

Rep.Nr.

2012 / 3125

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 7 DECEMBER 2012.

3DE KAMER

Bediendecontract
Tegensprekelijk
Definitief

In de zaak:

J. N

Appellante op hoofdberoep en geïntimeerde op
incidenteel beroep, vertegenwoordigd door
Mevr. C. BOEHLLEN, syndicaal afgevaardigde en
volmachtdraagster te Leuven.

Tegen:

E. I

Geïntimeerde op hoofdberoep en appellante op
incidenteel beroep, vertegenwoordigd door
Mr G. MICHIELS, advocaat te Herselt.

★

★

★

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

Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer bepaald:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het
vonnis gewezen op tegenspraak door de Arbeidsrechtbank
van Leuven op 19 januari 2012;

- het verzoekschrift in hoger beroep ontvangen ter
griffie van het Arbeidshof te Brussel op 28 februari
2012;

- de conclusies van de partijen en de syntheseconclusie van geïntimeerde partij;

Gelet op de door partijen neergelegde stukken.

Gehoord de partijen in hun middelen en verdediging ter openbare terechtzitting van 9 november 2012 waarna de debatten gesloten werden, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

★

★ ★

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 20 april 2009 ondertekenden mevrouw N J en mevrouw F T , als uitbaatster van de bakkerij 't Pleintje, een deeltijdse arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde tijd, waardoor mevrouw J aangeworven werd als verkoopster met een variabel uurrooster van 30 u./week.

2. Op zondag 2 mei 2010 was mevrouw J niet aanwezig; er is discussie of ze dan diende te werken.

Mevrouw J zegt dat ze op 3 mei 2010 ziek was door een meniscusscheur. Ze verwijst naar sms-berichten om haar werkgever en collega hiervan te verwittigen. De collega's houden voor dat ze niet meer geïnteresseerd was.

Op 6 mei 2010 verzond mevrouw F een aangetekende brief om uiterlijk op 11 mei 2010 het werk te hervatten of haar afwezigheid te rechtvaardigen, bij gebreke waaraan dit zou beschouwd worden als contractbreuk. Mevrouw J verwijst naar het afgiftebewijs van de aangetekende brief om voor te houden dat ze deze brief slechts ontving op 12 mei 2010. Mevrouw F verwijst naar de 'webtracker' van De Post en ze leidt hieruit af dat de brief op 8 mei 2010 aanvaard werd in het postpunt van Geel Centrum.

Bij aangetekende brief van 12 mei 2010 antwoordde mevrouw F dat ze op 3 mei 2010 na de verwittigingen per sms een doktersattest had verzonden en ze verzond opnieuw een duplicaat, waarin de behandelende arts op 3 mei 2010 een arbeidsongeschiktheid bevestigde van 2 tot 23 mei 2010. Volgens de verklaring van het ziekenfonds was ze

slechts vanaf 3 mei 2010 arbeidsongeschiktheid, wat overeenstemt met haar meldingen per sms.

Bij aangetekende brief van 12 mei 2010 stelde mevrouw F. de verbreking van de arbeidsovereenkomst vast, omdat geen gevolg gegeven werd aan de brief van 6 mei 2010.

3. Op 18 mei 2010 betwistte de vakorganisatie van mevrouw J dit standpunt en vroeg betaling van een opzeggingsvergoeding van 3 maanden of € 4.298,16, het loon van de maand mei van € 465,54 en het vakantiegeld hierop of € 71,41, een pro rata eindejaarspremie van € 411,70 en het vakantiegeld hierop of € 63,15, feestdagenloon van € 133,01.

Het sociaal bureau van de werkgever betwistte dit op 1 juli 2010.

Uit het antwoord van de vakorganisatie van 13 juli 2010 blijkt dat de discussie bleef voortduren.

4. Aldus dagvaardde mevrouw J haar werkgever op 11 mei 2011 voor de arbeidsrechtbank te Leuven en vorderde betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van € 4.440,62
 - gewaarborgd loon mei 2010 of € 480,97 en vakantiegeld hierop of € 73,78
 - feestdagenloon of € 137,42 en vakantiegeld hierop of € 21,08
 - pro rata eindejaarspremie of € 425,35 en vakantiegeld hierop of € 65,25
- vermeerderd met intresten en kosten

Tevens vroeg ze afgifte van de vereiste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

5. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven van 19 januari 2012 werd deze vordering afgewezen als ontvankelijk, maar ongegrond met veroordeling van mevrouw J tot de gerechtskosten, waarbij de rechtsplegingsvergoeding werd beperkt tot het minimum.

6. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 28 februari 2012, tekende mevrouw J hoger beroep aan en hernam ze haar oorspronkelijke vordering.

Mevrouw F tekende incidenteel beroep aan wat betreft de herleiding van de rechtsplegingsvergoeding.

III. BEOORDELING.

1. Nu er 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 derhalve ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

Het impliciet ontslag

2. Wanneer een partij tekort komt aan de verplichtingen die voor haar voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, doet dat op zichzelf de arbeidsovereenkomst niet eindigen (Cass., 5 januari 1977, Arr. Cass. 1977, 487; Cass., 14 april 1980, RW 1980 -81, 979 met conclusie Openbaar Ministerie; Cass., 27 oktober 1986, Soc. Kron., 1987, 116; Cass., 4 februari 1991, RW 1990 -91, 1437; Cass., 1 februari 1993, Soc. Kron. 1993, 304 met noot).

Enkel wanneer de blijvende wil blijkt om de overeenkomst in haar geheel of voor een belangrijk deel niet meer uit te voeren kan er sprake zijn van een onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst (Cass., 26 maart 1984, Arr. Cass. 1983-84, 973; Cass., 7 maart 1994, Arr. Cass. 1994, 232).

Of de partij die aan een verplichting tekort komt, uiting geeft aan de wil om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, is een feitelijk gegeven waarover de feitenrechter oordeelt (Cass., 26 februari 1990, Soc. Kron. 1990, 273).

Deze wil dient afgeleid worden uit de concrete omstandigheden eigen aan de zaak (Arbh. Brussel 1 juni 1979, JTT 1980, 143).

Het niet verantwoord van een arbeidsongeschiktheid door een medisch attest wordt door de rechtspraak doorgaans niet aangenomen als de uiting van de wil van de werknemer om de arbeidsovereenkomst te beëindigen (cfr. W. Van Eeckhoutte, *Sociaal Compendium*, '09-10, p 1719, nr. 3.490 en de aldaar geciteerde rechtspraak).

3. Op grond van art. 31 §1 van de arbeidsovereenkomstenwet schorst de onmogelijkheid om door ziekte het werk te verrichten de arbeidsovereenkomst.

Art.32 § 2 voegt daaraan toe dat de werknemer verplicht is zijn werkgever hiervan onmiddellijk op de hoogte te brengen.

4. Mevrouw F. kan niet ernstig betwisten dat ze door mevrouw J op 3 mei 2010 op de hoogte werd gebracht van de arbeidsongeschiktheid.

In het schrijven van het Sociaal Bureau van 1 juli 2010 wordt erkend dat mevrouw J eerst een collega sms-te, maar deze sms zou onduidelijk geweest zijn. Het schrijven vervolgt dat daarop de werkgever een sms verstuurd aan mevrouw J om duidelijkheid te vragen.

Mevrouw J brengt een afdruk van deze sms bij, door de werkgeefster verzonden op 3 mei 2010 te 17.37 u.

'T. ' F vraagt:

Hey N. , wat heb ik gehoord? Ben jij naar spoed gemoeten? Wa is er? Kun jij int pleintje ook iets laten weten hoe het zit voor de vlgde dagen? Grtjs T.

Aangezien de vertegenwoordiger van de werkgever zelf naar het bestaan van deze sms verwees in de brief van 1 juli 2010, stelt mevrouw F. de waarachtigheid van de sms ten onrechte in vraag.

Dit is des te meer zo daar, mevrouw J hierop antwoordde dat ze een meniscusscheur had; waarvoor ze pijnstillers had gekregen en een werkonbekwaamheid tot 23 mei in het vooruitzicht was gesteld.

Vervolgens antwoordde: 'T ' F.

En hoe is da gebeurt? Hou je me op de hoogte, als je wa meer weet. Tis te hopen dat het niet moet geopereerd worden. Bedankt voor het te laten weten.

Mevrouw J. voldeed dan ook aan haar verwittigingplicht als gevolg van bovenvermeld art. 31 §2.

5. Art 31 §2 tweede lid van de arbeidsovereenkomstenwet zegt verder dat bij ontstentenis van een bepaling in een CAO of in het arbeidsreglement, de werknemer op verzoek van de werkgever een geneeskundig getuigschrift moet voorleggen.

