



Repertoriumnummer

2023 /

Datum van uitspraak

23 januari 2023

Rolnummer

2022/AA/47

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof Antwerpen

Afdeling Antwerpen

Kamer 2

Arrest

V L, RRN , wonende te , ,

met als raadslieden mr. V D C T en mr. V M , advocaten te , die pleiten,

tegen:

S NV, ON , met zetel te , ,

met als raadslieden mr. D E , die pleit, mr. S M en mr. B S , advocaten te .

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 12 februari 2018 van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

Het arbeidshof past de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken toe.

Advocaat-generaal I V O legde namens het openbaar ministerie schriftelijk advies neer op de griffie op 12 december 2022.

Mevrouw V heeft op dit advies gerepliceerd.

I. PROCEDURE IN EERSTE AANLEG

Op 26 januari 2017 dagvaardde mevrouw V de nv S¹ en vorderde:

- De NV te veroordelen tot betaling aan mevrouw V van:
 - Een vervangende opzeggingsvergoeding van 83.026,39 euro bruto,
 - Een pro rata jaarlijkse premie van 62,50 euro bruto en het vertrekvakantiegeld hierop van 9,58 euro bruto,
 - Een pro rata eindejaarspremie van 816,24 euro bruto en het vertrekvakantiegeld hierop van 125,21 euro bruto,
 - Pro rata ecocheques ten bedrage van 208,33 euro bruto,
 - Het feestdagenloon voor 1 mei 2016 en 5 mei 2016 ten belope van 301,38 euro bruto en het vertrekvakantiegeld hierop van 46,23 euro bruto,
 - Achterstallig loon ten bedrage van 1.356,21 euro bruto en het vertrekvakantiegeld hierop van 208,04 euro bruto,

 - Achterstallig vertrekvakantiegeld voorlopig begroot op 1 euro bruto provisioneel,
 - Een schadevergoeding pesten op het werk ten bedrage van 26.541,23 euro,
 - Een forfaitaire burgerlijke boete overeenkomstig artikel 7 van collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 van 2.041,63 euro,

¹ Hierna de NV genoemd.

- Een vergoeding kennelijk onredelijk ontslag ten belope van 17.353,87 euro,
- De wettelijke, moratoire, dan wel vergoedende, respectievelijk gerechtelijke interesten op de voormelde bedragen, telkens te rekenen vanaf de respectievelijke data van eisbaarheid tot op de dag van algehele betaling,
- De kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, aan de zijde van mevrouw V, provisioneel begroot overeenkomstig artikel 1022 Ger.W. en het KB van 26 oktober 2007 op 6.000,00 euro het basisbedrag voor vorderingen met een inzet van 100.000,01 euro tot 250.000,00 euro, en desgevallend aan te passen aan het indexcijfer.

En verder:

- De NV te veroordelen tot afgifte aan mevrouw V van de volgende sociale en fiscale documenten: een aangepaste formulier C4, individuele rekening, fiche 281.10, vakantieattesten en wel binnen de maand na de betekening, onder verbeurte van een dwangsom van 25,00 euro per dag vertraging en per ontbrekend document.
- Het tussen te komen vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

Met conclusie van 22 november 2017 vroeg de NV in hoofdorde de vorderingen van mevrouw V ongegrond te verklaren en haar te veroordelen tot een compenserende opzeggingsvergoeding wegens ontslagname begroot op 1 euro provisioneel.

Ondergeschikt, mocht de rechtbank oordelen dat de NV een aanzienlijke wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst doorvoerde:

- de opzeggingsvergoeding waarop mevrouw V aanspraak kan maken te beperken tot 81.196,40 euro;
- de vorderingen inzake de schadevergoeding wegens pesten op het werk en kennelijk onredelijk ontslag, inzake achterstallig loon en vertrekvakantiegeld ongegrond te verklaren;
- de kosten om te slaan en de uitvoerbaarheid bij voorraad niet toe te staan.

In uiterst ondergeschikte orde vroeg de NV het kantonement toe te staan.

In alle geval:

Mevrouw V te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 6.000,00 euro (basisbedrag).

Met vonnis van 12 februari 2018 verklaarde de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel de vordering van mevrouw V ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

De arbeidsrechtbank veroordeelde de NV tot betaling van:

- (a) Een pro rata jaarpremie van 41,66 euro, verhoogd met 6,39 euro bruto vertrekvakantiegeld;
- (b) Een pro rata eindejaarspremie van 544,16 euro bruto en 83,47 euro bruto vertrekvakantiegeld;
- (c) Een schadevergoeding wegens niet-toegekende ecocheques van 41,66 euro;
- (d) De moratoire interesten op de vergoedingen bedoeld in (a) en (b) aan de wettelijke rentevoet, vanaf de datum van verschuldigheid tot de datum van betaling, en de

vergoedende interesten op de schadevergoeding bedoeld in (c), vanaf de datum van inleiding van het geding tot de datum van betaling.

De arbeidsrechtbank veroordeelde de NV tot afgifte van de met bovenvermelde vergoedingen overeenstemmende individuele rekening, fiscale fiche 281.10 en vakantieattesten, binnen de wettelijke termijnen.

Voor het overige werd de vordering van mevrouw V ongegrond verklaard.

De arbeidsrechtbank verklaarde de tegenvordering van de NV ontvankelijk en gegrond en veroordeelde mevrouw V tot betaling aan de NV van een opzeggingsvergoeding van 1 euro provisioneel. Beide partijen werden verwezen in de eigen kosten en het vonnis werd uitvoerbaar verklaard met behoud van de wettelijke mogelijkheid tot kantonnement, zoals gevraagd.

Mevrouw V stelde op 27 april 2018 hoger beroep in tegen dit vonnis bij het arbeidshof Brussel.

Met conclusie van 5 februari 2019 vorderde mevrouw V het bestreden vonnis gedeeltelijk te hervormen en haar oorspronkelijke vordering volledig gegrond te verklaren, met veroordeling van de NV tot de kosten.

Met conclusie van 5 maart 2019 vorderde de NV het bestreden vonnis te bevestigen daar waar het de vorderingen van mevrouw V ongegrond verklaarde of deze herleidde.

Op tegeneis vorderde de NV de veroordeling van mevrouw V tot betaling van een compenserende opzeggingsvergoeding gelijk aan 19.467,17 euro en tot de gedingkosten begroot op 6.000,00 euro (basisbedrag) per aanleg. Op dit punt stelde de NV bijgevolg incidenteel beroep in.

Ondergeschikt, mocht het arbeidshof oordelen dat de NV een aanzienlijke wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst doorvoerde, vorderde de NV de opzeggingsvergoeding waarop mevrouw V aanspraak kan maken te beperken tot 81.196,40 EUR en de vorderingen inzake de schadevergoeding wegens pesten op het werk en kennelijk onredelijk ontslag, inzake achterstallig loon en vertrekvakantiegeld ongegrond te verklaren en in die hypothese de kosten om te slaan.

Met arrest van 20 september 2019 verklaarde het arbeidshof Brussel het hoger beroep van mevrouw V ontvankelijk, maar ongegrond. Het arbeidshof verklaarde het incidenteel beroep van de NV ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond. Het bestreden vonnis werd vernietigd in de mate dat dit de vordering van de NV tot betaling van een opzeggingsvergoeding slechts gegrond verklaarde ten belope van 1,00 euro, en opnieuw recht doende, veroordeelde het arbeidshof mevrouw V tot betaling aan de NV van 19.467,17 euro opzeggingsvergoeding; Voor het overige werden het bestreden vonnis bevestigd en mevrouw V werd veroordeeld tot de kosten van het hoger beroep.

Op 13 maart 2020 stelde mevrouw V een voorziening in cassatie in tegen dit arrest.

Met arrest van 6 september 2021 vernietigde het Hof van Cassatie het bestreden arrest van het arbeidshof Brussel. De kosten werden aangehouden en de zaak werd naar dit arbeidshof verwezen.

II. EISEN IN HOGER BEROEP NA VERWIJZING DOOR HET HOF VAN CASSATIE

Op 2 februari 2022 dagvaardde mevrouw V de NV voor dit arbeidshof.

