



Uitgifte

Repertoriumnummer 2024 /
Datum van uitspraak 23 april 2024
Rolnummer 2022/AB/792
Beslissing waartegen beroep Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel 23 mei 2022 21/934/A

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

DS, RRN, wonende te
appellante,
vertegenwoordigd door mr. LOOS Rudi loco mr. LECLERCQ Michel, advocaat te 1050
BRUSSEL, Louizalaan 203/1

tegen

BKM NV, ON 0453.298.222, met zetel te 3500 HASSELT, Herkenrodesingel 37 bus A,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. GAVEL François loco mr. MAERTEN Patrick, advocaat te 1170
WATERMAAL-BOSVOORDE, Vorstlaan 25

*

*

*

I. De feiten

1.

Mevrouw S D trad op 3 april 2019 in dienst van BKM NV (hierna BMK genaamd) met een voltijdse arbeidsovereenkomst, ondertekend op 28 maart 2019. Zij werd tewerkgesteld als "Resourcing Officer". In deze hoedanigheid was ze verantwoordelijk voor de aanwerving van personeel.

2.

Mevrouw D diende per aangetekende brief en per e-mail van 11 september 2020 bij BKM een aanvraag voor deeltijds ouderschapsverlof in met ingang van 7 oktober 2020.

3.

Middels schrijven van 14 september 2020 beëindigde BKM de arbeidsovereenkomst van mevrouw D met ingang op 15 september 2020, met het uitbetalen van een verbrekingsvergoeding gelijk aan 9 weken loon en voordelen. De opzegbrief bevatte geen ontslagmotivering.

4.

Op 20 april 2021 stuurde de vakorganisatie van mevrouw D een aangetekende brief naar BKM, waarin ze de betaling van een beschermingsvergoeding wegens ouderschapsverlof gelijk aan 6 maanden loon vorderde.

5.

BKM antwoordde bij monde van haar raadsman per brief van 28 mei 2021 en betwistte de aanspraken van mevrouw D.

6.

Met een verzoekschrift van 13 september 2021 heeft mevrouw D de zaak aanhangig gemaakt bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

I. Het bestreden vonnis

1.

Mevrouw D vorderde voor de arbeidsrechtbank:

“Volgens haar syntheseconclusie vordert mevrouw D om haar vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en BKM te veroordelen tot het betalen van:

- 23.906,25 euro bruto beschermingsvergoeding gelijk aan zes maanden verhoogd brutoloon op basis artikel 101 Herstelwet;

- 15.631,01 euro bruto vergoeding gelijk aan 17 weken loon op basis van cao nr. 109;

- de moratoire intresten vanaf 20 april 2021 en de gerechtelijke interesten op bovenstaande bedragen;

- de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 2.600,00”

2.

Met een vonnis van 23 mei 2022 (A.R. nr. : 21/934/A), heeft de arbeidsrechtbank als volgt beslist :

“De rechtbank beslist op tegenspraak en in eerste aanleg.

De vordering is ontvankelijk doch ongegrond.

De rechtbank veroordeelt mevrouw D tot de gerechtskosten, door BKM begroot op 2.600,00 euro rechtsplegingsvergoeding.

Dit vonnis is uitvoerbaar bij voorraad.”

III. De vorderingen in hoger beroep

Het voorwerp van het hoofdberoep van mevrouw D en de vorderingen

1.

Mevrouw D vraagt het hof het bestreden vonnis te niet te doen.

Zij vraagt BKM te veroordelen tot betaling aan haar van volgende bedragen:

- €23.906,25 ten titel van beschermingsvergoeding ouderschapsverlof gelijk aan 6 maanden brutoloon
- € 15.631,01 ten titel van vergoeding gelijk aan 17 weken brutoloon wegens kennelijk onredelijk ontslag
- de moratoire intresten aan de wettelijke rentevoet vanaf 20 april 2021 en de gerechtelijke intresten
- de kosten van het geding, hierin inbegrepen de rechtsplegingsvergoedingen begroot op 2.600,00 € (eerste aanleg) en 2.800,00 € (hoger beroep).

2.

BKM vraagt in hoofdorde de vordering van mevrouw D ongegrond te verklaren en mevrouw D te veroordelen tot de betaling van alle kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen ten belope van 2.600 EUR (eerste aanleg) en 3.000 EUR (hoger beroep).

