

rep.nr 2012/3220

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

**OPENBARE TERECHTZITTING VAN ACHTTIEN DECEMBER
TWEEDUIZEND EN TWAALF.**

3e KAMER

bediendecontract

tegenspraak

definitief

In de zaak :

VLAAMSE MEDIA MAATSCHAPPIJ N.V., met
maatschappelijke zetel gevestigd te 1800 Vilvoorde,
Medialaan 1;

Appellante op hoofdberoep en geïntimeerde op
incidenteel beroep, die op de openbare terechtzitting
wordt vertegenwoordigd door meester Tilleman Filip en
meester Van Hoogenbemt Herman, advocaten te
Brussel,

tegen :

R E

Geïntimeerde op hoofdberoep en appellante op
incidenteel beroep verschijnt in persoon en wordt
vertegenwoordigd op de openbare terechtzitting door
meester Vanschoebeke Bart, advocaat te Gent.

*

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

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

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak, door de 23^e kamer van de Arbeidsrechtbank te Brussel op 10 oktober 2011;
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 2 december 2011;
- de conclusies en syntheseconclusies voor de appellante neergelegd ter griffie op 30 maart 2012 en 30 augustus 2012;
- de conclusies, syntheseconclusies en tweede syntheseconclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 3 januari 2012, 31 mei 2012 en 28 september 2012;
- de voorgelegde stukken ;

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van 20 november 2012, waarna de debatten werden gesloten en de zaak voor uitspraak werd gesteld op heden.

* *
*

I. FEITEN

Het arbeidshof acht volgende door partijen aangebrachte feiten bewezen en relevant voor de beoordeling van de betwisting.

Mevrouw R trad op 3 september 2001 in dienst van de NV Vlaamse Mediamaatschappij (hierna genoemd de NV) als bediende, met schriftelijke arbeidsovereenkomst van 30 augustus 2001. De arbeidsovereenkomst vermeldde dat mevrouw R in dienst werd genomen als 'journalist Telefacts'.

In het kader van de reorganisatie van dit programma werd beslist dat geen eigen reportages meer zouden worden gemaakt en er geen werk meer zou zijn voor mevrouw R. Met ingang van september 2008 aanvaardde zij het voorstel van de NV om eindredacteur te

worden van het 'jeugdjournaal Zoom'.

In het kader van haar arbeidsovereenkomst werkte zij voltijds (38 uur per week) in een systeem van 4 dagen per week.

In de loop van de maand september neemt mevrouw R zwangerschapsverlof op; op 18 september 2009 wordt haar dochter geboren. Aansluitend op het postnataal verlof neemt mevrouw R ouderschapsverlof op. De werkhervatting na het ouderschapsverlof was voorzien op 4 maart 2010.

Met E-mail van 18 december 2009 kwam mevrouw R terug op een gesprek dat zij dezelfde dag had gehad met de heer E. G van de NV. In dit bericht maakte zij onder andere melding van volgende feiten:

"Toen ik begin november, tijdens mijn zwangerschapsverlof, even op vtm was, liet je me weten dat Zoom naar alle waarschijnlijkheid zou stoppen, vanaf januari, en dat ik bij mijn terugkeer een andere functie zou krijgen. Je stelde me toen voor om eindredactie te gaan doen voor het programma Royalty, dat een nieuwe vorm en inhoud zal krijgen.

Toen ik korte tijd later om een gesprek hierover vroeg, kreeg ik geen antwoord. Na een tweede mail, maakten we een afspraak voor een onderhoud deze morgen. Tijdens dat gesprek hoorde ik dat Zoom toch niet zou stoppen – dat er zelfs vanaf februari nieuwe subsidies zouden komen. Niettemin zou het niet meer mogelijk zijn voor mij om daar nog eindredactie te doen.

Opnieuw kwam de vraag om eindredactie te doen bij een vernieuwde versie van Royalty. Ik heb je gezegd dat ik nooit interesse heb betoond in koningshuizen. Persoonlijk zou ik liever voor Zoom blijven werken. Maar ik wil andere opties ook bespreken."

Op dit bericht werd niet gereageerd.

Op 15 februari 2010 stuurde mevrouw R een volgend bericht, waarvan de essentie luidde als volgt:

"Kort samengevat komt het erop neer dat er plannen zijn om zowel mijn functie als mijn uurrooster grondig te wijzigen na mijn terugkeer uit ouderschapsverlof. Ik kan daar niet mee akkoord gaan, en al helemaal niet met de manier waarop één en ander gebeurt."