Met conclusie van 26 augustus 2022 vordert mevrouw V opnieuw de hervorming van het bestreden vonnis van de arbeidsrechtbank en veroordeling van de NV tot betaling aan mevrouw V van:

- Een vervangende opzeggingsvergoeding van 83.026,39 euro bruto,
- Een pro rata jaarlijkse premie 2016 van 62,50 euro bruto en het vertrekvakantiegeld hierop van 9,58 euro bruto,
- Een pro rata eindejaarspremie 2016 van 816,24 euro bruto en het vertrekvakantiegeld hierop van 125,21 euro bruto,
- Het feestdagenloon voor 1 mei 2016 en 5 mei 2016 ten belope van 301,38 euro bruto en het vertrekvakantiegeld hierop van 46,23 euro bruto,
- Achterstallig loon ten bedrage van 1.356,21 euro bruto en het vertrekvakantiegeld hierop van 208,04 euro bruto,
- Een schadevergoeding pesten op het werk ten bedrage van 26.541,23 euro,
- Een forfaitaire burgerlijke boete overeenkomstig artikel 7 van collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 van 2.041,63 euro,
- Een vergoeding kennelijk onredelijk ontslag ten belope van 17.353,87 euro,
- De wettelijke, moratoire, dan wel vergoedende, respectievelijk gerechtelijke interesten op de voormelde bedragen, telkens te rekenen vanaf de respectievelijke data van eisbaarheid tot op de dag van algehele betaling,
- De kapitalisatie van de interesten conform artikel 1154 Oud BW,

Verder vordert zij de veroordeling van de NV tot afgifte van de volgende sociale en fiscale documenten, aangepast aan het tussen te komen vonnis, en wel binnen de maand na de betekening, onder verbeurte van een dwangsom van 25,00 euro per dag vertraging en per ontbrekend document:

- een aangepast formulier C4,
- individuele rekening,
- fiche 281.10,
- vakantieattesten

en veroordeling van de NV tot de kosten van het geding begroot op:

- Voor de procedure in eerste aanleg: de dagvaardingskosten (226,24 euro) en de rechtsplegingsvergoeding, aan de zijde van mevrouw V, provisioneel begroot overeenkomstig artikel 1022 Ger.W. en het KB van 26 oktober 2007 op 7.000,00 euro het

basisbedrag voor vorderingen met een inzet van 100.000,01 euro tot 250.000,00 euro en desgevallend aan te passen aan het indexcijfer.

- Voor de beroepsprocedure; de rolrechten (20,00 euro) en de rechtsplegingsvergoeding, aan de zijde van mevrouw V, provisioneel begroot overeenkomstig artikel 1022 Ger.W. en het KB van 26 oktober 2007 op 7.000,00 euro het basisbedrag voor vorderingen met een inzet van 100.000,01 euro tot 250.000,00 euro, en desgevallend aan te passen aan het indexcijfer.

Met conclusie van 12 oktober 2022 vordert de NV:

- het bestreden vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel te bevestigen daar waar het de vorderingen van mevrouw V ongegrond heeft verklaard of heeft herleid.
- de tegenvordering van de NV ontvankelijk en gegrond te verklaren en mevrouw V te veroordelen tot betaling van een compenserende opzeggingsvergoeding gelijk aan 19.467,17 euro bruto;
- mevrouw V te veroordelen tot de kosten van het geding, aan de zijde van NV begroot op 14.020,00 euro onder voorbehoud van verhoging of indexatie in de loop van het geding, ambtshalve toe te passen door het Arbeidshof.

Ondergeschikt, mocht dit arbeidshof oordelen dat de NV een eenzijdige en belangrijke wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst doorvoerde, de opzeggingsvergoeding waarop mevrouw V aanspraak kan maken te beperken tot 81.196,40 euro bruto en de vorderingen inzake de schadevergoeding wegens pesten op het werk en kennelijk onredelijk ontslag, inzake achterstallig loon en vertrekvakantiegeld ongegrond te verklaren en de kosten om te slaan.

III. ONTVANKELIJKHEID

Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat ze ontvankelijk zijn.

IV. TEN GRONDE

1. Feiten

Op basis van de neergelegde stukken en de niet tegengesproken feitelijke argumentatie die partijen hebben ontwikkeld in hun conclusies aanvaardt het arbeidshof wat volgt:

De NV is een onderneming die deel uitmaakt van een groep van ondernemingen. Zij ontwikkelt en verkoopt softwareprogramma's en biedt ondersteuning aan haar klanten bij de implementatie en het gebruik van deze software.

Mevrouw V trad op 8 juni 1998 in dienst van de nv B . Haar arbeidsovereenkomst werd vervolgens overgedragen aan de nv S , nadien aan de nv N . Vanaf 1 januari 2011 was zij in dienst van de NV. Het staat niet ter discussie dat de overgang naar een nieuwe werkgever telkens gebeurde in het kader van de cao nr. 32bis met behoud van alle rechten en verplichtingen.

Mevrouw V oefende bij de NV de functie uit van consultant en stond daarbij onder de hiërarchische leiding van een operationeel directeur, die op zijn beurt werkte onder de hiërarchische leiding van een algemeen directeur. Chronologisch heeft mevrouw V in dienst van de NV achtereenvolgens prestaties geleverd onder de leiding van de volgende operationele directeurs: de heer D F, de heer V L, (opnieuw)de heer D F, de heer V, de heer V B en de heer F.

In 2013 verlieten enkele directieleden de NV, onder wie de heer D F, gevolgd door een aantal personeelsleden.

Op 29 oktober 2014 werd een bijlage aan de arbeidsovereenkomst ondertekend waarin aan mevrouw V een forfaitaire onkostenvergoeding werd toegekend. Tot beloop van 80,00 euro per maand werd deze vergoeding toegekend “in het kader van de uitoefening van zijn uithuizige activiteiten”.² Tegelijk werd haar een loonsverhoging toegekend.³

Op 5 januari 2015 werd de heer C aangeworven als commercieel directeur. Voordien bestond deze functie niet binnen de structuur van de NV.

Van 15 januari 2015 tot 20 maart 2015 werd de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geschorst wegens ziekte van mevrouw V.

Van 23 maart tot 20 april 2015 hervatte zij gedeeltelijk het werk *a rato* van 20u per week. Tijdens deze gedeeltelijke werkhervatting nam zij deel aan een handelsbeurs in .

De uitvoering van de arbeidsovereenkomst werd opnieuw geschorst wegens ziekte vanaf 21 april 2015.

In december 2015 vonden contacten plaats tussen partijen in het kader van de geplande terugkeer van mevrouw V. Tijdens een eerste ontmoeting was mevrouw V vergezeld van haar echtgenoot, de heer D D.

Op vraag van de heer D D verzond de NV op 11 december 2015 een e-mail met de volgende inhoud:⁴

“(…)

² Stuk 4.2 dossier V.

³ Stukken 4.1 dossier V

⁴ In vrije vertaling.

Onderwerp: RE: Afspraak dd 10/12/15

Mijnheer D D,

Bedankt voor uw email.

Ook al twijfel ik niet aan haar capaciteiten en haar motivatie, vond ik L tijdens ons gesprek nog zeer zwak. U kon met uw eigen ogen zien dat zij bij momenten beefde van emotie en bijna tot tranen toe. Ik denk daarom dat het te verkiezen is, zowel voor haar als voor S, dat haar werkhervatting goedgekeurd zou worden door een geneesheer.

In afwachting vindt u hieronder de antwoordelementen op uw vragen.

1. Functieomschrijving

Zonder dat deze omschrijving volledig zou zijn, en zoals ik u al zei tijdens ons onderhoud, zou L, **in haar hoedanigheid van Senior Consultant**, onder de verantwoordelijkheid van M F, een eerder sedentaire functie bekleden en minder verplaatsingen.

Zij zou op die manier kunnen

- De support van onze klanten verzorgen: wij dachten van haar terugkeer gebruik te maken voor het invoeren van een nieuwe support database
- De support verzorgen voor haar collega's, dankzij haar ervaring in CMMS (Computerised Maintenance Management System)
- Deelnemen aan de vertalingen (Nederlands/Engels/Frans)
- Na haar opleiding over onze nieuwe producten, onze Pack Ready (voorgeparametreerde Coswin voor snelle implementatie bij onze klanten) configureren

Zij zou zich niet meer dienen te verplaatsen tot bij onze klanten of enkel bij zeldzame gelegenheden.

2. Voorstelling invulling eerste dagen van L

Zonder dat dit volledig is. Maar het betreft:

Ontvangst van L

Presentatie van het team en de werkomgeving

Gesprek over haar functieomschrijving

Uitleg van de nieuwe procedures en regels van S

Deelname aan het opstellen van de nieuwe support database (4 januari)

Opleiding over Coswin 81

Opnemen van haar nieuwe post.

