

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

VAN 25 MEI 2018

IN DE ZAAK:

Mevrouw XX

eiseres op hoofdeis, verweerster op tegeneis (hierna 'mevrouw X' genoemd)

vertegenwoordigd door Mr. XX, in eigen naam en loco Mr. XX, advocaten

TEGEN:

XXXX NV,

met maatschappelijke zetel te XX, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen met het ondernemingsnummer X

verweerster op hoofdeis, eiseres op tegeneis (hierna 'XX genoemd')

vertegenwoordigd door Mr. XX, in eigen naam en loco Mr. XX, advocaten

De rechtbank stelt vast dat de artikelen 2 en 30 tot 42 van de wet op het taalgebruik in rechtszaken en de wet van 10 oktober 1967 houdend het Gerechtelijk Wetboek nageleefd zijn.

I. PROCEDURE

De rechtbank nam kennis van :

- het gedinginleidend verzoekschrift van 30 december 2016;
- de beschikking op grond van artikel 747 Ger. W. van 7 februari 2017; het schriftelijk advies van de heer Arbeidsauditeur van 12 maart 2018;
- de repliek op het schriftelijk advies van de heer Arbeidsauditeur door mevrouw X van 17 april 2018;
- de conclusies en de syntheseconclusies van de partijen;
- de stukken van de partijen.

De verzoeningspoging overeenkomstig artikel 734 lid 1 Ger. W. op de openbare terechtzitting van 29 januari 2018 is mislukt.

De zaak werd vervolgens gepleit. Hierna heeft de rechtbank de debatten gesloten.

Op 12 maart 2018 heeft de heer Arbeidsauditeur een schriftelijk advies neergelegd (uiterlijke datum: 12 maart 2018) waarop mevrouw X heeft gerepliceerd op 17 april 2018 (uiterlijke datum: 19 april 2018). Hierna heeft de rechtbank de zaak in beraad genomen voor uitspraak uiterlijk op 24 mei 2018.

II. VORDERINGEN

1.

Blijkens haar syntheseconclusie (art. 7486/s Ger. W.) stelt mevrouw x de volgende vordering:

Haar vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en XX te veroordelen tot betaling aan haar van de volgende bedragen:

- 183.389,92 EUR ten titel van forfaitaire vergoeding gelijk aan 2 jaren loon, zoals bedoeld door artikel 16 van de wet van 19 maart 1991;
- 1 EUR provisioneel ten titel van variabele vergoeding gelijk aan het loon tot juni 2020 zoals bedoeld door artikel 17 van de wet van 19 maart 1991; Indien de rechtbank deze vordering inwilligt vraagt zij om de debatten te heropenen en haar toe te laten haar vordering te kwantificeren;
- 10.000,00 EUR provisioneel wegens misbruik van ontslagrecht;
- 45.847,48 EUR provisioneel wegens discriminatie op grond van de syndicale overweging (bedoeld is: overtuiging);
- 352,67 EUR ten titel van feestdagenloon voor 1 november 2016, te vermeerderen met 54,09 EUR vakantiegeld hierop;
- bedragen te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke interesten;
- de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 6.000 EUR.

Op de openbare terechtzitting van 29 januari 2018 laat mevrouw x ervan akte nemen dat zij tevens vordert om de tegenvordering van XX ongegrond te verklaren.

2.

Blijkens haar syntheseconclusie (art. 748i/s Ger. W.) stelt XX de volgende vordering:

- De vorderingen van mevrouw X ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;
- De tegenvordering van XX ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienvolgens mevrouw X te veroordelen tot het betalen van een opzeggingsvergoeding van 19.824,77 EUR, te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke interesten; en
- Mevrouw X veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, aan de zijde van XX begroot op 6.000,00 EUR.

III. FEITEN

De pertinente feiten kunnen als volgt worden samengevat.

1.

Mevrouw x trad in dienst van XX op 9 november 2009 als "Area Sales Manager" op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur. Dit is een functie in graad 34 met een plaats van tewerkstelling in België.

2.

Op 1 maart 2015 neemt mevrouw x de functie op van "Area Sales Manager Luxemburg". Dit is eveneens een functie in graad 34. De plaats van tewerkstelling voor deze functie was het Groothertogdom Luxemburg. Mevrouw x werd onderworpen aan het Luxemburgs fiscaal en sociale zekerheidsrecht.

3.

Op 24 januari 2016 werd mevrouw x, geëvalueerd in haar rol als "Area Sales Manager Luxemburg". Zij kreeg de eindscore 'succesvol'.

Met ingang van 28 april 2016 werd mevrouw X onder een "Personal Improvement Plan" (persoonlijk verbeteringsplan) geplaatst.

4.

Na de sociale verkiezingen van 2016 werd mevrouw x . plaatsvervangend personeelsafgevaardigde in het comité voor preventie en bescherming op het werk van XX. Zij nam haar mandaat op vanaf 14 juni 2016.

5.

In juni 2016 wijst XX mevrouw x een nieuwe functie toe met ingang van 1 juli 2016. Het betreft de functie van "Key Account Manager Luxemburg". Deze nieuwe functie viel eveneens onder graad 34, hield een verhoging in van het vast bruto maandloon van 5%, maar veronderstelde een grote aanwezigheid in België. Ingevolge deze functiewijziging, zou het Belgische fiscaal en sociale zekerheidsrecht opnieuw van toepassing worden op mevrouw X

XX vroeg aan mevrouw X om akkoord te gaan met deze functiewijziging door een brief met een beknopte opsomming van de gewijzigde voorwaarden voor akkoord te tekenen en tegen 17 juni 2016 aan het HR-departement te bezorgen.

6.

Mevrouw x vroeg vervolgens bijkomende informatie over deze nieuwe functie.

