



Repertoriumnummer
<b>2019/</b>
Datum van uitspraak
<b>15 januari 2019</b>
Rolnummer
<b>2017/AB/791</b>
Beslissing waartegen beroep
<b>16/204/A</b>

#### Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

## Arbeidshof te Brussel

derde kamer

### Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende  
tegensprekelijk arrest  
heropening der debatten

**E. C.**

appellante op hoofdberoep,  
geïntimeerde op incidenteel beroep,  
vertegenwoordigd door mr. JANSSENS Dieter loco mr. LOVENIERS Marc, advocaat te  
1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan, 132

tegen

1. **WINDVISION LTD**, vennootschap naar Cypriotisch recht, met zetel te YERMASOYIA 4048, LIMASSOL (CYPRUS), Georgiou A Avenue 84, Flamingo Courtflat 43,
2. **WINDVISION BELGIUM NV**, met zetel te 3001 HEVERLEE, Interleuvenlaan 15/D,
3. **WINDVISION HOLDING BV**, vennootschap naar Nederlands recht, met zetel te 6621 BD MAASTRICHT (NEDERLAND), Parallelweg 42,

geïntimeerde op hoofdberoep,  
appellante op incidenteel beroep,  
vertegenwoordigd door mr. MAES Kris, advocaat te 3001 HEVERLEE, Ubicenter, Philipssite 5/2.

\*\*\*  
\*

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

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

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 27 april 2017 door de arbeidsrechtbank Leuven, 1<sup>ste</sup> B kamer (A.R. 16/204/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 6 augustus 2017,

Met opmerkingen [t1]: opgelet

Met opmerkingen [KC(J-SJ2R1):

- de conclusies voor de appellante,
- de conclusies voor de geïntimeerden,
- de voorgelegde stukken.

\*\*\*  
\*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 18 december 2018, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

\*\*\*  
\*

#### I. **FEITEN EN RECHTSPLEGING**

1. Op 10 augustus 2009 ondertekenden mevrouw C. E. en de Cypriotische vennootschap Windvision Ltd. (hierna aangeduid als *de vennootschap*) een dienstverleningsovereenkomst, waardoor mevrouw E. vanaf 1 september 2009 als zelfstandige accountdiensten verzekerde voor de vennootschap.

Volgens de vennootschap werd deze overeenkomst beëindigd omstreeks augustus 2010.

Mevrouw E. daarentegen houdt voor dat deze overeenkomst enkel werd geschorst omwille van zwangerschap; ze geeft hierover wel geen concrete gegevens. Volgens haar zou deze overeenkomst overgegaan zijn in een arbeidsovereenkomst.

Partijen ondertekenden op 1 september 2011 een deeltijds (24 u/week) bediendencontract als accountant, dat inging op dezelfde datum.

Art. 3 van deze overeenkomst bepaalt dat de normale plaats van tewerkstelling Limassol in Cyprus is, met mogelijkheid tot wijziging van deze arbeidsplaats.

In art. 4 wordt het loon bepaald op € 16.738,20 of € 1.394,85 met afhoudingen volgens Cypriotisch recht.

Voor de feestdagen- en vakantieregeling wordt in art. 13 en 14 verwezen naar de Cypriotische religieuze feestdagen en de Cypriotische vakantiedagen.

2. Op 13 februari 2015 beëindigde de vennootschap deze arbeidsovereenkomst volgens Cypriotisch recht met een opzeggingstermijn van 5 weken, ingaande op 16 februari 2015 en verstrijkend op 13 maart 2015. Als reden werd vermeld dat haar gebrek aan voldoende performantie meebracht dat niet redelijk kon worden verwacht dat de samenwerking tussen werkgever en werknemer kon worden verder gezet.