3. Opleiding

In de loop van de eerste week zal er door een lid van S aan L een interne opleiding gegeven worden over Coswin 81.

Een aanvullende opleiding zal in functie van de beschikbaarheden en de noden, gegeven kunnen worden door een consultant van het moederbedrijf.

4. Aanwezigheid P J

Mijn eerste beschikbaarheid is op 6 januari.

5. Werkuurregeling

Ik denk dat er een kleine verwarring bestaat in de vraag. Wenst u een antwoord over het intern reglement of de werkuren?

6. Vertrouwen tussen collega's

Zoals ik tijdens ons gesprek al zegde aan L, vertrouwen dient niet te worden opgedrongen, maar te worden gewonnen. Zij zegde me dat ze geen vertrouwen meer had in haar vroegere collega's, maar heeft zij zich al afgevraagd of die vroegere collega's nog wel vertrouwen hadden in haar, na deze lange afwezigheid.

Ik zei het al tijdens ons gesprek, om het vertrouwen te herstellen zal elke collega een stap in de richting van de andere moeten zetten.

Wat mij betreft heb ik vertrouwen in het team en voor mij maakt L deel uit van het team (...)".

Uit de neergelegde mailcorrespondentie blijkt dat vervolgens tussen partijen een meningsverschil is ontstaan over de invulling van de functie en de arbeidsvoorwaarden van mevrouw V bij haar terugkeer.

Mevrouw V bezorgde de NV een nieuw medisch attest tot staving van haar afwezigheid vanaf 11 januari 2016. Zij vatte het werk terug aan op 25 januari 2016.

Tijdens de daaropvolgende periode werd de arbeidsovereenkomst meermaals geschorst wegens opname van resterende dagen jaarlijkse vakantie, inhaalrust en anciënniteitsverlof.

Ook na de werkhervatting op 25 januari 2016 bleef tussen partijen betwisting bestaan over de invulling van de functie en de arbeidsvoorwaarden van mevrouw V. Deze betwisting blijkt uit de uitgebreide schriftelijke communicatie die door partijen werd neergelegd. Daarbij deed mevrouw V gelden dat de NV de overeengekomen functie eenzijdig had gewijzigd en drong zij aan op het herstel in haar oude functie, terwijl de NV deed gelden dat mevrouw V zich schuldig maakte aan insubordinatie.

Met een e-mail van 22 maart 2016 liet mevrouw V weten dat zij haar prestaties opschortte in afwachting van de uitdrukkelijke bevestiging door de NV dat zij de functie die zij voor haar ziekte uitoefende kon hervatten.

De NV betwistte de beweerde eenzijdige wijziging van de functie en stelde mevrouw V in gebreke wegens onwettige afwezigheid.

Met een aangetekende brief van 5 april 2016 stelde mevrouw V de verbreking van de arbeidsovereenkomst door de NV vast.

Met een aangetekende brief van 28 mei 2016 verzocht mevrouw V de NV om haar de redenen voor haar ontslag mee te delen overeenkomstig de cao nr. 109.

De NV reageerde hierop met de mededeling dat niet zij, maar mevrouw V de arbeidsovereenkomst had beëindigd, zodat zij niet gehouden was tot mededeling van ontslagmotieven.

2. Beoordeling

2.1. Mevrouw V is terecht overgegaan tot vaststelling van contractbreuk

2.1.1. Principes

Uit artikel 1134 Oud Burgerlijk Wetboek volgt dat, tenzij anders is bedongen, de in een overeenkomst overeengekomen voorwaarden niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd of herroepen. Die wetsbepaling is op arbeidsovereenkomsten van toepassing.

Krachtens artikel 20, 1°, Arbeidsovereenkomstenwet moet de werkgever de werknemer doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen.

Krachtens artikel 32, aanhef en 3°, Arbeidsovereenkomstenwet nemen de verbintenissen uit de door de deze wet geregelde overeenkomsten een einde, behoudens de algemene wijzen waarop de verbintenissen tenietgaan, door de wil van de partijen, wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd werd gesloten of ingeval een dringende reden tot beëindiging voorhanden is.

De partij die eenzijdig een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst in belangrijke mate wijzigt, beëindigt die overeenkomst onmiddellijk op onwettelijke wijze.

Het criterium ter beoordeling van de vraag of een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst in belangrijke mate is gewijzigd, is de graad van wijziging van dat element, in het bijzonder de vraag of het betreffende bestanddeel zo verregaand is gewijzigd dat niet kan aangenomen worden dat na de wijziging nog de oorspronkelijke overeenkomst wordt uitgevoerd. Het belang dat de partijen bij de wijziging dan wel het behoud hebben, doet hierbij niet ter zake.⁵

De overeengekomen functie, te begrijpen als aard van de overeengekomen arbeid, vormt een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.⁶ Het is de werkgever bijgevolg niet toegelaten om zonder instemming van de werknemer de overeengekomen functie in belangrijke mate te wijzigen.

⁵ Cass. 6 september 2021, S.20.0013.N

⁶ VAN EECKHOUTTE, W. *De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst*, in RIGAUX, M. en HUMBLET, P. (ed) *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Intersentia rechtswetenschappen, 2001,762).

Dat de eenzijdige wijziging geen aanleiding gaf tot het gebruik van een andere functietitel, een lager loon of een degradatie, sluit het bestaan van een belangrijke eenzijdige wijziging van de functie niet uit.

Bij de beoordeling van de vraag of de overeengekomen functie al dan niet in belangrijke mate werd gewijzigd, moet rekening worden gehouden met de inhoud van de functie zoals deze doorheen de samenwerking met akkoord van beide partijen is geëvolueerd en effectief werd uitgevoerd.

2.1.2. Toepassing

Naar het oordeel van dit arbeidshof heeft de NV bij de werkhervatting van mevrouw V in januari 2016 eenzijdig belangrijke wijzigingen aangebracht aan de overeengekomen functie, zoals deze bestond en werd uitgevoerd vóór haar ziekteperiode. Deze wijzigingen waren dermate verregaand dat niet kan worden aangenomen dat na die wijzigingen de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst nog werd uitgevoerd.

Het arbeidshof steunt zijn besluitvorming op de hierna vermelde elementen en overwegingen:

Uit de door partijen neergelegde stukken blijkt vooreerst dat mevrouw V voorafgaand aan haar langdurige afwezigheid wegens ziekte een functie uitoefende die gekenmerkt werd door de grote variatie in de uit te voeren taken en het niet-sedentair karakter.

Wat de precieze aard van de functie betreft verwijst de NV naar haar stuk 21, een e-mail van de heer V d.d. 1 februari 2013, op dat ogenblik blijkbaar zelf nog senior consultant. Deze e-mail, gericht aan algemeen directeur J, bevat in bijlage een korte beschrijving van de activiteiten van de verschillende consultants, die op dat ogenblik door de NV werden tewerkgesteld.

Voor mevrouw V vermeldt deze beschrijving het volgende⁷

“L V – senior Consultant GMAO

- *Demonstraties van Coswin;*
- *Functionele opleiding van Coswin-klanten;*
- *Bijstand en functioneel advies voor de Coswin-klanten;*
- *Functionele ondersteuning van de klanten aan de helpdesk;*
- *Commerciële deelname een de CMMS activiteiten;*
- *Vertalingen binnen Coswin naar het Nederlands”*

⁷ In vrije vertaling.

Dat de aldus omschreven taken onverminderd deel zijn blijven uitmaken van de functie van mevrouw V tot haar afwezigheid wegens ziekte, staat als zodanig niet ter discussie.

Vergelijking van de beschrijving van de functies van mevrouw V en de heer V enerzijds, met de beschrijving van de functies van de andere consultants anderzijds, bevestigt het door mevrouw V aangehaalde verschil tussen de werknemers die werden tewerkgesteld als business/functioneel consultant en de werknemers tewerkgesteld als technisch consultant. Waar een technische consultant technische (IT) ondersteuning biedt, heeft een business consultant een meer commerciële functie en zorgt deze voor de verkoop en de functionele implementatie van de software.

Het is niet voor ernstige discussie vatbaar dat mevrouw V en de heer V de enige werknemers waren die per 1 februari 2013 waren tewerkgesteld als business/functioneel consultant. Dat mevrouw V werkte als business/functioneel consultant wordt overigens bevestigd door haar visitekaartjes, de standaard “handtekening” vermeld op haar professionele mailcorrespondentie en de schriftelijke verklaringen die zij heeft neergelegd.

