

Rep.Nr.

2010/1889

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

3de KAMER

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 19 MAART 2010.

Bediendecontract
Tegensprekelijk
Definitief

In de zaak:

Mevrouw **B**

Appellante, geïntimeerde op incidenteel hoger beroep,
vertegenwoordigd door Mter K. Van Gansbeke, advocaat te
9620 Zottegem;

Tegen :

DE N.V. WAARBORGBEHEER, met maatschappelijke zetel
gevestigd te 1000 Brussel, Oude Graanmarkt, 63, ingeschreven
in de Kruispuntnbank der Ondernemingen met
ondernemingsnummer RPR 0863.558.138,

Geïntimeerde, appellante op incidenteel hoger beroep,
vertegenwoordigd door Mter J. Hofkens, advocaat te 1000
Brussel;

Na beraadslaging, velt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest :

Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer bepaald op :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis op tegenspraak gewezen door de Arbeidsrechtbank te Brussel (23ste kamer) op 18 november 2008;
- het verzoekschrift tot hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 12 februari 2009;
- de besluiten, antwoordbesluiten van synthesebesluiten voor geïntimeerde neergelegd ter griffie van dit Hof, respectievelijk op 15 juni 2009, 12 oktober 2009 en 14 december 2009;
- de besluiten en synthesebesluiten voor appellante neergelegd ter griffie van dit Hof, respectievelijk op 17 augustus 2009 en 10 november 2009;

- de bundel met stukken neergelegd door geïntimeerde ter griffie van dit Hof op 29 januari 2010;

Gehoord partijen in hun middelen en beweringen op de openbare terechtzitting van 12 februari 2010; appellante legde haar bundel neer, waarna de debatten gesloten werden en de zaak in beraad genomen werd.

x

x

x

FEITEN EN RECHTSPLEGING.

1. Op 16 februari 1978 trad mevrouw B. in dienst van de Nationale kas voor Beroepskrediet door middel van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Er is geen betwisting dat aan mevrouw B. een conventionele anciënniteit was toegekend, ingaande op 1 maart 1977.

Op 1 maart 2004 werd de afdeling waarin ze tewerkgesteld was, overgenomen door de NV Waarborgbeheer; omtrent deze overgang werd op 27 februari 2004 een bedrijfs-CAO afgesloten met de representatieve vakorganisaties ACLVB en ABVV/BBTK.

Op 28 december 2005 werd een bijlage aan de arbeidsovereenkomst ondertekend in verband met de wijziging van het arbeidsregime, waardoor met ingang van 1 januari 2006 de arbeidsuren verminderd werden van 37 uur tot 33 uur en 18 minuten.

Op 27 maart 2006 ondertekenden partijen een overeenkomst in verband met de vermindering van de tewerkstelling in het kader van tijdskrediet voor werknemers van 50 jaar en ouder, waardoor de arbeidsduur werd herleid tot 18 uur en 30 minuten.

Op 1 maart 2007 werd mevrouw B. uitgenodigd om een schrijven te ondertekenen voor akkoord, waarin de arbeidsovereenkomst door de werkgever werd beëindigd in volgende bewoordingen:

Hiermede brengen wij u op de hoogte van onze beslissing om de tussen ons bestaande arbeidsovereenkomsten te verbreken en dit op 1 maart 2007.

Het ontslag kadert in het feit dat u niet langer voldoet aan de eisen en de verwachtingen van het bedrijf rond de concrete uitvoering van uw opdrachten en de daaraan gekoppelde resultaten. Dit is u reeds meegedeeld; niettegenstaande stellen wij geen verbetering vast in uw werk en resultaten.

De u verschuldigde opzeggingsvergoeding ten belope van 18 maanden loon en de beschermingsvergoeding ten belope van 6 maanden zullen uiterlijk binnen de 14 dagen worden uitgekeerd. Deze vergoedingen zijn onderworpen aan de wettelijke afhoudingen inzake sociale zekerheid en bedrijfsvoorheffing.

Wij willen u informeren over uw recht op een outplacementbegeleiding zoals bepaald in CAO nr. 82. Omtrent de aanvraag en concrete begeleiding dient u

contact op te nemen met Cevora, het opleidingscentrum van het paritair comité 218.00 (gegevens als bijlage)

Mevrouw B ondertekende deze brief niet.

In een schrijven van de vakorganisatie van mevrouw B van 26 maart 2007 werd een hogere opzeggingsvergoeding a rato van 31 maanden gevorderd of een bijkomende opzeggingsvergoeding van 13 maanden.

Deze vordering werd eerst door het sociaal secretariaat en vervolgens door de raadsman van de NV Waarborgbeheer betwist.