In het bijzonder verzette mevrouw R zich tegen:

- het feit dat zij voor Royalty zou moeten werken, waarbij zij stelde

dat dit wel 'formeel' behoort tot de nieuwsdienst, maar een amusementsprogramma is dat zeer ver staat van de journalistieke functies die zij uitoefende, en bovendien vaststelde dat 'Zoom' tot nader order bleef voortbestaan, en zij niet inzag waarom zij haar huidige functie niet verder zou kunnen uitoefenen.

- het feit dat zij niet langer in een vierdagenweek zou werken, doch wel vijf dagen per week van maandag tot vrijdag en enkele uren op zaterdag.

Op deze mail kwam op zondag 28 februari 2010 (22.13 uur) een antwoord van mevrouw D namens de NV. In dit antwoord stelde de NV:

- met betrekking tot de functie, dat de functie die mevrouw R vanaf haar terugkeer uit ouderschapsverlof zou uitoefenen bij het programma Royalty er een was van eindredacteur, gelijkwaardig en zelfs nagenoeg identiek aan de functie bij Zoom.
- met betrekking tot het uurrooster, dat hetzelfde uurrooster als bij Zoom niet mogelijk was, omdat in dat rooster structureel te weinig uren werden gepresteerd, en nooit contractuele afspraken werden gemaakt die een vast rooster garandeerden op vier dagen per week voor de rest van de loopbaan.

Met aangetekende brief en E-mail van 2 maart 2010 kwam de raadsman van mevrouw R tussen. Hij stelde dat de functiewijziging en de wijziging in het uurrooster een 'onaanvaardbare aantasting van de arbeidsvoorwaarden van zijn cliënte vormden' en stelde de NV als volgt in gebreke:

"Ik maan u dan ook aan om ten laatste op woensdag 3 maart 2012 (12u) te bevestigen dat mijn cliënte haar functie als eindredacteur van Zoom verder kan blijven uitoefenen, in een vierdagenweek, zonder zaterdagwerk. Bij gebreke aan positieve reactie zal mijn cliënte gedwongen zijn vast te stellen dat u haar arbeidsovereenkomst onrechtmatig verbreekt (impliciet ontslag)."

Op 4 maart 2010 hervatte mevrouw R om 9.30 uur haar werkzaamheden. Volgens een verklaring van mevrouw C werd zij ontvangen door de heer E G (directeur informatie) en de heer E E (chef magazines) die toelichting gaven over de nieuwe functie (eindredacteur Royalty / Telefacts 360°) en over het uurrooster en tijdsbesteding. Mevrouw R weigerde in deze functie van start te gaan, waarna er wat over en weer gepraat en gelopen werd. Om 12.15 uur volgde een tweede gesprek waarin mevrouw R een tweede maal werd gevraagd het werk als eindredacteur Royalty /

Telefacts 360° aan te vatten, en mevrouw R een tweede maal weigerde.

Hierop verliet mevrouw R het bedrijf, waarbij zij zelf stelt dat zij hiertoe verplicht werd, en de NV stelt dat enkel werd gesuggereerd dat zij het bedrijf zou verlaten.

Met E-mail van 4 maart 2010 (12.18 uur) stelde de raadsman van mevrouw R dat de NV zijn cliënte een job aanbood die "op drie punten meer dan wezenlijk verschilde van haar huidige job:

- 1) *zij zou moeten veranderen van Zoom naar Royalty en Telefacts*
- 2) *het uurrooster in de week dat zij nu heeft en dat loopt van 8.30 tot 18.00 met 2x de mogelijkheid vroeger te stoppen wordt eenzijdig veranderd in een regime van 9.30 h tot 18.30*
- 3) *als klap op de vuurpijl moet daar bovenop zij zonder enige vorm van flexibiliteit vast iedere zaterdag werken*

dit alles terwijl haar huidige job bestaat. U hebt dit als een definitieve beslissing bestempeld."

Met aangetekende brief, fax (13.12 uur) en E-mail van 4 maart 2010 (per vergissing gedateerd 1 maart 2010) bevestigde de raadsman van mevrouw R de eenzijdige wijzigingen aan functie en uurrooster en vroeg hij de bevestiging voor 5 maart 2010 (18 uur) dat zij haar arbeidsovereenkomst verder kan uitvoeren, bij gebrek waaraan zij gedwongen zou zijn vast te stellen dat de NV de overeenkomst eenzijdig beëindigd had.

Met E-mail van 4 maart 2010 (18.33 uur) meldde mevrouw D aan mevrouw R dat zij op vrijdag 5 maart 2010 om 9.30 uur werd verwacht om haar functie als eindredacteur Royalty / Telefacts 360° op te nemen.