Op 4 juli 2016 bevestigde XX per e-mail dat:

- De "Key Account Manager" geen ploeg heeft die aan hem rapporteert (in tegenstelling tot de "Area Sales Manager^");
- Mevrouw x minstens 2 dagen per week in Brussel diende te zijn;
- Er een loonsverhoging van 5% voorzien werd.

Op 5 juli 2016 heeft mevrouw x, XX per e-mail laten weten dat zij deze functie niet wenste op te nemen en dat zij haar huidige functie wenst te behouden.

Op 18 juli 2016 verstuurde XX een e-mail aan mevrouw X met de volgende inhoud (in vrije vertaling):

"Zoals besproken en bevestigd in mijn vorige mails, kan je de functie van MSA Luxemburg niet langer behouden. Sedert 1 juli 2016 heeft x deze functie overgenomen, reden waarom jij over de laatste dagen de overdracht van uw rol van MSA Luxemburg naar X hebt verzekerd.

Sedert 1 juli 2016 is uw rol deze van Key Accountmanager Luxemburg, gelokaliseerd in Brussel. De loonsverhoging van 5% zal toegepast worden op uw loon van juli, dewelke onderworpen zal zijn aan de Belgische sociale zekerheid en fiscaliteit."

Op 24 juli 2016 wordt mevrouw x arbeidsongeschikt.

7.

Met een aangetekende brief van 4 augustus 2016 vroeg XX aan mevrouw x. om uiterlijk op 17 augustus 2016 schriftelijk te bevestigen dat zij de functie van "Key Account Manager" zou gaan uitoefenen.

XX gaf eveneens aan dat bij gebrek aan een tijdige positieve schriftelijke bevestiging zij de procedure zou aanvatten met het oog op de erkenning van een dringende reden overeenkomstig de artikelen 4 e.v. van de Wet van 19 maart 1991.

Mevrouw x herhaalde op 17 augustus 2016 dat zij de functie van "Key Account Manager" weigerde.

8.

Bij aangetekende brieven van 19 augustus 2016 lichtte XX mevrouw x en haar vakorganisatie (ACLVB) formeel in over haar voornemen om mevrouw x te ontslaan om dringende reden. Diezelfde dag startte XX de gerechtelijke procedure op.

Op 26 augustus 2016 vond de toelichtingsvergadering plaats bij de Voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel waarbij mevrouw x wegens haar vakantie in het buitenland vertegenwoordigd was door haar raadsman.

Op 30 augustus 2016 vond er een verzoeningsvergadering plaats bij de Voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel waarbij X vertegenwoordigd werd door haar raadsman. De Voorzitter diende vast te stellen dat geen verzoening mogelijk was en schorste de uitvoering van de arbeidsovereenkomst van mevrouw x.

Op 31 augustus 2016 ging XX over tot dagvaarding van mevrouw x en het ACLVB in toepassing van artikel 6 van de Wet van 19 maart 1991.

Tijdens de inleidingzitting van 6 september 2016 poogde de voorzitter de partijen te verzoenen, doch tevergeefs. De rechtsdag werd bepaald op 25 oktober 2016.

9.

Op 5 oktober 2016 verstuurden de raadsliden van mevrouw x een e-mail en een aangetekende brief aan XX en haar raadsman waarin mevrouw x de arbeidsovereenkomst als beëindigd beschouwde op grond van een impliciet ontslag in hoofde van XX.

Bij e-mail van 14 oktober 2016 betwistte XX het standpunt van mevrouw x

10.-

De partijen konden zich niet verzoenen.

Op 30 december 2016 legde mevrouw x een verzoekschrift neer op de griffie van deze rechtbank.

IV- BEOORDELING

4.1. Hoofdvordering

4.1.1. Vordering tot betaling van de beschermingsvergoeding bedoeld in artikel 16 van de Wet van 19 maart 1991

4.1.1.1. Impliciet ontslag

1.

Mevrouw x argumenteert dat XX een belangrijke, eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst heeft doorgevoerd en dat dit heeft geleid tot de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Aangezien mevrouw x (onbetwist) de bescherming geniet van de Wet van 19 maart 1991 houdende, bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden (hierna 'de Wet van 19 maart 1991' genoemd) vordert zij een beschermingsvergoeding gelijk aan twee jaar loon omdat zij minder dan 10 dienstjaren in de onderneming telt (artikel 16).

2.

XX verweert zich in hoofddeorde hiertegen door te argumenteren dat mevrouw x op 5 oktober 2016 niet meer het impliciet ontslag kon invoeren. Door te wachten tot 5 oktober 2016 heeft zij stilzwijgend de wijziging aanvaard.

De rechtbank oordeelt als volgt.

Een werknemer die geconfronteerd wordt met een eenzijdige wijziging van een bestanddeel van zijn arbeidsovereenkomst, mag wachten om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever vast te stellen tot hij onderzocht heeft of het aan de werkgever verweten feit een onregelmatige beëindiging uitmaakt. Hij heeft een redelijke bedenktijd (N. G. en W. R., "De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", TSR 2010, 256-257).

De termijn waarbinnen de werknemer stelling moet innemen, moet worden beoordeeld in functie van de omstandigheden van de zaak. Verwijzingen naar andere rechtspraak doen daarom weinig ter zake. Elk geval is anders.

Nadat mevrouw x in juni 2016 bijkomende inlichtingen had ingewonnen over de voorgestelde functiewijziging, stelde zij op 5 juli 2016 in een e-mail dat zij de functie van "Key Account Manager" niet wenste op te nemen.