De beknopte beschrijving van de functie van mevrouw V in de e-mail van 1 februari 2013 wordt bevestigd en verduidelijkt in de volgende verklaring van de heer D F:

“(…)

Gezien de grootte van de structuur, werd het werk verdeeld in functie van ieders competenties. Elke consultant kon dus verschillende hoofdtaken toebedeeld krijgen. De belangrijkste aan Mevrouw V toegekende 'business' taken waren:

De begeleiding van klanten bij het opzetten van de software

- *Consultancy*
 - *Parametrering van de software op basis van analyse van de noden van de klant*
 - *Schrijven van functionele & operationele dossiers —gebruikershandleidingen,*
 - *Opleiden van de gebruikers*
 - *Begeleiding van de klant bij de in gebruik name*
- *Assistentie bij het commerciële luik (voorbereiding en uitvoering van doelgerichte demo's met commerciële begeleiding)*
- *Vorbereiding en aanwezigheid op de professionele beurzen (hoofdzakelijk de Maintenance beurs die jaarlijks wordt gehouden in). Gezien haar perfecte tweetaligheid, is het Mevrouw V die systematisch werd toegewezen aan deze beurzen.*
- *Klantensupport (hot line, assistentie via telefoon en email, interventie on site...), opvolging van de incidenten en koppeling met de cel support in . Er dient op gewezen dat Mevrouw V, die geen informaticus is, enkel de functionele aspecten behandelde. De technische support (veel frequenter) werd behartigd door de consultants met een informatica profiel. Vertaling van de software naar het Nederlands op basis van door de cel ontwikkeling doorgestuurde Excel bestanden.*
- *Vertaling van de commerciële en technische documenten naar het Nederlands.*

Als enige Nederlandstalige consultant, was het Mevrouw V alleen aan wie deze vertaalopdrachten werden toevertrouwd.

Om deze functies te vervullen werd op Mevrouw V beroep gedaan om regelmatig naar klanten toe te gaan of op verplaatsing aan een gemiddelde van 2 à 3 dagen per week, wetende dat afhankelijk van het activiteitsniveau, bepaalde periodes zwaarder belast waren dan andere.

Mevrouw V hield zich ook bezig met de 'kantoor aankopen'.

- Aankopen van klein materiaal*
 - Aankoop van frisdrank, koffie, suiker en verbruiksgoederen*
- (...)”*

Het staat verder niet ter discussie dat de heer V de heer D F is opgevolgd als operationeel directeur in de loop van 2013. Te noteren valt dat op dat ogenblik de functie van verkoopdirecteur binnen de onderneming nog niet bestond.

Tijdens de periode dat de heer V operationeel directeur was, stond mevrouw V in voor de commerciële ondersteuning van de heer V en was zij degene die -al dan niet samen met de heer V- instond voor de commerciële contacten bij klanten en prospecten.⁸

Uit de neergelegde stukken blijkt inzonderheid dat in de periode voorafgaand aan haar ziekte een belangrijk gedeelte van het takenpakket van mevrouw V bestond uit het geven van demonstraties/advies m.b.t. de software bij prospecten en klanten, het geven van functionele opleidingen aan klanten/medewerkers van klanten en de implementatie van de software bij klanten.⁹ Te noteren valt dat mevrouw V voor bepaalde projecten ook de unieke functionele contactpersoon was van de klant.¹⁰ Verder stond zij in voor de voorbereiding van en aanwezigheid op de professionele beurzen.

Het dossier bevat geen elementen die tegenspreken dat mevrouw V in de periode voorafgaand aan haar ziekte de enige consultant was die werd belast met dergelijke commerciële activiteiten bij de klanten. Dit wordt ten andere bevestigd door de e-mail van de heer V van 1 februari 2013, waarin slechts sprake is van twee business/functionele consultants, zichzelf en mevrouw V. De NV heeft tijdens de procedure ook nooit melding gemaakt van een andere werknemer die in die periode door de heer V met soortgelijke taken zou zijn belast.

Dit verklaart meteen ook dat mevrouw V een zeer groot gedeelte van haar arbeidstijd spendeerde bij prospecten en klanten en dus buiten de lokalen van de NV. Ook het arbeidshof aanvaardt dat zij in die periode maandelijks gemiddeld 10 dagen aanwezig was bij klanten.¹¹

⁸ Stukken 15 dossier V

⁹ Stuk 21 dossier NV, stukken 15, 19,67, 74, 81, 97, 106 dossier V.

¹⁰ Stukken 15, 74, 98 dossier V.

¹¹ Stuk 3.3, stuk 97 dossier V

Evenzeer terecht doet mevrouw V gelden dat haar in de laatste periode van haar samenwerking met de heer V nog bijkomende taken werden toevertrouwd en dat zij inzonderheid ook werd belast met de planning. Dit wordt met zoveel woorden bevestigd door de heer V in zijn schriftelijke verklaring van 12 oktober 2017.¹² De heer V heeft daarbij eveneens bevestigd dat aan mevrouw V eind 2014 een loonsverhoging werd toegekend, precies omdat haar “de planning” werd toevertrouwd. Dit spreekt de bewering van de NV tegen dat deze opdracht slechts bedoeld was als een occasionele ondersteuning van de operationeel directeur en geen deel uitmaakte van haar takenpakket.

Uit de neergelegde correspondentie tussen partijen vanaf december 2015 blijkt ontegensprekelijk dat de NV het takenpakket van mevrouw V bij haar werkhervatting aanzienlijk heeft gereduceerd en haar een sedentaire functie heeft toebedeeld, met nog slechts hoogst uitzonderlijk een verplaatsing bij de klanten.

Dat de NV mevrouw V bij haar werkhervatting niet meer wenste tewerk te stellen in een functie met dezelfde taakhoud, bevoegdheden en verantwoordelijkheden als voordien blijkt reeds uit de inhoud van de e-mail van 11 december 2015, met de opgave van een zeer beperkt takenpakket en de expliciete vermelding dat zij nog slechts zeer occasioneel klanten zou moeten bezoeken.

Een zeer occasioneel bezoek aan klanten impliceert meteen dat mevrouw V een groot gedeelte, wellicht zelfs het grootste gedeelte van de taken die zij voordien uitoefende niet meer zou vervullen. Dat de NV na de werkhervatting niet meer is teruggekomen op deze beslissing wordt bevestigd en geïllustreerd door het feit dat mevrouw V sinds haar werkhervatting nog welgeteld één maal belast werd met een opdracht (demonstratie) bij een klant.

Uit de samenvatting van een onderhoud op 16 maart 2016¹³ blijkt verder dat de NV van oordeel was dat de aankoop van kantoorbenodigdheden en de planning niet behoorden tot het takenpakket van mevrouw V. Het staat ook niet ter discussie dat deze taken haar niet meer werden toevertrouwd.

Wat het eigenlijke vertaalwerk betreft stelt het arbeidshof op basis van ditzelfde stuk vast dat mevrouw V niet meer met deze taak werd belast en dat de NV zelfs had beslist om dergelijk vertaalwerk uit te besteden aan een vertaalbureau, terwijl uit de neergelegde stukken blijkt dat dergelijk werk voordien tot haar normale takenpakket behoorde. Dat na 6 maanden een evaluatie van de uitbesteding in het vooruitzicht werd gesteld, met de mogelijkheid om het vertaalwerk terug te internaliseren doet geen afbreuk aan het gegeven dat deze taak aan mevrouw V werd ontnomen.

Ten slotte blijkt dat mevrouw V in de jaren voor haar langdurige ziekte en zelfs nog tijdens de gedeeltelijke werkhervatting tijdens de ziekte, de persoon was die stelselmatig werd

¹² Stuk 74 dossier V.

¹³ Stuk 12 dossier NV.

aangeduid om mee te werken aan commerciële beurzen en het blijkt opnieuw dat haar deze taak werd ontnomen.¹⁴ Het blijkt immers uit de neergelegde agenda voor de maand april 2016 dat beide andere consultants aanwezig zouden zijn op de beurs in .

Tevergeefs meent de NV argumenten te kunnen putten uit het feit dat:

- mevrouw V zich na haar lange periode van afwezigheid vertrouwd moest maken met de wijzigingen aan het softwareprogramma, bijgevolg niet onmiddellijk inzetbaar was en ook na haar werkhervatting geregeld afwezig was wegens de opname van jaarlijkse vakantie, inhaalrust en anciënniteitsverlof;
- de NV zich er nooit toe had verbonden om bepaalde taken exclusief aan mevrouw V toe te bedelen;
- de taken waarmee mevrouw V werd belast ook voor haar ziekte tot haar takenpakket behoorden;
- de NV niet heeft uitgesloten dat bepaalde taken in de toekomst opnieuw aan mevrouw V zouden worden toevertrouwd.

