

rep.nr.

2012/378

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 3 FEBRUARI 2012

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

2 FRAME BVBA, met maatschappelijke zetel te
1930 ZAVENTEM, Minervastraat 2,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. VAN DER FRAENEN J. loco mr. DE KEYSER
Bert, advocaat te 2800 MECHELEN, Antwerpsesteenweg 16-18.

Tegen:

I Karolien,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door de heer HAOUCHI Samir, gevolmachtigde –
A.C.V. –Verbond Brussel, met kantoor te 1000 Brussel, Pletinckxstraat 19.

*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 31 januari 2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23^e kamer (A.R. 09/14340).
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 7 maart 2011;
- de conclusie voor de appellante, neergelegd ter griffie op 1 augustus 2011,
- de conclusie voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 6 juni 2011;
- de voorgelegde stukken;

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 6 januari 2012, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Mevrouw Karolien T. was met een voltijdse arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd als bediende in dienst van de bvba 2 Frame sinds 5 december 2005.

2. Op 24 oktober 2008 overhandigde de werkgever haar een opzeggingsbrief met een opzeggingstermijn van 3 maanden, aanvangend op 1 november 2008. Mevrouw T. tekende deze voor ontvangst.

Op 13 december 2008 beëindigde de werkgever de arbeidsovereenkomst met uitbetaling van een vervangende opzeggingsvergoeding van € 3.356,97 voor de periode van 14 december 2008 tot en met 31 januari 2009. Op het C4- formulier werd als reden van de werkloosheid vermeld: *economische redenen*.

3. Bij schrijven van 11 mei 2009 stelde de vakorganisatie van mevrouw T. de bvba in gebreke, omdat de opzeggingsbrief niet bij gerechtsdeurwaarderexploit of bij aangetekende brief was betekend, zodat de opzegging absoluut nietig was en zij vroeg daarom betaling van een volledige opzeggingsvergoeding, een eindejaarspremie en het vakantiegeld hierop.

De werkgever reageerde hierop verontwaardigd en dreigde om de betwisting kenbaar te maken bij haar nieuwe werkgever, wat ook gebeurde.

4. Op 22 september 2009 dagvaardde mevrouw T. de bvba 2 Frame voor de arbeidsrechtbank te Brussel en vroeg betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van € 6.532,47
- een pro rata eindejaarspremie van € 1.716,66
- vakantiegeld hierop of € 263,34
- een schadevergoeding wegens rechtsmisbruik van € 2.500
- feestdagenloon van € 172,87
- vakantiegeld op feestdagenloon van € 26,52

meer de wettelijke en gerechtelijke intresten en de kosten.

Ze vroeg tevens afgifte van de aangepaste sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

5. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 31 januari 2011 werd deze vordering ontvankelijk en gegrond verklaard in de zin dat de bvba veroordeeld werd tot betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van € 4.060,11
- een pro rata eindejaarspremie van 1.716,66 euro
- vakantiegeld hierop van € 263,34
- feestdagenloon van € 172,87

meer de wettelijke en gerechtelijke intresten en de kosten.

Zij diende tevens de aangepaste sociale documenten af te geven.

6. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 7 maart 2011, tekende de bvba hoger beroep aan en vroeg dat de volledige vordering zou worden afgewezen als ongegrond, minstens dat een prejudiciële vraag zou worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof.

Mevrouw T tekende incidenteel beroep aan in de mate waarin haar vordering niet werd toegekend.

BEOORDELING.

1. Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is daarom ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De absoluut nietige opzeggingsbrief en het ontslag.

2. Artikel 37 §1, vierde lid van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat, indien de opzegging uitgaat van de werkgever, de kennisgeving van de opzegging, op straffe van nietigheid enkel kan geschieden hetzij bij een per post aangetekende brief die uitwerking heeft de derde werkdag na de datum van verzending, hetzij bij gerechtsdeurwaarderexploot, met dien verstande dat de werknemer die nietigheid niet kan dekken en dat ze door de rechter van ambtswege wordt vastgesteld.

De opzeggingsbrief van 24 oktober 2008 werd niet bij aangetekende brief en evenmin bij gerechtsdeurwaarderexploot betekend aan mevrouw T , doch werd door de zaakvoerder van de bvba aan haar afgegeven.

