

rep.nr.

2012/1481

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 1 JUNI 2012

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

B

L

appellante,
vertegenwoordigd door mr. SIMEONS Veerle, advocaat te 1080
BRUSSEL, Schoonslaapsterstraat 29 b1.

Tegen:

SENIOR SERVICE FLAT ASCOT NV, met maatschappelijke zetel te
1020 BRUSSEL, Bonekruidlaan, 21,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. VAN LANGENDONCK Anne loco mr.
GOMREE Marie-Paule, advocaat te 1160 BRUSSEL, Tedescolaan, 7.

*

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 21 januari 2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 11040/09),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 13 april 2011,
- de conclusie voor de appellante, neergelegd ter griffie op 14 oktober 2011,
- de conclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 26 juli 2011 en 16 november 2011,

- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 4 mei 2012, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Mevrouw B. L. en de NV Senior Service Flat Ascot (hierna afgekort als *Ascot*) ondertekenden op 27 maart 2008 een deeltijdse (20u./week) arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd als arbeidster voor de functie van hulp aan bejaarden met een proefperiode van 14 dagen. De overeenkomst werd afgesloten te Strombeek voor de daar gelegen arbeidsplaats, maar was opgesteld in het Frans.

Op 14 april 2008 werd een gelijkaardige arbeidsovereenkomst afgesloten.

2. Op 1 mei 2008 werd tussen partijen een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd voor bedienden afgesloten voor de functie van hulp verzorgende, ditmaal voor 33 uur met een proefperiode van 6 maanden. De overeenkomst werd afgesloten te Strombeek voor de daar gelegen arbeidsplaats, maar was opgesteld in het Nederlands.

3. Op 18 augustus 2008 ontving mevrouw B. een schriftelijke aanmaning in het Frans, omwille van afwezigheid sinds 16 augustus 2008.

Op 11 september 2008 volgde een nieuwe schriftelijke aanmaning in het Frans omdat ze zich ten aanzien van mevrouw E. vergist had bij de verdeling van de medicamenten.

Bij aangetekende brief van 12 september 2008 werd ze met dringende reden ontslagen omdat ze geen medicamenten had verstrekt aan mevrouw D. Ook deze brief was opgesteld in het Frans.

4. Op 3 november 2008 protesteerde de vakorganisatie van mevrouw B. met een Franstalige brief tegen dit ontslag en ze vroeg betaling van een opzeggingsvergoeding.

Op 14 november 2008 wees het sociaal secretariaat met een Franstalige brief deze eis af.

5. Partijen kwamen dus niet tot overeenstemming, zodat mevrouw B. op 11 augustus 2009 Ascot dagvaardde voor de arbeidsrechtbank te Brussel in nietigverklaring van de ontslagbrief van 12 september 2008 en in betaling van:
- een opzeggingsvergoeding van € 1.376,79
- een vergoeding willekeurig ontslag van € 8.948,94
te vermeerderen met intresten en kosten.

In ondergeschikte orde vroeg ze dezelfde bedragen omwille van het niet aanwezig zijn van een dringende reden.

Bij besluiten, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank te Brussel op 26 februari 2010, wijzigde ze haar vordering in betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van 3 maanden of € 4.474,47
- vakantiegeld einde dienst van € 796,07
- pro rata eindejaarspremie van € 552,70
- vakantiegeld hierop van € 82,78

te vermeerderen met intresten op bruto en kosten.

Op de vergoeding willekeurig ontslag werd niet meer aangedrongen.

6. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 21 januari 2011 werd de resterende vordering als volgt ontvankelijk en gegrond verklaard:

Ascot werd veroordeeld tot betaling van een opzeggingsvergoeding van 7 dagen omwille van de lopende proefperiode of € 344,19 en tot betaling van vakantiegeld einde dienst van € 796,07, dit laatste op grond van de delictuele aansprakelijkheid, alsook tot de gerechtskosten, die werden herleid. Het overige werd afgewezen.

In haar motivering weerhield de rechtbank de absolute nietigheid van de ontslagbrief. De vordering i.v.m. de eindejaarspremie en het vakantiegeld hierop werd niet toegekend, omdat dit volgens de toepasselijke CAO niet van toepassing was tijdens de proefperiode.

7. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 13 april 2011, tekende mevrouw B hoger beroep aan en hernam ze volledig haar vordering zoals geformuleerd in haar eerdere besluiten van 26 februari 2010.

Ascot vroeg dat het vonnis zou worden teniet gedaan, omdat de gewijzigde vordering verjaard, alleszins ongegrond was.