3. Met brief van 13 maart 2015 van de raadsman van mevrouw E. aan de vennootschap en aan de NV Windvision Holding beriep ze zich op de dwingende bepalingen van Belgisch recht met verwijzing naar art. 8.1 en 8.2 van de Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (*Pb.L.* 4 juli 2008 - aangeduid als *Rome I*) en op de bepalingen van bijzonder dwingend recht met verwijzing naar art. 9 van Rome I. Ze verwees daarbij naar de uitvoering van haar werkzaamheden in Heverlee. Ze vroeg daardoor de toepassing van een aantal Belgische sociale wetten en hield voor dat haar opzeggingstermijn onvoldoende was, gelet op haar anciënniteit vanaf 1 november 2009. Ze vroeg betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 18.432,01 (5 maanden en 3 weken, rekening houdend met de toegekende opzeggingstermijn van 5 weken).

Tevens vroeg ze achterstallige lonen in ruime zin of € 20.000 (provisieel), betaling van bedrijfsvoorheffing en sociale zekerheidsbijdragen. Ze vroeg een precisering van de ontslagreden en ze beriep zich op een schending van art. 31 van de uitzendarbeidwet, waardoor Windvision Holding hoofdelijk met de vennootschap gehouden was tot betaling van het gevorderde.

4. Met aangetekende brief van 9 april 2015 betwistte Windvision NV deze aanspraken omdat er geen enkele contractuele band was tussen haar en mevrouw E. .

5. Met brief van 3 april 2015 van de raadsman van de vennootschap betwistte deze eveneens de brief van 13 maart 2015, omdat er geen gewoonlijke tewerkstelling in België was, doch wel in Limassol (Cyprus), doch dat het haar omwille van haar familiale situatie was toegestaan haar werk ook te verrichten vanuit een kantoor van de groep te Heverlee. Er werd verwezen naar het arrest Schlecker van het HvJ van 12 september 2013 en naar de nauwere band van de overeenkomst met Cyprus. Ook de terbeschikkingstelling werd betwist.

Met brief van 7 april 2015 namens de NV Windvision Holding betwistte de raadsman de hoofdelijke verbondenheid met de vennootschap.

6. Op 11 januari 2016 bracht mevrouw E. dagvaarding uit voor de arbeidsrechtbank te Leuven en vorderde vanwege de vennootschap, de NV Windvision Belgium en de BV naar Nederlands recht Windvision Holding hoofdelijke betaling, minstens betaling in solidum of de ene bij gebreke aan de andere van :

- € 16.420,56 als aanvullende opzeggingsvergoeding

- € 20.000 schadevergoeding voor de niet betaling van loon in ruime zin
- € 50.000 schadevergoeding wegens gebrek aan fiscale en sociale aangiften en afhoudingen
- € 2.084,23 als boete in de zin van art. 7 §1 van de cao nr. 109
- € 10.420,19 als schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag in de zin van de cao nr. 109.

Te vermeerderen met de toepasselijke intresten en kosten.

Tevens vorderde ze regularisatie en afgifte van de sociale en fiscale documenten van regularisatie, onder verbeurte van een dwangsom.

7. Met vonnis van 27 april 2017 van de arbeidsrechtbank te Leuven werd de vordering lastens de vennootschap ontvankelijk doch ongegrond verklaard; lastens de NV en de BV werden de vorderingen onontvankelijk verklaard.

De arbeidsrechtbank verklaarde zich bevoegd, maar zag geen bewezen werkzaamheden voor de NV en de BV, zodat de vorderingen tegen deze vennootschappen onontvankelijk werden verklaard. De arbeidsovereenkomst had een nauwe band met Cyprus, zodat het recht van dat land van toepassing was. Ze had geen vorderingen lastens de vennootschap naar Cypriotisch recht, zodat haar vorderingen ongegrond werden verklaard.

8. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 6 augustus 2017, tekende mevrouw E. hoger beroep aan en hernam ze haar oorspronkelijke vorderingen.

De geïntimeerden tekenen incidenteel beroep aan omdat ze voorhouden dat de Belgische rechtbanken geen rechtsmacht hebben.