De bvba betwist niet dat ze geen bewijs kan voorbrengen dat deze van haar uitgaande opzeggingsbrief aangetekend werd verzonden of bij gerechtsdeurwaarderexploot werd betekend, zodat de opzegging nietig is met dien verstande dat de werknemer die nietigheid niet kan dekken en dat ze door de rechter van ambtswege moet worden vastgesteld. Deze nietigheid is absoluut.

3. Wanneer de opzegging nietig is, is de arbeidsovereenkomst in beginsel onmiddellijk beëindigd, ook al vermeldt de ontslagbrief een latere datum. Ingeval zowel de werkgever als de werknemer zich na de krachtens artikel 37 §1, vierde lid, AOW ongeldige kennisgeving van de daardoor nietig zijnde opzegging verder hebben gedragen alsof er geen onmiddellijk ontslag heeft plaatsgevonden, kunnen de partijen door de rechter na een redelijke bedenktijd beschouwd worden als afstand te hebben gedaan van het recht dat onmiddellijk ontslag in te roepen. De arbeidsovereenkomst blijft dan voortduren totdat ze op een andere wijze wordt beëindigd.

Het afzien van het inroepen van het onmiddellijk ontslag houdt geen afstand in van de in voormeld artikel 37 §1, vierde lid, bepaalde absolute nietigheid van de opzegging of van het recht die in te roepen (Cass. 28 januari 2008, JTT 2008, 239; W. Rauws *De nietigheid van de opzegging, het ontslag en de afstand van het recht dat ontslag in te roepen: een vertrouwd geluid van het Hof van Cassatie*).

In deze noot legt W. Rauws uit dat de ontslagen partij zich al dan niet op het onmiddellijk ontslag mag beroepen, omdat het ontslag geen rechtsfeit is dat zich doorzet tegen de wil van de partijen, zodat de absoluut nietige opzegging niet automatisch een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst.

4. Aangezien mevrouw T zich niet op de onmiddellijke beëindiging omwille van de nietige opzegging heeft beroepen, bleef de arbeidsovereenkomst in beginsel voortbestaan.

Uit het C4-formulier, het attest van tewerkstelling, de individuele rekening 2008 en de loonbrief van december 2008 volgt dat daaropvolgend de bvba de arbeidsovereenkomst eenzijdig heeft verbroken op 13 december 2008. De bvba betwist ook niet dat ze op dat ogenblik het initiatief tot verbreking nam.

Mevrouw T kan dan ook aanspraak maken op een opzeggingsvergoeding. De bijkomende elementen die de bvba inroept, kunnen daaraan geen afbreuk doen.

5. Er is evenmin reden om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Om een toetsing van wettelijke normen aan de art. 10 en 11 van de Grondwet mogelijk te maken is vereist dat de categorie van personen ten aanzien van wie een mogelijke discriminatie wordt aangevoerd, het voorwerp uitmaakt van een pertinente vergelijking met een andere categorie. (Gr. H. 8/2012 van 18 januari 2012, B.5.1) De bvba gaat er verkeerdelijk van uit dat werkgever en werknemer vergelijkbare categorieën zijn. Het sociaal recht is immers gebaseerd op de ongelijkheid van werkgever en werknemer, reden waarom het een beschermingsrecht is ten voordele van de werknemer. De wetgever mocht dan ook ter zake een verschillende regeling invoeren voor werkgever en werknemer, temeer daar artikel 37 §1 vierde lid tot doel had om antidateringen van opzeggingsbrieven onmogelijk te maken en om zo het oneigenlijk gebruik van werkloosheidsuitkeringen uit te sluiten. Daardoor schendt het ingeroepen onderscheid de art. 10 en 11 van de Grondwet klaarblijkelijk niet. (vgl. art. 26 §2, 2° B.W. 6 januari 1989)

De opzeggingsvergoeding

6. Gelet op de verbreking van de arbeidsovereenkomst, heeft mevrouw T recht op een opzeggingsvergoeding.

De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens eigen aan de zaak (Cass., 8 september 1980, Arr. Cass., 1980-1981, 17; Cass., 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, JTT 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, R.W. 1990-1991, 1407) en met inachtneming van de wederzijdse belangen van partijen (Cass., 19 januari 1977, Arr. Cass. 1977,5 161; Cass., 9 mei 1994, Soc. Kron. 1994,2 153).