II. BEOORDELING.

Ontvankelijkheid van de beroepen

1. 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.

2. Mevrouw B betwist dat Ascot in verband met de nietigheden die voortvloeien uit het taaldecreet incidenteel beroep heeft aangetekend tegen de beslissing van de eerste rechter. Ze wijst er op dat dit niet uitdrukkelijk te lezen staat in het beschikkend gedeelte van de beroepsbesluiten van Ascot.

Het Hof van Cassatie heeft uit de art. 741 tot 744, 1042, 1054 en 1056, 4^o, Ger.W. afgeleid dat een incidenteel beroep, in beginsel, aan geen andere vormvereisten onderworpen is dan die welke gelden voor een conclusie; een partij kan incidenteel beroep instellen door een beslissing aan te vechten en de hervorming van het bestreden vonnis te vragen in de motieven van haar conclusie voor de rechter in hoger beroep, ook al wordt in het dictum van deze conclusie geen hervorming van het bestreden vonnis gevraagd. Een vordering die is opgenomen in de motieven van een conclusie, is regelmatig aan de rechter voorgelegd, zelfs wanneer zij niet

herhaald wordt in het dictum van deze conclusie (Cass. 5 februari 2004, Arr.Cass. 2004, 177; Pas. 2004, afl. 2, 207).

Ascot betwist in de motivering van haar beroepsbesluiten de nietigheid van de ontslagbrief, omdat haar maatschappelijke zetel in Brussel en dus niet in het Nederlandstalig taalgebied is gelegen. In het beschikkend gedeelte van deze besluiten vraagt ze dat het vonnis van de eerste rechter zou worden teniet gedaan in de zin dat de opzeggingsvergoeding en de andere vorderingen verjaard of minstens ongegrond moeten worden verklaard.

Zodoende tekent ze geldig incidenteel beroep aan. Het incidenteel beroep is ontvankelijk.

Verjaring van de aangepaste vordering?

3. Artikel 807 Ger. W. luidt:

Een vordering die voor de rechter aanhangig is, kan uitgebreid of gewijzigd worden, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien de juridische omschrijving verschillend is.

Artikel 807 Ger. W. vereist niet dat een gewijzigde of uitgebreide vordering, wanneer zij berust op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, uitsluitend op dat feit of die akte berust (Cass. 10 november 2006, RABG 2007,6 189; RW 2007-08, 21 met noot).

Voor de stuiting van de verjaring van de vordering die virtueel begrepen is in de inleidende dagvaarding is het vereist dat het voorwerp van die vordering, dit is wat uiteindelijk gevraagd wordt, virtueel begrepen is in het voorwerp van de bij dagvaarding ingestelde vordering. (Cass. 7 mei 2001, JTT 2001, 410 met noot C. Wantiez; Cass. 26 november 1990, JTT 1991, 24 met noot; Cass. 29 december 1986, Pas 1987, 523; Cass. 9 april 1989, Pas 1989).

4. In de inleidende dagvaarding van 11 augustus 2009 vroeg mevrouw B de nietigverklaring van de ontslagbrief van 12 september 2008 en de betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van € 1.376,79
- een vergoeding willekeurig ontslag van € 8.948,94

te vermeerderen met intresten en kosten.

In ondergeschikte orde vroeg ze dezelfde bedragen omwille van het niet aanwezig' zijn van dringende reden.

De vordering tot betaling van een opzeggingsvergoeding was dus alleszins begrepen in het voorwerp van de inleidende dagvaarding, zodat deze vordering bij conclusies van 26 februari 2010 kon worden uitgebreid door aanpassing van het gevorderde bedrag. Deze uitbreiding was geen nieuwe vordering en was virtueel begrepen in het voorwerp van de bij dagvaarding ingestelde vordering die de verjaring van de uitbreiding stuitte.

5. Voor de verjaring van de vordering vakantiegeld einde dienst weerhield de eerste rechter terecht de verjaringstermijn van art. 26 V. T. W. Sv.

De feitenrechter is er inderdaad toe gehouden het geschil te beslechten in overeenstemming met de rechtsregel die van toepassing is. Hij moet met inachtneming van het recht van verdediging ambtshalve de rechtsmiddelen

aanvoeren waarvan de toepassing geboden is door de feiten, die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen (Cass. 14 april 2005, JT 2005, 659 met noot Van Compennolle; JLMB 2005,8 156 met noot De Leval; RABG 2005, 1663 met noot Verbeke; Pas 2005, 862 met conclusie Openbaar Ministerie).