## **II. BEOORDELING**

9. Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van het vonnis, zodat het hoger beroep tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte werd ingesteld en het beroep ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

### **De rechtsmacht van de Belgische arbeidsgerechten**

10. Mevrouw E. verwijst naar art. 19, 2a van de Verordening 44/2001 van 22 december 2000, de zgn. Brussel I verordening, die vanaf 9 januari 2013 vervangen is door de Verordening 1215/2012 van 12 december 2012, de zgn. verordening Brussel I-bis, die in art. 21, 1bi een gelijkaardige bepaling heeft als art. 19, 2a van Brussel I. Deze artikelen bepalen dat de werkgever kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt of voor het gerecht van de plaats waar hij gewoonlijk heeft gewerkt.

11. De vennootschap verwijst naar art. 3 van de arbeidsovereenkomst van 1 september 2011, waarin Limassol aangeduid wordt als plaats van tewerkstelling.

12. Mevrouw E. toont met haar overvloedige stukken 11 afdoende aan dat de reële plaats van tewerkstelling in Heverlee lag, daar zo goed als wekelijks treintickets van Brussel naar Leuven werden betaald als woon werkverkeer, samen met andere vervoerskosten in

België omwille van de tewerkstelling. De vennootschap betwist niet dat omwille van de familiale situatie (het gezin woonde in Brussel) toegelaten werd om vanuit België te werken. De effectieve activiteit in België was geenszins occasioneel, zoals blijkt uit de voorgelegde stukken. Het enkele feit van een familievakantieverblijf in Cyprus, tijdens dewelke er ook wat professionele contacten waren, doet daaraan niets af, evenmin het feit dat de heer N. vanuit Cyprus opdrachten kon geven en gezag kon uitoefenen.

13. Het incidenteel beroep is ongegrond.

**De toelaatbaarheid en de gegrondheid van de vordering ten aanzien van de Belgische NV en de Nederlandse BV**

14. Mevrouw E. roept in dat ze in Heverlee niet enkel voor de vennootschap werkte, maar dat ze ook ter beschikking werd gesteld van de NV Windvision en de BV Windvision. Ze beschouwt dit als een verboden terbeschikkingstelling en vraagt op basis daarvan de hoofdelijke veroordeling van de 3 vennootschappen.

15. De vennootschappen betwisten deze voorstellingswijze en houden voor dat mevrouw E. geen belang heeft om dienaangaande de erkenning van een subjectief recht te vorderen. De eerste rechter volgde dit standpunt op basis van een onderzoek van de feitelijke toestand en het ontbreken van bewijs van de feitelijke beweringen over het ingeroepen subjectief recht.

16. De procespartij die voorhoudt titularis te zijn van een subjectief recht, ook al wordt het betwist, heeft belang en hoedanigheid om de vordering in te stellen; het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het ingeroepen subjectief recht betreft niet de



ontvankelijkheid maar de gegrondheid van de vordering (Cass. 26 februari 2017, *JLMB* 2017, 1557; Cass. 29 oktober 2015, *Arr.Cass.* 2015, 2458, concl. OM; Cass. 23 februari 2012, *RW* 2012-13, 1106; Cass. 4 februari 2011, *RW* 2011-12, 370; Cass. 16 november 2007, *Arr.Cass.* 2007, 2193; Cass. 26 februari 2004 *JT* 2005, 437; Cass. 2 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, 597 ; Cass. 5 november 1990, *RW* 1990-91, 1124).

17. Deze vorderingen zijn ontvankelijk, het hoger beroep is op dit punt gegrond.

18. Dat neemt niet weg dat de beoordeling in feite van de eerste rechter kan bijgetreden worden, wat maakt dat de vorderingen op dit punt ongegrond zijn.

19. Uit de stukken waarop het hof vermag acht te slaan, kan niet afgeleid worden dat mevrouw E. daadwerkelijk werkte of ter beschikking werd gesteld van de NV of de BV. De aanbevelingsbrief voor nieuw werk van januari 2015, uitgaande van mevrouw P. , bevestigt dat mevrouw E. wel degelijk werkte voor de Cypriotische vennootschap en dat haar werk bestond uit de administratie van de Cypriotische vennootschappen. In haar verklaring van 18 oktober 2016 legt mevrouw P. haar positie als financial controller van de groep uit, waardoor ze instond voor het consolideren van de verschillende landelijke boekhoudingen, wat meebracht dat ze regelmatig contact had met mevrouw E. *om de correcte opvolging van de Cypriotische vennootschappen met het oog op een correcte consolidatie te garanderen.* Dit alles bevestigt de tewerkstelling van mevrouw E. voor de Cypriotische vennootschap.