In de brief van de raadsman van 9 oktober 2007 werd bijkomend opgemerkt dat de beschermingsvergoeding wegens tijdscrediet ten bedrage van 6 maanden loon of € 12.756,98 verkeerdelijk werd uitbetaald en werd deze als onverschuldigde betaling teruggevorderd, omdat het ontslag gemotiveerd was door het slecht functioneren van mevrouw B. Er werd aangekondigd dat de NV Waarborgbeheer een tegenvordering zou instellen indien de partijen niet tot een minnelijke regeling zouden kunnen komen.

In een antwoordschrijven van de vakorganisatie van 6 november 2007 bleef deze op haar standpunt in verband met de bijkomende opzeggingsvergoeding en werd de terugvordering van de beschermingsvergoeding betwist omdat deze zonder enig voorbehoud werd uitbetaald. Bovendien betwistte mevrouw B het slecht functioneren.

2. Partijen kwamen aldus niet tot overeenstemming, zodat mevrouw B. op 28 juni 2007 tot dagvaarding van de NV Waarborgbeheer overging en betaling vorderde van een bijkomende opzeggingsvergoeding van € 31.871,64.

Bij besluiten van de NV Waarborgbeheer van 21 november 2007 stelde deze een tegenvordering in terugbetaling van de beschermingsvergoeding van € 12.756,98.

Bij vonnis van de arbeidsrechtbank van Brussel van 18 november 2008 werd de hoofdvordering gegrond verklaard ten belope van een opzeggingsvergoeding van 29 maanden onder aftrek van het uitbetaalde bedrag, zodat mevrouw B nog recht had op een saldo van € 26.269,31 bruto, te herleiden naar netto en vervolgens te vermeerderen met wettelijke intresten en de gerechtelijke intresten op het brutobedrag.

Ook de tegenvordering werd gegrond verklaard ten belope van een onverschuldigde betaalde beschermingsvergoeding ten bedrage van € 12.756,98 netto meer de intresten vanaf 9 oktober 2007.

De NV Waarborgbeheer werd veroordeeld tot de gerechtskosten, beperkt tot de dagvaardingskosten.

Bij verzoekschrift tot hoger beroep ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 12 februari 2009, tekende mevrouw B. hoger beroep aan tegen dit vonnis en vroeg ze betaling van een bijkomende opzeggingsvergoeding ten bedrage van € 95.020,59, meer de wettelijke intresten vanaf 1 maart 2007 en de gerechtelijke intresten en deze intresten te kapitaliseren overeenkomstig artikel 1154 B.W.

Ze vroeg dat de tegenvordering ongegrond zou worden verklaard en dat de NV Waarborgbeheer zou worden veroordeeld tot de volledige gerechtskosten.

De NV Waarborgbeheer stelde incidenteel beroep in wat betreft de terugbetaling van de ten onrechte uitgekeerde beschermingsvergoeding ten bedrage van € 12.756,98 bruto, te vermeerderen met intresten vanaf 9 oktober 2007 tot de dag van effectieve betaling.

In zoverre het arbeidshof haar zou veroordelen tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding vroeg zij toegelaten te worden tot de compensatie.

Ze vroeg de veroordeling van mevrouw B tot de kosten, waarbij ze een afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding vroeg voor de hoofd- en de tegenvordering.

In ondergeschikte orde vroeg zij het slecht functioneren van mevrouw B te mogen bewijzen met getuigen.

2. BEOORDELING.

Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is derhalve ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De aanvullende opzeggingsvergoeding.

1. De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens eigen aan de zaak (Cass., 8 september 1980, Arr. Cass., 1980-1981, 17; Cass., 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, JTT 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, R.W. 1990-1991, 1407) en met inachtneming van de wederzijdse belangen van partijen (Cass., 19 januari 1977, Arr. Cass. 1977, 5 161; Cass., 9 mei 1994, Soc. Kron. 1994, 253).

Artikel 103 van de herstelwet van 22 januari 1985 bepaalt dat de termijn van opzegging ingeval van een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, wordt berekend alsof de werknemer zijn arbeidsprestaties niet had verminderd. Met de duur van deze opzeggingstermijn moet eveneens rekening worden gehouden bij het vaststellen van de vergoeding bedoeld bij artikel 39 van de arbeidsovereenkomstenwet.

Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing bij tijdskrediet in de zin van de CAO 77bis van de NAR van 19 december 2001. (zie noot François- Xavier Horion onder Cass. 11 december 2006, JTT 2007, p. 93, nr. 6; T. Van de Calseyde, 'Lopend loon' en 'voordelen verworven krachtens de overeenkomst' volgens recente Belgische en Europese rechtspraak, Or. 2010, 45)

2. Aldus moet rekening gehouden worden met volgende antecedenten :

- anciënniteit : 30 jaar

- leeftijd : ° 6 januari 1956 : 51 jaar en twee maanden
- functie : bediende
- jaarloon (cfr. art. 103 herstelwet), zoals becijferd door de eerste rechter en thans niet meer betwist : € 55.660,144

Rekening houdend met deze elementen en met de kans voor mevrouw B. om spoedig een gelijkwaardige en passende betrekking te vinden kan de opzeggingsvergoeding worden begroot op het loon van 30 maanden.