XX beantwoordt deze e-mail pas op 18 juli 2016 en maakt dan zeer duidelijk dat X de functie van "Area Sales Manager" niet kan behouden. Op 4 augustus 2016 vraagt XX nogmaals aan X om de nieuwe functie te aanvaarden, ditmaal met de duidelijke boodschap dat XX zal proberen om haar te ontslaan om een dringende reden indien zij zou weigeren.

Op 24 juli 2016 wordt zij arbeidsongeschikt. In het medisch attest van 5 augustus 2016 leest de rechtbank dat mevrouw x eed aan een emotionele en fysieke uitputting ten gevolge van de situatie op het werk. Dit heeft het volgens de rechtbank het nemen van beslissingen alleszins gecompliceerd.

Op doktersadvies gaat zij op vakantie naar het buitenland van 12 augustus tot 30 augustus 2016. Deze situatie bemoeilijkt voor mevrouw x . het contact met een raadsman en de mogelijkheden om overleg te plegen over de te volgen aanpak, gesteld dat zij hiertoe al in staat was gelet op haar gezondheidstoestand.

Op 19 augustus 2016 startte de voorafgaande procedure met hét oog op de erkenning van de dringende reden. De Voorzitter van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel poogde op 30 augustus 2016 en 6 september 2016 de partijen te verzoenen. De rechtbank neemt aan dat de partijen (of hun

vertegenwoordigers) van deze door de wet opgelegde verzoeningspogingen gebruik hebben gemaakt om ten minste te proberen om minnelijk uit de patstelling te komen waarin ze verzeild waren geraakt.

Gelet op deze omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat X de redelijke bedenktijd niet heeft laten verstrijken alvorens de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door XX vast te stellen.

Uit geen enkel (ander) feit kan de rechtbank afleiden dat X impliciet afstand zou hebben gedaan van het aanvoeren van een aan haar werkgever te wijten beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

3.

De aanzienlijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst leidt tot de onmiddellijke, dadelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst (Vgl. Cass. 10 februari 1992, Arr. Cass. 1991-1992, 533; Cass. 30 november 1998, Arr. Cass. 1998,496).

Zeer terecht stelt XX dat zij geenszins het overeengekomen loon van X » eenzijdig heeft verminderd. Het overeengekomen loon is het brutoloon en dit werd niet in voor X negatieve zin gewijzigd.

Hier gaat het om een wijziging van de arbeidsplaats, die een vermindering van het nettoloon met zich meebrengt omdat het Belgisch fiscaal en sociale zekerheidsrecht hierdoor van toepassing werd in de plaats van het Luxemburgse. Het gaat bovendien (in mindere mate) om een wijziging van de functie, in de zin dat X, wel een functie op hetzelfde niveau werd toebedeeld, maar dat zij wel de supervisie over een team verliest.

De beslissing van XX om de functie en de arbeidsplaats te wijzigen was definitief. De e-mail van 18 juli 2016 stelt duidelijk dat de rol van mevrouw X vanaf 1 juli 2016 die is van "Key Account Manager Luxembourg" met als arbeidsplaats "Brussel" en dat collega XX haar vorige functie heeft overgenomen. Hetzelfde blijkt uit de brief van 4 augustus 2016. De wijziging betrof aldus geen louter voornemen, maar was integendeel zeker en effectief.

In de volgende randnummers onderzoekt de rechtbank of het een eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst in belangrijke mate betreft.

4.

Op 5 juli 2016 en 17 augustus stelt mevrouw X heldere bewoordingen dat zij de nieuwe, gewijzigde arbeidsvoorwaarden niet wil aanvaarden. Zij ging niet over tot ondertekening van de brief die door XX was opgesteld (stuk 3 van XX). Het is aldus duidelijk - en het wordt ook niet betwist - dat de wijziging eenzijdig werd doorgevoerd door XX.

5.

De plaats van tewerkstelling is in de regel een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst, tenzij uit de overeenkomst of uit de aard van de dienstbetrekking of van de uitgeoefende functie kan worden afgeleid dat de partijen de arbeidsplaats niet als een essentieel bestanddeel van de aangegane arbeidsovereenkomst hebben beschouwd (vgl. Cass. 27 juni 1988, JTT1988,492).

In de arbeidsovereenkomst wordt de plaats van tewerkstelling niet uitdrukkelijk als niet-essentieel aangemerkt.

Uit het wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst (dat bepaalt dat de arbeidsplaats kan worden gewijzigd in functie van de noodwendigheden van de dienst), kan de rechtbank niet afleiden dat de partijen de arbeidsplaats hebben beschouwd als een bijkomstig element. Indien de rechtbank dit zou aannemen, dan stelt artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet zichzelf grotendeels buiten werking. Als men immers aanvaardt dat dit artikel niet van toepassing is op bijkomstige voorwaarden van de overeenkomst, kan men niet tegelijkertijd aannemen dat een voorwaarde bijkomstig is op de enkele grond dat de partijen betreffende die voorwaarde een wijzigingsbeding overeengekomen zijn. Ook het

dwingende karakter van artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet verhindert dat het toepassingsgebied ervan uitsluitend afhankelijk is van de wil van de partijen (I. V. P., "De aanpasbaarheid van de bedongen arbeid. Een aanzet tot systematisering", RW 2015-16,1131). Het is bovendien niet duidelijk welke noodwendigheden van de dienst in deze zaak zouden vereisen dat de nieuwe functie van "Key Account Manager Luxembourg" hoofdzakelijk vanuit België (Brussel) zou moeten worden uitgeoefend.

Mobiliteit is niet inherent aan de overeengekomen functie van "Area Sales Manager".