Dit verzoek werd gedaan bij aangetekende brief van 6 mei 2010. Mevrouw J houdt voor dat ze deze brief pas op 12 mei 2012 ontving en ze maakt dit aannemelijk doordat op het bericht van de postbode vermeld staat

dat deze op 7 mei 2010 niet kon besteld worden en ter beschikking lag bij De Post te Geel Centrum van 10 mei tot 25 mei 2010.

De datum van 12 mei 2010 is ook vermeld, maar het ondertekende vakje is niet erg leesbaar ingevuld. Op de door mevrouw F voorgebrachte Webtracker staat enkel dat de aangetekende brief op 8 mei 2010 door het Postpunt van Geel Centrum aanvaard werd. Daarboven leest men opnieuw de datum van 12 mei 2010.

Mevrouw J heeft bij brief van 12 mei 2010 een kopie van het medisch attest overgemaakt. Ze houdt voor dat ze dit initieel reeds gedaan had op 3 mei 2010.

Art.31 §2 derde lid van de arbeidsovereenkomstenwet zegt immers dat het geneeskundig getuigschrift moet worden afgeleverd *binnen twee werkdagen vanaf... de dag van ontvangst van het verzoek.*

6. Aangezien mevrouw J onmiddellijk haar arbeidsongeschiktheid ter kennis heeft gebracht en na de ontvangst van het verzoek van 6 mei onmiddellijk een medisch attest overmaakte, wordt geen contractuele wanprestatie aangetoond en a fortiori niet de wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Ongeacht wat gezegd werd in randnummer 2, kan de wil tot beëindiging alleszins niet aanvaard worden, wanneer mevrouw J na ontvangst van de brief van 6 mei 2010 hieraan gevolg gaf door het medisch attest op te zenden.

De formulering van de brieven van de werkgeefster van 6 en 12 mei 2010 doen daaraan geen afbreuk.

Hierdoor kon mevrouw F het impliciet ontslag niet invoeren.

De partij die ten onrechte contractbreuk verwijt aan een andere partij, begaat een tekortkoming waarbij zijzelf de wil uitdrukt om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, zodat in dat geval deze partij zelf de arbeidsovereenkomst onrechtmatig beëindigt (Cass. 15 juni 1981, Pas. 1981, I, 1172; N. Gundt en W. Rauws, *De wijziging van de arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht*, TSR 2010, 255; vgl. de conclusie van advocaat-generaal De Swaef voor Cass. 7 juni 1993, Arr. Cass. 1993, 551; Arbh. Antwerpen, 14 oktober 1993, JTT 1994, 213; Arbh. Antwerpen, 4 februari 1997, RW 1997-98, 50).

De opzeggingsvergoeding

7. Terecht maakt mevrouw J dan ook aanspraak op betaling van een opzeggingsvergoeding lastens mevrouw F, die op grond van art. 39 van de arbeidsovereenkomstenwet gelijk is aan het lopende loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn.

Mevrouw J vordert de minimum opzeggingsvergoeding van 3 maanden, maar mevrouw F betwist de berekening

Uit de loonfiche van de maand mei 2010 volgt inderdaad dat het maandloon moet becijferd worden op $\text{€ } 9,3142 \times 30 \text{ u.} \times 13/3 = \text{€ } 1.210,85$
Het jaarloon bedraagt dan $\text{€ } 1.210,85 \times 13,92 = \text{€ } 16.854,98$, zodat een opzeggingsvergoeding van 3 maanden $\text{€ } 4.213,76$ bedraagt.

In die mate is het hoger beroep betreffende dit onderdeel gegrond.

Pro rata eindejaarspremie en vakantiegeld hierop

8. Gelet op art. 34 van de CAO van 4 juli 2002 afgesloten in het PC 201 (KB 1 oktober 2003, BS 8 december 2003) heeft mevrouw J recht op een pro rata eindejaarspremie.

Ook hier dient de becijfering te worden aangepast aan het juiste maandloon van $\text{€ } 1.210,85$, zodat de vordering gegrond is ten belope van $\text{€ } 1.210,85 \times 4/12 = 403,62$. Het vakantiegeld a rato van 15,34 % bedraagt dan $\text{€ } 61,92$

In die mate is het hoger beroep betreffende dit onderdeel gegrond.

Feestdagenloon en vakantiegeld hierop

9. Op grond van art. 14 van het feestdagenbesluit van 18 april 1974 heeft de werknemer recht op betaling van feestdagenloon voor de feestdagen die vallen in de periode van 30 dagen die volgt op het einde van de arbeidsovereenkomst, behalve wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt om dringende reden of wanneer de werknemer reeds is begonnen werken voor een nieuwe werkgever.