3. De vraag of voor de berekening van de opzeggingsvergoeding rekening moet worden gehouden met het voltijds loon dan wel met het deeltijds loon ingevolge het tijdskrediet heeft aanleiding gegeven tot heel wat tegenstrijdige standpunten in rechtspraak en rechtsleer.

In een arrest van het Hof van Cassatie dd. 11 december 2006, (JTT 2007, 86 met noot François- Xavier Horion) werd voorgehouden:

" Een werknemer die tewerkgesteld is onder een stelsel van verminderde arbeidsprestaties kan, ingeval van éézijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, aanspraak maken op een opzegtermijn waarvan de duur berekend wordt alsof de werknemer zijn arbeidsprestaties niet had verminderd.

Het bedrag van de opzeggingsvergoeding (en van de forfaitaire beschermingsvergoeding) dat hem verschuldigd zou zijn, dient daarentegen berekend te worden met inachtneming van het loon waarop hij effectief recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De omstandigheid dat de werknemer na het einde van de verminderde arbeidsprestaties in beginsel de mogelijkheid heeft om het werk te hervatten met volledige arbeidsprestaties en hij ingevolge de éézijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever die mogelijkheid verliest, doet hieraan geen afbreuk". Het Arbeidshof sluit zich bij deze rechtspraak aan. (Arbh. Brussel 7 maart 2008, RABG 2009, 151 met noot J. Herman, Onregelmatig ontslag na vermindering van de arbeidsprestaties : de olievlek wordt groter of ook tegen halve prijs de deur uit.)

Dit cassatiearrest werd gevelde in het kader van artikel 102 van de Herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen met betrekking tot het stelsel van de loopbaanonderbreking (hierna aangeduid als *herstelwet*).

In de noot onder dit arrest stelt François- Xavier Horion terecht dat dit standpunt mutatis mutandis geldt ingeval van tijdskrediet ingevolge de C.A.O. nr. 77bis van de Nationale Arbeidsraad (JTT 2007, p. 93, nr. 6).

4. In het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 51/2008 van 13 maart 2008 (JTT 2008, 149) werd gezegd voor recht dat de artikelen 37 en 39 §1 van de arbeidsovereenkomstenwet en artikel 101 van de herstelwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schenden, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 2, 3 lid 2 en 141 van het EG verdrag en met de Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, in de interpretatie dat, ingeval van ontslag van een werknemer die zijn arbeidsprestaties in de tijd vermindert bij de vaststelling van het bedrag van de compensatoire

opzeggingsvergoeding en de beschermingsvergoeding wordt uitgegaan van het lopende loon dat overeenstemt met de verminderde activiteiten.

In de overweging B.4.3. legde het hof uit:

Wat artikel 103 (van de herstelwet) betreft, blijkt ook uit de parlementaire voorbereiding van de Herstelwet dat het enkel de bedoeling was om voor het bepalen van de opzeggingstermijn rekening te houden met een voltijdse fictieve betrekking, maar niet voor het bepalen van de opzeggingsvergoeding :

"Een lid vraagt of uit dit artikel kan worden afgeleid dat indien het loon voor een voltijdse betrekking 40.000 BEF bedraagt en de termijnen waarop de opzeggingsvergoeding slaat, zeven maanden, de werkgever 280.000 BEF zal moeten betalen.

De minister merkt op dat het alleen de bedoeling van de regering is geweest, voor de berekening van de duur van de opzeggingstermijn (en de daarmee overeenstemmende vergoeding) rekening te houden met een voltijdse fictieve betrekking.

In het gegeven voorbeeld betekent dit dus dat de opzeggingsvergoeding gelijk zal zijn aan de bezoldiging op dat moment van de deeltijds werkende werknemer, vermenigvuldigd met zeven maanden (Parl. St. Senaat, 1984 - 1985, nr. 757-2/7, 140)"

Het hof merkt op dat men hier niet uitgaat van een werknemer, van wie de aanvankelijke arbeidsovereenkomst geschorst is, maar wel van een *deeltijds werkende werknemer*.

In het arrest van het Grondwettelijk Hof 77/2008 van 8 mei 2008 werd in gelijkaardige zin geoordeeld. (RW 2008-09,703)

5. Niettegenstaande deze uitspraken van de hoogste rechtscolleges, bleef een deel van de rechtspraak en rechtsleer zich tegen deze oplossing verzetten, omdat men een tijdelijke vermindering van de arbeidsprestaties ingevolge tijdskrediet of ingevolge thematische verloven beschouwde als een gedeeltelijke schorsing van de lopende arbeidsovereenkomst (men leze hierover J. Herman, *Vermindering van arbeidsprestaties, vermindering van ontslagbescherming? Commentaar op het arrest van 11 december 2006 van het Hof van Cassatie*, Soc. Kron 2007, 443 en de noot van dezelfde auteur onder het arrest van dit arbeidshof van 7 maart 2008, RABG, 2009, 154).