Het arbeidshof vindt in deze argumentatie geen elementen die afbreuk doen aan de hoger vermelde overwegingen en besluitvorming.

Zelfs rekening houdend met de afwezigheden van mevrouw V na haar werkhervatting, had zij zich na enkele weken ongetwijfeld voldoende ingewerkt om opnieuw volwaardig haar vroegere functie uit te oefenen, zoals zij dat ook heeft aangegeven in haar e-mail van 11 maart 2016¹⁵. Dat mevrouw V nog niet voldoende was ingewerkt is overigens niet meer dan een louter gratuite bewering die wordt tegengesproken door de eenmalig, naar tevredenheid van de NV gegeven demonstratie bij een klant.

Ook het feit de NV mevrouw V blijkbaar wel al in staat achtte om alleen de permanentie op kantoor waar te nemen en van daaruit ondersteuning te geven aan klanten en collega's¹⁶ illustreert en bevestigt dat zij haar vroegere functie wel degelijk kon hervatten.

Bovendien blijkt uit de neergelegde stukken dat de NV reeds de definitieve beslissing had genomen om mevrouw V na haar werkhervatting een vrijwel uitsluitend sedentaire taak toe te vertrouwen, wat -zoals hoger al aangehaald- een belangrijke, eenzijdige wijziging inhield van haar functie.

Dat de taken waarmee zij wél nog werd belast ook voor haar ziekteperiode tot haar takenpakket behoorden, doet daaraan geen afbreuk. Het is immers duidelijk dat het resterende takenpakket veel beperkter was, veel minder afwisseling bood en mevrouw V dus niet de kans bood om de ervaring en de competenties die zij voordien had ontwikkeld ten volle te benutten.

¹⁴ Stuk 12 dossier NV, stukken 39, 40, 97, 100, 101, 105 en 106 dossier V.

¹⁵ Stuk 35 V.

¹⁶ Stuk 40 V.

Alleen al omwille van de belangrijke, eenzijdige wijziging van haar functie, is mevrouw V op 5 april 2016 terecht overgegaan tot vaststelling van contractbreuk. Bijgevolg moet niet verder worden ingegaan op de argumentatie die partijen hebben ontwikkeld met betrekking tot de beperking van de mogelijkheid om thuis te werken en de afschaffing van het systeem van glijdende werktijden.

2.2. Mevrouw V heeft recht op een opzeggingsvergoeding. De tegenvordering van de NV is ongegrond.

Vermits mevrouw V terecht is overgegaan tot vaststelling van contractbreuk is de NV haar een opzeggingsvergoeding verschuldigd.

Beide partijen bevestigen dat de opzeggingstermijn die de NV normaal in acht had moeten nemen 16 maanden en 12 weken bedraagt.

Wat het in aanmerking te nemen basisjaarloon betreft bestaat enkel betwisting over de waardering van de toegekende voordelen in natura, met name het privégebruik van een firmawagen, een gsm en een laptop.

Wanneer de werkelijke waarde van een voordeel in natura niet met nauwkeurigheid kan worden vastgesteld, moet de rechter bij zijn begroting de werkelijke waarde zoveel mogelijk trachten te benaderen, rekening houdend met de concrete elementen van de zaak die van aard zijn om op de waardering van het voordeel invloed uit te oefenen.¹⁷

Rekening houdend met de gemeenrechtelijke regels van de bewijsvoering moet mevrouw V de omvang van de door haar genoten voordelen zo nauwkeurig als mogelijk aantonen aan de hand van concrete elementen, die zij moet bijbrengen.

Het arbeidshof kan slechts vaststellen dat mevrouw V geen elementen bijbrengt waaruit blijkt dat de werkelijke waarde van de door haar genoten voordelen hoger is dan de door de NV aanvaarde bedragen.

Bijgevolg kan een opzeggingsvergoeding worden toegekend van 81.196,40 euro, zoals in ondergeschikte orde becijferd door de NV.

Vermits de arbeidsovereenkomst eenzijdig en onrechtmatig werd beëindigd door de NV heeft zij evident geen recht op betaling van een opzeggingsvergoeding.

¹⁷ Cass. 26 september 2005, S.04.0176.N

2.3. Mevrouw V heeft recht op de jaarlijkse premie en het hierop becijferde vakantiegeld zoals toegekend door de arbeidsrechtbank.

Tussen partijen bestaat geen betwisting over het feit dat mevrouw V voor het jaar 2016 recht heeft op een pro rata jaarpremie volgens de bepalingen van de cao van 8 juli 2015 gesloten in het ANPCB.¹⁸

Terecht doet de NV in dit verband gelden dat voor de berekening van de verschuldigde jaarpremie enkel rekening kan worden gehouden met de in 2016 gepresteerde dagen en met de gelijkgestelde dagen, die in bedoelde cao werden gedefinieerd als schorsingen van de arbeidsovereenkomst waarvoor loon werd betaald, vermeerderd met dagen vaderschapsverlof en moederschapsverlof.

Vermits mevrouw V in 2016 slechts 2 maanden effectief gewerkt heeft en haar geen loon verschuldigd was voor de afwezigheid wegens ziekte in januari 2016, heeft de NV de verschuldigde jaarpremie correct becijferd op 41,66 euro.

Op dit bedrag werd door de arbeidsrechtbank 6,39 euro vakantiegeld toegekend en de NV bevestigt in conclusies dat zij op dit punt geen incidenteel beroep instelt.

Het hoger beroep van mevrouw V is op dit punt niet gegrond.

2.4. Mevrouw V heeft recht op de door de arbeidsrechtbank toegekende pro rata eindejaarspremie en het hierop becijferde vakantiegeld einde dienst

Tussen partijen bestaat geen betwisting over het feit dat mevrouw V voor het jaar 2016 recht heeft op een pro rata eindejaarspremie volgens de bepalingen van de cao van 29 mei 1989 gesloten in het ANPCB, zoals gewijzigd bij cao van 19 september 2011.

Volgens de bepalingen van deze cao wordt het bedrag van de eindejaarspremie herleid naar rato van de afwezigheden in de loop van het jaar, die niet voortspruiten uit de toepassing van de wettelijke, reglementaire en conventionele bepalingen inzake jaarlijkse vakantie, wettelijke feestdagen, kort verzuim, vaderschapsverlof, betaald educatief verlof, syndicaal verlof, beroepsziekte, arbeidsongeval en bevallingsrust en van 60 dagen ziekte of ongeval.

Het is dan ook terecht dat de NV, hierin gevolgd door de arbeidsrechtbank, de pro rata eindejaarspremie heeft beperkt tot 2/12^{de} van de jaarpremie.

Op dit bedrag werd door de arbeidsrechtbank 41,66 euro vakantiegeld toegekend en de NV bevestigt in conclusies dat zij op dit punt geen incidenteel beroep instelt.

Het hoger beroep van mevrouw V is op dit punt niet gegrond.

¹⁸ Stuk 23 dossier NV.

2.5. Mevrouw V heeft recht op het de door de arbeidsrechtbank toegekende loon voor de feestdagen 1 en 5 mei 2016 en hierop becijferd vakantiegeld einde dienst.

Artikel 14 van het koninklijk besluit van 18 april 1974 tot bepaling van de algemene wijze van uitvoering van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen¹⁹, bepaalt:

“De werkgever blijft gehouden tot betaling van:

(1° ...)

2° het loon voor de feestdagen die vallen in de periode van dertig dagen die volgt op het einde van de arbeidsovereenkomst of van de verrichting van de arbeid, voor zover de werknemer, zonder onderbreking die aan hem is toe te schrijven, gedurende een periode van meer dan één maand in dienst van de onderneming is gebleven.

Gelden niet als onderbreking van de in het eerste lid bedoelde perioden van tewerkstelling, de dagen waarop gewoonlijk niet wordt gewerkt. Deze dagen worden mee in aanmerking genomen voor de bepaling van de duur van de periode van tewerkstelling.

Behalve in het geval waarin de arbeidsovereenkomst zou beëindigd worden ten gevolge van een staking, is de bepaling van het eerste lid niet van toepassing wanneer de werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder een dringende reden of wanneer de werkgever ze om een dringende reden beëindigt.