Daarmee is het Hof van Cassatie afgestapt van het klassieke concept dat de rechter gehouden is uitspraak te doen op grond van de aangevoerde feiten en met inachtneming van de juridische omschrijving die de partijen daaraan gegeven hebben. Zelfs zo de partijen een verkeerde omschrijving hebben gegeven aan de door hen ingeroepen feiten, dient de rechter deze te vervangen door de juiste juridische omschrijving; dit is voor de rechter een verplichting, waardoor het Hof van Cassatie het feitelijk oorzaakbegrip van de burgerlijke rechtsvordering bekrachtigde (Jaarverslag Hof van Cassatie 2005, 90; L. Eliaerts, *Loon als schadeherstel ex delicto: revisited*, Soc. Kron 2008, 438).

Door de aangevoerde feiten te herkwalficeren wijzigt de rechter immers niet de oorzaak van de vordering, noch miskent hij het beschikkingsbeginsel (Cass. 20 april 2009, RW 2009-10, 876 met conclusie Openbaar Ministerie; Cassatie, 23 oktober 2006, JTT 2007, 227, concl. Leclercq, J., noot; Pas. 2006, 2112; RCJB 2008, 157; Soc.Kron. 2007, 270, noot Remouchamps, S en Cassatie, 22 januari 2007, JTT 2007, 481, noot Lagasse, F., Palumbo, M; Pas. 2007, 128; RCJB 2008, 168, noot Kefer, F; Soc.Kron. 2008, 443).

De niet betaling van vakantiegeld was op dat ogenblik strafbaar door art 54, 2° van de op 28 juni 1971 gecoördineerde vakantiewetten, zodat de eerste rechter terecht art. 26 van de voorafgaande titel Wb. Sv. heeft toegepast en er geen verjaring kan weerhouden worden.

Ten gronde

De absolute nietigheid van de in het Frans opgestelde stukken als gevolg van het taaldecreet.

6. Niet betwist wordt dat mevrouw B tewerkgesteld werd in de exploitatiezetel van Ascot te Strombeek Bever, die in het Nederlandstalige taalgebied gelegen is.

7. Artikel 1 van het taaldecreet van 19 juni 1973 zegt dat het van toepassing is op de natuurlijke personen en rechtspersonen die een exploitatiezetel in het Nederlandse taalgebied hebben.

De exploitatiezetel is iedere vestiging of elk centrum met enige standvastigheid waaraan het personeelslid gehecht is en waar de sociale betrekkingen tussen de werkgever en de werknemer in principe plaatshebben: daar worden doorgaans de opdrachten en instructies aan het personeelslid gegeven, worden hem alle mededelingen gedaan en wendt hij zich tot zijn werkgever (Cass. 22 april 2002 Arr.Cass. 2002, 1089; Pas. 2002, 976; RW 2002-03, 1542).

De verwijzing door Ascot naar de ligging van haar maatschappelijke zetel te Brussel is dan ook irrelevant.

Artikel 2 bepaalt dat de te gebruiken taal voor de sociale betrekkingen tussen werkgevers en de werknemers, alsmede voor de wettelijk voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen, het Nederlands is.

In overeenstemming met artikel 3 omvatten de sociale betrekkingen zowel de mondelinge als schriftelijke individuele en collectieve contacten tussen de werkgevers en de werknemers, die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houden met de tewerkstelling.

De sociale betrekkingen tussen werkgever en werknemer omvatten dus alle verhoudingen die plaatsvinden in het ondergeschikt verband of nog in het hiërarchisch verband tussen de werkgever of zijn aangestelden en de werknemer (Cass. 22 april 2002 Arr.Cass. 2002, 1089; Pas. 2002, 976; RW 2002-03, 1542).

Het Hof van Cassatie bevestigde in een arrest van 11 juni 1979 dat het taaldecreet vereist dat de rechtspersoon, werkgever, gevestigd in het Nederlands taalgebied, uitsluitend het Nederlands gebruikt ook voor de aanzegging van de dringende reden (Cass. 11 juni 1979, RW 1979-80, 1129).

8. Artikel 10 van het decreet bepaalt dat de stukken of handelingen, die in strijd met de bepalingen van dit decreet zijn, nietig zijn.
De nietigheid wordt ambtshalve door de rechter vastgesteld.

Het betreft dus een absolute nietigheid, die ex tunc geldt, zodat de stukken die in strijd met het decreet worden opgesteld, geacht worden nooit te hebben bestaan. De rechter mag er geen acht op slaan en mag geen rekening houden met de inhoud ervan. Dit betreft eveneens de wilsuiking (Cass. 31 januari 1978, TSR 1978, 329).