Op 25 februari 2008 velde het Hof van Cassatie een arrest, waarbij prejudiciële vragen werden gesteld aan het Hof van Justitie omtrent de bestaanbaarheid van de berekening van de opzeggingsvergoeding op het verminderde loon verschuldigd tijdens een periode van ouderschapsverlof met de bewoordingen en het doel van de Richtlijn 96/34/EG van de Raad van Europa van 3 juni 1996. (JTT 2008, 152).

Het Hof van Justitie beantwoordde deze prejudiciële vragen in een arrest van 22 oktober 2009 (zaak C. - 116/08) in volgende zin :

Clausule 2, punten 6 en 7 van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, gesloten op 14 december 1995, die is opgenomen in de bijlage bij Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het

CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/75/EG van de Raad van 15 december 1997, moet aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staat dat, wanneer een werkgever de arbeidsovereenkomst van een voor onbepaalde tijd voltijds in dienst genomen werknemer tijdens diens deeltijds ouderschapsverlof zonder dringende reden of zonder inachtneming van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijn eenzijdig beëindigt, de aan de werknemer te betalen vergoeding wordt bepaald op basis van het verminderde loon dat hij ontvangt op het tijdstip van het ontslag.

Deze uitlegging steunde zich voornamelijk op de clause 2, punt 6 van de raamovereenkomst, waarin gezegd wordt dat de op de datum van ingang van het ouderschapsverlof door de werknemer verworven rechten of rechten in wording ongewijzigd blijven behouden tot het einde van het ouderschapsverlof.

De uitlegging van het hof baseert zich niet op de overweging dat ouderschapsverlof een schorsing van de arbeidsovereenkomst zou inhouden, maar komt tot zijn besluit op grond van de door de raamovereenkomst bedoelde minimumbescherming.

Het Hof van Cassatie heeft zich inmiddels bij deze rechtspraak aangesloten en richtlijnconform beslist dat de opzeggingsvergoeding ten gunste van de werknemer in ouderschapsverlof dient te worden berekend met inachtneming van het loon alsof de werknemer voltijds zou zijn tewerkgesteld op het ogenblik van de kennisgeving van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. (Cass. 15 februari 2010, S.07.0027.N, www.juridat.be)

6. Mevrouw B: heeft haar vordering voor de eerste rechter gebaseerd op het lopende loon, waarop zij recht had tijdens haar tijdskrediet; in graad van hoger beroep breidt zij voor de opzeggingsvergoeding (niet voor de beschermingsvergoeding) haar berekening uit naar voltijds loon en ze verwijst hierbij nadrukkelijk naar het hierboven besproken arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2009.

De vraag is dan ook of deze oplossing in verband met ouderschapsverlof, die uitdrukkelijk steunt op een Europese richtlijn, kan overgezet worden naar het tijdskrediet ingevolge de CAO 77 bis.

Het is natuurlijk zo dat de onderbreking van de beroepsloopbaan wegens tijdskrediet of andere thematische verloven hun grondslag vinden in de herstelwet van 22 januari 1985, zodat een verschillende benadering van ouderschapsverlof en tijdskrediet kunstmatig aandoet.

Evenzeer is het zo dat de tegenstanders van het cassatiearrest van 11 december 2006 een punt hebben dat deze oplossing leidt tot een vermindering van de ontslagbescherming. (lees de bijdragen van Jan Herman, aangehaald in randnummer 5; deze auteur beklemtoonde dit nog met meer nadruk tijdens zijn referaat *Ontslagbescherming en schorsing van de arbeidsovereenkomst* op de studiedag Actuele Problemen Arbeidsrecht, Actualia Ontslagrecht, 26 februari 2010, tekst te verschijnen).

Het zou dan ook goed zijn dat de wetgever hierin tussenkomt om deze ongerijmdheden volledig op te lossen.

Hiertegenover staat echter dat in de huidige stand de wetgever de aangeklaagde vermindering van ontslagbescherming gewild heeft, zoals blijkt uit de overweging B.4.3. van het arrest 51/2008 van het Grondwettelijk Hof.

De Europees rechterlijke bescherming, die kan afgeleid worden uit de Richtlijn 96/34/EG, geldt enkel voor ouderschapsverlof en bij gebrek aan een gelijkwaardige Europeesrechtelijke regeling voor tijdskrediet, kan de rechter de bescherming voor ouderschapsverlof niet uitbreiden naar tijdskrediet. (vgl. T. Van de Calseyde, 'Lopend loon' en 'voordelen verworven krachtens de overeenkomst' volgens recente Belgische en Europese rechtspraak, Or. 2010, 52).