20. De stukken 13 van de vennootschap betreffen de overvloedige e-mails (jaren 2011 tot 2015) van de heer N., die opdrachten gaf aan mevrouw E. en die ook het

werkgeversgezag uitoefende, maar daarbij ter informatie mevrouw P. als financial controller in cc. zette. Mevrouw E. antwoordde ook aan de heer N. met mevrouw P. in cc. Dit laatste bevestigt de verklaring van mevrouw P. over haar functie als controller, maar de e-mails tonen ook aan dat mevrouw E. enkel voor de Cypriotische vennootschap werkte.

21. Er wordt geen werkzaamheid of terbeschikkingstelling aan de NV en de BV aangetoond, zodat de hoofdelijkheid, aansprakelijkheid in solidum of aansprakelijkheid van de NV of BV niet bewezen wordt en de vorderingen lastens hen ongegrond zijn.

#### **Het toepasselijke recht**

22. Art. 8 van Rome I bepaalt:

*1. Een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 hebben gekozen. Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.*

*2. Voor zover het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door de partijen is gekozen, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht.*

*3. Indien het toepasselijke recht niet overeenkomstig lid 2 kan worden vastgesteld, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen.*

*4. Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in lid 2 of lid 3 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing.*

23. Partijen hebben geen rechtskeuze gedaan. Uit wat gezegd wordt in randnummer 12 volgt dat mevrouw E. haar werkzaamheden in en vanuit België, met name vanuit Heverlee verrichtte. Niettemin houdt de vennootschap, hierin gevolgd door de eerste rechter, voor dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met Cyprus, zodat het recht van dat land moet worden toegepast. Ze verwijst daarbij naar het arrest Schlecker van het HvJ nr. C-64/12 van 12 september 2013 en naar het residentieel adres van mevrouw E. te Cyprus, vermeld op de loonaangifte, naar de toelating om wegens familiale redenen vanuit België te werken, naar het visitekaartje, naar de Cypriotische werkgever en naar de gezagsuitoefening vanuit dat land, naar de Cypriotische aanvullende ziekteverzekering en de betaling van de sociale lasten in Cyprus.

24. Het arrest Schlecker gaat uit van art. 6, lid 2 van het EVO-verdrag maar wijst in de overwegingen 5, 6 en 38 naar de gelijkaardige bepaling in art. 8 Rome I.

Het criterium van de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, moet eerst worden toegepast, en de toepassing ervan sluit uit dat het subsidiaire criterium van de

plaats van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, in aanmerking wordt genomen (ov. 32).

Wanneer een overeenkomst evenwel nauwer is verbonden met een ander land dan dat waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, dient het recht van het land waar de arbeid wordt verricht, buiten toepassing te worden gelaten en het recht van dat andere land te worden toegepast (ov. 39).

Daartoe dient de rechter rekening te houden met alle factoren die de arbeidsbetrekking kenmerken, en te bepalen welke factor of factoren daarvan volgens hem het zwaarste wegen. Zoals de Commissie heeft beklemtoond en de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 66 van zijn conclusie, mag de rechter die in een concreet geval uitspraak dient te doen, echter niet automatisch tot de conclusie komen dat de plaats waar en van waaruit de werknemer zijn arbeid gewoonlijk verricht buiten toepassing moet worden gelaten louter omdat de andere relevante omstandigheden, buiten de plaats waar de arbeid daadwerkelijk wordt verricht, door hun aantal een ander land aanwijzen (ov. 40).

Onder de belangrijke factoren voor die aanknopng dient allereerst rekening te worden gehouden met het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien dient de nationale rechter rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden (ov. 41).