Het niet-essentieel karakter kan tot slot ook voortvloeien uit de wijze waarop partijen de arbeidsovereenkomst uitvoerden. Wanneer een werknemer al enkele malen de wijziging van een bepaald bestanddeel van de arbeidsovereenkomst heeft aanvaard, en hieromtrent dus een zekere flexibiliteit aan de dag legt, kan men hieruit afleiden dat dit bestanddeel van de overeenkomst voor hem niet of niet langer essentieel is. In deze zaak moet de rechtbank evenwel vaststellen dat de arbeidsplaats slechts éénmaal werd gewijzigd. Men kan dus bezwaarlijk voorhouden dat de arbeidsplaats frequent (probleemloos) werd gewijzigd.

De rechtbank is daarom van oordeel dat de arbeidsplaats een essentieel element van de arbeidsovereenkomst betrof.

6.

Een eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst moet tevens belangrijk zijn om te kunnen resulteren in de onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Of een wijziging belangrijk is, dient in concreto te worden beoordeeld. De rechter moet zich hierbij enkel laten leiden door de vraag of de wijziging voor de werknemer een materieel of moreel nadeel tot gevolg heeft (I. V. P., "De aanpasbaarheid van de bedongen arbeid. Een aanzet tot systematisering", RW 2015-16,1137).

Mevrouw X stelt, met verwijzing naar verschillende loonbrieven (stuk 9), dat het opleggen van de functie van "Key Account Manager" voor haar een vermindering van het nettoloon uitmaakt van ongeveer 700 EUR per maand aangezien zij vanaf juli 2016 niet meer onder het Luxemburgse fiscale en sociale zekerheidsstelsel valt.

De rechtbank moet vaststellen dat XX dit gegeven geenszins betwist of nuanceert.

Bovendien betekent de wijziging van de arbeidsplaats en het niet langer van toepassing zijn van het Luxemburgse sociale zekerheidsstelsel dat X ook niet langer Luxemburgse kinderbijslag geniet. Dit maakt voor haar een verlies uit van 346,53 EUR per maand (stuk 10 van mevrouw X).

De eenzijdige wijziging van de arbeidsplaats bezorgt mevrouw X aldus een ernstig materieel nadeel. De bruto loonsverhoging van 5% die XX heeft toegepast heeft dit ernstig nadeel niet kunnen ondervangen.

De rechtbank is daarom van oordeel dat de wijziging van de arbeidsplaats belangrijk was.

Uit het voorgaande volgt dat XX eenzijdig een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst in belangrijke mate heeft gewijzigd, zodat mevrouw X terecht het impliciet ontslag inriep in hoofde van XX.

4.1.1.2. Begroting van de beschermingsvergoeding

1.

Op grond van artikel 16 van de Wet van 19 maart 1991 heeft mevrouw X recht op een beschermingsvergoeding gelijk aan twee jaar loon.

Voor de begroting van haar vordering, gaat mevrouw x uit van een jaarloon van 91.694,97 EUR bruto. XX daarentegen meent dat er hoogstens rekening gehouden moet worden met een jaarloon van 80.417,39 EUR bruto.

Er bestaat concreet betwisting over de volgende elementen: het variabel loon, de begroting van het voordeel van het privégebruik van de bedrijfswagen, de begroting van de werkgeversbijdrage in de groepsverzekering en in de hospitalisatieverzekering en de dagvergoeding.

2.

De rechtbank oordeelt als volgt.

De berekeningsbasis van de beschermingsvergoeding is dezelfde als die voor een opzeggingsvergoeding zoals bepaald in artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het gaat dus om het zogenaamde 'lopend' loon en alle voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

a.

De rechtbank moet rekening houden met het gemiddelde van de variabele lonen waarvan het recht op betaling opeisbaar was in de twaalf maanden voorafgaand aan het ontslag (vgl. MvT Wetsontwerp betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carensdag en begeleidende maatregelen, Parl. St. Kamer 2013-2014, DOC 53 3144/001,19).

Op basis van de stukken moet de rechtbank vaststellen dat de bonus van 2015 opeisbaar was in april 2016 en toen ook effectief betaald werd. April 2016 bevindt zich in de periode van 12 maanden voorafgaand aan het ontslag. Het gaat om een bedrag van 1.016,24 EUR bruto.

Mevrouw X ontving bovendien een bonus van 2.695,33 EUR in juni 2016 (stuk 11) met betrekking tot de arbeidsprestaties van het eerste semester van 2016.

$1.016,24 \text{ EUR} + 2.695,33 \text{ EUR} = 3.711,57 \text{ EUR}$. Ondanks de melding van deze twee bonusbedragen in haar syntheseconclusie, brengt mevrouw X » bij de uiteindelijke begroting van haar jaarloon een bedrag van 5.391,66 EUR in rekening. Dit moet een vergissing betreffen aangezien dit bedrag nergens terugvindt in de stukken.

b.

Ter begroting van het werkelijke voordeel van het privégebruik van de bedrijfswagen dient rekening te worden gehouden met de besparing die de toekenning ervan vertegenwoordigt voor de werknemer. Het is de genotswaarde en het voordeel ervan voor de werknemer dat in aanmerking genomen moet worden en niet de fiscale waarde.

Wanneer de werkelijke waarde van het 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.

De rechtbank kan slechts vaststellen dat mevrouw X geen concrete elementen aanreikt op grond waarvan het privégebruik kan begroot worden. Bijgevolg begroot de rechtbank het voordeel op 400 EUR per maand, zijnde het niet door XX betwiste bedrag.

Dit bedrag komt de rechtbank bovendien passend voor wat betreft het privégebruik van een BMW 2 (reeks Tourer).

C.

Volgens mevrouw bedraagt de werkgeversbijdrage in de hospitalisatieverzekering 1.571,52 EUR op jaarbasis. Volgens XX bedraagt deze bijdrage op jaarbasis slechts 131,02 EUR.