Met E-mail van 4 maart 2010 (23.30 uur) bevestigde mevrouw R dat haar functie eenzijdig werd gewijzigd, dat ook haar uurrooster werd gewijzigd, met opleggen van zaterdagwerk. Zij concludeerde:

"Voor mij is de zaak duidelijk: jullie hebben de arbeidsovereenkomst verbroken – iets waar jullie al maanden op uit zijn.

[...]

Jullie hebben vandaag mijn contract verbroken door jullie definitieve beslissing. Ik heb steeds oplossingen aangereikt en ik ben nog altijd bereid morgen een en ander opnieuw te bekijken als ik de bevestiging

krijgt van de gebruikelijke voorwaarden in mijn Zoom-functie."

Met aangetekende brief en E-mail van 5 maart 2010 betwistte de NV uitvoerig dat de functie van mevrouw R gewijzigd zou zijn, daar zij belast bleef met een journalistieke functie, en stelde zij verder dat de arbeidstijd werd aangepast, doch aan de noodwendigheden van de dienst.

Met aangetekende brief, fax en E-mail van 8 maart 2010 stelde de raadsman van mevrouw R samen met zijn cliënte vast dat de NV zijn cliënte ontslagen had en vasthield aan de eenzijdige wijziging van haar functie en uurrooster. Hij ging hier uitvoerig op in en vorderde betaling van een opzeggingsvergoeding, een beschermingsvergoeding, de pro rata eindejaarspremie en het vakantiegeld einde dienst.

Met aangetekende brief en E-mail van 22 maart 2010 bevestigde de NV het standpunt van de raadsman van mevrouw R niet te kunnen bijtreden. Uit deze brief weerhoudt het arbeidshof dat het programma Zoom verder uitgezonden zou worden; uit de verklaringen ter zitting blijkt dat dit gebeurde tot 2011.

II. RECHTSPLEGING

a.-

Met inleidende dagvaarding van 14 mei 2010 vorderde mevrouw R voor de Arbeidsrechtbank te Brussel betaling door de NV van:

40.248,66 EUR	opzeggingsvergoeding
24.149,19 EUR	beschermingsvergoeding ouderschapsverlof
540,65 EUR	pro rata eindejaarspremie 2010
5.971,33 EUR	vakantiegeld einde dienstbetrekking

te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf de dag waarop deze bedragen verschuldigd waren tot de dagvaarding en gerechtelijke intrest van de dagvaarding tot de dag van effectieve betaling, met kapitalisatie van de intrest van zodra zij betrekking hebben op een volledig jaar.

Zij vorderde tevens de afgifte van sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom, de veroordeling van de NV tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingvergoeding en de voorlopige uitvoerbaarheid van het vonnis zonder enige reserve.

In haar syntheseconclusie vorderde mevrouw R na betaling van de eindejaarspremie en het vakantiegeld einde dienst, volgende bedragen:

40.212,65 EUR opzeggingsvergoeding
24.127,59 EUR beschermingsvergoeding ouderschapsverlof

b.-

Met conclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank op 15 september 2010, stelde de NV een tegenvordering en vorderde zij betaling door mevrouw R van een opzeggingsvergoeding, voorlopig begroot op 1,00 EUR, te vermeerderen met de gerechtelijke intrest vanaf 15 september 2010, en de veroordeling van mevrouw R tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

c.-

Met vonnis van 10 oktober 2011 verklaarde de arbeidsrechtbank de hoofdvordering ontvankelijk en als volgt gegrond; zij veroordeelde de NV tot betaling aan mevrouw R van:

40.087,65 EUR opzeggingsvergoeding
24.052,59 EUR beschermingsvergoeding ouderschapsverlof

te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf de eisbaarheid en de gerechtelijke intrest.

De NV werd veroordeeld tot de afgifte van de aangepaste sociale documenten en het kantonnement werd toegelaten.

De arbeidsrechtbank verklaarde de tegenvordering ongegrond.

De NV werd veroordeeld tot de kosten van het geding.

d.-

Het vonnis werd op 3 november 2011 op verzoek van mevrouw R betekend aan de NV.

e.-

Met verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 2 december 2011 tekende de NV hoger beroep aan tegen dit vonnis. Zij vorderde dat het arbeidshof het bestreden vonnis zou teniet doen en opnieuw recht doende, de oorspronkelijke hoofdeis van mevrouw R ongegrond zou verklaren en de tegenvordering van de NV tot betaling van een opzeggingsvergoeding, gegrond zou verklaren, met verwijzing van mevrouw R in de kosten van beide aanleggen.

f.-

Met conclusie, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 31 januari

2012, tekende mevrouw R incidenteel beroep aan tegen het reeds bestreden vonnis. Zij vorderde dat het arbeidshof de NV zou veroordelen tot betaling van:

40.212,65 EUR	opzeggingsvergoeding
24.127,59 EUR	beschermingsvergoeding ouderschapsverlof

te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf de dag waarop deze bedragen verschuldigd waren tot de dagvaarding en gerechtelijke intrest van de dagvaarding tot de dag van effectieve betaling.