25. In de conclusie van advocaat-generaal N. WAHL bij dit arrest wordt inzake aansluiting bij het socialezekerheidsstelsel gezegd dat - behalve in het bijzondere geval van detachering van werknemers - immers het beginsel van de *lex loci laboris* geldt, wat inhoudt dat een werknemer onderworpen is aan het socialezekerheidsstelsel van de staat waar hij gewoonlijk werkt. M.b.t de concrete casus van de zaak Schlecker zegt de advocaat-generaal dan verder: *Door zich aan deze regel te onttrekken, zoals de relevante basisregeling (40) dit toelaat, hebben de betrokken partijen mijns inziens het zwaartepunt van hun verhouding naar een ander land willen verplaatsen* (punt 68)

In voetnoot 40 verwijst de advocaat-generaal m.b.t. het zich onttrekken aan de relevante basisregeling naar artikel 18 van verordening nr. 987/2009 dat zegt dat een „*verzoek van de werkgever of de betrokkene om een uitzondering op de artikelen 11 tot en met 15 van de basisverordening [...], indien mogelijk vooraf, [wordt] ingediend bij de bevoegde autoriteit of het orgaan dat is aangewezen door de autoriteit van de lidstaat waarvan de werknemer of de betrokkene toepassing van de wetgeving wenst*”. Een dergelijk verzoek was dus gedaan in de zaak Schlecker.

26. Uit de debatten ter zitting is echter gebleken dat noch de vennootschap, noch mevrouw E. , ooit enig verzoek hebben gedaan bij de bevoegde autoriteit en dat er evenmin A1-formulieren werden opgesteld. Zonder daarin te zijn tegengesproken, vermeldt de vennootschap dat mevrouw E. zelf in haar hoedanigheid van accountant de loonaangiften deed. Dit blijkt inderdaad uit de door haarzelf ondertekende loondocumenten en aangiften van de afhoudingen (stukken 5, 6, 7 en 28 van de vennootschap).

Hieruit volgt dat de situatie waarnaar de advocaat-generaal verwijst, hier niet aan de orde is en dat partijen zich niet hebben onttrokken aan het aanknopingspunt van de *lex loci laboris*, die moest blijven gelden, ook al werd dit op foutieve wijze anders in de loonaangiften verwerkt.

27. Gelet op de doorlopende gewoontelijke tewerkstelling in België, hebben partijen de basisregel van de *lex loci laboris* voor de aansluiting aan de sociale zekerheid verkeerdelijk niet toegepast, zodat mevrouw E. die zelf voor deze toepassing bleek in te staan, verkeerdelijk de schijn wekte dat ze onderworpen was aan de Cypriotische sociale zekerheidstoepassing.

28. Hetzelfde geldt voor de fiscale regeling. Mevrouw E. werkte in België en woonde er met haar gezin (stukken 21-22). Ze is dan ook inwoner in België en hier belastingplichtig; nergens blijkt uit dat ze meer dan 183 dagen in Cyprus zou wonen en werken.

29. Uit deze omstandigheden kan dus geenszins volgen dat de arbeidsovereenkomst van mevrouw E. een zodanig nauwere band met Cyprus zou hebben dat de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, met name België zou terzijde kunnen geschoven worden.

30. De omstandigheden dat partijen van Cypriotische nationaliteit zijn, in dat land hun arbeidsovereenkomst hebben afgesloten en aldaar een adres hebben, zijn minder belangrijke criteria (vgl. punt 70 van de conclusie van advocaat generaal N. WAHL). Ook de beperkte verwijzingen in de arbeidsovereenkomst naar Cypriotische regels, zoals aangehaald in randnummer 2, en de omstandigheden aangehaald in randnummer 23, zijn te weinig bepalend om een zodanig nauwe band met Cyprus te weerhouden. Ze had overigens geen

domicilie in Cyprus, enkel een residentieel adres (vgl. de vermelding bij stuk 28 van de inventaris van de vennootschap). Haar woonplaats was in België (zie stukken 21 E. ).

31. Hieruit vloeit voort dat het Belgische recht van toepassing is op de arbeidsverhouding van partijen.

#### **De vorderingen van mevrouw E.**

##### **De aanvullende opzeggingsvergoeding**

32. Hoewel de arbeidsovereenkomst van mevrouw E. inging op 1 september 2011, wil ze haar anciënniteit doen ingaan op 1 september 2009, voorhoudende dat haar zelfstandigenovereenkomst in feite een arbeidsrelatie als bediende was. Ze toont dit geenszins aan.