9. Hieruit volgt dat, behoudens de situatie bedoeld in art. 10 vijfde lid, de door Ascot in het Frans opgestelde stukken, waaronder de betekening van de dringende reden geen uitwerking hebben.

Dit betreft meer bepaald:

- de arbeidsovereenkomst van 27 maart 2008
- de arbeidsovereenkomst van 14 april 2008
- de waarschuwingsbrief van 18 augustus 2008
- de waarschuwingsbrief van 11 september 2008
- de ontslagbrief van 12 september 2008.
- Het C4 formulier en een deel van de loonfiches.

Aan de nietigheid wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat artikel 10 vijfde lid bepaalt dat de nietigheid geen nadeel kan berokkenen aan de werknemer, omdat door de nietigheid van de ontslagbrief de arbeidsovereenkomst blijft voortbestaan, wat in het voordeel van de werknemer is. (vgl. K. Salomez, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, ICA, Die Keure, 2004, 34).

Door de absolute nietigheid van de ontslagbrief stelde de eerste rechter zich de vraag op welke wijze de overeenkomst tussen partijen een einde heeft genomen (Arbh. Brussel 1 juni 2010, JTT 2010, 390).

Ascot betwist echter niet dat ze op 12 september 2008 de arbeidsovereenkomst verbrak, zoals ze bevestigt in haar tweede beroepsbesluiten p. 7.

Mevrouw B heeft dan ook recht op een opzeggingsvergoeding die door de eerste rechter werd begroot, rekening houdend met de proefperiode.

De overige argumentatie van partijen over het ontslag om dringende reden is daardoor niet meer ter zake dienend;

Geldigheid van de proef

10. Een proefbeding is in beginsel eenmalig.

Maar art. 67 §1 van de arbeidsovereenkomstenwet impliceert niet dat, wanneer de werkgever en de werknemer met wederzijdse instemming een bestaande arbeidsovereenkomst beëindigen en een nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten, die nieuwe arbeidsovereenkomst in geen geval een beding van proeftijd kan bevatten (Cass. 6 december 1993, JTT 1994, 83 met noot C. Wantiez).

Een tweede proeftijd kan geldig bedongen worden bij veranderde arbeidsvoorwaarden of bij een nieuwe functie.

11. Mevrouw B wijst er op dat ze voor de arbeidsovereenkomst van 1 mei 2008 reeds twee arbeidsovereenkomsten had afgesloten op 27 maart 2008 en 14 april 2008, met telkens een proefperiode. Hieruit leidt ze af dat het proefbeding van 1 mei 2008 ongeldig is, omdat het volgens haar telkens over dezelfde functie ging.

De arbeidsovereenkomsten van 27 maart en 14 april 2008 zijn opgesteld in het Frans en hierdoor nietig (zie randnummer 9), zodat in beginsel deze proefperiode niet bestond. Maar mevrouw B kan invoeren dat deze nietigheid haar geen nadeel mocht toebrengen.

De arbeidsovereenkomsten van 27 maart en 14 april 2008 betreffen echter een tewerkstelling als arbeidster. Op grond van artikel 2 van de arbeidsovereenkomstenwet heeft deze overeenkomst in hoofdzaak betrekking op het verrichten van handarbeid.

De arbeidsovereenkomst van 1 mei 2008 daarentegen heeft betrekking op een tewerkstelling als bediende, waardoor de werknemer zich verbindt om in hoofdzaak hoofdarbeid te verrichten (art. 3 van de arbeidsovereenkomstenwet).

De functiebenaming in de verschillende overeenkomsten verschilde, waarbij in de arbeidsovereenkomst van 1 mei 2008 meer de nadruk ligt op het verzorgende.

Uit de woorden *in hoofdzaak* in de wettelijke definities volgt dat de functies in de verschillende contracten voor een deel gelijkaardig konden zijn, maar dit neemt niet weg dat mevrouw B vanaf 1 mei 2008 in hoofdzaak meer hoofdarbeid diende te doen. Naast een ruimere uurregeling had ze overigens ook een hoger loon. Het betrof dan ook een tewerkstelling onder andere arbeidsvoorwaarden.

Hieruit volgt dat Ascot in het bediendecontract een proefperiode van 6 maanden kon insluiten, zoals gebeurde in art. 6.

12. Hierdoor heeft mevrouw B slechts recht op een opzeggingsvergoeding van 7 dagen, daar haar ontslag tijdens de proefperiode viel.