Verder vorderde zij de kapitalisatie van de intrest, een eerste maal op 14 november 2011 en een tweede maal op 30 mei 2012 of, ondergeschikt, op 31 januari 2012.

Zij vorderde tevens de afgifte van sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom, de veroordeling van de NV tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingvergoeding en de voorlopige uitvoerbaarheid van het vonnis zonder enige reserve.

In ondergeschikte orde vorderde zij, indien het arbeidshof zou oordelen dat mevrouw R ten onrechte impliciet ontslag heeft ingeroepen, de gevorderde opzeggingsvergoeding te herleiden tot 1,00 EUR bruto definitief en de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingvergoeding te verdelen over partijen.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

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

IV. BEOORDELING

A. De oorspronkelijke hoofdvordering

1. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Enkele principes

Uit artikel 1134 BW en 20, 1° van de Arbeidsovereenkomstenwet volgt dat de werkgever de overeengekomen voorwaarden niet eenzijdig kan wijzigen of herroepen, zonder tekort te komen aan zijn contractuele verplichtingen. Hierbij is het zonder belang of de wijziging onbelangrijk is of betrekking heeft op een toekomstig element van de overeenkomst. (vgl. Cass. 13 oktober 1997, R.W. 1998-99, 502)

Het zgn. *ius variandi* van de werkgever is beperkt tot de niet

overeengekomen arbeidsvoorwaarden, en de onmogelijkheid om eenzijdig de overeengekomen voorwaarden te wijzigen geldt ook voor onbelangrijke wijzigingen en wijzigingen van bijkomstige elementen van de overeenkomst.

Enkel wanneer een partij eenzijdig een belangrijke wijziging aan een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst aanbrengt, beëindigt deze partij de arbeidsovereenkomst onregelmatig. (vgl. Cass. 4 februari 2002, J.T.T. 2002, 121, noot C. Wantiez)

Het feit dat het zou gaan om een tijdelijke wijziging staat hieraan niet in de weg: zelfs een tijdelijke belangrijke eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst komt neer op impliciet ontslag. (vgl. Cass. 22 maart 1982, Arr. Cass. 1981-82, 906; Cass. 17 maart 1986, Soc. Kron. 1986, 201; Cass. 30 november 1998, R.W. 1999-2000, 570)

De werkgever beëindigt bijgevolg de arbeidsovereenkomst onregelmatig wanneer hij eenzijdig een belangrijke wijziging aanbrengt aan een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.

Als constitutieve bestanddelen van dergelijke onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden aldus weerhouden:

- de wijziging van de arbeidsvoorwaarden moet eenzijdig zijn
- zij moet betrekking hebben op een essentieel of een overeengekomen bestanddeel van de overeenkomst
- zij moet belangrijk zijn
- zij moet zeker zijn
- zij kan tijdelijk of definitief zijn.

(vgl. L. Dear, La sanction de la modification unilatérale – l'acte équipollent à rupture ou la résolution judiciaire : avantages et inconvénients, in : S. Gilson (coord. Scient.), La modification unilatérale du contrat de travail, Anthémis, Louvain-la-Neuve 2010, 81-90)

Alleen de aanzienlijke wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst staat gelijk met de onmiddellijke onregelmatige beëindiging van deze overeenkomst.

(vgl. Cass. 15 januari 1979, Arr. Cass. 1978-79, 544; Cass. 1 december 1980, Arr. Cass. 1980-81, 361; Cass. 7 februari 1983, Arr. Cass. 1982-83, nr. 324)

Of een bestanddeel van een arbeidsovereenkomst al dan niet een essentieel bestanddeel is, kan op de eerste plaats worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van de arbeidsovereenkomst zelf.

Niets belet dat partijen in de arbeidsovereenkomst bedingen dat een bestanddeel ervan niet als essentieel wordt aangezien, door de wijzigbaarheid ervan in de overeenkomst zelf te bepalen.

Wanneer in de arbeidsovereenkomst een clause is ingebouwd waarbij aan de werkgever het recht wordt gegeven om de expliciet geformuleerde arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, is er inderdaad sprake van een contractueel bindende partijbeslissing. (vgl. P. Humblet, *Ius dominandi* of *Ius variandi* : what's in a name ?, R.W. 1994-1995, 241).

Artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet staat hieraan niet in de weg.

