoon geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden.



Koen De Bock, Advocaten De Bock & Baluwé

In dit verband kan de koper wijzen op het feit dat hij wel degelijk correct en zorgvuldig heeft gehandeld tijdens de negotiaties omtrent de overdracht van de aandelen en dat hij op basis van de informatie en de gegevens die hij heeft geverifieerd vóór de overname, niet op de hoogte was van de onregelmatigheden en verrassingen die na de overdracht aan het licht zijn gekomen.

Conclusie

8. Indien u na een overname geconfronteerd wordt met een aantal lijken die uit de kast vallen en u geen soelaas vindt in de verklaringen en waarborgen die werden ondertekend in de overeenkomst aandelenoverdracht (of de overeenkomst aandelenoverdracht geen of onvoldoende verklaringen en waarborgen van de verkopende partij bevat) doet u er dan ook goed aan om op basis van de gemeenrechtelijke figuren bedrog en dwaling na te gaan of u niet over de mogelijkheid beschikt om hetzij de koop-verkoop te laten nietig verklaren en de transactie terug te draaien, hetzij een schadevergoeding te vorderen teneinde de minwaarden die u geleden heeft, te compenseren.

In elk geval is het aangewezen om ook hier beter te voorkomen dan te genezen, bijvoorbeeld door voorafgaandelijk aan de overname een boekenonderzoek uit te voeren bij de over te nemen vennootschap en door in het kader van de overeenkomst overdracht aandelen voldoende aandacht te besteden aan clausules met betrekking tot de verklaringen en waarborgen afgelegd door de verkopende partij.

De Bock & Baluwé
advocaten

Koen De Bock
De Bock & Baluwé
koen.debock@dbblaw.be
www.dbblaw.be

PRIVATE EQUITY ALS HULPMIDDEL BIJ FAMILIALE OVERDRACHTEN.

De overweging om op Private Equity, Venture Capital of Risicokapitaal beroep te doen, wordt meestal enkel op tafel gelegd in snelle groei-bedrijven of bij de overname en of de start van nieuwe ondernemingen. Nochtans kan Private Equity ook een perfect hulpmiddel zijn bij een familiale overdracht.

Inbreng van verse, niet-familiale financiële middelen.

De voorbije financieel-economische crisis (2009 – 2010) heeft aangetoond dat onze Vlaamse KMO's financieel sterk zijn gestructureerd en dankzij hun sterke solvabiliteit met de steun en bereidwilligheid van de familiale aandeelhouders vlot stand houden.

Voor de familiale aandeelhouders, actief in de onderneming is deze keuze een evidente optie, maar eens de familiale overdracht in beeld komt, is het niet evident om de onderneming over te laten met respect voor de gelijkberechting van de erfgenamen, zelf verder vlot te kunnen leven, en het bedrijf niet in financiële moeilijkheden te brengen.

Bankiers spelen in het financieren van een familiale onderneming een zeer belangrijke rol. Echter heeft de recentste bankencrisis het totale kredietvolume in de markt doen teruglopen. Bankiers blijven hun rol wel zeer goed vervullen maar ze verwachten van de aandeelhouders een groter engagement. Solvabiliteit heeft veel aan belang gewonnen.

Inbreng van Private Equity en Mezzanine financieringen werken hierop in en versterken het eigen vermogen van de onderneming. Voor de familiale ondernemer biedt dit het voordeel dat hij eigen middelen kan blijven spreiden en hierdoor ook zijn familiale overdracht beter regelen. Wanneer je als ondernemer belangrijke bestanddelen van je vermogen hebt belast (hypotheek of aandelen in pand) om gelden van de bank te krijgen om de solvabiliteit te versterken, kan je deze persoonlijke activa bestanddelen niet vrijuit schenken of verdelen.

Invoering van een familiaal charter en bewaking ervan door de Private Equity partij.

De eerste gesprekken voor een familiale overdracht vinden doorgaans plaats als de ondernemer – aandeelhouder een leeftijd bereikt tussen de 55 en 60 jaar. Op die leeftijd vormen de kinderen nog jonge gezinnen en hebben zij zich nog niet ten volle kunnen bewijzen als ondernemer of als beheerder van een familiaal vermogen.

Ook de invloed van de nieuwe “schoon”kinderen is nog niet duidelijk en ondernemers met visie schrijven een familiaal charter uit. Hierin leggen zij de spelregels vast waarbinnen het familiaal vermogen en/of de familiale onderneming verder wordt beheerd en /of bestuurd, dit zowel binnen als buiten de periode dat de ouders nog actief meewerken of reeds van hun pensioen genieten.