Art. 7 §2 van de CAO van 25 september 2002 betreffende de eindejaarstoelage, afgesloten in het Paritair Comité voor de gezondheidszorgen bepaalt dat de werknemers die zich in de proefperiode bevinden op het ogenblik van de betaling

van de toelage van het in aanmerking te nemen jaar, geen recht hebben op de toelage.

Hierdoor heeft mevrouw B geen recht op de door haar gevorderde eindejaarstoelage, noch op het vakantiegeld hierop.

Het hoger beroep en het incidenteel beroep zijn op deze onderdelen ongegrond.

Vakantiegeld einde dienst

13. Gelet op de burgerlijke vordering, voortspruitend uit een misdrijf (zie randnummer 5), betwist Ascot het moreel bestanddeel van het niet betalen van het betreffende vakantiegeld, waarvan de becijfering niet wordt betwist.

14. Bij de niet opzettelijke misdrijven, zoals de meeste sociaalrechtelijke misdrijven, bestaat het moreel bestanddeel uit de volwaardige wil van de dader om de materiële handeling of nalatigheid te stellen; wanneer de werkgever een rechtvaardigingsgrond inroept en wanneer deze bewering niet ontbloomt is van elk element van geloofwaardigheid, staat het aan degene die zich op dit misdrijf beroept, om de onjuistheid van deze rechtvaardigingsgrond aan te tonen (Cass. 4 januari 1994, A.C., 1994; Cass. 30 september 1993, A.C. 1993, nr. 389; W. Rauws, *Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling*, in *Sociaal Strafrecht*, Maklu, 1998 p 73).

Rechtvaardigingsgronden zijn deze die elke fout in hoofde van de betrokkene uitsluiten, zoals overmacht, onoverwinnelijke dwaling, of een noodtoestand (J.F. Goffin, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2004, p 371).

De onachtzaamheid of het gebrek aan voorzichtigheid volstaat immers voor de aanwezigheid van het moreel bestanddeel van het niet opzettelijk misdrijf.

Ascot roept geen rechtvaardigingsgrond in bovenvermelde zin in, zodat het moreel bestanddeel van de misdrijven aangetoond is door de wil van de dader.

Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

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 hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk, doch ongegrond.

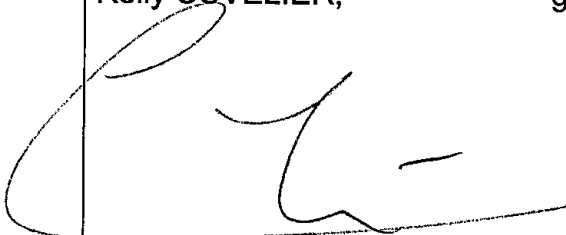
Bevestigt het bestreden vonnis en stelt bovendien de nietigheid vast van de Franstalige documenten, vermeld in randnummer II.9.

Veroordeelt de nv Senior Service Flat Ascot tot de gerechtskosten van het hoger beroep, deze aan de zijde van mevrouw B begroot op:
Rechtsplegingsvergoeding basisbedrag € 990.

Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Marcel VAN AKEN,
Koen DRIES,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

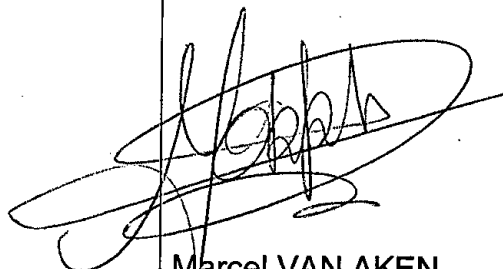
raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



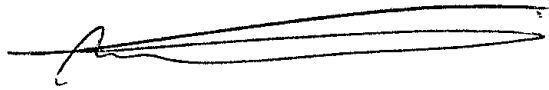
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



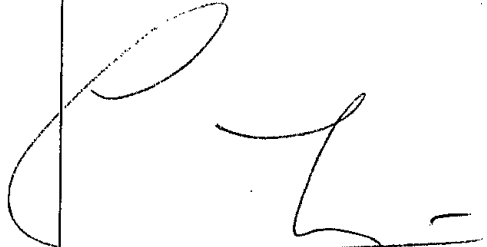
Marcel VAN AKEN,



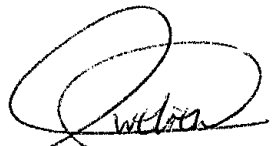
Koen DRIES.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 1 juni 2012 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.