In zijn arrest dd. 14 oktober 1991 heeft het Hof van Cassatie inderdaad geopteerd voor een niet absolute interpretatie van dit artikel, door te oordelen dat artikel 25 enkel de bedingen viseert die een eenzijdige wijziging van een essentiële arbeidsvoorwaarde veronderstellen, doch niet de bedingen die volgens de gesloten overeenkomst geen essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst uitmaken. (vgl. Cass. 14 oktober 1991, R.W. 1991-1992, 809, concl. proc.-gen. H. Lenaerts)

Het essentieel karakter van een bepaling van de arbeidsovereenkomst kan ook blijken uit de wijze waarop partijen zelf de arbeidsovereenkomst uitvoeren.

Uit het feit dat een werknemer reeds enkele malen de wijziging van een bepaald bestanddeel van de overeenkomst heeft aanvaard, kan worden afgeleid dat voor hem dit bestanddeel van de overeenkomst niet (langer) een essentieel bestanddeel is.

Tenslotte moet bij de beoordeling van het al dan niet essentieel karakter van een bestanddeel van de arbeidsovereenkomst, gestreefd worden naar een evenwicht tussen het persoonlijk belang van de werknemer en het economisch belang van de werkgever.

Zo moet de werkgever de mogelijkheid hebben om in het belang van de onderneming en het personeel, zijn organisatie aan te passen door rationalisatiemaatregelen te treffen die wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden met zich mee kunnen brengen.

Hierbij mogen de rechten en belangen van de werknemer niet uit het oog worden verloren, en dient de werkgever bij het gebruik van zijn prerogatieven blijk te geven van voorzichtigheid en gematigdheid.

Deze belangenafweging maakt duidelijk wat, de concrete

omstandigheden van ieder geval in acht genomen, al dan niet als essentieel bestanddeel mag worden aangezien.

(vgl. W. van Eeckhoutte, Het belang van de werkgever, T.S.R. 1994, 44)

Kleine eenzijdige wijzigingen aan essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst komen niet neer op een onrechtmatige beëindiging ervan.

(vgl. Cass. 15 januari 1979, Arr. Cass. 1978-79, 544)

Als belangrijke wijzigingen worden door de rechtspraak beschouwd, die wijzigingen die een aanzienlijke morele of materiële schade teweegbrengen voor de werknemer.

(vgl. P. Crahay, Modification des conditions de travail et résiliation du contrat de travail, J.T.T. 1985, 21)

Ook hier ligt een belangenafweging aan de basis van het criterium dat moet worden gehanteerd om uit te maken wanneer een eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst belangrijk is. Enkel wanneer het belang dat een werknemer blijkt te hebben bij een integraal behoud van een essentieel bestanddeel van zijn arbeidsovereenkomst kennelijk opweegt tegen het belang dat de werkgever heeft bij een eenzijdige wijziging daarvan, kan er sprake zijn van een belangrijke eenzijdige wijziging.

(vgl. W. van Eeckhoutte, o.c., T.S.R. 1994, 46)

Toepassing

In voorliggende betwisting verwijt mevrouw Ri aan de NV dat deze eenzijdig essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst op ingrijpende wijze heeft gewijzigd:

- door haar de functie van eindredacteur van het jeugdjournaal Zoom te ontnemen en haar de functie van eindredacteur van het programma Royalty (en uiteindelijk ook Telefacts 360°) te geven
- door de arbeidstijd te wijzigen in de zin dat zij voorheen in een vierdagenweek werkte, en na de wijziging in een vijfdagenweek met bijkomende arbeid op zaterdag.

Naar het oordeel van het arbeidshof wordt op afdoende wijze aangetoond dat de NV de aangegeven wijzigingen eenzijdig heeft doorgevoerd. Het volstaat hierbij te verwijzen naar de correspondentie die partijen hieromtrent hebben gevoerd en die hiervoor werd weergegeven in het feitenrelaas.

Aan de orde is de vraag of deze eenzijdige wijzigingen betrekking hadden op essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst en

een belangrijke wijziging was.

Met betrekking tot de functiewijziging stelt het arbeidshof vast dat mevrouw R oorspronkelijk werd aangeworven als 'journalist Telefacts', maar in de loop van de overeenkomst, meer bepaald met ingang van september 2008 het voorstel heeft aanvaard van de NV om eindredacteur te worden van het 'jeugdjournaal Zoom'.

Het feit dat een werknemer in de loop van de arbeidsovereenkomst aanvaard heeft om een andere functie te aanvaarden, geeft de werkgever uiteraard geen vrijbrief om de werknemer later elke mogelijke functie op te dringen; verwacht mag worden dat aan de werknemer een gelijkwaardige functie wordt aangeboden, met inachtneming van de verworven ervaring van de werknemer.

