

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

VAN 7 JANUARI 2013

OPENBARE TERECHTZITTING

5de KAMER

Arbeidscontract

Op tegenspraak

Definitief

In de zaak:

D., wonende te (...).

Appellante, vertegenwoordigd door Mr. S. V. loco Mr R. S., advocaat te Zellik.

Tegen:

N. N.V., met maatschappelijke zetel gevestigd te 1602 VLEZENBEEK, (...).

Geïntimeerde, vertegenwoordigd door Mr. J. R., advocaat te Brussel.

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 Brussel op 27 december 2011;
- het verzoekschrift in hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 17 januari 2012;
- de conclusie van de geïntimeerde partij;

Gelet op de neergelegde stukken van de partijen.

Gehoord de partijen in hun middelen en verdediging ter openbare terechtzitting van 5 november 2012 waarna de debatten gesloten werden en de zaak in beraad werd genomen.

I. FEITEN

Mevrouw D. trad op 5 januari 1999 in dienst van de NV N. (hierna genoemd de NV) als inpakster, met schriftelijke arbeidsovereenkomst van 23 december 1998. Volgens de bepalingen van deze arbeidsovereenkomst werd zij tewerkgesteld in de dagploeg en in de voor- en namiddagploeg.

Met aangetekende brief van 22 februari 2010, opgesteld in de Franse taal, refereerde de NV aan een gesprek op 6 juni 2008 en 5 november 2009 met betrekking tot de veelvuldige afwezigheden van mevrouw D. en de gevolgen hiervan op de organisatie van de verpakkingsafdeling.

In deze brief werd melding gemaakt van in totaal 9 afwezigheidsdagen wegens ziekte in 2009, 5 ziekte-dagen en 2 halve afwezigheidsdagen in 2010. Mevrouw D. werd erop gewezen dat hierdoor de planning van de activiteiten moeilijk werd.

Met aangetekende brief van 1 juli 2010 beëindigde de NV de arbeidsovereenkomst met betaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan 126 kalenderdagen loon. Als motief van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst werd aangegeven:

“Dit omdat uw veelvuldige afwezigheid op het werk een te grote belasting vormt voor de werkorganisatie.
Verschillende gesprekken hierrond hebben geen verbetering gebracht.”

Met brief van 30 augustus 2010 vroeg de vakorganisatie van mevrouw D. aan de NV dat deze haar beweringen zou staven.

Met brief van 8 september 2010 deed de NV opgave van de reeds in de brief van 22 februari 2010 vermelde afwezigheden, waaraan een afwezigheid van 18 mei tot en met 30 juni 2010 werd toegevoegd. Verder verklaarde de NV:

“Op maandelijks basis berekent N. de Bradford-factor voor alle medewerkers. Dit leverde voor de periode van juni 2009 tot en met mei 2010 voor Mevr. D. een Bradford-factor van 792 op, wat significant boven het gemiddelde ligt. In de laatste 2 jaar is zij tevens 2 maal uitgenodigd geweest op een absentie-meeting, echter zonder de verwachte resultaten. U begrijpt dat de afwezigheden van Mevr. D. de laatste 2 jaar een te grote belasting legden op de werkplanning binnen onze organisatie.”

II. RECHTSPLEGING

a. Met

verzoekschrift op tegenspraak, neergelegd ter griffie van de Arbeidsrechtbank te Brussel op 18 november 2010, vorderde mevrouw D. betaling door de NV van

11.796,72 EUR vergoeding wegens willekeurig ontslag, te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest en de kosten van het geding.

Zij vorderde tevens de voorlopige uitvoerbaarheid van het vonnis zonder enige reserve.

b. Met

vonnis van 27 december 2011 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk doch ongegrond. Mevrouw D. werd veroordeeld tot de kosten van het geding, in hoofde van de NV begroot op het minimumbedrag van de rechtsplegingsvergoeding.

c.-

Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van dit vonnis.

d. Met

verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 17 januari 2012, tekende mevrouw D. hoger beroep aan tegen voornoemd vonnis.

Zij vorderde dat het arbeidshof het bestreden vonnis zou vernietigen en opnieuw recht doende, haar oorspronkelijke vordering gegrond zou verklaren.

In ondergeschikte orde vorderde zij te mogen bewijzen met alle wettelijke middelen, getuigen inbegrepen, dat haar afwezigheden veroorzaakt werden door de pogingen om zwanger te worden via kunstmatige inseminatie en dat de directie van deze pogingen op de hoogte werd gesteld.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is.

IV. BEOORDELING

Bewijs van het ontslagmotief

a.-

Artikel 63 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat het bij betwisting aan de werkgever behoort het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen reden.

De werkgever zal bijgevolg niet enkel het bewijs moeten leveren van het gedrag van de werkmán, doch ook van het oorzakelijk verband tussen het gedrag van de werkmán en zijn ontslag.