In ondergeschikte orde vraagt zij de door mevrouw D gevorderde schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag te herleiden tot het minimum van 3 weken loon en de kosten te compenseren.

IV. De procedure voor het arbeidshof

Het hof heeft kennis genomen van de procedur stukken, in het bijzonder :

- het bestreden vonnis

- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen op de griffie van dit hof op 2 december 2022
- de door de partijen laatste neergelegde conclusies en stukken

De partijen hebben gepleit op de openbare zitting van 26 maart 2024.

De zaak werd vervolgens in beraad genomen.

Het hof heeft toepassing gemaakt van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Het hoger beroep is ontvankelijk.

V. De beoordeling van het geschil door het arbeidshof.

1. De vordering m.b.t. de beschermingsvergoeding ouderschapsverlof.

1.

Mevrouw D vordert van BKM een beschermingsvergoeding ten belope van 6 maanden loon, omdat zij werd ontslagen tijdens een periode waarin zij deeltijds ouderschapsverlof had aangevraagd in toepassing van artikel 2 van het koninklijk besluit van 29 oktober 1997 tot invoering van het recht op ouderschapsverlof.

2.

Het koninklijk besluit van 29 oktober 1997 bevat geen bepalingen inzake een bescherming tegen ontslag, maar aangezien dit koninklijk besluit zich situeert in het stelsel van de loopbaanonderbreking en uitdrukkelijk naar de sociale herstelwet van 22 januari 1985 verwijst, mag worden aangenomen dat de in deze wet vervatte ontslagbescherming van toepassing is op ouderschapsverlof opgenomen in het kader van dit koninklijk besluit.

3.

Artikel 101 van de sociale herstelwet bepaalt dat wanneer de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wordt geschorst of de arbeidsprestaties worden verminderd in het kader van deze afdeling, de werkgever geen handeling mag verrichten die ertoe strekt eenzijdig een einde te maken aan de dienstbetrekking, behalve om redenen die vreemd zijn aan deze schorsing of vermindering van de arbeidsprestaties. Dit verbod gaat in:

- de dag van het akkoord of;
- de dag van de aanvraag in geval van toepassing van artikel 6 van het koninklijk besluit van 29 oktober 1997.

4.

BKM voert aan dat de ontslagbescherming in casu niet geldt omdat de aanvraag van mevrouw D om ouderschapsverlof te verkrijgen niet voldeed aan de vormvoorwaarden van artikel 6, § 1 van het koninklijk besluit van 29 oktober 1997.

5.

Krachtens artikel 6, § 1 van het koninklijk besluit moet de werknemer die gebruik wenst te maken van het recht op ouderschapsverlof, zijn aanvraag doen overeenkomstig de volgende bepalingen:

1° de werknemer brengt ten minste 2 maanden en ten hoogste 3 maanden op voorhand zijn werkgever hiervan schriftelijk op de hoogte; die termijn kan in overleg tussen de werkgever en de werknemer worden ingekort;

2° de kennisgeving gebeurt door middel van een aangetekend schrijven of de overhandiging van het in 1° van deze paragraaf bedoelde geschrift waarvan het duplicaat voor ontvangst wordt ondertekend door de werkgever.

3° het in 1° van deze paragraaf bedoelde geschrift vermeldt de begin- en einddatum van het ouderschapsverlof.

Mevrouw D richtte haar aanvraag om deeltijds ouderschapsverlof met ingang van 7 oktober 2020 te bekomen op 11 september 2020 per e-mail en op geldige wijze per aangetekend schrijven aan BKM.

Mevrouw D heeft echter minder dan één maand op voorhand haar aanvraag ingediend. Om een rechtsgeldige aanvraag in te dienen, moest mevrouw D deze aanvraag ten laatste op 7 augustus 2020 hebben ingediend.

Bovendien werd de einddatum ook niet vermeld in de aanvraag. Mevrouw D vermeldde alleen de begindatum van het ouderschapsverlof, zonder vermelding van einddatum.

In geval van een ongeldige aanvraag, kan de ontslagbescherming echter nog aanvangen indien de werkgever zich uitdrukkelijk akkoord verklaart met de ongeldige aanvraag.

