

rep.nr.

2013/2971

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 12 NOVEMBER 2013

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

V _____, Residentie _____, wonende te _____

appellant op hoofdberoep,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. KEMPENEERS Philip, advocaat te
1050 BRUSSEL, Congolaan 1.

Tegen:

VRYDAGH & BORIAU NV, met maatschappelijke zetel te
1853 STROMBEEK-BEVER, Jozef Van Elewijkstraat 61,
geïntimeerde op hoofdberoep,
appellante op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. DE MULDER Siegfried, advocaat te
1730 ASSE, Roost 19.

*

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 1 oktober 2012 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 1946/11),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 19 november 2012,
- de conclusies en de aanvullende conclusie voor de appellant neergelegd ter griffie, respectievelijk op 2 mei 2013 en 31 juli 2013,

- de conclusies en de syntheseconclusie voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 28 februari 2013, 17 juni 2013 en 2 september 2013,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 15 oktober 2013, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 26 januari 2009 ondertekenden de NV Vrydagh & Boriau (hierna aangeduid als de NV) en de heer V een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd voor bedienden, waardoor de heer V met ingang van 27 januari 2009 in dienst kwam en belast werd met de coördinatie van interne 'workflow' en werkverdeling/begeleiding met de daarbij horende administratie en opvolging van de vooral juridische dossiers en met taken ten behoeve van de algemene directie.

2. Er waren wat moeilijkheden tussen partijen omwille van uiteenlopende verwachtingen, die besproken werden op 22 en 23 november 2010.

3. Bij e-mail van 23 november 2010 om 21:44 liet de heer V aan de personeelsadministratie weten dat hij ziek was. Hij liet op 24 november per drager een medisch attest afgeven, dat een vermoedelijke duur van arbeidsongeschiktheid tot 17 december 2010 vooropstelde.

Op 24 november 2010 deed een controlegeneesheer een controle van de ziekte en hij achtte de arbeidsongeschiktheid gerechtvaardigd tot 17 december 2010.

4. Bij aangetekende en gewone brief verzonden op 24 november 2010, maar gedateerd op 23 november 2010 beëindigde de NV de tewerkstelling als volgt:
De werkgever ...betekent bij deze aan de heer V ... dat hij hem ontslaat heden 23 november mei 2010 om 16.30hr.
De opzeggingstermijn van 3 maanden zal eindigen op 28 februari 2011 om 16.30hr.
– de opzeggingstermijn dient te worden gepresteerd. ...

Bij brief van 2 december 2010 stelde de raadsman van de heer V, de NV in gebreke omdat de voormelde brief het begin van de opzeggingstermijn niet vermeldde. Omdat de heer V op 24 november 2010 arbeidsongeschikt was, was het onmogelijk om te bepalen wanneer de opzeggingstermijn zou aanvangen, zodat de opzeggingsbrief nietig was. Niettemin werd akte genomen van de ontslagbeslissing en vroeg de heer V een opzeggingsvergoeding van 5 maanden of € 21.522,59 provisioneel, samen met de nog uit te betalen bedragen.

De NV schetste in een antwoordbrief van 7 december 2010 de besprekingen rond het ontslag en bevestigde dat de opzeggingstermijn begon op 1 december 2010, omdat deze 3 maanden bedroeg en eindigde op 28 februari 2011.

Er volgde dan nog herhaalde over en weergaande briefwisseling tussen partijen via hun raadslieden, maar deze bracht geen oplossing. De raadsman van de heer V bevestigde uitdrukkelijk het ontslag per 24 november 2010, terwijl de raadsman van de NV de nietigheid van de opzegging bleef betwisten en eveneens het ontslag inriep in zoverre de werknemer zich ten onrechte op ontslag beriep.

5. Omdat partijen zo niet tot een oplossing kwamen, dagvaardde de heer V op 1 februari 2011 de NV in betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van 5 maanden of € 21.522,59
 - een pro rata eindejaarspremie van € 3.194,51
- vermeerderd met intresten en kosten.

De NV stelde bij besluiten, neergelegd op 29 april 2011 en aangepast bij besluiten van 30 november 2011 een tegenvordering in betaling van een opzeggingsvergoeding van 4,5 maanden of € 21.500, vermeerderd met intresten en kosten.

6. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 1 oktober 2012 werd de hoofdvordering afgewezen als ontvankelijk en ongegrond, omdat de aanvangsdatum en de duur van de opzeggingstermijn bepaalbaar waren en de heer V zodoende ten onrechte contractbreuk inriep.

De tegenvordering werd ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard ten belope van een opzeggingsvergoeding van 0,5 maand of € 2.152,25, vermeerderd met intresten en kosten.

7. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 19 november 2012, tekende de heer V hoger beroep aan en hernam hij zijn oorspronkelijke vordering, terwijl hij de afwijzing van de oorspronkelijke tegenvordering vroeg.