(vgl. C. W., Licenciement abusif – article 63 de la LCT – Licenciement lié à la conduite ou à l'aptitude de l'ouvrier – Règle de proportionnalité – Non requise – Caractère supplétif de l'article 63, Noot onder Cass. 7 mei 2001, J.T.T. 2001, 408, nr. 8)

Op de eerste plaats dient de werkgever bijgevolg aan te tonen dat het gedrag van de werkmán dat door de werkgever ingeroepen wordt als ontslagmotief, wel degelijk bestaat.

Een ontslag zal willekeurig zijn wanneer de aangevoerde fouten niet bewezen zijn. (vgl. Cass. 18 juni 2001, Arr. Cass. 2001, 1197)

Op de tweede plaats moet de werkgever aantonen dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het bewezen gedrag en het ontslag van de werkmán.

Wanneer de werknemer inroept dat zijn ontslag willekeurig is, moet de werkgever bijgevolg de door hem ingeroepen redenen bewijzen en bovendien aantonen dat de door hem ingeroepen redenen aan de grondslag liggen van het ontslag of daar redelijkerwijze aan ten grondslag kunnen liggen.

(vgl. Arbh. Brussel, 8 januari 2007, onuitg., AR 48593; Arbh. Brussel 8 juni 2009, onuitg., AR 51.048)

b. In

voorliggende betwisting is het arbeidshof van oordeel dat de NV op afdoende het bewijs levert van het feit dat mevrouw D. werd ontslagen omwille van haar regelmatige afwezigheden.

De NV toont evenwel niet aan dat deze afwezigheden een te grote belasting legden op de werkplanning binnen haar organisatie.

De NV argumenteert aan de hand van de verklaring van de heer V.W. dat de voornaamste taak van mevrouw D. bestond in het verpakken van de 'ballotins' op de BFB verpakkingsmachine, waarbij zij stelt dat slechts weinig werknemers deze machine kundig kunnen opereren en het vanuit productieoogpunt het aangewezen is dat aan deze machine nagenoeg dezelfde teams vast werken.

De afwezigheden van mevrouw D., zo stelt de NV, hebben er vaak toe geleid dat de team aan de BFB verpakkingsmachine 'onverhoopt moest worden omgesteld', wat leidde tot productieverlies en in sommige gevallen tot stilstand.

Hierbij dient echter te worden vastgesteld dat de heer V.W. in dezelfde verklaring, die door de arbeidsrechtbank terecht als geloofwaardig werd aanvaard, verder vermeldt dat de afwezigheden van mevrouw D. dusdanig frequent waren dat omstreeks januari 2010 werd beslist haar uit het team van de BFB verpakkingsmachine te zetten.

Gelet op deze tegenspraak meent het arbeidshof niet te moeten ingaan op het door de NV in ondergeschikte orde geformuleerde bewijsaanbod.

Deze laatste passus toont aan dat er geen oorzakelijk verband was tussen de beschreven problemen ten gevolge van de afwezigheden van mevrouw D. en haar ontslag.

Het gedrag en geschiktheid van de werkmans als ontslagmotief

a. Met toepassing van artikel 63 eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet wordt onder willekeurig ontslag verstaan, het ontslag van een werkmans die aangeworven is voor onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkmans of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, instelling of dienst.

Het ontslag waarvan aanvaard moet worden dat het verband houdt met het gedrag van de werkmans is niet willekeurig. (vgl. Cass. 7 mei 2001, J.T.T. 2001, 407, noot C. W.)

Dit geldt eveneens wanneer de rechter oordeelt dat dit gedrag geen zware fout is en evenmin bekritiseerbaar. (vgl. Cass. 22 januari 1996, J.T.T. 1996, 236; Cass. 18 februari 2008, J.T.T. 2008, 117, noot P. J.)

Vermits uit de wetsgeschiedenis van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomst volgt dat de regeling van de willekeurige afdanking het verbod van kennelijk onredelijk ontslag inhoudt, zal het ontslag om een motief in verband met de geschiktheid of het gedrag van de werkmans toch willekeurig zijn wanneer dit motief kennelijk onredelijk is.

Bijgevolg kan een ontslag om een motief in verband met de geschiktheid of het gedrag van de werkmans toch willekeurig zijn wanneer het motief kennelijk onredelijk is. Het komt de feitenrechter toe te oordelen of het gedrag of de geschiktheid van de werkmans waarmee het ontslag verband houdt, een legitieme ontslagreden vormt.

(vgl. Cass. 22 november 2010, J.T.T. 2011, 3, concl. Adv.-gen. R. M. en noot C. W.)

Hierbij mag worden aangestipt dat de noodzaak aan bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag recent aan belang heeft gewonnen door de inwerkingtreding van het Handvest van 12 december 2007 van de grondrechten van de Europese Unie.

Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie met toepassing van artikel 6 van het eerstgenoemde verdrag dezelfde waarde als deze van de verdragen.