De ontslagbescherming moet immers geïnterpreteerd worden in het licht van artikel 101 Herstellwet van 22 januari 1985. Dit betekent dat, wanneer de aanvraag niet aan alle formele vereisten van artikel 6 §1 KB van 29 oktober 1997 voldoet, de werknemer slechts beschermd is tegen ontslag vanaf de dag waarop de werkgever zijn akkoord heeft gegeven met de ongeldige aanvraag tot ouderschapsverlof.

In casu toont mevrouw D niet aan dat BKM zich akkoord heeft verklaard met de ongeldige aanvraag van opname van het ouderschapsverlof, zodat er geen ontslagbescherming is ingegaan.

Mevrouw D roept in dat BKM haar schriftelijk in kennis moest stellen van de weigering van dit ouderschapverlof omwille van de miskenning van een aantal geldigheidsvoorwaarden, doch hiervoor bestaat geen wettelijke grondslag.

6.

De vordering is ongegrond.

Het beroep is ongegrond.

2. De vordering m.b.t. de vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag.

De principes

7.

Krachtens artikel 3 van de C.A.O. nr. 109 van 12 februari 2014, gesloten binnen de Nationale Arbeidsraad, betreffende de motivering van het ontslag, heeft de ontslagen werknemer het recht om door zijn werkgever te worden geïnformeerd over de concrete redenen die tot zijn ontslag hebben geleid.

Overeenkomstig de bepalingen van artikel 4 van deze C.A.O. richt de werknemer die de concrete redenen voor zijn ontslag wil kennen zijn verzoek aan de werkgever per aangetekende brief binnen twee maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst. Wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt met inachtneming van een opzegtermijn, dient de werknemer zijn verzoek aan de werkgever te richten binnen een termijn van zes maanden na de kennisgeving van het ontslag door de werkgever, zonder echter langer dan twee maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst te kunnen gaan.

Krachtens artikel 5 van deze C.A.O. communiceert de werkgever die een verzoek ontvangt overeenkomstig artikel 4, de concrete redenen voor het ontslag per aangetekende brief binnen twee maanden na ontvangst van de aangetekende brief met het verzoek van de werknemer. De aangetekende brief moet de elementen bevatten waarmee de werknemer de concrete redenen voor zijn ontslag kan kennen.

Op grond van artikel 6 van deze C.A.O. hoeft de werkgever die uit eigen beweging schriftelijk de concrete redenen voor het ontslag aan de werknemer heeft meegedeeld, zoals bepaald in artikel 6, niet te antwoorden op het verzoek van de werknemer, op voorwaarde dat deze mededeling de elementen bevat waarmee de werknemer de concrete redenen voor zijn ontslag kan kennen.

8.

Artikel 8 van de C.A.O. nr. 109 definieert het kennelijk onredelijk ontslag als " een ontslag van een werknemer die is aangeworven voor onbepaalde tijd, dat gebaseerd is op redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever."

Het commentaar van de sociale partners in de overeenkomst luidt als volgt:

" De toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag heeft geen betrekking op de omstandigheden van het ontslag. Men toetst of de redenen al dan niet verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of zij berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst en of de beslissing nooit zou genomen zijn door een normale en redelijke werkgever. Bovendien wordt de uitoefening van het ontslagrecht van de werkgever afgetoetst aan hetgeen de uitoefening ervan zou zijn door een normale en redelijke werkgever. Het betreft een beoordelingsbevoegdheid aan de marge gezien de werkgever tot op grote hoogte vrij is te beslissen over wat redelijk is: er dient respect te zijn voor de verschillende beleidsalternatieven die een normale en redelijke werkgever zou overwegen. Het gaat dus om een marginale toetsing. 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.."

Artikel 8 moet zo worden geïnterpreteerd dat het kennelijk onredelijk ontslag minstens aan een van de volgende criteria voldoet:

- het ontslag is gebaseerd op redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer en die niet zijn gebaseerd op de behoeften van het bedrijf, de vestiging of de dienst.
- het ontslag zou nooit zijn besloten door een normale en redelijke werkgever.

9.

Wat betreft de reikwijdte van de rechterlijke controle, sluit het Hof zich aan bij de analyse van het Arbeidshof van Brussel in haar arrest van 14 april 2021 (Arbh Brussel, 14 april 2021, onuitgegeven, A.R. n 2018/AB/445), zoals hierna nader bepaald.

a.

De controle door de rechter vindt plaats op basis van de feiten die hij als bewezen beschouwt.