Mevrouw X voegt geen bewijsstukken toe die de juistheid van haar begroting kunnen ondersteunen. In deze omstandigheden kan de rechtbank niet anders dan het door XX in aanmerking genomen bedrag op te nemen in de berekeningsbasis.

Uit stuk 13 van XX blijkt dat de werkgeversbijdrage aan de groepsverzekering 4.931,53 EUR bedroeg op jaarbasis.

d.

De dagvergoeding is een kostenvergoeding. In principe zijn kostenvergoedingen geen loon aangezien zij een kost eigen aan de werkgever vergoeden, die de werknemer in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst heeft gedragen. Enkel wanneer een kostenvergoeding geen werkelijke kosten dekt vormt zij gewoon vast loon en dient zij in de berekeningsbasis van de beschermingsvergoeding te worden opgenomen.

De rechtbank ziet in de brief van 29 januari 2015 (stuk 2 van mevrouw x) geen 'erkenning' dat de dagvergoeding loon zou zijn.

Indien mevrouw X voorhoudt dat de haar toegekende dagvergoedingen, waarvan zij het vergoedend karakter nooit in vraag heeft gesteld tijdens de tewerkstelling, geen werkelijke kosten dekten maar verdoken loon waren, dient zij hiervan het bewijs te leveren, met toepassing van artikel 870 Ger. W. en 1315 B.W.

Mevrouw X levert dit bewijs niet.

De dagvergoedingen kunnen bijgevolg niet als loon beschouwd worden en moeten niet worden opgenomen in het basisjaarloon.

3.

Het jaarloon bedraagt derhalve 83.643,27 EUR bruto, samengesteld als volgt:

Vast loon	4.727,17	x	13,92	=	65.802,20 EUR
Variabel loon	3.711,57	x	1,1534	=	4.280,92 EUR
Voordeel bedrijfswagen	400,00	x	12	=	4.800,00 EUR
Voordeel producten	81,06	x	12	=	972,72 EUR
Voordeel GSM + PC	50,00	x	12	=	600,00 EUR
Werkgeversbijdrage Groepsverzekering				=	4.931,53 EUR
Werkgeversbijdrage Hospitalisatieverzekering				=	131,02 EUR
Ecocheques	45,00 EUR	x	1	=	45,00 EUR
Aandelen	1.150,00 EUR	x	1	=	1.150,00 EUR
Garagevergoeding	30,99 EUR	x	12	=	371,88 EUR
Internetvergoeding	4 6,50 EUR	x	12	=	558,00 EUR

Totaal = 83.643,27 EUR

Twee jaar loon is bijgevolg gelijk aan 167.286,54 EUR bruto. Dit onderdeel van de vordering is in deze mate gegrond.

4.

De beschermingsvergoeding valt onder het loonbegrip van artikel 2 van de Loonbeschermingswet van 12 april 1965. Bijgevolg is hierop interest verschuldigd in de zin van artikel 10 van de Loonbeschermingswet.

4.1.2. Vordering tot betaling van de beschermingsvergoeding bedoeld in artikel 17 van de Wet van 19 maart 1991

Zoals correct wordt voorgehouden door XX, kan zij niet veroordeeld worden tot betaling van de gevorderde variabele beschermingsvergoeding gelijk aan het loon tot juni 2020 op basis van artikel 17 van de Wet van 19 maart 1991.

Om recht te hebben op een variabele beschermingsvergoeding is vereist dat de ontslagen werknemer een re-integratieaanvraag instelt. Deze vereiste geldt ook in geval van een impliciet ontslag.

Mevrouw X diende nooit een re-integratieaanvraag in, zodat zij geen recht heeft op enige variabele beschermingsvergoeding.

Dit onderdeel van de vordering is ongegrond.

4.1.3. Vordering tot betaling van een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht

1.

Mevrouw X vordert een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht begroot op 10.000 EUR ex aequo et bono.

Er is sprake van rechtsmisbruik wanneer het recht wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon (Cfr. Cass. 10 september 1971, R.W. 1971-72,321, concl. Proc.gen. W. G. V. D. M.).

De notie misbruik van ontslagrecht wordt omschreven als de uitoefening van het ontslagrecht die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening ervan door een voorzichtig en zorgvuldig werkgever (Vgl. Cass. 12 december 2005, J.T.T. 2006, 155; Cass. 18 februari 2008, J.T.T. 2008,117, concl. J. G. en noot P. J.).

Opdat er sprake zou zijn van rechtsmisbruik bij ontslag, is vooreerst een fout vereist die onderscheiden is van het niet in acht nemen van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Het volstaat daarbij echter niet dat de auteur van het ontslag zich ter gelegenheid van het ontslag bezondigt aan een kennelijke fout opdat diens aansprakelijkheid in het gedrang zou komen. Vereist is, dat als gevolg van deze fout, in hoofde van de partij die het ontslag ondergaat, een bijzondere morele of materiële schade ontstaat die is te onderscheiden van de schade die wordt vergoed door de forfaitaire opzeggings- of verbrekingsvergoeding, namelijk schade die is veroorzaakt door de met ontslag gepaard gaande omstandigheden. De forfaitaire opzeggingsvergoeding die in geval van onregelmatige beëindiging verschuldigd is, vergoedt immers alle schade die uit de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voortvloeit (Vgl. Cass. 26 september 2005,7.7. T. 2005,494).

Gelet op het bepaalde in artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 1315 van het Burgerlijk Wetboek draagt degene die beweert het slachtoffer te zijn van rechtsmisbruik bij ontslag daarvan de bewijslast.

2.