Dit familiaal charter is echter moeilijk afdwingbaar omwille van het familiale verwantschap en de soms sterke “emoties” die opborrelen in het aandeelhouderschap van een familiale KMO.

Door de intrede van een Private Equity speler krijg je niet alleen een belangrijke geëngageerde derde partij in het aandeelhouderschap, maar



Filip De Clercq, Stroke Fund Management NV

maak je het familiaal charter ook een belangrijk onderdeel van de aandeelhoudersovereenkomst en wordt het meer afdwingbaar.

SMART – Money en rendement en groei blijven de focus.

Meerdere wetenschappelijke werken zijn gepubliceerd over de impact van de verschillende generaties in een onderneming. Een rode draad komt hierin terug.

De eerste generatie bouwt de onderneming op, de tweede generatie bouwt de onderneming uit en de derde generatie doet ze op.

Gelukkig is dit niet voor elke onderneming van toepassing, maar ondernemerschap is nu eenmaal een eigenschap die niet altijd genetisch overdraagbaar is.

Door het netwerk van Private Equity spelers kan de ondernemer de minder sterke punten van zijn familiale opvolger bijsturen door een Private Equity speler te kiezen die deze tekortkomingen kan bijsturen. Hij kiest voor intelligent geld of SMART-Money.

De Private Equity partij is meestal een beheerd fonds van verschillende ondernemers. Deze ondernemers investeren op basis van een rendementsverwachting. Deze verwachting is minder aanwezig bij de familiale aandeelhouder. Door de focus op rendement te houden blijft de onderneming groeien.

Interne meerwaarden en familiale discussies worden vermeden.

Bij de meeste constructies van overdrachten van familiale aandelen komt het aspect van de “interne meerwaarden” aan bod. Behoort het verplaatsen van je aandelen of onderneming tegen een bepaalde waarde tot het normaal beheer van je vermogen.

Bij familiale vetes en discussies ligt de waardebepaling van de aandelen van de familiale onderneming meestal aan de basis.

Waardebepalingen van niet beursgenoteerde ondernemingen zijn moeilijk en op vele manieren te bepalen.

De intrede van een Private Equity speler als onafhankelijke aandeelhouder kan deze discussies vermijden. Hun waardebepaling wordt vanuit marktstandigheden en de economische werkelijkheid gestuurd.

Stroke Fund

Filip DE CLERCQ
Investment Manager
NV Stroke Fund Management.

EEN ARBEIDER ONTSLAAN WORDT MOEILIJKER!

De laatste jaren leek de motivering van het ontslag van een arbeider een formaliteit. Het volstond om in geval van betwisting aan te tonen dat het ontslag rechtstreeks of onrechtstreeks verband hield met het gedrag, de geschiktheid of de economische omstandigheden van de onderneming opdat er geen sprake was van willekeurig ontslag. Recent nam het Hof van Cassatie in een aantal arresten een strengere standpunt in.

1. Situering van de problematiek

Overeenkomstig artikel 63 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt onder willekeurig afdanking verstaan het ontslag van een (voor onbepaalde tijd aangeworven) werkmans (arbeider) om reden die geen verband houden met “de geschiktheid of het gedrag” van de werkmans of die niet berusten op de “noodwendigheden inzake de werking van de onderneming”. Deze bepaling bestaat enkel voor arbeiders. Zij vormde een compensatie voor de opzegtermijnen, die wat arbeiders betreft (voorlopig nog) veel korter zijn dan voor bedienden.

Bij betwisting, komt het aan de werkgever toe om aan te tonen dat de arbeider om één (of meerdere) van deze redenen werd ontslagen. Deze bewijslast is tweeledig: de werkgever moet het bewijs leveren van één of meerdere van de ontslagredenen én hij moet aantonen dat het deze redenen waren die aanleiding hebben gegeven tot het ontslag. Slaagt de werkgever er niet in dit te bewijzen, dan wordt het ontslag geacht “willekeurig” te zijn en is de werkgever een vergoeding verschuldigd die gelijk is aan 6 maanden loon, bovenop de opzegvergoeding.

Zonder te veralgemenen, kan gesteld worden dat de rechtspraak tot voor kort enigszins flexibel was voor de werkgever. Zo werd stevast geoordeeld dat een ontslag niet willekeurig kan zijn zodra de feitenrechter aanvaardt dat het ontslag een oorzakelijk verband vertoont met het gedrag van de werkmans, zelfs wanneer dit gedrag geen fout uitmaakt in hoofde van de arbeider en zelfs wanneer dit gedrag op zich niet bekritiseerbaar is. Indien verder kon aangetoond worden dat er lopende de tewerkstelling inderdaad laakbare feiten of fouten werden begaan, dan werd al vlug besloten dat het ontslag ook effectief met die feiten verband hield en bijgevolg niet willekeurig was.