33. Geen specifieke criteria van toepassing zijnde, moet de aard van de arbeidsrelatie worden beoordeeld aan de hand van de algemene criteria, vermeld in art. 333 §1 van de Programmawet (I) van 27 december 2006 (BS 28 december 2006), zoals gewijzigd door de wet van 25 augustus 2012 (BS 11 september 2012) – aangeduid als *Arbeidsrelatiewet*.

Deze zijn: de wil der partijen, zoals uitgedrukt in de overeenkomst, de vrijheid van organisatie van de werktijd, de vrijheid van organisatie van het werk en de mogelijkheid om hiërarchische controle uit te oefenen.

34. Mevrouw E. heeft in de overeenkomst van 10 augustus 2009 duidelijk voor een zelfstandigenverhouding gekozen; ze brengt geen relevante elementen aan over de organisatie van de werktijd en van het werk en over de mogelijkheid van hiërarchische controle. De aanbevelingsbrief van januari 2015 van de financial controller van de groep is te

algemeen en te vaag om over deze criteria te kunnen oordelen wat betreft de periode van 1 september 2009 tot 31 augustus 2011. Het feit dat de opdrachtgever treintickets terugbetaalt, zegt niets relevants over deze criteria.

35. Bovendien wijst de vennootschap erop dat deze tickets maar werden terugbetaald tot 5 augustus 2010; ze houdt voor dat er geen opdrachten werden uitgevoerd tussen die datum en 1 september 2011, zodat er alleszins een onderbroken anciënniteit was.

36. Er kan dan ook enkel rekening gehouden worden met een anciënniteit vanaf 1 september 2011, zodat de opzeggingstermijn 3 maanden en 8 weken moest bedragen. Rekening houdend met de opzeggingstermijn van 5 weken, is er een aanvullende opzeggingsvergoeding van 3 maanden en 3 weken verschuldigd.

37. Mevrouw E. wil uit een correspondentie met mevrouw P. afleiden dat de vennootschap haar een loonsverhoging naar € 1.750 netto gegeven zou hebben wat ze dan bruteert naar € 2.855,75 (voor een tewerkstelling van 28 u./week). Dit klopt niet, want mevrouw P. heeft in haar verklaring op grond van art. 961/2 Ger. W. van 18 oktober 2016 uitdrukkelijk bevestigd *dat het bepalen van de lonen bij WindVision niet onder mijn bevoegdheid valt en dat deze bevoegdheid naargelang de hoogte van het jaarloon bij de Raad van Bestuur en/of de CEO ligt*. Uit de verklaring van mevrouw P. kan dan ook geen akkoord van de vennootschap met een dergelijke loonsverhoging worden afgeleid.

38. De loonfiche van februari 2015 vermeldt een bruto maandloon van € 1.986,06; dit loon is het uitgangspunt om het lopend loon voor de berekening van de opzeggingsvergoeding te bepalen.



Dit bedraagt:

€ 1.986,06 x 13,92 = € 27.645,96

Ecocheques € 250,00

Totaal € 27.895,96

De aanvullende opzeggingsvergoeding van 3 maanden en 3 weken =

€ 27.895,96/12 x 3 = € 6.973,99

€ 27.895,96/52 x 3 = € 1.609,38

Totaal € 8.583,37

In die mate is het hoger beroep m.b.t. de aanvullende opzeggingsvergoeding gegrond.

#### **Kennelijk onredelijk ontslag**

39. Mevrouw E. vordert betaling van een boete van € 2.084,23 op grond van art. 7 §1 van de cao nr. 109 van de NAR van 12 februari 2014 betreffende de motivering van het ontslag (KB 9 maart 2014 *BS* 20 maart 2014) wegens het niet meedelen van de reden van ontslag plus een schadevergoeding van € 10.420,19 op grond van art. 9 van deze cao wegens kennelijk onredelijk ontslag.