Mevrouw X verwijt XX vooreerst de arbeidsvoorwaarden te hebben gewijzigd op een voor haar erg nadelige wijze. Zoals blijkt uit onderdeel 4.1.1. oordeelt de rechtbank dat het een belangrijke, eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst (m.a.w. een impliciet ontslag) betreft. X bewijst geen fout in hoofde van XX die te onderscheiden is van het niet in acht nemen van de regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Mevrouw X verwijt XX ten tweede de arbeidsvoorwaarden te hebben gewijzigd omdat zij zich kandidaat had gesteld bij de sociale verkiezingen van 2016. De rechtbank verwijst naar de motivatie bij onderdeel 4.1.4.

X verwijt XX ten derde dat zij moest aandringen om per e-mail een kopie van het verzoekschrift van 19 augustus 2016 te ontvangen (omdat zij toen op vakantie was in het buitenland en geen post kon ontvangen). De rechtbank stelt vast dat XX kennelijk een kopie van het verzoekschrift heeft bezorgd en dat mevrouw X niet verhinderd werd in haar verdediging.

Bovendien toont mevrouw X geen schade aan die te onderscheiden is van de schade die reeds gedekt werd door de beschermingsvergoeding (onderdeel 4.1.1.), die de opzeggingsvergoeding opslorpt.

Dit onderdeel van de vordering is ongegrond.

4.1.4. Vordering tot betaling van een vergoeding wegens discriminatie op grond van syndicale overtuiging

1.

Mevrouw X beweert dat XX een discriminerende maatregel jegens haar trof door haar onder een zogenaamd "Personal Improvement Plan" (PIP) te plaatsen en door haar vervolgens ook op te nemen in de herschikking die vanaf 1 juli 2016 werd doorgevoerd binnen de verkoopteams. Volgens mevrouw X zijn deze maatregelen ingegeven door het feit dat zij kandidaat was bij de sociale verkiezingen van 2016.

2.

De Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 is van toepassing op de 'arbeidsbetrekkingen'. Het begrip arbeidsbetrekkingen wordt bijzonder ruim omschreven door artikel 5, § 2 van de Antidiscriminatiewet. Het lijkt geen twijfel dat de maatregelen die mevrouw X als discriminerend beschouwt onder dit begrip vallen.

Syndicale overtuiging behoort tot de discriminatiegronden die opgenomen zijn in de Antidiscriminatiewet (art. 107 e.v. Wet 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, BS 31 december 2009, 82925). Door zich kandidaat te stellen bij de sociale verkiezingen van 2016 en door vervolgens een mandaat op te nemen als plaatsvervangend personeelsafgevaardigde heeft mevrouw X uiting gegeven aan een syndicale overtuiging. Zij is beschermd door dit criterium.

3.

Het is verboden om binnen het kader van de arbeidsbetrekkingen een direct of indirect onderscheid te maken op grond van syndicale overtuiging, dat niet gerechtvaardigd kan worden.

Artikel 28 van de Antidiscriminatiewet voorziet in een omkering (eigenlijk een verschuiving) van de bewijslast indien degene die zich het slachtoffer acht feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden (het zogenaamde "prima-facie-bewijs"). Een persoon die zich het slachtoffer acht van discriminatie op basis van syndicale overtuiging zal aldus feiten moeten aanvoeren die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden. Slaagt hij daarin, dan zal het aan de van discriminatie beschuldigde partij zijn om aan te tonen dat er geen discriminatie was.

Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

1. de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium; o.m. verschillende, los van elkaar staande bij het Centrum of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of
2. de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, wordt o.a., doch niet uitsluitend, begrepen:

1. Algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort, of feiten van algemene bekendheid; of
2. Het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of
3. Elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.

Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn arrest 17/2009 van 12 februari 2009 de contouren van de omkering van de bewijslast als volgt afgebakend (eigen onderlijning van de rechtbank):

" B.93.3. Te dien aanzien dient allereerst te worden vastgesteld dat er enkel sprake kan zijn van een omkering van de bewijslast nadat het slachtoffer feiten heeft bewezen die het bestaan van discriminatie doen vermoeden. Bijgevolg dient het slachtoffer aan te tonen dat de verweerder daden heeft gesteld of opdrachten heeft gegeven die prima facie discriminerend zouden kunnen zijn. De bewijslast ligt derhalve in de eerste plaats bij het slachtoffer (o.a. Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 72).

De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn. Het volstaat daarbij niet dat een persoon aantoonde dat hij het voorwerp is geweest van een voor hem ongunstige behandeling. Hij dient tevens de feiten te bewijzen die erop lijken te wijzen dat die ongunstige behandeling is ingegeven door ongeoorloofde motieven. Hiertoe kan hij bijvoorbeeld aantonen dat zijn situatie vergelijkbaar is met de situatie van een referentiepersoon ([...] artikel 28, § 2,2°, van de Algemene Antidiscriminatiewet [...]), zijnde een persoon die niet wordt gekenmerkt door een van de in de bestreden wetten vermelde gronden en die door de verweerder op een verschillende wijze wordt behandeld.

Voormelde feiten vermogen evenwel niet algemeen van aard te zijn, maar moeten specifiek aan de auteur van het onderscheid kunnen worden toegeschreven. In zoverre volgens de bestreden artikelen gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die gekenmerkt zijn door een van de in de bestreden wetten vermelde gronden een vermoeden van directe discriminatie doen ontstaan ([...], artikel 28, § 2, V, van de Algemene Antidiscriminatiewet [...]), dient dat patroon bij die personen te bestaan.

Hetzelfde dient te gelden ten aanzien van feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op een van de in de bestreden wetten vermelde gronden kunnen doen vermoeden. Het kan daarbij niet volstaan aan de hand van statistisch materiaal aan te tonen dat een ogenschijnlijk neutrale grond personen gekenmerkt door een van de in de bestreden wetten vermelde gronden benadeelt. Bovendien dient tevens te worden aangetoond dat de verweerder zich hiervan bewust was. Het statistische materiaal dient overigens aan zekere kwaliteitseisen te voldoen [...]