7. Dit is des te meer zo, daar artikel 90 van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, met verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2009, artikel 105 § 3 van de herstelwet als volgt heeft geherformuleerd :

§3. Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd gedurende een periode van arbeidsprestaties in het kader van een ouderschapsverlof genomen in toepassing van deze afdeling, wordt onder "lopend loon" in de zin van artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten begrepen het loon dat de werknemer krachtens een arbeidsovereenkomst zou hebben verdiend indien hij zijn arbeidsprestaties niet had verminderd.

In de Memorie van Toelichting wordt nogmaals de draagwijdte van het arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2009 uitgelegd en verwijst men naar de clause 2, punt 6 van de raamovereenkomst die beoogt de verworven rechten of rechten in wording ongewijzigd te laten tot het einde van dat verlof.

De memorie vervolgt dan :

Het Hof van Justitie wijst erop dat een nationale wettelijke regeling op grond waarvan de uit de arbeidsverhouding voortvloeiende rechten ingeval van ouderschapsverlof zouden kunnen worden beperkt, de werknemer ervan zou kunnen weerhouden een dergelijk verlof op te nemen, en de werkgever ertoe zou kunnen aanzetten eerder werknemers met ouderschapsverlof te ontslaan dan andere werknemers. Dat zou regelrecht indruisen tegen de doelstelling van de raamovereenkomst, die er onder meer toe strekt het beroeps- en gezinsleven beter te kunnen combineren en aldus de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bevorderen.

...

Deze dringende wijziging is nodig om de rechtszekerheid en de transparantie te waarborgen van de regels die gelden bij ontslag zonder opzeggingstermijn van werknemers die deeltijds ouderschapsverlof genieten. (Parl. St. K.v.V. (2009-2010) 52/2299/001, p. 63-64).

Zowel in de Kamercommissie als in de Senaatscommissie werd een amendement besproken om artikel 90 uit te breiden naar tijdskrediet en naar de andere vormen van thematisch verlof, die gebaseerd zijn op de herstelwet.

Telkens werden deze amendementen weggestemd.

De minister verantwoordde dit als volgt :

De minister antwoordt dat het arrest Meerts van het Europees Hof van Justitie (C.-116/08) zich alleen uitspreekt over de onverenigbaarheid met de Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof. Het gaat dus alleen over het ouderschapsverlof en niet over andere vormen van deeltijdse arbeid. Het tijdscrediet kent een veel grotere omvang dan het ouderschapsverlof : het gaat over veel langere periodes. Reden temeer om eerst het advies van de NAR te vragen alvorens de maatregelen uit te breiden naar andere vormen van deeltijdse arbeid. (Parl. St. K.v.V (2009 -2010) Doc 52/2299/016, p. 31; zie ook p. 25; wat betreft de Senaat : zie Senaatsverslag 4-15534; in dezelfde zin eerder Parl. St. K.v.V. (2009-2010) CRIV 52 COM 693 10/11/2009, p.25-26).

Aldus wordt de ratio legis bevestigd, die reeds werd uitgedrukt in de parlementaire voorbereiding van de herstelwet zelf, zoals aangehaald in overweging B.4.3. van het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 51/2008 van 13 maart 2008 (hierboven geciteerd in randnummer 4).

Tevens benadrukt de minister (zie onderlijning) dat het tijdscrediet en de thematische verlopen niet worden gerealiseerd via een schorsing van de arbeidsovereenkomst, maar wel via deeltijdse arbeid.

8. Uit het bovenstaande vloeit dan ook voort dat de opzeggingsvergoeding van mevrouw E moet worden berekend, zoals ze dat oorspronkelijk zelf had gedaan, met name op het herleide lopend loon zoals van toepassing tijdens het tijdscrediet.

Rekening houdend met wat reeds gezegd is in randnummer 2, kan ze dan ook aanspraak maken op een opzeggingsvergoeding van

€ 27.830,22 x 30/12 =	€ 69.575,55
- uitbetaald bedrag	€ 40.721,22
saldo	€ 28.854,33

Haar hoger beroep is in die mate gedeeltelijk gegrond.

De kapitalisatie van intresten.

9. Gelet op het ontslag op 1 maart 2007, heeft de eerste rechter de intresten op de opzeggingsvergoeding terecht toegekend op de bruto-bedragen.

In haar verzoekschrift tot hoger beroep van 12 februari 2009 vroeg mevrouw B dat deze intresten zouden worden gekapitaliseerd.

Ten onrechte bestrijdt de N.V. Waarborgfonds deze vraag omdat een opzeggingsvergoeding geen kapitaal zou zijn en omdat de grondslag van de in rechte gevorderde bedragen ernstig betwist was.

Opdat kapitalisatie van intresten mogelijk zou zijn, moeten drie voorwaarden samen vervuld zijn :

1. het moet gaan om vervallen intrest van kapitalen;
2. over een heel jaar verschuldigd;
3. er moet een gerechtelijke aanmaning zijn, die bij elke jaarlijkse vervaldag hernieuwd moet worden.