40. Art. 4 §1 van de cao nr. 109 bepaalt: *De werknemer die de concrete redenen die tot zijn ontslag geleid hebben wenst te kennen, richt zijn verzoek bij aangetekende brief tot de werkgever binnen een termijn van 2 maanden nadat de arbeidsovereenkomst een einde*

*heeft genomen.*

Art. 7 §1 sanctioneert het niet naleven van deze bepaling met een boete van 2 weken loon.

41. Uit de stukken waarop het arbeidshof vermag acht te slaan, volgt dat mevrouw E. niet met aangetekende brief de reden van het ontslag gevraagd heeft. Na het ontslag verzond de raadsman van mevrouw E. op 30 maart 2015 weliswaar per fax een brief in het Engels aan de vennootschap, maar deze niet aangetekende brief beantwoordt niet aan art. 4 voornoemd. Evenmin heeft de vennootschap erkend dat ze tijdig een verzoek over de ontslagredenen zou hebben ontvangen.

42. Er kan dus geen boete worden opgelegd; de vordering is op dit punt ongegrond.

43. Art. 10 derde streepje van de cao nr. 109 regelt de bewijslast als volgt: *Het behoort aan de werknemer om het bewijs te leveren van elementen die wijzen op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag wanneer hij geen verzoek heeft ingediend om de redenen van zijn ontslag te kennen met inachtneming van artikel 4.*

44. Mevrouw E. bewijst niet dat haar ontslag kennelijk onredelijk zou zijn. Ze zegt enkel dat ze toegewijd haar taken heeft vervuld, dat haar kennis een troef was voor het bedrijf en dat ze een positieve werkhouding had. Ze wil zodoende een opportuniteitsbeoordeling van haar ontslag uitlokken.

45. De commentaar bij art. 8 van de cao verklaart op duidelijke wijze: *Alleen de kennelijke onredelijkheid van het ontslag mag getoetst worden en niet de opportuniteit van het beleid van de werkgever (te verstaan als zijn keuze uit de verschillende redelijke beleidsalternatieven die hij heeft). De toevoeging van het woord “kennelijk” aan de notie*

*“onredelijk” wil precies wijzen op de beleidsvrijheid van de werkgever en de toetsing in de marge. Deze laatste is ook ingegeven door de praktische onmogelijkheid om het beleid van de werkgever meer dan marginaal te controleren.*

46. Bovendien baseert ze zich voor haar bewering op een aanbevelingsbrief voor nieuw werk van mevrouw P. , die geen enkele hiërarchische functie had ten aanzien van mevrouw E. (zie randnummer 20). Deze verklaring toont niet aan dat het ontslag kennelijk onredelijk was en had ook niet de bedoeling zich hierover uit te spreken.

47. Er wordt niet aangetoond dat het ontslag kennelijk onredelijk was. Ook dit onderdeel van de vordering is ongegrond.

**Schadevergoeding wegens achterstallig loon ‘in de ruime zin’ wegens gebrek aan aangifte en betaling van bedrijfsvoorheffing en sociale bijdragen.**

48. Mevrouw E. vraagt in het motiverend deel van haar conclusies een provisioneel bedrag van € 20.000; in het beschikkend gedeelte wordt dit een definitief bedrag. Ze vordert dit wegens:

- De betaling van gewaarborgd loon dat haar betaald had moeten worden tijdens haar zwangerschapsverlof in 2011 (wanneer ze bevallen is en zwangerschapsverlof nam, kan ter zitting niet worden gepreciseerd, wel verklaart men de onderbreking tussen de zelfstandige tewerkstelling en het begin van de arbeidsovereenkomst door deze zwangerschap, zodat kan vermoed worden dat de zwangerschap aan de arbeidsovereenkomst voorafging)
- Vakantiegeld en feestdagen sinds 2009
- Eindejaarspremies sinds 2009

- Conventionele anciënniteitsdagen

49. Gelet op wat gezegd werd in de randnummers 32 tot 36 over de anciënniteit, kunnen deze vorderingen slechts worden in acht genomen vanaf 1 september 2011.