De feiten waarvan de rechter het bestaan moet onderzoeken zijn:

- de feiten die worden aangevoerd als basis voor het ontslag.
- het verband tussen deze feiten en de toegestane redenen, namelijk de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming.
- het oorzakelijk verband tussen deze feiten en het ontslag.
- de feiten op basis waarvan de rechter zou kunnen oordelen dat het ontslag nooit zou zijn besloten door een normale en redelijke werkgever, of omgekeerd.

De rechter moet voor elk van deze feiten een strikte controle uitoefenen, dat wil zeggen dat hij het bestaan ervan met een redelijke mate van zekerheid moet controleren (artikel 8.5 van het Burgerlijk Wetboek).

b.

De rechterlijke toetsing is echter marginaal en niet strikt voor twee aspecten:

- Wanneer de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming worden aangevoerd, oefent de rechter slechts een marginale controle uit op de noodzaak van het ontslag met betrekking tot de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming. Hij moet dus strikt controleren of de aangevoerde feiten zijn vastgesteld, of er een verband bestaat tussen deze feiten en de werking van het bedrijf, en een oorzakelijk verband tussen deze feiten en het ontslag, maar oefent slechts een marginale controle uit op de noodzaak van het ontslag, met andere woorden, op de evenredigheid of rechtvaardiging ervan ten opzichte van de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming.
- Bij de beoordeling van het tweede criterium dat een ontslag onredelijk kan maken: een ontslag is onredelijk als het nooit door een normale en redelijke werkgever zou zijn doorgevoerd.

De beperking van de reikwijdte van de rechterlijke controle wordt duidelijk uitgedrukt door de bijwoorden 'kennelijk' en 'nooit' en wordt bevestigd door het commentaar van de sociale partners onder artikel 8.

10.

Artikel 9 van de van de C.A.O. nr. 109 bepaalt:

“§ 1. De werkgever is in geval van een kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding aan de werknemer verschuldigd.

§ 2. De schadevergoeding die aan de werknemer wordt toegekend, stemt overeen met minimaal 3 weken loon en maximaal 17 weken loon.

§ 3. De schadevergoeding is niet cumuleerbaar met enige andere vergoeding die verschuldigd is door de werkgever naar aanleiding van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, met uitzondering van een opzeggingsvergoeding, een niet-concurrentie-vergoeding, een uitwinningsvergoeding of een aanvullende vergoeding die bovenop de sociale uitkeringen wordt betaald.”

Het commentaar dat door de sociale partners in de overeenkomst wordt gegeven, luidt als volgt:

“ De hoogte van de schadevergoeding hangt af van de gradatie van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.

In de plaats van de in dit artikel bedoelde sanctie staat het de werknemer vrij de vergoeding van zijn reële schade te vragen, overeenkomstig de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.”

De hoogte van de vergoeding hangt dus af van de ernst van de kennelijk onredelijke aard van het ontslag. De rechter heeft daarom een aanzienlijke beoordelingsbevoegdheid op dit punt.

11.

Met betrekking tot de bewijslast bepaalt artikel 10 van de C.A.O. nr. 109 het volgende:

“Bij betwisting wordt de bewijslast tussen de werkgever en de werknemer als volgt geregeld :

- Indien de werkgever de redenen van het ontslag heeft meegedeeld met inachtneming van artikel 5 of 6, draagt de partij die iets aanvoert daarvan de bewijslast.

- Het behoort aan de werkgever om het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen die hij niet aan de werknemer heeft meegedeeld met inachtneming van artikel 5 of 6 en die aantonen dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is.

- 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.

Wat betreft de bewijslast, sluit het hof zich eveneens aan bij de analyse van het Arbeidshof van Brussel in haar arrest van 14 april 2021, zoals eerder vermeld, zoals hieronder nader uiteengezet.

De regels met betrekking tot de bewijslast bepalen welke partij verliest in het geval van twijfel (zie het nieuwe artikel 8.4, lid 4, van het Burgerlijk Wetboek). Met andere woorden, het gaat erom één van de partijen het risico van gebrek aan bewijs toe te kennen, als er nog steeds redelijke twijfel bestaat na beoordeling van de bewijsmiddelen die door beide partijen zijn ingebracht, in overeenstemming met hun plicht tot medewerking bij de bewijsvoering.