B.93.4. De feiten aangevoerd door de persoon die zich het slachtoffer acht van discriminatie, [...] genieten op zich geen bijzondere bewijswaarde. De rechter dient de Juistheid van de gegevens die hem zullen worden voorgelegd te beoordelen overeenkomstig de regels van gemeen recht. Zo verklaarde de minister :

" de rechter moet [...] geval per geval oordelen over de regelmatigheid van de aangebrachte bewijzen en de bewijskracht ervan » (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 88). "

De rechter behoudt bovendien de nodige appreciatievrijheid. In de parlementaire voorbereiding werd hieromtrent het volgende verklaard:

" Het [komt] aan de rechter toe [...] om te oordelen op grond van de gegevens die hem worden voorgelegd of er in een bepaalde situatie een vermoeden van directe of Indirecte discriminatie is. Vervolgens kan hij beslissen of hij al dan niet een omkering of een verschuiving van de bewijslast toelaat » (Pari. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 70)."

In de rechtsleer wordt beklemtoond dat de Belgische arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven zich streng opstellen ten aanzien van het prima facie bewijs (I. V. en S. R., "Discriminatie op de arbeidsplaats: gewikt en gewogen", Or. 2011, afl. 4, 95-96 en de daar geciteerde rechtspraak en F. S. en I. V., "Tien jaar antidiscriminatiewetgeving voor de Belgische arbeidsgerechten: wat maakt het verschil?-', Or. 2017, afl. 5,11 en de daar geciteerde rechtspraak).

4.

De rechtbank meent dat mevrouw X geen voldoende sterke pertinente feiten aanvoert waaruit blijkt dat XX een daad heeft gesteld die prima facie discriminerend is.

Het "Personal Improvement Plan" werd opgelegd nadat XX er kennis van had genomen dat mevrouw X kandidaat was bij de sociale verkiezingen van 2016. Dit wordt niet betwist. Deze chronologie vormt echter op zich geen indicatie voor het bestaan van discriminatie.

De rechtbank verwijst naar de laatste evaluatie van mevrouw X in januari 2016, dit is op het moment dat XX nog niet wist dat zij zich kandidaat zou stellen. In deze evaluatie laat de direct overste van mevrouw X (nl. mevrouw x) het volgende noteren (vrije vertaling):

"Nochtans verwachtte ik van X een steilere leercurve - vooral in de tweede helft van het jaar had ik graag meer pro activiteit en initiatief gezien m.b.t. het verbeteren van de werkmethoden In het werkveld, hoe de activering van accounts verbeterd kunnen worden in het dagelijks beheer van accounts, ... Ik mis ook urgentie van harentwege - ze is zeer snel in het oplossen van problemen die een directe impact hebben op haar vertegenwoordigers (depot...), maar alles i.v.m. implementering in het werkveld heeft te veel tijd nodig om opgelost te worden. (LS Gold distribution build-up, CC feedback, sales feedback).

(...) Voor volgend jaar verwacht ik meer controle over zaken en dat we kunnen denken aan langdurige verbeteringen in plaats van brandjes blussen. Zij moet de onomstreden SPOC voor Luxemburg worden - de specialist tot wie iedereen zich wendt wanneer men iets moet weten over Luxemburg. Verdere verdieping in cijfers en het eigen maken van het werkveld zullen noodzakelijk zijn. "

Het is dus niet slechts na de kennisname van de kandidatuur van mevrouw X dat XX laat opmerken dat er verbetering verwacht werd met betrekking tot haar functioneren.

Wanneer de rechtbank het "Personal Improvement Plan" vergelijkt met de evaluatie, dan valt het op dat 2 van de 3 opgelegde doelstellingen overeenstemmen met reeds in januari 2016 gesignaleerde pijnpunten. Het gaat om (1) het opnemen van bepaalde verantwoordelijkheden en (2) het expert worden in de materie en proactief handelen. De derde doelstelling gaat zeer specifiek over het proactief aanpakken van een slecht presterende handelsvertegenwoordiger uit het team van mevrouw X

De rechtbank stelt vast dat mevrouw x slechts voor het eerst in haar brief van 5 oktober 2016 een voorbehoud formuleert omtrent een mogelijke discriminatie op grond van haar syndicale overtuiging. Ten tijde van het opmaken van het PIP heeft zij (of haar vakbond) niet laten opmerken dat er een verband zou bestond tussen het Personal Improvement Plan en haar kandidatuur bij de sociale verkiezingen. Mevrouw X erkende bovendien zelf dat er bepaalde tekortkomingen waren zodat een PIP nuttig was. Zo verklaarde zij in het PIP zelf(vrij vertaald):

"Ik ga akkoord met het plan in zijn geheel en wou enkel een algemene opmerking maken en een paar opmerkingen omtrent de drie punten. (...)"

Uit het feit dat de verdere acties niet zouden zijn opgevolgd, kan de rechtbank ook geen feiten afleiden die het bestaan van discriminaties zouden doen vermoeden. Volgens het PIP zou er immers pas een beoordeling volgen op 30 september 2016 (dit is de "review datum"). Door de latere gebeurtenissen heeft er logischerwijze geen beoordeling meer plaats gevonden. In de stukken leest de rechtbank nergens dat het PIP ook van toepassing zou blijven indien mevrouw x., de functie van "Key Account Manager" zou aanvaarden, zoals mevrouw X beweert.