(vgl. J. C., A. Mortier, *Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés*, in: C.-E. C et S. G., *Le licenciement abusif*.

Notions, évolutions, questions spéciales, Anthémis, Louvain-la-Neuve 2009, 16; B. L., *Van willekeurig naar gemotiveerd ontslag*, Noot onder Cass. 22 november 2010, RABG 2011, 186-187) Artikel 30 van voornoemd Handvest bepaalt dat iedere werknemer overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken recht heeft op bescherming tegen iedere vorm van kennelijk onredelijk ontslag.

Wanneer zou worden aanvaard dat het ontslag door de werkgever niet willekeurig zou zijn van zodra het ook maar enig verband houdt met het gedrag van de werknemer, zal er sprake is van een 'kennelijk onredelijk ontslag' in de zin van artikel 30 van het Handvest van 12 december 2007 van de grondrechten van de Europese Unie.

Samengevat betekent dit dat wanneer de werkgever de werkmans ontslaat om een reden die verband houdt met zijn gedrag of geschiktheid, dit ontslag niet willekeurig zal zijn, tenzij het ingeroepen ontslagmotief kennelijk onredelijk is.

b. De

beoordeling door de arbeidsgerechten is een marginale toetsing; dit houdt in dat een marginale redelijkheidstoetsing wordt uitgeoefend op de voorgebrachte argumenten.

(vgl. Arbh. Antwerpen 25 oktober 1993, J.T.T. 1994, 325; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 18 maart 1998, Limb. Rechtsl. 1998, 176)

Het feit dat deze controle marginaal is betekent dat het niet aan de rechter staat om beslissen of een bepaald gedrag al dan niet voldoende is, maar wel om na te gaan of het gaat om een geldig ontslagmotief, met andere woorden, of een redelijk werkgever op grond van dergelijk motief al dan niet tot ontslag zou overgaan.

(vgl. Arbh. Brussel 14 april 2008, Soc. Kron. 2009, 46; Arbh. Brussel 19 januari 2009, Soc. Kron. 2010, 251)

c.

Naar het oordeel van het arbeidshof is het door de NV ingeroepen ontslagmotief kennelijk onredelijk in de zin zoals hiervoor omschreven.

De NV is inderdaad overgegaan tot het ontslag van mevrouw D., waarvan aangestipt moet worden dat zij reeds een lange en klaarblijkelijk voldoende gevende loopbaan binnen de NV had doorlopen, na een afwezigheidsbeeld dat geenszins als abnormaal te beschouwen valt: zoals reeds hoger aangegeven blijkt het aantal afwezigheidsdagen voorafgaand aan de laatste ziekteperiode vanaf 18 mei 2010 tot de dag voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 1 juli 2010.

Hierbij dient verder aangestipt te worden dat de NV niet betwist dat mevrouw D. wel degelijk arbeidsongeschikt was of gewettigd afwezig. De insinuerende bemerkingen op de afwezigheidslijsten ('ziekte voorafgaand aan of volgend op een lang weekend') legt het arbeidshof als onbewezen naast zich neer.

Tenslotte is naar het oordeel van het arbeidshof de verwijzing naar de zgn. Bradford factor niet relevant.

Mogelijk is dergelijk instrument – overigens klaarblijkelijk ontwikkeld voor de specifieke situatie in het Verenigd Koninkrijk – nuttig om ziekteverzuim binnen de onderneming in het algemeen in het oog te houden, doch als bewijs van een ontslagmotief faalt het.

d.

Gelet op wat voorafgaat is het arbeidshof van oordeel dat het ontslag van mevrouw D. willekeurig is in de zin van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Zij heeft dan ook recht op de door haar gevorderde vergoeding, waarvan de omvang niet ter discussie staat.

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;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis behalve voor zover het de vordering van mevrouw D. ontvankelijk verklaarde;

Opnieuw recht doende, verklaart de vordering van mevrouw D. gegrond; veroordeelt de NV tot betaling aan mevrouw D. van 11.796,72 EUR vergoeding wegens willekeurig ontslag, te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf 1 juli 2010 en de gerechtelijke intrest vanaf 18 november 2010;

Verwijst de NV tevens in de kosten van beide aanleggen, aan de zijde van beide partijen vereffend op 1.210,00 EUR rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank en 1.210,00 EUR rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

Aldus gewezen door de 5de kamer van het Arbeidshof te Brussel en ondertekend door:

Mr. D. R.: Raadsheer,
G. J.: Raadsheer in Sociale Zaken als werkgever,
D. V. : Raadsheer in Sociale Zaken als werknemer-arbeider,

En bijgestaan door :
D. D. R.: Griffier,
G. J. D. V.
D. D. R. D. R.

En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 5de kamer van het Arbeidshof te Brussel op 7 januari 2013 door de heer D. R. Raadsheer, en bijgestaan door D. D. R. Griffier,