Wat betreft de eerste voorwaarde, mag de term kapitalen niet beperkt worden uitgelegd in de zin van geleende kapitalen, doch dit betreft ook sommen verschuldigd ingevolge een rechterlijke beslissing (J. Petit, a.w., p. 194, nr. 208).

Aldus kan artikel 1154B.W. toepassing krijgen inzake wettelijke intrest van een vergoeding die wordt toegekend wegens de onregelmatigheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. (Cass. 13 april 1987, Arr. Cass. 1986 -87; 1094 met conclusie Openbaar Ministerie).

Aan de twee andere voorwaarden is eveneens voldaan; terecht stelt de N.V. Waarborgbeheer dat de kapitalisatie slechts geldt voor de intresten die vervallen zijn op het ogenblik van het neerleggen van het verzoekschrift tot hoger beroep en dat de nieuwe kapitalisatie slechts mogelijk is indien de aanmaning hernieuwd wordt en de intresten dan minstens over een heel jaar verschuldigd zijn.

De kapitalisatie kan niet geweigerd worden op grond van het argument dat het bedrag van de hoofdschuld nog betwist wordt, omdat men anders aan artikel 1154 B.W. een voorwaarde toevoegt (A. Van Oevelen, *Interessen*, syllabus C.B.R. 9 december 2008, 29 met verwijzing naar Cass., 30 januari 1896, Pas 1896, I, 79 met conclusie O.M.; Cass., 16 december 2002, JTT 2003, '89, R.W. 2004-05, 1500, noot A. Van Oevelen. Dit laatste arrest had betrekking op de kapitalisatie van intresten bij een opzeggingsvergoeding waarvan het bedrag nog niet vaststond).

De door mevrouw B gevraagde kapitalisatie van intresten kan derhalve worden toegestaan.

De terugvordering van de beschermingsvergoeding wegens tijdskrediet wegens onverschuldigd betaling.

10. Op grond van artikel 20 §2 van de C.A.O. nr. 77 bis mag de werkgever geen handeling verrichten die tot doel heeft ééNZijdig een einde te maken aan de dienstbetrekking behalve om een dringende reden als bedoeld in artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet of om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst of de vermindering van de arbeidsprestaties tot een halftijdse betrekking vanwege de uitoefening van het recht op tijdskrediet.

Wanneer de werkgever in de periode van het ontslagverbod van artikel 20 §2 de dienstbetrekking ééNZijdig wijzigt, moet hij bewijzen dat hij de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd om een dringende reden of om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens de uitoefening van het recht op tijdskrediet (Cass. 14 januari 2008, JTT 2008, 243).

11. In de ontslagbrief van mevrouw B werd vermeld dat het ontslag kadert in het feit dat zij niet langer voldeed aan de eisen en verwachtingen van het bedrijf rond de concrete uitvoering van haar opdrachten en de daaraan gekoppelde resultaten.

Mevrouw B heeft deze reden steeds betwist, zodat de bewijslast bij de N.V. Waarborgbeheer ligt.

De werkgever brengt daarvoor een aantal verslagen van haar managementcomité voor (stukken 2 N.V. Waarborgbeheer) en stelt dat het niet functioneren van mevrouw B daar herhaaldelijk besproken werd.

Mevrouw B stelt dat deze stukken louter éézijdig zijn en zij leidt uit deze stukken af dat ze dikwijls op andere zaken betrekking hebben dan op haar functioneren.

12. Het hof stelt vast dat in de ontslagbrief aanvankelijk de beschermingsvergoeding aan mevrouw B werd toegekend. Nadat zij een hogere opzeggingsvergoeding gevorderd heeft, repliceerde de raadsman van de N.V. Waarborgbeheer in zijn brief van 9 oktober 2007 dat hij instructie heeft om deze beschermingsvergoeding terug te vorderen *indien de partijen niet tot een minnelijke regeling zouden kunnen komen*.

In een niet gedateerd en niet ondertekend document (stuk 4 Waarborgbeheer) worden een aantal redenen vermeld, die aan het ontslag van mevrouw B een economische onderbouw moeten geven; de schrijver van dit document dient echter te erkennen dat deze redenen niet geschraagd worden door een *formele procedure van evaluatie en ontslag* en hij suggereert dat dit kan verholpen worden door te verwijzen naar dagdagelijks evaluaties (*ik zou hierop antwoorden dat...*).

Dit document is echter dubbelzinnig, omdat men naast de redenen voor het ontslag tevens verwijst naar het voorafgaandelijk gevraagd juridisch advies in verband met de toe te passen wettelijke regels, wat met mevrouw B zou besproken zijn. In de syntheseconclusie in hoger beroep (p.25) wordt echter uitgelegd dat dit advies uitging van het sociaal secretariaat met als standpunt dat de beschermingsvergoeding moest worden uitbetaald, wat overigens ook in de ontslagbrief werd vermeld.