Een aantal recente arresten van arbeidshoven en vooral van het Hof van Cassatie lijken echter een kentering van de rechtspraak inzake willekeurig ontslag te hebben ingeluid. Zowel wat betreft de beoordeling van het ontslagmotief, als wat betreft het oorzakelijk verband ervan met het ontslag, lijkt de rechtspraak een stuk strenger te worden. De werkgever die overgaat tot het ontslag van een arbeider kan maar beter deze evolutie indachtig zijn en het ontslag van een arbeider goed voorbereiden en staven.

2. Beoordeling van het ontslagmotief

In een arrest van 22 november 2010 gaf het Hof van Cassatie te kennen dat het louter bestaan van een verband tussen het ontslag en het gedrag van de arbeider niet (meer) volstaat om aan te nemen dat het ontslag niet willekeurig is. Tot voor kort was deze vaststelling nochtans veelal voldoende. Aan de precieze aard van het gedrag werden geen voorwaarden verbonden. Het gedrag van de arbeider diende foutief noch bekritiseerbaar te zijn, de loutere ontgoocheling in hoofde van de werkgever omtrent de prestaties van de arbeider werd zelfs voldoende geacht, zolang het ontslag er maar verband mee hield.

In het arrest van het arbeidshof, waarover het Hof van Cassatie zich moest buigen, werd nochtans anders geoordeeld. Dit arrest had betrekking op een arbeider die ingevolge het koude winterweer geweigerd had om zijn werk aan te vatten, zolang hij niet be-

schikte over aangepaste handschoenen. De werkgever was hierover nochtans reeds aangesproken in de ondernemingsraad en had daar uitdrukkelijk beloofd dit verzoek in te willigen. Niettemin ging de werkgever omwille van (onder meer) deze werkweigering over tot het ontslag van de arbeider, die vervolgens een vergoeding wegens willekeurig ontslag vroeg. Het arbeidshof kende hem deze vergoeding ook toe, ondanks het feit dat het arbeidshof vaststelde dat het ontslag weldegelijk verband hield met de werkweigering, en dus met het gedrag van de werkmans.

Het Hof van Cassatie bevestigde daarop de uitspraak van het arbeidshof en deed dat met een motivering die opmerkelijk was. Het Hof van Cassatie verduidelijkte namelijk dat het verbod van willekeurig ontslag tevens een verbod van kennelijk onredelijk ontslag inhoudt. Op die manier verbond het Hof van Cassatie voor het eerst een inhoudelijke voorwaarde aan het gedrag dat een werkgever kan invoeren om het ontslag te staven. Zelfs wanneer het ontslag immers een oorzakelijk verband vertoont met het gedrag van de arbeider, hetgeen tot voor kort volstond om te besluiten dat het ontslag niet willekeurig was, kan dit ontslag niettemin willekeurig zijn indien het ontslagmotief door de rechter kennelijk onredelijk wordt bevonden. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de arbeider weigert een onredelijke of onwettelijke eis van zijn werkgever in te willigen.

Tot eenzelfde conclusie was het Hof van Cassatie 2 maanden eerder ook al gekomen in een arrest van 27 september 2010, toen het een arrest van het arbeidshof van Luik verbrak, waarin geoordeeld werd dat het door de werkgever gegeven ontslag niet willekeurig was, aangezien het onbetwistbaar was gebaseerd op de weigering van de arbeider om een zevende opeenvolgende arbeidsovereenkomst van bepaalde duurtijd te ondertekenen. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het ontslag weldegelijk willekeurig was, aangezien de arbeider geacht moest worden om intussen door een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd met zijn werkgever verbonden te zijn. De weigering van de arbeider om mee te stappen in een frauduleuze constructie, opgezet door zijn werkgever, was zodoende volledig legitiem en hield bijgevolg geen verband met zijn gedrag. Hoewel het Hof van Cassatie hier nog niet uitdrukkelijk deze terminologie gebruikte, ging zij ook hier na of het ontslag kennelijk onredelijk was.

De werkgever die denkt buiten schot te zijn, omdat hij kan aantonen dat het ontslag van een arbeider toe te schrijven valt aan het gedrag van de arbeider, denkt gelet op het voorgaande best twee maal na. Indien hij door de arbeider naderhand tot verantwoording wordt geroepen voor de arbeidsrechtbank, dan zal de werkgever niet kunnen volstaan met het bewijs dat het ontslag verband hield met het gedrag van de arbeider, maar zal hij bovendien moeten kunnen aantonen dat dit ontslag niet kennelijk onredelijk is.