Artikel 10 van de C.A.O. nr. 109 wordt duidelijker als het wordt gestructureerd op basis van het al dan niet sturen van een regulier verzoek door de werknemer om de redenen voor het ontslag bekend te maken (een regulier verzoek is een verzoek dat per aangetekende brief aan de werkgever wordt verzonden binnen de termijn vastgesteld in artikel 4 van de CAO):

- *De eerste twee streepjes van artikel 10* zijn van toepassing als de werknemer een regelmatig verzoek heeft ingediend om de redenen voor het ontslag te kennen.

In dit geval wordt de bewijslast - met andere woorden het risico van gebrek aan bewijs - toegewezen afhankelijk van het feit of de werkgever al dan niet regelmatig de redenen voor het ontslag heeft medegedeeld (hetzij per aangetekende brief binnen twee maanden na ontvangst van de aangetekende brief waarin het verzoek van de werknemer staat (artikel 5), hetzij op eigen initiatief schriftelijk vóór het regelmatige verzoek van de werknemer (artikel 6)):

- 1° streepje: Als de werkgever regelmatig de redenen voor het ontslag heeft medegedeeld, draagt de partij die feiten beweert de bewijslast. Als er twijfel bestaat over deze feiten, wordt deze ten nadele van hem behouden.

De door de werkgever beweerde feiten zijn hier:

o de feiten die als basis voor het ontslag zijn aangevoerd

o het verband tussen deze feiten en een van de toegestane motieven

o het causale verband tussen deze feiten en het ontslag.

De door de werknemer beweerde feiten zijn die op basis waarvan de rechter zou kunnen oordelen dat het ontslag nooit zou zijn genomen door een normale en redelijke werkgever.

Dit bewijsregime komt in grote lijnen overeen met datgene wat gold voor arbeiders voordat de CAO nr. 109 van kracht werd, in het kader van artikel 63 van de wet op de arbeidsovereenkomsten.

- Het 1° streepje vestigt een verdeling van de bewijslast - en dus van het risico - wanneer het mechanisme van de C.A.O. volledig heeft gewerkt: de werknemer heeft regelmatig verzocht om de redenen voor het ontslag te kennen, en de werkgever heeft hem regelmatig deze redenen meegedeeld. Deze mededeling van de redenen kan plaatsvinden als reactie op het verzoek van de werknemer overeenkomstig artikel 5 van de C.A.O., of op eigen initiatief zoals toegestaan door artikel 6 van de C.A.O..

Deze verdeling is niet van toepassing wanneer de werknemer niet regelmatig heeft verzocht om de redenen voor het ontslag te kennen, zelfs als de werkgever ze hem op eigen initiatief heeft meegedeeld. Het verdelen van de bewijslast in dit geval zou de werkgever die de redenen voor het ontslag spontaan en regelmatig heeft meegedeeld, in een minder gunstige positie plaatsen dan de werkgever die de redenen niet (regelmatig) heeft meegedeeld en die geniet van het 3e streepje: de volledige bewijslast rust op de werknemer. Dit zou in strijd zijn met de intentie van de sociale partners die de werkgever wilden aanmoedigen om zijn motivaties te verduidelijken (Zie het verslag van C.A.O. 109, p. 2).

- 2e streepje: Als de werkgever heeft verzuimd om regelmatig de redenen voor het ontslag aan de werknemer mee te delen, die hij regelmatig heeft gevraagd, wordt de volledige bewijslast - en dus het risico - op de werkgever gelegd.
- Het 3e streepje is van toepassing in afwezigheid van een regelmatig verzoek om motivering van de werknemer: het is aan de werknemer om de elementen te bewijzen die wijzen op het kennelijk onredelijke karakter van het ontslag.

Deze bepaling ontslaat de werkgever niet van de verplichting om de redenen voor het ontslag uit te leggen, in het kader van zijn medewerkingsverplichting bij het leveren van bewijs (artikel 8.4, derde lid, Burgerlijk Wetboek).

Dit betekent dat als er na onderzoek van het bewijsmateriaal dat door beide partijen is geproduceerd met betrekking tot de feiten die aan de basis van het ontslag liggen, redelijke twijfel blijft bestaan over de verbanden tussen deze feiten en een van de drie aanvaarde redenen, de causaliteit tussen deze feiten en het ontslag, en de feiten op basis waarvan de rechter zou kunnen oordelen dat het ontslag nooit door een normale en redelijke werkgever zou zijn genomen, deze twijfel in het nadeel van de werknemer speelt.