50. De vorderingen zijn lukraak geformuleerd. Zo heeft een werkgever geen enkele verplichting tot betaling van gewaarborgd loon tijdens het bevallingsverlof, maar krijgt de werkneemster een moederschapsuitkering via haar ziekenfonds. In het voormalig paritair comité 218 zijn geen conventionele anciënniteitsdagen van toepassing. Er wordt niet duidelijk gemaakt in hoeverre rekening wordt gehouden met de gedane betalingen, etc. Elke cijfermatige uitwerking ontbreekt; het is zelfs niet duidelijk of een provisionele of definitieve vordering wordt gesteld, zoals de vennootschap terecht opmerkt. Mevrouw E. wordt aangemaand een ordentelijke afrekening en vordering te stellen; hiertoe worden de debatten heropend.

51. Hetzelfde geldt voor de gevorderde schadevergoeding wegens gebrek aan aangifte en betaling van bedrijfsvoorheffing en sociale bijdragen en afgifte van de dito documenten. Ook hier is er geen duidelijkheid over de provisionele of definitieve vordering; welke schade, welke verrekening???

52. Mevrouw E. vraagt onmiddellijk een schadevergoeding bij equivalent, terwijl schade in eerste instantie en indien mogelijk, eerst in natura moet worden hersteld; tevens geldt voor het slachtoffer een schadebeperkingsplicht.

53. Wat betreft het herstel van de schade in natura, verzoekt het arbeidshof de partijen om tot een regularisatie over te gaan; mogelijk kan aldus alle schade worden hersteld. Indien

deze regularisatie niet wordt uitgevoerd, zouden partijen zich intentioneel onttrekken aan de Belgische fiscale en sociale verplichtingen en kan in die hypothese toepassing gemaakt worden van art. 29 Wb. Sv. Hierdoor kan in voorkomend geval ook klaarheid komen aan wie de gebeurlijke misdrijven moeten worden toegerekend, daar sociaalrechtelijke misdrijven zowel aan de werkgever als aan de aangestelde en lasthebber kunnen worden toegerekend; in voorkomend geval kan door een strafonderzoek in concreto afgewogen worden wat in de randnummers 26 en 27 werd aangebracht.

54. Het arbeidshof verzoekt mevrouw E. om voor de betrokken inkomstenjaren haar belastingaangiften en afrekeningen te willen voorleggen.

55. Een heropening van de debatten dringt zich op, waarna over de overblijvende vorderingen verder kan worden geoordeeld als naar recht.

#### **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 reeds gedeeltelijk gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk, doch ongegrond.

Hervormt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende,

Bevestigt de rechtsmacht van de Belgische arbeidsgerechten;

Verklaart de oorspronkelijke vorderingen ontvankelijk en reeds in volgende mate gegrond;

Veroordeelt de Cypriotische vennootschap Windvision Ltd tot betaling aan mevrouw E. van een bedrag van € 8.583,37, te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten op bruto vanaf 13 februari 2015 en tot afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten.

Verklaart de vorderingen lastens de NV Windvision Belgium en de BV Windvision Holding ongegrond en wijst mevrouw E. ervan af.

Verklaart de vorderingen van mevrouw E. lastens de Cypriotische vennootschap Windvision Ltd wegens kennelijk onredelijk ontslag ongegrond.

Houdt alle overige vorderingen aan en heropent de debatten teneinde uitvoering te geven aan wat in de randnummers 48 tot 55 werd gezegd.

Stelt de zaak voor verdere behandeling vast op de openbare terechtzitting van de 3de kamer van dit Hof (zaal 0.6), Poelaertplein, 3 te 1000 Brussel op dinsdag 28 mei 2019 om 15u00 met een pleitduur van 30 minuten.

Houdt de gerechtskosten aan.

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

L. LENAERTS,  
L. REYBROECK,  
S. MARCHAND,  
bijgestaan door :  
K. CUVELIER,

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

L. LENAERTS,

K. CUVELIER,

L. REYBROECK,

S. MARCHAND.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 15 januari 2019 door:

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

L. LENAERTS,

K. CUVELIER.