De (uiteindelijk) aangeboden functie (eindredacteur Royalty / Telefacts 360°) is naar het oordeel van het arbeidshof te beschouwen als een gelijkwaardige functie als de vorige (eindredacteur jeugdjournaal Zoom). Het betreft in beide gevallen een functie van eindredacteur, en de discussie tussen partijen over de journalistieke waarde van enerzijds berichtgeving over koningshuizen en aanverwante onderwerpen en anderzijds berichtgeving voor het specifieke doelpubliek van de jonge kijker komt het arbeidshof niet geheel relevant voor.

Wat wel bevreemdend voorkomt is dat de NV de functiewijziging motiveerde door het feit dat het programma Zoom op korte termijn zou verdwijnen, terwijl dit programma nog bijna twee jaar heeft voortbestaan.

Met betrekking tot de wijziging in de arbeidsduur daarentegen is het arbeidshof van oordeel dat de eenzijdig doorgevoerde wijziging wel betrekking had op een essentieel bestanddeel van de overeenkomst en belangrijk was.

De arbeidstijd wordt inderdaad terecht beschouwd als een belangrijk bestanddeel van de arbeidsovereenkomst, waardoor bijvoorbeeld een vijfdaagse naar een zesdaagse werkweek niet werd aanvaard. (vgl. Cass. 17 mei 1993, T.S. 1993, 264)

Weliswaar beroept de NV zich op het bestaan van de noodwendigheden van de dienst, doch zij levert hiervan geen bewijs. Bovendien is het net op het vlak van arbeidstijd dat de afweging van de belangen van partijen van belang is. Mogelijk kan de werkgever – wat hij overigens hier niet en alleszins niet op overtuigende wijze doet – gegronde redenen aanvoeren om een wijziging in het uurrooster voort te stellen, doch alleszins dient rekening gehouden te worden met de weerslag die dergelijke wijziging heeft op het leven van de werknemer.

In deze is het arbeidshof van oordeel dat de door de NV doorgevoerde wijziging (van vier naar vijf dagen en invoering van zaterdagwerk), een belangrijke wijziging aan een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst was.

Het was dan ook terecht dat mevrouw R de onrechtmatige beëindiging van haar arbeidsovereenkomst door de NV heeft ingeroepen.

2. Opzeggingsvergoeding

a.-

Bij ontstentenis van akkoord tussen partijen dient de opzeggingsvergoeding met toepassing van artikel 82 § 3 en artikel 39 § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaald te worden door de rechter.

De opzeggingstermijn moet bepaald worden met inachtneming van de op het tijdstip van de opzegging voor de bediende bestaande kans om een gelijkwaardige en passende betrekking te vinden, rekening houdend met de hiernavolgende criteria:

anciënniteit: 8 jaar en 6 maanden
leeftijd: 35 jaar
functie: eindredacteur
loon: 48.105,19 EUR

mede in acht genomen de gegevens eigen aan de zaak en de belangen van beide partijen.

(vgl. Cass. 17 september 1975, T.S.R. 1976, 14; Cass. 3 februari 1986, J.T.T. 1987, 58; Cass. 4 februari 1991, R.W. 1990-91, 1409; Cass. 9 mei 1994, Arr. Cass. 1994, 461; Cass. 2 december 2002, Soc. Kron. 2003, 166; Cass. 3 februari 2003, J.T.T. 2003, 262; Cass. 5 januari 2009, nr. S.08.0086.N)

Rekening houdend met deze criteria heeft mevrouw R recht op een opzeggingsvergoeding gelijk aan 10 maanden loon en voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst, zoals correct door de eerste rechter begroot.

b.-

Het jaarloon van mevrouw R waarmee rekening dient te worden gehouden voor de becijfering van de haar toekomende opzeggingsvergoeding werd door de eerste rechter correct becijferd op 48.105,19 EUR. Het arbeidshof verwijst naar de berekening van het jaarloon in het bestreden vonnis en maakt deze berekening tot de zijne.

Terecht oordeelde de arbeidsrechtbank dat niet enkel de premie aan de groepsverzekering doch eveneens de verzekeringstaks hierop in rekening moeten worden gebracht.

(vgl. Arbh. Antwerpen 15 november 1991, Soc. Kron. 1993, 31)

Met betrekking tot de waardering van het voordeel in natura dat bestaat uit het privaat gebruik van een GSM stelt mevrouw R terecht dat, om het loon te bepalen ter berekening van de opzeggingsvergoeding moet rekening worden gehouden met de werkelijke waarde van de voordelen in natura.