3. Bewijs van het oorzakelijk verband tussen het ontslag en de ontslagredenen

Ook indien de werkgever erin slaagt het bewijs te leveren van ongepast gedrag in hoofde van de arbeider, zal het ontslag willekeurig zijn indien niet kan aangetoond worden dat het ontslag inderdaad ingegeven is door dat ongepast gedrag. Met name de werkgever die nalaat om gepast en tijdig aan het onbetamelijke gedrag van een arbeider gevolg te geven en zich pas vele maanden later op dit gedrag beroept, loopt het risico dat het ontslag willekeurig zal geacht worden bij gebrek aan oorzakelijk verband met de ingeroepen redenen.

Dat lot onderging een werkgever die overging tot ontslag nadat een arbeider 3 maanden arbeidsongeschikt was. In de maanden voorafgaand aan zijn ongeschiktheid had de arbeider zich enkele malen ongepast gedragen, hetgeen het arbeidshof van Brussel als bewezen beschouwde. Niettemin besloot het arbeidshof dat het ontslag willekeurig was omdat de arbeider reeds 3 maanden arbeidsongeschikt was en er bijgevolg sindsdien geen nieuwe feiten meer gebeurd waren. Daar bepaalde van de ingeroepen feiten bovendien dateerden



Bart Adriaens, Claeys en Engels

van meer dan 6 maanden voor het ontslag, oordeelde het arbeidshof van Brussel dat deze feiten niet de determinerende oorzaak kunnen geweest zijn van het ontslag en dat het ontslag bijgevolg willekeurig was.

De werkgever die wil vermijden dat het ontslag van een arbeider willekeurig wordt bevonden, zal dus tijdig moeten overgaan tot het ontslag van de arbeider, zoniet dreigt hij niet meer te kunnen aantonen dat deze tekortkoming inderdaad aan de basis lag van het ontslag. Indien de werkgever niet onmiddellijk de arbeider wil ontslaan omwille van een tekortkoming, dan is het uitermate raadzaam minstens een ingebrekestelling over te maken aan de arbeider, waarin de tekortkoming aan de kaak gesteld wordt en waarin meegedeeld wordt dat deze fout bij herhaling tot ontslag zal leiden.

Dit wordt bevestigd in een recent arrest van het arbeidshof van Brussel in een zaak waarin een uitbater van een speelzaal een dienstster ontsloeg, omdat deze het Nederlands onvoldoende machtig was en een gebrekkig inzet en motivatie vertoonde. Het arbeidshof meende dat de verklaringen van collega's afdoende deze feiten bewezen, temeer zij niet voorgeschreven werden, maar in eigen bewoordingen waren opgesteld. Niettemin besloot het arbeidshof dat deze feiten niet de determinerende oorzaak kunnen geweest zijn van het ontslag, nu de dienstster reeds van bij haar aanwerving de taal nauwelijks machtig was en haar gebrekkige inzet kennelijk ook reeds van meet af aan duidelijk was. Deze omstandigheden hebben nooit aanleiding gegeven tot opmerkingen of ingebrekestellingen, zodat het ontslag dat anderhalf jaar na de aanwerving volgde onmogelijk aan deze tekortkomingen kon te wijten zijn.

4. Besluit

De werkgever die geconfronteerd wordt met tekortkomingen van een arbeider, die aanleiding kunnen geven tot ontslag, kan zich gelet op het voorgaande niet veroorloven om bij de pakken te blijven zitten. Hij doet er goed aan een dossier op te bouwen dat bij een uiteindelijk ontslag tot bewijs kan dienen. Er valt niet te ontkennen dat in een kleine werkomgeving niet vlug gegrepen wordt naar een aangetekende brief om te communiceren, maar het moet mogelijk zijn om via andere kanalen een blijvende waarschuwing te geven en desnoods moet van de nood een deugd gemaakt worden, wil de werkgever later onheil vermijden. De rechtspraak leert in ieder geval dat de werkgever, die pas naar aanleiding van het ontslag van een arbeider, of van de daarop volgende vordering, enkele verklaringen van andere werknemers verzamelt, weinig kans op slagen heeft in het kader van een procedure. Nog los van het feit dat deze verklaringen vaak terzijde geschoven worden omdat werknemers geacht worden onder druk te staan van hun werkgever, zullen deze verklaringen vaak onvoldoende bevonden worden wanneer het gedrag van de arbeider niet eerder aanleiding heeft gegeven tot ingebrekestelling(en).