De regel in het 3e streepje past het gemeenschappelijk recht toe: "*Hij die meent een ander in rechte te kunnen aanspreken, moet de rechtshandelingen of feiten bewijzen die daaraan ten grondslag liggen.*" (artikel 8.4, eerste lid, Burgerlijk Wetboek, dat artikel 1315 van het oude Burgerlijk Wetboek zonder wezenlijke wijziging herformuleert). Met andere woorden, het vloeit voort uit artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek dat het aan de eiser is om te bewijzen dat alle voorwaarden die het

recht waarop hij aanspraak maakt, zijn vervuld (Cass., 21 januari 2016, C.14.0470.N, R.D.J.P., 2017/1, p. 19.).

De werknemer die een vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag eist, beroept zich op een subjectief recht dat hij bezit als bepaalde voorwaarden zijn vervuld.

Dit betreft de eerder genoemde voorwaarden: ontslag is gebaseerd op redenen die geen verband houden met een van de drie aanvaarde redenen, of het ontslag zou nooit zijn genomen door een normale en redelijke werkgever. De bewijslast om aan te tonen dat deze voorwaarden zijn vervuld, en dus het risico bij gebrek aan bewijs, rust op hem volgens het gemeen recht, waarvan niet wordt afgeweken wanneer hij het mechanisme van de collectieve arbeidsovereenkomst niet heeft in gang gezet.

Dit is ook het geval, zelfs als de werkgever de redenen voor het ontslag uit eigen beweging heeft medegedeeld.

Deze lezing komt overeen met de tekst van artikel 10: het derde streepje betreft de situatie waarin de werknemer geen verzoek om motivering heeft ingediend. Het sluit niet uit dat de werkgever het ontslag uit eigen beweging heeft gemotiveerd (D. DEJONGHE en K. DECRUYENAERE, 'Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De cao nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht', Or., 2014/34, p. 103).

Deze interpretatie is ook in overeenstemming met artikel 4 van de C.A.O., die het beginsel vaststelt dat de werknemer die de concrete redenen wil kennen die hebben geleid tot zijn ontslag een verzoek aan de werkgever richt. Het verslag van de C.A.O. stelt dat dit zo de toegang tot justitie zal vergemakkelijken voor de betwisting van het ontslag voor de werknemer die zijn recht heeft uitgeoefend door een verzoek aan de werkgever te richten. Daarentegen wordt niet afgeweken van het gemeenschappelijk recht wanneer de werknemer zijn recht niet heeft 'geactiveerd' door een verzoek aan de werkgever te richten, zoals de C.A.O. het toelaat.

Artikel 6 van de collectieve arbeidsovereenkomst ontheft de werkgever die op eigen initiatief schriftelijk de concrete redenen voor het ontslag heeft meegedeeld van de verplichting om op het verzoek te antwoorden. Het ontheft de werknemer echter niet van de verplichting om overeenkomstig artikel 4 een verzoek in te dienen indien hij wenst te profiteren van een afwijking van het gemeenschappelijk recht met betrekking tot de bewijslast.

Toepassing

12.

Mevrouw D werd ontslagen door BKM bij schrijven van 14 september 2020.

De opzegbrief van BKM bevatte geen ontslagmotivering.

Mevrouw D heeft niet gevraagd aan BKM om de motieven van haar ontslag mede te delen.

Volgens artikel 10 van C.A.O. nr. 109 is het aan Mevrouw D om de elementen te bewijzen die wijzen op het kennelijk onredelijke karakter van het ontslag.

Deze bepaling ontslaat BKM niet van de verplichting om de redenen voor het ontslag uit te leggen, in het kader van zijn medewerkingsverplichting bij het leveren van bewijs.

13.

Mevrouw D stelt dat zij werd ontslagen wegens haar aanvraag tot ouderschapsverlof.

Mevrouw D, op wie de bewijslast rust, verwijst naar de chronologie van de feiten, m.n. haar aanvraag tot ouderschapsverlof op 11 september 2020 en de daaropvolgende ontslagbeslissing op 14 september 2020.

Deze chronologie op zich, m.n. een ontslag dat 4 dagen later volgt op een aanvraag ouderschapsverlof, kan een bewijs uitmaken van het feit dat mevrouw D werd ontslagen wegens deze aanvraag tot ouderschapsverlof, voor zover geen andere geldige redenen bestaan voor haar ontslag.