Het lijkt er dan ook op dat men achteraf bewijzen is gaan zoeken voor een reden die paste binnen artikel 20 §2 van de C.A.O. 77 bis.

Vanuit die vaststellingen treedt het hof mevrouw B bij dat de stukken 2 van de N.V. Waarborgbeheer onvoldoende bewijskrachtig zijn om aan te tonen dat het ontslag vreemd is aan het tijdskrediet.

Immers in deze interne verslagen gaat het dikwijls over verlofaanvragen en functieafspraken of controles van de ziekte.

Uiteraard had mevrouw B het recht om verlof aan te vragen; een afspraak hierover is immers slechts mogelijk, mits zijzelf eerst een aanvraag doet.

De functieafspraken gaan weliswaar dikwijls gepaard met negatieve uitlatingen ten aanzien van mevrouw E, maar uit stuk 4 volgt dat deze invulling niet geschraagd wordt door een formele evaluatie.

Een bespreking met mevrouw B heeft enkel plaatsgevonden op 14 september 2004 (2,5 jaar voor het ontslag), maar dit blijkt vooral betrekking te hebben gehad op haar ziekte en de moeilijkheden bij de controle door een

controleerend geneesheer, waarvoor mevrouw B zich vanuit haar woonplaats in Erembodegem naar een arts in Molenbeek diende te begeven, wat toch wel een erg grote afstand is voor een zieke persoon. Dit probleem werd door de werkgever overigens erkend en er werd naar een oplossing gezocht met het controleorganisme.

Alleszins heeft mevrouw B de bevindingen van het gesprek van 13 september 2004 schriftelijk becommentarieerd en deels tegengesproken in haar brief van 6 oktober 2004.

Hoewel de N.V. Waarborgbeheer voorhoudt dat men niet de gewoonte had om ziektes van personeelsleden te laten controleren, volgt uit de verslagen van het managementcomité dat men dit voor mevrouw B herhaaldelijk gedaan heeft; niettemin blijkt uit de bijlagen van stuk 2g dat na controle de ziekte reëel bleek.

De door de N.V. Waarborgbeheer aangebrachte stukken zijn dan ook onvoldoende bepalend om bewijs te leveren dat het ontslag geen verband hield met het tijdskrediet. Deze stukken betreffen gewone werkaangelegenheden en tonen hoogstens aan dat men in het managementcomité vanuit een gespannen blik naar mevrouw B keek, maar ze tonen niet objectief aan dat mevrouw B fouten zou maken in haar functioneren, zoals wordt voorgehouden. Omwille van haar tijdskrediet werkte ze immers maar halftijds en de verwachtingen van de werkgever dienen hieraan te worden aangepast.

Hieraan wordt niet verholpen door de in graad van hoger beroep bijkomend voorgebrachte stukken 19 tot en met 22.

Deze betreffen een interne e-mail correspondentie omtrent de vraag hoe men langs werkgeverszijde een (ontslag)gesprek heeft voorbereid.

De interne nota van 12 januari 2007 is opnieuw een eenzijdig intern document, dat niet verder wordt geobjectiveerd en dat gelet op de betwisting door mevrouw B onvoldoende bewijskrachtig is.

In deze nota wordt overigens enkel gesproken over het aspect dossierbeheer, terwijl uit stuk 18 volgt dat mevrouw B een dubbele functie had, met name secretariaat en dossierbeheer (zie eveneens functieafspraken - stuk 2c en regeling secretariaatswerk in 2f). Deze nota geeft dan ook alleszins geen volledig zicht op de werksituatie van mevrouw B.

Het getuigenaanbod van de N.V. Waarborgbeheer is onvoldoende precies geformuleerd en bevat in verband met het zgn. slechte functioneren geen concrete feiten, die voor tegenbewijs vatbaar zijn.

Aangezien de N.V. Waarborgbeheer geen doeltreffend bewijs brengt van het feit dat het ontslag vreemd was aan het tijdskrediet, had mevrouw B recht op uitbetaling van de beschermingsvergoeding voorzien in artikel 20 §4 van de C.A.O. 77 bis.

De betaling hiervan was dus niet onverschuldigd.

De oorspronkelijke tegenvordering is ongegrond en het hoger beroep is op dit punt gegrond.

Rechtsplegingsvergoeding.

13. Aangezien beide partijen deels in het gelijk en deels in het ongelijk zijn gesteld, dienen de gerechtskosten te worden gecompenseerd bij toepassing van artikel 1017, derde lid Ger. W. in de zin dat deze voor 1/4 ten laste van mevrouw B. worden gelegd en voor 3/4 ten laste van de N.V. Waarborgbeheer.

Terecht werpt de N.V. Waarborgbeheer op dat geen rechtsplegingsvergoeding kan worden toegekend voor de behandeling in eerste aanleg, daar mevrouw B. toen niet bijgestaan werd door een advocaat, maar wel door een vertegenwoordiger van een vakorganisatie.