Partijen hebben betwisting over de samenstelling van het basisloon, meer bepaald over de waardering van het privaat gebruik van de bedrijfswagen.

Deze waardering gebeurt op basis van het reële voordeel dat mevrouw T toegekend kreeg. De eerste rechter heeft zich terecht niet gebaseerd op de fiscale waardering, maar heeft oordeelkundig enkel rekening gehouden met de genotswaarde van het voordeel. Mevrouw T reed met een Volkswagen Golf TDI; dit voordeel werd correct geraamd op € 300/maand.

Rekening houdend met de anciënniteit van 3 jaar, de leeftijd van 27 jaar, de functie van secretaresse en het basisloon van € 29.668,32, de gegevens eigen aan de zaak en de belangen van beide partijen heeft de eerste rechter de kans voor mevrouw T om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden correct geraamd op een periode van 3 maanden.

De eerste rechter heeft de opzeggingsvergoeding correct begroot, zodat het hoger beroep en het incidenteel beroep op dit punt ongegrond zijn.

Eindejaarspremie en vakantiegeld hierop.

7. Op grond van de CAO van 15 december 2006 afgesloten in het paritair comité 227 heeft de bediende die gedurende een volledig kalenderjaar ononderbroken in dienst was, recht op een eindejaarspremie, betaalbaar in december (art. 2).

Door haar ontslag op 13 december 2008 heeft mevrouw T niet het volledige jaar gewerkt; in dat geval voorziet art. 5 in een recht op eindejaarspremie, mits de werkneemster een anciënniteit heeft van 5 jaar.

Mevrouw T heeft slechts een anciënniteit van 3 jaar, zodat ze niet aan de voorwaarde van art. 5 voldoet en haar vordering op dit punt ongegrond is.

Het hoofdberoep is in zoverre gegrond.

Feestdagenloon en vakantiegeld hierop

8. Op grond van art. 14 van het feestdagenbesluit van 18 april 1974 heeft de eerste rechter terecht het feestdagenloon voor 25 december 2008 en 1 januari 2009 toegekend.

9. Wat betreft het vakantiegeld hierop, moet elk loonbestanddeel in arbeidsrechtelijke zin (of m.a.w. elk voordeel door de werkgever toegekend als tegenprestatie voor de arbeid verricht ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst) in aanmerking worden genomen, tenzij wanneer op dit voordeel geen sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd zijn (art. 38bis en 46 van het KB van 30 maart 1967 tot uitvoering van de vakantiewet werknemers; Cass.26 september 2005, Soc Kron. 2006, 70).

Het loon voor feestdagen na het einde van de arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd als tegenprestatie voor arbeid, daar zonder voorafgaande prestatie van arbeid geen feestdagenloon verschuldigd is. Aangezien op feestdagenloon sociale zekerheidsbijdragen moeten worden betaald, is dit loon in de zin van art. 38bis en 46 van dit uitvoeringsbesluit.

Terecht maakt mevrouw T dan ook aanspraak op vakantiegeld ten bedrage van € 26,52.

In die mate is haar incidenteel beroep gegrond; het hoofdberoep is ongegrond.

Rechtsmisbruik

10. Zoals van elk recht kan ook van het ontslagrecht misbruik worden gemaakt.

Anders dan voor werklieden, voor wie artikel 63 van de arbeidsovereenkomstwet geldt, bestaat voor bedienden geen vergelijkbare uitdrukkelijke wetsbepaling, maar dit verhindert niet dat het misbruik van ontslagrecht kan worden ingeroepen, wanneer er een kennelijk misbruik is waarbij de regel van artikel 1134,3de lid van het Burgerlijk Wetboek ernstig wordt geschonden; op basis van deze bepaling moeten overeenkomsten te goeder trouw worden uitgevoerd (cfr. Cassatie, 19 september 1983, R.W. 1983-1984, 1480).

Rechtsmisbruik in verband met het ontslag vloeit dan ook voort uit de uitoefening van dit recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van het ontslagrecht door een voorzichtig en bedachtzame werkgever (Cassatie, 12 december 2005, JTT 2006, 155).

De opzeggingsvergoeding heeft bovendien een forfaitair karakter en dekt de volledige schade die door het ontslag werd veroorzaakt, zowel de materiële als de morele schade (Cass., 7 mei 2001, JTT 2001, 410).