De verplichting tot betaling van het loon houdt in elk geval op zodra de werknemer begint te arbeiden voor een nieuwe werkgever.”

Uit voornoemd artikel 14 van het Feestdagenbesluit volgt dat wanneer, de werknemer aantoont dat voldaan is aan de voorwaarden van het eerste lid, 2° en het derde lid van dit artikel, het bestaan van de verbintenis in hoofde van de werkgever is bewezen.

Wanneer de werkgever beweert bevrijd te zijn van die verplichting tot betaling van dat feestdagenloon moet hij op zijn beurt aantonen dat hij bevrijd is van zijn verplichting.

Concreet wil dit zeggen dat hij, zoals het laatste lid van artikel 14 van het Feestdagenbesluit voorziet, moet aantonen dat de werknemer is beginnen te arbeiden voor een andere werkgever.

Nu mevrouw V het bewijs heeft geleverd dat zij voldoet aan de voorwaarden van genoemd artikel 14, 2° van het Feestdagenbesluit met betrekking tot de feestdagen van 1 en 5 mei 2016 en de NV niet het bewijs levert dat mevrouw V voor die data is beginnen arbeiden voor een nieuwe werkgever maakt zij terecht aanspraak op betaling van het gevorderde feestdagenloon en het hierop becijferde vakantiegeld.

¹⁹ Hierna Feestdagenbesluit genoemd.

2.6. Mevrouw V heeft geen recht op achterstallig loon/vakantiegeld of schadevergoeding voor de periode van 22 maart tot 5 april 2016.

Mevrouw V vordert in hoofdorde loon en hierop becijferd vakantiegeld voor de dagen in maart en april 2016 waarop zij geen arbeidsprestaties heeft geleverd en daarbij de *exceptio non adimpleti contractus* inriep.

Behoudens wettelijke of conventionele uitzonderingen, die in dit dossier niet voorhanden zijn, heeft de werknemer echter geen recht op loon voor periodes waarop hij -zelfs door toedoen van de werkgever- niet gewerkt heeft.²⁰

Ondergeschikt vordert mevrouw V dezelfde bedragen als schadevergoeding wegens het niet verschaffen door de NV van het overeengekomen werk.

Overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels inzake de bewijsvoering kan mevrouw V slechts aanspraak maken op de gevorderde schadevergoeding voor zover zij niet alleen het bewijs levert van een fout, maar eveneens van de door haar geleden schade en het causaal verband tussen beide.

Dit bewijs werd naar het oordeel van het arbeidshof niet geleverd. Het is mevrouw V zelf die beslist heeft om via haar laatste ingebrekestelling de NV nog een kans te geven om haar in haar functie te herstellen. Het was vervolgens haar keuze om in afwachting haar arbeidsprestaties volledig stop te zetten. Bovendien is er twijfel of zij die dagen wel arbeidsgeschikt was nu zij zelf in conclusies aangeeft dat zij op dat ogenblik "*moe, getergd en uitgeput was*"

Het loutere feit dat mevrouw V voor die dagen geen loon heeft ontvangen impliceert bovendien niet dat zij een schade heeft geleden gelijk aan het bedrag van het brutoloon dat zij bij een normale voltijdse tewerkstelling zou hebben ontvangen.

2.7. Mevrouw V heeft recht op de gevorderde forfaitaire burgerlijke boete wegens miskenning van de motiveringsplicht voorgeschreven door de cao nr.109.

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 3 van de cao nr. 109 gesloten in de Nationale Arbeidsraad, heeft de werknemer die ontslagen wordt het recht om de concrete redenen die tot zijn ontslag hebben geleid te kennen.

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.

²⁰ vgl. Cass. 24 december 1979, *Arr Cass*, 1979-80, 260; Cass. 16 maart 1992, *JTT*, 1992, 218; Cass. 18 januari 1993, *JTT*, 1993, 223; Cass. 26 april 1993, *RW*, 1993-94, 507

De werkgever die een verzoek in overeenstemming met artikel 4 ontvangt, deelt bij aangetekende brief aan deze werknemer de concrete redenen die tot het ontslag hebben geleid mee binnen twee maanden na de ontvangst van de aangetekende brief met het verzoek van de werknemer. Deze aangetekende brief moet de elementen bevatten die de werknemer toelaten om de concrete redenen die tot zijn ontslag hebben geleid te kennen.²¹

De werkgever die de concrete redenen die geleid hebben tot een door hem gegeven ontslag niet meedeelt aan de werknemer die hiertoe een verzoek heeft ingesteld, is aan deze werknemer een forfaitaire burgerlijke boete verschuldigd die overeenstemt met twee weken loon.²²

Zoals hiervoor reeds werd uiteengezet heeft mevrouw V terecht vastgesteld dat de NV de arbeidsovereenkomst eenzijdig heeft beëindigd, door eenzijdig een belangrijke wijziging aan te brengen aan een essentieel bestanddeel van die overeenkomst. Door aldus te handelen en te weigeren mevrouw V in haar eerder uitgeoefende functie te herstellen, heeft de NV de wil tot uiting gebracht om de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst niet meer uit te voeren en aldus te beëindigen. Dat zij wel bereid was om mevrouw V tewerk te stellen in een nieuwe arbeidsovereenkomst doet daaraan geen afbreuk.

Een dergelijke beëindiging van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst is een ontslag zoals bedoeld in de cao nr. 109, zodat de bepalingen van deze cao ook in dit dossier van toepassing zijn.

Het arbeidshof stelt vast dat mevrouw V op de voorgeschreven wijze en binnen de voorgeschreven termijn verzocht heeft om mededeling van de ontslagmotieven.

Het antwoord dat zij vanwege de NV ontving, waarin de NV zich ertoe beperkte te stellen dat mevrouw V zelf de arbeidsovereenkomst had beëindigd, voldoet niet aan het vereiste in artikel 5 van de cao nr.109.

Mevrouw V heeft bijgevolg recht op de gevorderde forfaitaire burgerlijke boete, waarvan de becijfering als zodanig niet werd betwist.

2.8. Mevrouw V heeft geen recht op de gevorderde schadevergoeding wegens pesterijen

2.8.1. Principes

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 32*bis* Welzijnswet zijn de werkgevers en de werknemers ertoe gehouden zich te onthouden van iedere daad van geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk.

²¹ Artikel 5 cao nr. 109

²² Artikel 7, § 1 van cao nr. 109

Onder pesterijen op het werk wordt in diezelfde wet verstaan:

“een onrechtmatig geheel van meerdere gelijkaardige of uiteenlopende gedragingen, buiten of binnen de onderneming of instelling, die plaats hebben gedurende een bepaalde tijd, die tot doel of gevolg hebben dat de persoonlijkheid, de waardigheid of de fysieke of psychische integriteit van een werknemer of een andere persoon waarop deze afdeling 1 van toepassing is bij de uitvoering van zijn werk wordt aangetast, dat zijn betrekking in gevaar wordt gebracht of dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd en die zich inzonderheid uiten in woorden, bedreigingen, handelingen, gebaren of eenzijdige geschriften. Deze gedragingen kunnen inzonderheid verband houden met leeftijd, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst, nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, geslacht, seksuele geaardheid, genderidentiteit en genderexpressie.” (art. 32ter, 2° Welzijnswet)

Waar pesterijen aanvankelijk werden omschreven als *“meerdere gelijkaardige of uiteenlopende onrechtmatige gedragingen”*, vereist de wet nu dat het gaat om *“een onrechtmatig geheel van meerdere gelijkaardige of uiteenlopende gedragingen”*. Het doel van deze wijziging bestaat erin ook gedragingen in aanmerking te nemen die individueel genomen als onschuldig kunnen worden beschouwd, maar waarbij de opeenstapeling ervan leidt tot een aantasting van de persoonlijkheid, de waardigheid of de integriteit van de betrokken persoon of een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving creëert.”²³

Het vereiste dat het moet gaan om terugkerend gedrag impliceert dat één enkel, zelfs zeer zwaarwichtig feit buiten het toepassingsgebied van artikel 32bis van de Welzijnswet valt. Daarentegen vereist de wet geen herhaling van identieke gedragingen.

Pestgedrag kan immers vele vormen aannemen en het is uiteraard niet de bedoeling van de wetgever geweest om slachtoffers van *“creatieve pesters”*, die telkens nieuwe manieren verzinnen om hun slachtoffer te pesten, de bescherming van de wet te ontzeggen.