Aangezien de rechtsplegingsvergoeding per aanleg wordt toegekend, dient geen afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding te worden voorzien voor de tegenvordering. (J. F. van Drooghenbroeck en B. De Coninck, *La loi du 21 avril 2007 sur la répétibilité des frais et honoraires d'avocat*, JT 2008, 43, nr. 22 bis; H. Boularbah, *Répétibilité et demandes incidentes*, Nota Centre de droit privé de l' ULB).

Artikel 2 van het KB van 26 oktober 2007 verwijst enkel naar de toepassing van de artikelen 557 tot 562 en 618 van het Ger. W., die enkel betrekking hebben op de hoofdeis; zodat voor het bepalen van de rechtsplegingsvergoeding de hoofdeis en de tegeneis evenmin moeten worden samengeteld (H. Boularbah, zelfde vindplaats).

Partijen gaan akkoord met de rechtsplegingsvergoeding op basis van het basisbedrag; aangezien de hoofdvordering in hoger beroep €95.020,59 bedroeg, bedraagt de rechtsplegingsvergoeding € 3.000.

OM DEZE REDENEN**HET ARBEIDSHOF**

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24,

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoofdberoep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk, doch ongegrond.

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende;

Verklaart de oorspronkelijke hoofdvordering van mevrouw B ontvankelijk en in hierna bepaalde mate gegrond;

Veroordeelt de N.V. Waarborgbeheer tot het betalen aan mevrouw B. van een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 28.854,33, te vermeerderen met wettelijke intresten op bruto vanaf 1 maart 2007 en de gerechtelijke intresten;

Staat per 12 februari 2009 de kapitalisatie toe van de vervallen intresten die op dat ogenblik reeds meer dan één jaar opeisbaar zijn en zegt voor recht dat de aldus gekapitaliseerde intrest bij de hoofdsom wordt gevoegd en vanaf 13 februari 2009 opnieuw intresten afwerpt;

Verklaart de oorspronkelijke tegenvordering van de N.V. Waarborgbeheer ontvankelijk, doch ongegrond;

Wijst al op meergevorderde af.

Compenseert de gerechtskosten bij toepassing van artikel 1017, derde lid Ger. W. in de zin dat deze voor 1/4 ten laste van mevrouw B worden gelegd en voor 3/4 ten laste van de N.V. Waarborgbeheer, deze in hoofde van partijen door het hof als volgt bepaald :

- mevrouw B	: dagvaardingskosten	€ 113,08
	rechtsplegingsvergoeding hoger beroep	<u>€ 3.000,00</u>
	totaal	€ 3.113,08

- N.V. Waarborgbeheer	: rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 2.000,00
	rechtsplegingsvergoeding hoger beroep	<u>€ 3.000,00</u>
	totaal	€ 5.000,00

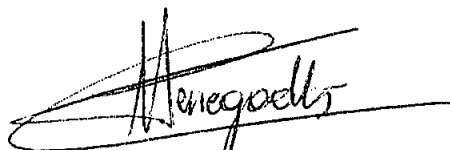
Aldus gewezen door de 3^{de} Kamer van het Arbeidshof te Brussel als volgt samengesteld :

De Heer L. LENAERTS, Raadsheer,

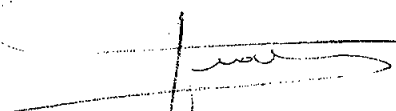
Mevrouw S. ALAERTS, Raadsheer in sociale zaken als werkgever,

Mevrouw B. MUSSCHE, Raadsheer in sociale zaken als werknemer-bediende,

Mevrouw L. HERREGODTS, Griffier.


L. HERREGODTS.

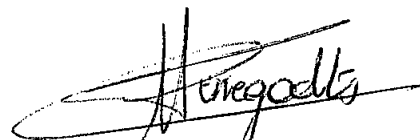

L. LENAERTS,


S. ALAERTS.

B. MUSSCHE.

Mevrouw B. MUSSCHE die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen verkeert in de onmogelijkheid om te ondertekenen.

Overeenkomstig het artikel 785 van het Gerechtelijk Wetboek wordt het arrest getekend door de Heer L. LENAERTS en Mevrouw S. ALAERTS.

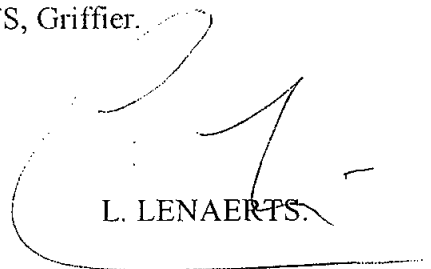


L. HERREGODTS, Griffier.

Het arrest is uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 3^e Kamer van het Arbeidshof te Brussel op 19 maart 2010 door de Heer L. LENAERTS, bijgestaan door mevrouw L. HERREGODTS, Griffier.



L. HERREGODTS,



L. LENAERTS.