Gelet op het forfaitair karakter van de opzeggingsvergoeding kan een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht slechts worden toegekend voor andere schade dan deze die voortvloeit uit het verlies van de dienstbetrekking, m.a.w. voor schade die niet veroorzaakt is door het ontslag zelf, maar door met het ontslag gepaard gaande omstandigheden (Cass., 26 september 2005, Soc. Kron. 2006, 69).

11. Omwille van de opgewondenheid, die aanwezig was door het ontslag en door de fout om de opzeggingsbrief niet volgens de wettelijke regels te betekenen, heeft de werkgever de nieuwe werkgever van mevrouw T op de hoogte gebracht.

Deze opgewondenheid was beter achterwege gelaten, maar er kan niet gesproken worden van een kennelijke fout, die rechtsmisbruik zou uitmaken. Bovendien bewijst mevrouw T niet dat ze omwille van deze gebeurtenis schade heeft geleden. Er worden geen gegevens aangebracht waaruit zou blijken dat de nieuwe werkgever een ongunstig gevolg zou gegeven hebben aan de melding.

Het incidenteel beroep is op dit punt ongegrond.

**OM DEZE REDENEN
HET ARBEIDSHOF**

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24,

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoofdberoep en het incidenteel beroep ontvankelijk en in de hierna bepaalde mate gegrond,

Bevestigt het bestreden vonnis, behalve wat betreft de eindejaarspremie en het vakantiegeld hierop en wat betreft het vakantiegeld op feestdagenloon.

Hervormt het vonnis enkel op deze punten en hierover opnieuw recht doende,

Verklaart de vorderingen in verband met de eindejaarspremie en het vakantiegeld hierop ontvankelijk, doch ongegrond,

Verklaart de vordering wat betreft het vakantiegeld op feestdagenloon gegrond en veroordeelt de bvba 2 Frame tot betaling aan mevrouw T. van vakantiegeld op feestdagenloon ten bedrage van € 26,25, te vermeerderen met de moratoire intresten op netto vanaf 31 augustus 2009 en de gerechtelijke intresten.

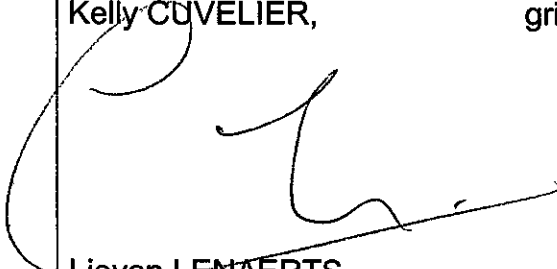
Bevestigt derhalve het vonnis voor al het overige.

Legt de kosten van het hoger beroep ten laste van de bvba 2 Frame, deze aan de zijde van mevrouw T. vereffend op nihil, aangezien geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is, daar ze niet bijgestaan wordt door een advocaat.

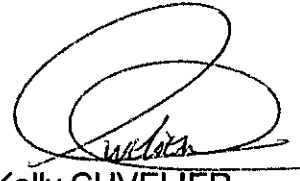
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Georges JACOBS,
Hugo ENGELEN,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

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



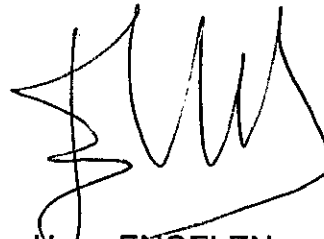
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



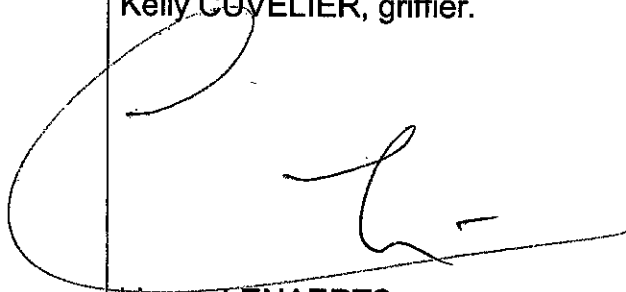
Georges JACOBS,



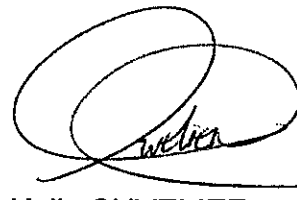
Hugo ENGELEN.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 3 februari 2012 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.