Aangezien mevrouw J arbeidsongeschikt was op 13 en 24 mei 2010, was er geen nieuwe tewerkstelling.

Uit de loonfiche mei 2012 kan afgeleid worden dat het feestdagenloon berekend wordt op $5,32 \times € 9,3142 = € 49,55$, zodat mevrouw J voor de feestdagen van 13 en 24 mei 2010 recht heeft op $€ 49,55 \times 2 = € 99,10$

Het vakantiegeld hierop a rato van 15,34 % bedraagt dan € 15,20

Voor het vakantiegeld 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.

(Arbh. Brussel, 3 februari 2012, AR. 2011AB229)

In die mate is het hoger beroep betreffende dit onderdeel gegrond.

Loon mei 2012, gewaarborgd loon en vakantiegeld hierop

10. Op 2 mei 2012 heeft mevrouw J niet gewerkt, zodat ze geen recht heeft op betaling van loon.

Haar arbeidsongeschiktheid tussen 3 en 12 mei 2012 werd in overeenstemming met art 31 van de arbeidsovereenkomstenwet ter kennis gebracht en verantwoord, zoals vastgesteld in randnummers 3 tot 5.

Op grond van art. 31 §2 derde lid heeft ze recht op gewaarborgd loon.

Dit kan becijferd worden op 8 dagen $\times 5,32 \times € 9,8157 = € 417,76$

Het vakantiegeld bedraagt $€ 417,76 \times 15,34\% = € 64,08$

In die mate is het hoger beroep betreffende dit onderdeel gegrond.

11. Mevrouw J heeft recht op de aangepaste sociale en fiscale bescheiden m.b.t. de toegekende bedragen, zoals individuele rekening, fiscale fiche, vakantieattesten, loonfiches, verbeterd C4-formulier en inlichtingenblad ziekenfonds.

Er is geen reden om dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom, daar uit het dossier niet blijkt dat mevrouw F op dit punt in het verleden nalatig is geweest.

12. De gerechtskosten van beide aanleggen vallen ten laste van mevrouw F zodat haar incidenteel beroep ongegrond is.

Mevrouw J heeft geen recht op een rechtsplegingvergoeding, daar ze niet bijgestaan werd door een advocaat.

**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 ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond
en het incidenteel beroep ontvankelijk maar ongegrond,

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de oorspronkelijke vordering ontvankelijk en in volgende mate gegrond;

Veroordeelt mevrouw F tot betaling aan mevrouw J van volgende bedragen:

- een opzeggingsvergoeding van € 4.213,76
 - gewaarborgd loon mei 2010 of € 417,76
 - feestdagenloon of € 99,10
 - pro rata eindejaarspremie of € 403,62
- te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 12 mei 2010 en de gerechtelijke intresten
- vakantiegeld op gewaarborgd loon mei 2010 of € 64,0
 - vakantiegeld op feestdagenloon of € 15,20
 - vakantiegeld op pro rata eindejaarspremie of € 61,9

te vermeerderen met verwijlinteresten vanaf 18 mei 2010 en de gerechtelijke intresten.

Veroordeelt mevrouw F tot afgifte aan mevrouw J van de aangepaste sociale en fiscale bescheiden m.b.t. de toegekende bedragen, zoals individuele rekening, fiscale fiche, vakantieattesten, loonfiches, verbeterd C4-formulier en inlichtingenblad ziekenfonds.

Wijst het meergevorderde af.

Legt de gerechtskosten ten laste van mevrouw F deze aan de zijde van mevrouw J niet begroot.

Aldus gewezen door de 3de kamer van het Arbeidshof te Brussel en ondertekend door:

L. LENAERTS: Raadsheer,

L. REYBROECK: Raadsheer in Sociale Zaken als werkgever,

R. VANDENPUT: Raadsheer in Sociale Zaken als werknemer-bediende,

En bijgestaan door:

D. DE RAEDT: Griffier,

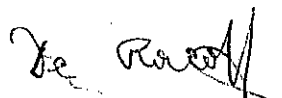

L. REYBROECK,



R. VANDENPUT,


D. DE RAEDT,


L. LENAERTS.

En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 3de kamer van het Arbeidshof te Brussel op 7 december 2012 door de heer L. LENAERTS, Raadsheer, en bijgestaan door D. DE RAEDT, Griffier,


D. DE RAEDT,


L. LENAERTS.