Het feit dat XX de functie van "Key Account Manager" heeft toebedeeld aan mevrouw X nadat zij zich in maart 2016 kandidaat had gesteld als werknemersvertegenwoordiger is op zich geen pertinent feit dat het bestaan van discriminatie kan doen vermoeden. De wijziging van de arbeidsvoorwaarden kaderde onbetwist in een ruimere herschikking van de verkoopteams. Er zijn geen aanwijzingen dat mevrouw x hierbij anders behandeld werd dan vergelijkbare referentiepersonen.

Mevrouw X voldoet niet aan de vereiste om voldoende sterke en pertinente feiten naar voor te brengen die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden. Voor zoveel als nodig kan ook gesteld worden dat, met verwijzing naar hetgeen hoger reeds beschreven werd, XX voldoet aan de vereiste om het tegenbewijs te leveren.

Dit onderdeel van de vordering is ongegrond.

4.1.5. Vordering tot betaling van het feestdagenloon

Mevrouw X vordert het feestdagenloon voor 1 november 2016.

Overeenkomstig artikel 14 van het Feestdagenbesluit (Koninklijk besluit van 18 april 1974 tot bepaling van de algemene wijze van uitvoering van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen, BS 24 april 1974) dient de werkgever het loon te betalen voor feestdagen die vallen in de 30 dagen na het einde van de arbeidsovereenkomst aan werknemers met meer dan één maand anciënniteit. De verplichting tot betaling van het loon houdt op zodra de werknemer begint te arbeiden voor een nieuwe werkgever.

Een werknemer die de betaling van het feestdagenloon vordert, dient te bewijzen dat hij of zij de voorwaarden vervult om daarop recht te hebben, en m.a.w. nog niet arbeidde voor een nieuwe werkgever in de dertig dagen na het ontslag.

Aangezien een negatief bewijs dat men nog niet in dienst is bij een nieuwe werkgever onmogelijk geleverd kan worden, volstaat het dat de werknemer bijvoorbeeld aantoont dat hij of zij werkloosheidsuitkeringen ontving en/of ingeschreven was als werkzoekende.

Mevrouw X levert dergelijk bewijs niet.

Dit onderdeel van de vordering is ongegrond.

4.2. Tegenvordering

De tegenvordering van XX tot het bekomen van een opzeggingsvergoeding is ontvankelijk.

Aangezien XX de arbeidsovereenkomst met mevrouw x zelf heeft beëindigd (zie onderdeel 4.1.1), is de tegenvordering van XX ongegrond.

4.3. Voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis

Artikel 1397, lid 2 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 1398 van het Gerechtelijk Wetboek, van toepassing op zaken die aanhangig werden gemaakt op 1 november 2015, bepalen:

"Behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt of tenzij de rechter bij met bijzondere redenen omklede beslissing anders beveelt, onverminderd de regel van artikel 1414, zijn de eindvonnissen uitvoerbaar bij voorraad, zulk niettegenstaande hoger beroep en zonder zekerheidsstelling indien de rechter deze niet heeft bevolen. "

"De voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis geschiedt alleen op risico van de partij die daartoe last geeft. Zij geschiedt zonder borgstelling indien de rechter deze niet heeft bevolen en onverminderd de regels inzake kantonnement. "

Het geschil werd op 30 december 2016 aanhangig gemaakt.

Bijgevolg is het vonnis in principe uitvoerbaar bij voorraad.

De beweerde solvabele positie van XX en mogelijke terugbetalingsproblemen indien dit vonnis hervormd zou worden, zijn geen reden om af te wijken van de principiële uitvoerbaarheid van het vonnis.

Het kantonnement is een recht van de schuldenaar. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden, en meer bepaald wanneer de schuldeiser een ernstig nadeel kan aantonen door het uitstel in de uitvoering, kan het recht op kantonnement geheel of gedeeltelijk worden uitgesloten. Dergelijke omstandigheden zijn niet aangetoond. De rechtbank staat het kantonnement toe.

4.4. Gerechtskosten

XX moet tot de gerechtskosten (bestaande uit de rechtsplegingsvergoeding) worden veroordeeld als de in het ongelijkgestelde partij.

Zowel mevrouw X als XX begroten de rechtsplegingsvergoeding correct op 6.000 EUR, zijnde het basisbedrag voor vorderingen in de schaal van 100.000,01 EUR tot 250.000,00 EUR.

OM DEZE REDENEN DE RECHTBANK

Na eensluidend schriftelijk advies van de heer X, Arbeidsauditeur,

Rechtsprekend op tegenspraak en in eerste aanleg,

Met betrekking tot de hoofdvordering van mevrouw X

Verklaart deze ontvankelijk en in de volgende mate gegrond,

Veroordeelt XXXX NV tot betaling aan mevrouw X van 167.286,54 EUR bruto als forfaitaire vergoeding gelijk aan 2 jaren loon zoals bedoeld door artikel 16 van de Wet van 19 maart 1991, te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 5 oktober 2016 tot de volledige betaling,

Wijst mevrouw X voor het overige af van haar vordering,

Met betrekking tot de tegenvordering van XXXX NV:

Verklaart deze ontvankelijk, maar ongegrond,

Veroordeelt XXXX NV tot de gerechtskosten, in hoofde van mevrouw x correct begroot op 6.000 EUR rechtsplegingsvergoeding.

Het vonnis van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad. Het kantonement wordt niet uitgesloten.

Vonnis gewezen door :

xx, Rechter, Voorzitter van de Kamer
xx, Rechter in sociale zaken - werkgever
xx, Rechter in sociale zaken - bediende

met bijstand van XX, afgevaardigd griffier

en uitgesproken op 24 mei 2018 in openbare terechtzitting van de 2^{de} kamer van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel door XX, rechter, voorzitter van de kamer, met bijstand van XX, afgevaardigd griffier.