Anderzijds moet er tussen de ingeroepen gedragingen een samenhang bestaan, opdat er sprake zou kunnen zijn van pestgedrag in de zin van de Welzijnswet. Dit is niet het geval wanneer er slechts sprake is van enkele occasionele, aflopende gedragingen, verspreid over een ruime tijdsperiode.

²³ K. RENIERS, *Het nieuwe juridische kader inzake psychosociale risico's. Een adequate bescherming tegen hedendaagse professionele risico's?, in (Te) hoge werkdruk: psychosociaal risico of economische dwangmatigheid?*, Intersentia, 2015, 38.

Wat het bewijs van geweld of pesterijen betreft bepaalt het artikel 32*undecies* van de Welzijnswet:

“Wanneer een persoon die een belang kan aantonen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er zich geen geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk hebben voorgedaan ten laste van de verweerder.

Het eerste lid is niet van toepassing op de strafrechtspleging en doet geen afbreuk aan andere gunstigere wetsbepalingen inzake bewijslast.”

Deze bepaling impliceert geen volledige omkering van de gemeenrechtelijke regels inzake de bewijsvoering en bevrijdt het (vermeende) slachtoffer niet volledig van elke bewijslast.

De wet stelt immers een dubbele vereiste vooraleer de omkering van de bewijslast speelt:

1° het vermeende slachtoffer moet feiten aanvoeren: dit sluit de geruchten, beweringen en indrukken uit die niet objectiveerbaar zijn, noch bewezen kunnen worden. Die feiten moeten voldoende nauwkeurig beschreven zijn (tijdstip, plaats) en betrekking hebben op identificeerbare personen. Het vermeende slachtoffer moet het bewijs of een begin van bewijs leveren van de feiten die hij inroept, een loutere bewering is niet voldoende.

2° die feiten moeten toelaten het bestaan van geweld of pesterijen te doen vermoeden.

2.8.2. Toepassing

Naar het oordeel van het arbeidshof slaagt mevrouw V er niet in feiten aan te voeren die toelaten het bestaan van pesterijen in de zin van artikel 32*bis* Welzijnswet te doen vermoeden. Dat de arbeidsauditeur in het schriftelijk advies dat hij heeft gegeven in het kader van de procedure in eerste aanleg een andere mening was toegedaan, creëert geen vermoeden voor het bestaan van pesterijen. Een dergelijk advies vertolkt enkel een juridische interpretatie en de gevolgtrekkingen die de arbeidsauditeur meende te kunnen afleiden uit de beschikbare elementen.

Het arbeidshof wenst voorafgaand op te merken dat contractuele tekortkomingen van de werkgever aan zijn verplichtingen en/of de beslissing tot eenzijdige wijziging/beëindiging van de arbeidsovereenkomst weliswaar voor de werknemer onaangename en nadelige handelingen kunnen uitmaken, maar niet noodzakelijk wijzen op het bestaan van pesterijen in de zin van de Welzijnswet.

Wanneer abstractie wordt gemaakt van de subjectieve interpretatie en kwalificatie van bepaalde feiten door mevrouw V, voert zij tot staving van dit onderdeel van haar eis in essentie aan dat:

- zij door de NV verplicht werd in haar communicatie met haar leidinggevenden het te gebruiken of een vertaling bij te voegen, terwijl het Vlaams Taaldecreet van

- toepassing was op de NV. De taal zou ook zijn gebruikt tijdens een onderzoek door de arbeidsgeneesheer;
- zij verplicht werd bij haar werkhervatting een attest van arbeidsgeschiktheid over te maken en een onderzoek te ondergaan bij de arbeidsgeneesheer;
 - de NV verslagen heeft opgesteld van besprekingen die plaats vonden kort na de werkhervatting;
 - zij diende te werken met verouderd bedrijfsmateriaal/haar onterecht een verwijt werd gemaakt m.b.t. het onderhoud van de firmawagen/ e-mails werden gewist.
 - haar functie en arbeidsomstandigheden wezenlijk en eenzijdig werden gewijzigd.

Wat het verplicht gebruik van de taal betreft moet meteen worden opgemerkt dat de NV initieel gevestigd was in , deel uitmaakt van een groep ondernemingen met een moederbedrijf, niet ter discussie staat dat operationeel directeur F en algemeen directeur J het Nederlands niet of niet voldoende beheersen, mevrouw V de taal uitstekend beheerst en het dossier tal van stukken bevat waaruit blijkt dat zij zowel voor als na haar werkhervatting regelmatig spontaan in het converseerde met collega's en leidinggevenden.

Hoewel het juist is dat na de verhuis naar het Vlaams Taaldecreet van toepassing werd voor de sociale betrekkingen binnen de onderneming van de NV en de NV dit voorschrift niet altijd even consequent heeft nageleefd, kan dit in de context van dit dossier niet gezien worden als een aanwijzing van pestgedrag. Het arbeidshof houdt daarbij precies rekening met de meertaligheid van mevrouw V en het gebrek aan kennis van het Nederlands in hoofde van de heren F en J. Het is overigens frappant dat mevrouw V de vraag om bepaalde mails gericht aan deze heren te vertalen in het alvorens hierop te reageren inroept als pestgedrag, terwijl zij om het belang van haar functie te benadrukken aangeeft dat zij in het verleden demonstraties en opleidingen verzorgde bij klanten in de taal.

Ook het feit dat de NV aan mevrouw V heeft gevraagd om een geschiktheidsattest voor te leggen en zich bij haar werkhervatting door de arbeidsgeneesheer te laten onderzoeken kan in de context van dit dossier, inzonderheid de langdurige afwezigheid van mevrouw V, niet worden gezien als een element dat afzonderlijk of in samenhang met de overige elementen van het dossier een aanwijzing vormt voor pestgedrag.

Hetzelfde geldt de vaststelling dat de NV verslagen heeft opgesteld van enkele besprekingen met mevrouw V. Ook dit vormt in de context van dit dossier, waar tussen partijen een betwisting was gerezen over de functie-inhoud en de arbeidsvoorwaarden, een neutraal gegeven dat noch afzonderlijk, noch in samenhang met de overige elementen van het dossier wijst op pestgedrag. In het kader van een dergelijke betwisting is het normaal dat partijen een schriftelijke neerslag wensen van wat bij dergelijke besprekingen aan bod is gekomen. En vanuit de visie van de NV was het normaal dat zij zich een bewijs wilde verschaffen van de instructies waaraan mevrouw V zich volgens de NV diende te houden. Dat beide partijen een andere invulling gaven aan hun wederzijdse rechten en verplichtingen doet daaraan geen afbreuk.

Wat de problematiek van de ter beschikking gestelde bedrijfscomputer betreft en het wissen van e-mails, is het voor het arbeidshof niet mogelijk om op basis van de neergelegde stukken de beweringen van mevrouw V te verifiëren. Alleszins is er niets dat toelaat te besluiten dat de NV opzettelijk defect of verouderd materiaal zou hebben ter beschikking gesteld. Op basis van de beschikbare elementen kan het arbeidshof ook niet vaststellen of er inderdaad e-mails van mevrouw V werden gewist, laat staan hoe dit is kunnen gebeuren.

Het onterechte verwijt met betrekking tot het onderhoud van de firmawagen blijkt bij nazicht niets meer dan een begrijpelijk misverstand, wat door de NV ook werd toegegeven.

De overige verwijten kaderen alle in de problematiek van de eenzijdige wijziging van de functie en de arbeidsvoorwaarden. Uit de neergelegde stukken en de niet tegengesproken feitelijke elementen blijkt dat de onderneming van de NV in 2015 heel wat veranderingen heeft ondergaan: veranderingen in de organisatiestructuur, in de manier van werken, werknemers die zijn vertrokken, werknemers die een andere functie hebben gekregen, nieuwe werknemers, een andere locatie,... en uiteraard heeft de NV haar activiteiten tijdens de afwezigheid van mevrouw V dermate georganiseerd dat de continuïteit van haar werking verzekerd bleef.

Met uitzondering van een korte periode van deeltijdse werkhervatting was mevrouw V tijdens het ganse jaar 2015 afwezig wegens ziekte. Het is duidelijk dat de NV bij de werkhervatting van mevrouw V niet wenste terug te keren naar de vroegere organisatiestructuur. De NV heeft ervoor geopteerd om mevrouw V na haar werkhervatting een hoofdzakelijk sedentaire functie als consultant toe te bedelen, met een vast uurrooster, waarbij zij zich hoofdzakelijk moest toelagen op het verlenen van bijstand en ondersteuning, vanuit de lokalen van de onderneming.