(vgl. Cass. 29 januari 1996, J.T.T. 1996, 188; Cass. 26 september 2005, Soc. Kron. 2006, 69)

Mevrouw R geeft echter niet op gedetailleerde wijze aan waarom de werkelijke waarde van het voordeel in natura dat bestaat uit het privaat gebruik van een GSM, moet worden begroot op 25 EUR, zodat dit voordeel in natura noodgedwongen moet worden begroot op de conventionele waarde ervan.

c.-

Samengevat betekent dit dat mevrouw R recht heeft op betaling door de NV van een opzeggingsvergoeding gelijk aan 48.105,19 EUR (jaarloon) x 10/12 = 40.087,65 EUR, zoals correct becijferd en toegekend door de arbeidsrechtbank.

Het hoger en het incidenteel beroep met betrekking tot dit onderdeel van de oorspronkelijke vordering van mevrouw R dient dan ook als ongegrond te worden afgewezen.

2. Beschermingsvergoeding

Artikel 15 § 1 van de CAO nr. 64 van 29 april 1997 tot instelling van een recht op ouderschapsverlof bepaalt dat de werkgever geen enkele daad mag stellen om de arbeidsverhouding eenzijdig te beëindigen, behalve om dringende reden in de zin van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet of om een voldoende reden, waarbij onder voldoende reden dient te worden verstaan, een door de rechter als zodanig bevonden reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de schorsing de arbeidsovereenkomst of de vermindering van de arbeidsprestaties vanwege de uitoefening van het recht op ouderschapsverlof.

De bewijslast t.a.v. het bestaan van dergelijke reden rust op de werkgever: indien de werkgever inderdaad aanvoert dat de arbeidsovereenkomst niet in strijd met het ontslagverbod werd gegeven, is het met toepassing van artikel 870 Ger.W. aan de werkgever om aan te tonen dat het ontslag om een reden werd

gegeven die vreemd is aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst vanwege de uitoefening van het recht op ouderschapsverlof.

Wanneer de werknemer een beschermingsvergoeding vordert met toepassing van deze bepaling, is het aan de werkgever die in de periode waarin het ontslagverbod geldt de arbeidsovereenkomst van de werknemer die van tijdskrediet geniet, eenzijdig heeft beëindigd, te bewijzen dat hij de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd is aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens de uitoefening van het recht op ouderschapsverlof.

(vgl. Cass. 14 januari 2008, J.T.T. 2008, 243, weliswaar met betrekking tot de regeling tijdskrediet, waar evenwel een gelijkaardige formulering voor het ontslagverbod geldt)

Aan de orde is bijgevolg de vraag of de NV in deze de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd om een voldoende reden, die verder vreemd is aan de uitoefening van het recht op ouderschapsverlof.

Als voldoende reden kan worden beschouwd, het feit dat mevrouw R ten onrechte weigerde de functie van eindredacteur van de programma's Royalty en Telefacts 360° op te nemen.

(vgl. hieromtrent hoger IV.A.1, waar werd geoordeeld dat de uiteindelijk aangeboden functie - eindredacteur Royalty / Telefacts 360° - te beschouwen is als een gelijkwaardige functie als de vorige - eindredacteur jeugdjournaal Zoom -, vermits het in beide gevallen een functie van eindredacteur betreft)

Het bewijs van deze voldoende reden wordt op afdoende wijze geleverd, evenals van het feit dat deze voldoende reden vreemd is aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens de uitoefening van het recht op ouderschapsverlof.

Het was dan ook ten onrechte dat de arbeidsrechtbank de vordering van mevrouw R gegrond verklaarde.

Het hoger beroep is in deze zin gegrond.

3. Kapitalisatie van de intrest

Met toepassing van artikel 1154 BW kunnen vervallen intresten van kapitalen intrest opbrengen, ofwel ten gevolge van een gerechtelijke aanmaning, ofwel ten gevolge van een bijzondere overeenkomst, op voorwaarde dat de aanmaning of de overeenkomst betrekking hebben op intrest die ten minste voor een heel jaar verschuldigd is.

De neerlegging van een conclusie ter griffie geldt als een handeling die gelijkwaardig is aan de in artikel 1154 BW vereiste gerechtelijke aanmaning, wanneer in die conclusie de aandacht van de schuldenaar wordt gevestigd op de kapitalisatie van de intrest.

(vgl. Cass. 18 juni 1981, Pas. 1981, I 1200; Cass. 17 januari 1992, Arr. Cass. 1991-92, 436)

Opdat dergelijke kapitalisatie van intrest mogelijk zou zijn, is vereist dat de eiser het bedrag van de vervallen intrest zou opgeven dat als berekeningsgrondslag moet dienen voor de kapitalisatie, teneinde de rechtbank toe te laten na te gaan of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 1154BW werd voldaan.