In het kader van haar medewerkingsverplichting bij het leveren van het bewijs, stelt BKM dat de arbeidsovereenkomst van mevrouw D werd beëindigd omwille van ondermaatse prestaties en legt zij daarover stukken neer.

Ze verwijst naar een evaluatiegesprek met mevrouw D dat op 18 juni 2020 zou zijn doorgegaan en waarvan een evaluatieverslag werd opgesteld, dat op 22 juni 2020 zou zijn doorgestuurd naar het e-mailadres van mevrouw D. De heer P V zou aan mevrouw D op 22 juni 2020 om 15u28 een e-mail hebben verstuurd met het onderwerp "Evaluatie" en met in bijlage een document "Jaarlijks Evaluatie S D act 2019". Daarnaast verwijst BKM naar een e-mail die de heer F M (Sales & Marketing Director BKM) naar de heer P V verstuurde op 26 mei 2021 omtrent de redenen van het ontslag van mevrouw D.

Mevrouw D betwist de aangehaalde redenen van ontslag en betwist dus dat zij ondermaats presteerde.

Zij betwist dat er op 18 juni 2020 een evaluatiegesprek heeft plaatsgevonden waarin dit werd vastgesteld en BKM bewijst het bestaan van dit gesprek niet.

Er ligt geen enkele uitnodiging neer voor dit evaluatiegesprek.

Het evaluatiedocument, dat zelf aangeeft dat de werknemer ondertekent om te bevestigen dat het gesprek heeft plaatsgevonden, en dat moet aantonen dat mevrouw D ondermaats presteerde, is niet ondertekend, noch door mevrouw D, noch door de verantwoordelijken binnen BKM.

BKM stelt dat het gesprek weldegelijk heeft plaatsgevonden, maar dat mevrouw D zou geweigerd hebben dit evaluatiedocument te ondertekenen. BKM bewijst dit niet. Er ligt geen enkel stuk neer waaruit blijkt dat zij weigerde het evaluatiedocument te ondertekenen.

BKM stelt dat op 22 juni 2020 het evaluatiedocument werd doorgestuurd naar het e-mailadres van mevrouw D en stelt dat de heer P V aan mevrouw D op 22 juni 2020 om 15u28 een e-mail stuurde met het onderwerp "Evaluatie" en met document "Jaarlijks Evaluatie S D act 2019" als bijlage.

Mevrouw D stelt dat zij deze e-mail nooit heeft ontvangen en BKM levert niet het bewijs dat zij deze email heeft verstuurd en dat deze door Mevrouw D werd ontvangen.

De voorgelegde print-outs bewijzen niet dat deze mail in tempore non suspecto aan mevrouw D is verzonden. Ook levert BKM niet het bewijs dat mevrouw D deze e-mail heeft ontvangen.

Indien mevrouw D deze e-mail met in bijlage het evaluatiedossier zou hebben ontvangen, is het zeer waarschijnlijk dat zij zou hebben gereageerd, nu in de beweerde email staat vermeld :

“ ...

Ik vind dat er nog iets te veel werkpunten zijn om volmondig “volgens verwachting” te geven.

Mocht je nog commentaar willen toevoegen, dan kan dit in de daarvoor voorzien ruimte.

...”

Naast het feit dat BKM geen enkele brief of e-mail neerlegt met uitnodiging voor het evaluatiegesprek, legt BKM ook geen enkele e-mail neer met reactie van Mevrouw D, dit terwijl BKM zelf stelt dat Mevrouw D niet akkoord ging met haar evaluatie en deze weigerde te ondertekenen.

Het hof besluit derhalve dat BKM niet aantoont dat er op 18 juni 2020 een evaluatiegesprek heeft plaatsgevonden waarin werd vastgesteld dat Mevrouw D onvoldoende presteerde.

Wat betreft de e-mail die de heer F M naar de heer P V verstuurde op 26 mei 2021 omtrent de redenen van het ontslag van mevrouw D, stelt het hof vast dat deze e-mail nagenoeg 9 maanden na het ontslag van mevrouw D werd geschreven en dateert van na de aangetekende ingebrekestelling van 20 april 2021 van BBTK aan BKM. Deze email werd opgesteld in tempore suspecto, tussen 2 werknemers van BKM en het hof is van oordeel dat deze email daarom niet kan gelden als bewijs van het ondermaats presteren van mevrouw D.