Op zich behoort deze beslissing tot de redelijke beleidsvrijheid van de onderneming, zij het dat de NV deze beslissing niet eenzijdig aan mevrouw V kon opdringen vermits dit een belangrijke eenzijdige wijziging uitmaakte van haar functie.

Mevrouw V heeft meteen en terecht geprotesteerd tegen deze wijziging. Vervolgens is er tussen partijen een geschil ontstaan met betrekking tot de vraag of de doorgevoerde wijzigingen en de daaraan gekoppelde instructies al dan niet kaderden binnen de overeengekomen functie en arbeidsvoorwaarden. Anders dan mevrouw V voorhoudt vindt het arbeidshof in dit dossier geen elementen die er op wijzen dat de NV zich ervan bewust was dat zij dergelijke wijzigingen niet kon doorvoeren zonder de instemming van mevrouw V. Evenmin vindt het arbeidshof in het dossier bewijzen of aanwijzingen dat de NV met de functiewijziging een ontslagname door mevrouw V beoogde en het blijkt ook niet dat haar geen of onvoldoende werk werd gegeven.

Beide partijen hebben in het kader van het tussen hen gerezen geschil hun standpunt duidelijk en hevig verdedigd, zonder te vervallen in beledigende, kwetsende of vernederende

handelingen of uitlatingen. Het arbeidshof wil in dit verband ook opmerken dat het werk dat aan mevrouw V werd opgedragen op zich niet vernederend of minderwaardig was, het maakte immers ook vroeger deel uit van haar takenpakket. Mevrouw V heeft zich na enige tijd gerealiseerd dat de NV niet bereid was om op haar beslissing terug te komen en heeft vervolgens terecht contractbreuk vastgesteld.

Op basis van de hiervoor beschreven elementen is het arbeidshof van oordeel dat de handelswijze van de NV na de werkhervatting van mevrouw V weliswaar foutief was, maar dat deze niet valt onder de definitie van pesterijen zoals bedoeld in de Welzijnswet.

2.9. Mevrouw V heeft geen recht op een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

2.9.1. Principes met betrekking tot het kennelijk onredelijk ontslag.

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 8 van de cao nr. 109 gesloten in de Nationale Arbeidsraad is een kennelijk onredelijk ontslag, 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.

Bij deze bepaling heeft de Nationale Arbeidsraad de volgende commentaar gevoegd die geïntegreerd in de cao werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad:

“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.”

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 9 van de cao nr. 109 is de werkgever in geval van kennelijk onredelijk ontslag aan de werknemer een schadevergoeding verschuldigd die

overeenstemt met minimaal 3 weken loon en maximaal 17 weken loon. Volgens de commentaar bij deze bepaling hangt de hoogte van de schadevergoeding af van de gradatie van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.

Wat de bewijslast betreft bepaalt artikel 10 van de cao nr. 109:

“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.”

Dit bewijs kan door alle middelen van recht worden geleverd, getuigen en vermoedens inbegrepen.

2.9.2.Toepassing

Uit de beschikbare elementen in dit dossier blijkt afdoende dat de belangrijke eenzijdige wijziging van de functie van mevrouw V berust op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming. Zoals hiervoor in dit arrest werd aangegeven heeft de NV voorafgaand aan de terugkeer van mevrouw V een reorganisatie en structuurwijziging doorgevoerd, waardoor de dagelijkse leiding van de NV niet langer werd toevertrouwd aan één operationeel directeur. De NV heeft in januari 2015 op hetzelfde niveau een tweede leidinggevende aangesteld, in de functie van verkoopdirecteur.

De commerciële taken die voordien door operationeel directeur V met bijstand en ondersteuning van mevrouw V werden uitgevoerd, werden voortaan in belangrijke mate waargenomen door de verkoopdirecteur. Een dergelijke beslissing behoorde tot de redelijke beleidsvrijheid van de NV. Het creëren van de functie van commercieel directeur heeft in een kleine onderneming zoals de NV uiteraard een impact gehad op de ondersteunende functies. Binnen de nieuwe organisatiestructuur kon mevrouw V niet langer haar vroegere functie als “rechterhand” van de operationele directeur waarnemen. In het verlengde daarvan is het begrijpelijk dat de NV mevrouw V na haar terugkeer wenste tewerk te stellen als “gewone” consultant in een hoofdzakelijk sedentaire functie, met een vast uurrooster.

Gelet op het voorgaande heeft mevrouw V geen recht op de door haar gevorderde vergoeding.

2.10. Mevrouw V heeft recht op afgifte van aangepaste sociale en fiscale documenten. De gevraagde veroordeling onder verbeurte van een dwangsom wordt niet toegekend.

De bedragen waartoe de NV in het kader van deze procedure werd veroordeeld rechtvaardigen de afgifte van de gevorderde sociale en fiscale documenten. Het arbeidshof vindt in het dossier geen elementen die er op wijzen dat het nodig zou zijn de afgifte van deze documenten te bevelen onder verbeurte van een dwangsom.

2.11. De gevraagde kapitalisatie van de intresten kan worden toegestaan.

Mevrouw V vraagt in haar laatste conclusies de kapitalisatie van de verschuldigde intresten. Met betrekking tot dit onderdeel van de vordering werd door de NV geen verweer gevoerd. Vermits aan de wettelijke voorwaarden werd voldaan kan dit gedeelte van de vordering worden toegekend.

BESLISSING

Het arbeidshof,

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk.

Vernietigt het vonnis van 12 februari 2018 van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

Opnieuw recht sprekend over de vorderingen van partijen zoals geformuleerd in graad van beroep:

Verklaart de vordering van mevrouw L V ontvankelijk en gegrond als volgt:

Veroordeelt S nv tot betaling aan mevrouw L V van:

-81.196,40 euro opzeggingsvergoeding

-41,66 euro jaarpremie 2016 en 6,39 euro hierop becijferd vakantiegeld einde dienst

-544,16 euro pro rata eindejaarspremie 2016 en 83,47 euro hierop becijferd vakantiegeld einde dienst

-41,66 euro schadevergoeding ecocheques

-301,38 euro feestdagenloon en 46,23 euro hierop becijferd vakantiegeld einde dienst

-2.041,63 euro forfaitaire burgerlijke boete cao nr. 109

Bedragen te verminderen met de wettelijk voorgeschreven bijdragen voor de sociale zekerheid en de bedrijfsvoorheffing voor zover verschuldigd en te vermeerderen met de wettelijke (en voor wat de schadevergoeding betreft de vergoedende) intresten vanaf de respectieve data van opeisbaarheid, berekend op de brutobedragen.

Zegt dat de intresten die verschuldigd zijn op 26 augustus 2022 worden gekapitaliseerd en vanaf dan samen met de hoofdsommen intrest genereren.

Veroordeelt S nv tot afgifte aan mevrouw L V van:

- Een aangepast werkloosheidsattest C4
- Een aangepaste individuele rekening
- Een fiscale fiche 281.10
- Aangepaste vakantie-attesten

Wijst mevrouw L V af van het meergevorderde.

Verklaart de tegeneis van de S nv ontvankelijk maar ongegrond.

Legt de gedingkosten voor 1/3^{de} ten laste van mevrouw L V en voor 2/3^{de} ten laste van S nv.

Vereffent deze kosten aan de zijde van mevrouw L V

- 144,83 euro dagvaardingskosten arbeidsrechtbank conform exploit
- 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding basisbedrag arbeidsrechtbank
- 20,00 euro bijdrage begrotingsfonds procedure arbeidshof
- 7.500,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidshof aan het geïndexeerd basisbedrag arbeidshof zoals gevorderd

Vereffent deze kosten aan de zijde van S nv op:

- 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding basisbedrag arbeidsrechtbank
- 7.500,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidshof aan het geïndexeerd basisbedrag zoals gevorderd

De door S nv gevorderde 20,00 euro bijdrage begrotingsfonds wordt niet toegekend, nu niet werd aangetoond dat zij dergelijke kosten heeft gedragen

Aldus gewezen door:

L B , plaatsvervangend magistraat,
P A , raadsheer in sociale zaken, werkgever,
P D B , raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

P A

P D B

L B

en uitgesproken door de voorzitter van de tweede kamer van het arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen in openbare terechtzitting van 23 januari 2023 met bijstand van griffier A D S .

A D S

L B