(vgl. Antwerpen 28 oktober 2004, R.W. 2004-2005, 1183)

Mevrouw R laat na dergelijke opgave te doen, zodat haar vordering tot kapitalisatie van de intrest moet worden afgewezen.

4. Dwangsom bij niet afgifte van de sociale documenten

Naar het oordeel van het arbeidshof toont mevrouw R niet op afdoende wijze aan dat er gevreesd moet worden dat de NV niet zou overgaan tot tijdige afgifte van de sociale documenten met betrekking tot de bedragen die haar werden toegekend.

Er is dan ook geen reden om aan de door de arbeidsrechtbank terecht bevolen afgifte van sociale documenten de verbeurte van een dwangsom te verbinden.

B. De oorspronkelijke tegenvordering

Hoger werd geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst onregelmatig door de NV werd beëindigd, zodat de vordering van de NV tot betaling van een opzeggingsvergoeding, gegrond op een onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door mevrouw R, door de arbeidsrechtbank terecht werd afgewezen.

C. De gerechtskosten

a.-

Artikel 1022 derde lid Ger.W. bepaalt dat de rechter op verzoek van één van de partijen en op een met bijzondere redenen omklede beslissing het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan verminderen of verhogen, rekening houdend met de financiële draagkracht van de verliezende partij, de complexiteit van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij

of het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

Het arbeidshof is van oordeel dat geen van deze hypothesen in voorliggende betwisting voorhanden is, zodat het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan worden aangehouden.

b.-

Artikel 1017 eerste lid Ger.W. bepaalt dat ieder eindvonnis de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijst.

Artikel 1017 vierde lid Ger.W. bepaalt dat de kosten kunnen worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, onder andere wanneer de partijen 'onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld'.

In voorliggende betwisting werden zowel het hoofd- als het incidenteel beroep als ongegrond afgewezen.

Het arbeidshof is van oordeel dat de kosten moeten worden omgeslagen waarbij de NV veroordeeld wordt tot 2/3 en mevrouw R tot 1/3 van de kosten van beide aanleggen.

OM DEZE REDENEN;

HET ARBEIDSHOF;

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

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch slechts gedeeltelijk gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis in de mate dat het de vordering van mevrouw R tot betaling van een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof gegrond verklaarde. en opnieuw recht doende, verklaart de vordering van mevrouw R tot betaling van een beschermingsvergoeding ouderschapsverlof ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis eveneens in de mate dat het kosten enkel ten laste legde van de NV; opnieuw recht doende, veroordeelt de NV tot 2/3 en mevrouw R tot 1/3 van de kosten van beide

aanleggen;

Vereffent deze kosten als volgt:

- aan de zijde van mevrouw R op volgende bedragen:

149,98 EUR kosten dagvaarding
3.300,00 EUR rechtsplegingvergoeding arbeidsrechtbank
205,61 EUR kosten betekening vonnis
3.300,00 EUR rechtsplegingvergoeding arbeidshof

- aan de zijde van de NV op volgende bedragen:

3.300,00 EUR rechtsplegingvergoeding arbeidsrechtbank
3.300,00 EUR rechtsplegingvergoeding arbeidshof.

Aldus gewezen door de derde kamer en ondertekend door:

D. Ryckx, raadsheer;

E. Van Laer, raadsheer in sociale zaken, als werkgever;

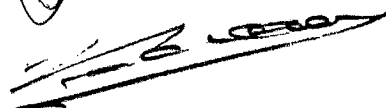
A. Leurs, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-
bediende;

Bijgestaan door

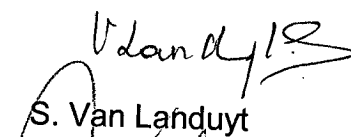
S. Van Landuyt, afgevaardigd griffier.



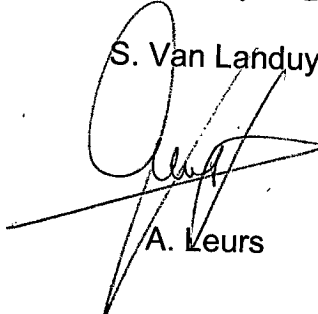
D. Ryckx



E. Van Laer



S. Van Landuyt



A. Leurs

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer
van het arbeidshof te Brussel op 18 december
tweeduizend en twaalf door :

D. Ryckx

raadsheer

Bijgestaan door
S. Van Landuyt

afgevaardigd griffier



D. Ryckx



S. Van Landuyt