Het hof is derhalve van oordeel dat geen bewijs voorhanden is van het ondermaatse presteren van mevrouw D.

Uit wat voorafgaat leidt het hof af dat mevrouw D weldegelijk het bewijs levert dat zij werd ontslagen wegens haar aanvraag ouderschapsverlof.

Mevrouw D bewijst dat haar ontslag gebaseerd was op onrechtmatige motieven in strijd met de C.A.O. nr. 109, namelijk zonder verband met haar geschiktheid of het gedrag of de behoeften van de onderneming.

Zij toont ook aan dat haar ontslag nooit zou zijn genomen door een normale en redelijke werkgever.

14.

BKM is derhalve gehouden tot betaling van een schadevergoeding aan mevrouw D.

Zoals hierboven aangegeven varieert de sanctie tussen de 3 en 17 weken, afhankelijk van de gradatie van de onredelijkheid van het ontslag.

In dit geval werd Mevrouw D ontslagen wegens haar aanvraag ouderschapsverlof. Een ontslag om voormelde redenen is in hoge mate onredelijk, zodat het hof de schadevergoeding op 17 weken loon bepaalt.

BKM is derhalve gehouden tot betaling aan mevrouw D van het bedrag van € 15.631,01 bruto.

15.

De vordering is bijgevolg gegrond.

Het beroep is gegrond.

3. De kosten van het geding

16.

In toepassing van artikel 1017 alinea 1 van het gerechtelijk wetboek worden de kosten ten laste gelegd van de in het ongelijk gestelde partij, in dit geval BKM.

17.

Deze kosten omvatten, in casu, de bijdrage aan het begrotingsfonds en de rechtsplegingsvergoeding voor iedere aanleg.

Het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding wordt in functie van het bedrag van de vordering bepaald bij koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de artikelen 1 tot 13 van de wet van 21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en de kosten verbonden aan de bijstand van de advocaat.

Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bedraagt in dit geval 2.600 € in eerste aanleg en 3.000 € in graad van beroep.

De bijdrage van 20 € aan het begrotingsfonds voor juridische tweedelijnsbijstand in eerste aanleg en de bijdrage van 24 € aan het begrotingsfonds voor juridische tweedelijnsbijstand in graad van beroep, die reeds door de heer M werden betaald, blijft ten zijnen laste.

18.

Het hoger beroep is gegrond.

VI. De beslissing van het arbeidshof

Het hof verklaart het hoger beroep ontvankelijk.

Wat betreft de vordering inzake beschermingsvergoeding ouderschapverlof

Verklaart het hoger beroep ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis.

Verklaart de vordering ongegrond.

Wijst mevrouw S D af van haar vordering.

Wat betreft de vordering inzake de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

Verklaart het hoger beroep gegrond.

Vernietigt het bestreden vonnis.

Verklaart de vordering gegrond.

Veroordeelt de NV BKM tot betaling aan mevrouw S D van het bedrag van 15.631,01, meer de wettelijke en de gerechtelijke intresten.

Wat betreft de kosten van het geding.

Veroordeelt de NV BKM tot betaling van de kosten van het geding, begroot op 2.600 euro rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg en 3.000 euro rechtsplegingsvergoeding in graad van beroep evenals de bijdrage bestemd voor het Begrotingsfonds voor juridische tweedelijnsbijstand ten belope van 24 euro.

Dit arrest wordt gewezen en ondertekend door :

Alexandra SCHOENMAEKERS, raadsheer,

Erik VAN LAER, raadsheer in sociale zaken, werkgever,
Andre LEURS, plv raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
Bijgestaan door Kelly CUVELIER, griffier

Kelly CUVELIER, Andre LEURS, Erik VAN LAER, Alexandra SCHOENMAEKERS

De heer Leurs, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende, die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen.

Overeenkomstig artikel 785 Gerechtelijk Wetboek wordt het arrest ondertekend door mevrouw Schoenmaekers, raadsheer en de heer Van Laer, raadsheer in sociale zaken, als werkgever.

K. CUVELIER, griffier.

en uitgesproken op de openbare zitting van 23 april 2024 van de 3^{de} kamer waar aanwezig waren :

Alexandra SCHOENMAEKERS, raadsheer,
Kelly CUVELIER, griffier

Kelly CUVELIER

Alexandra SCHOENMAEKERS