De NV tekende incidenteel beroep aan en herleidde haar tegenvordering tot een opzeggingsvergoeding van 3 maanden of het netto-equivalent van € 12.913,55 vermeerderd met intresten en kosten.

II. BEOORDELING

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

Was de opzegging nietig?

2. Art. 37 §1 tweede lid van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat op straffe van nietigheid de kennisgeving van de opzegging het begin en de duur van de opzeggingstermijn dient te vermelden.

De rechtspraak aanvaardt daarbij dat het begin en de duur van de opzeggingstermijn ook impliciet uit de opzeggingsbrief mogen blijken.

Het begin van de opzeggingstermijn kan impliciet volgen uit de opzeggingsbrief waarin de duur en het einde precies vermeld worden zodat het begin op ondubbelzinnige wijze kan bepaald worden.

Dergelijke vermelding is geldig wanneer ze duidelijk en ondubbelzinnig de juiste datum doet blijken waarop de partij die opzegging geeft, het begin ervan wil vaststellen, zodat de andere partij zonder gevaar van misleiding kan nagaan of haar rechten werden geëerbiedigd. (Cass. 12 februari 1970, *TSR* 1970, 26; *RW* 1969-70, 1825; Cass. 17 september 1975 *TSR* 1976, 18; *JTT* 1976, 67; *RW* 1975-76, 1374)

3. De opzeggingsbrief van 23 november 2010, aangetekend verzonden op 24 november 2010, vermeldt zowel de duur van de opzegging (3 maanden) als het einde ervan (28 februari 2011).

De NV beroept zich op deze vermeldingen en verwijst naar de hierboven aangehaalde rechtspraak om voor te houden dat aldus de opzegging op ondubbelzinnige wijze aanving op 1 december 2010.

De heer V . betwist dit omdat door zijn regelmatig ter kennisgebrachte en overigens gecontroleerde arbeidsongeschiktheid het begin van de opzegging niet op ondubbelzinnige wijze kon worden bepaald; bovendien laat hij gelden dat hij reeds op 23 november 2010 en dus voor de verzending van de opzeggingsbrief deze arbeidsongeschiktheid per e-mail had gemeld.

4. De onmogelijkheid voor de werknemer om zijn werk te verrichten ten gevolge van ziekte schorst de uitvoering van de overeenkomst.
(art. 31 §1 arbeidsovereenkomstenwet)

Op grond van art. 38 §2 tweede lid houdt, bij opzegging door de werkgever *voor of tijdens de schorsing*, de opzeggingstermijn op te lopen tijdens die schorsing.

Ten onrechte wil de heer V . uit die bepaling afleiden dat het begin van de opzeggingstermijn bij schorsing wegens ziekte niet meer zou vaststaan. Het begin van de opzeggingstermijn blijft wat hij is, maar de gegeven opzegging houdt enkel op te lopen tijdens de schorsing, en dit onafhankelijk van het feit of de opzegging gegeven werd voor of tijdens de schorsing.

Hieruit vloeit voort dat wanneer de NV aan de heer V . in de brief d.d. 23 november 2010, aangetekend verzonden op 24 oktober 2010, een opzeggingsstermijn van 3 maanden betekende, eindigend op 28 februari 2011, hieruit duidelijk en op ondubbelzinnige wijze volgde dat ze het begin van de opzeggingstermijn op 1 december 2010 heeft willen vaststellen, zonder dat de schorsing wegens ziekte op de vaststelling van het begin een weerslag heeft. Deze schorsing bracht enkel mee dat de bepaalde opzeggingstermijn dan ophield te lopen.

De heer v . kon zonder gevaar van misleiding nagaan of zijn rechten werden geëerbiedigd.

Ten onrechte heeft de heer V . zich dan ook op de relatieve nietigheid van de opzegging beroepen om daaruit een onmiddellijk ontslag vanwege de NV af te leiden.

Wie heeft de arbeidsovereenkomst beëindigd?

5. In de brief van 2 december 2010 neemt de heer V omwille van de zgn. nietige opzegging akte van de ontslagbeslissing van de NV.

De partij die ten onrechte contractbreuk inroept, wordt geacht zelf de arbeidsovereenkomst eenzijdig te hebben verbroken. (Cass. 15 juni 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 1182)

Terecht heeft de eerste rechter dan ook de vordering van de heer V tot betaling van een opzeggingsvergoeding afgewezen.

De eerste rechter heeft de tegenvordering van de NV gedeeltelijk gegrond verklaard ten belope van een opzeggingsvergoeding van 0,5 maanden of € 2.152,25.

Anders dan bij een opzegging door een bediende met een jaarloon van minder dan € 16.100 (voor 2010 wegens indexatie € 30.327) bepaalt art. 82 §3 van de arbeidsovereenkomstenwet geen minimumtermijn voor de bedienden met een hoger jaarloon. De rechter is daardoor enkel gebonden door de maximumtermijnen van art. 82 § 3, zodat het mogelijk is kortere termijnen vast te stellen dan die welke de lagere bedienden dienen in acht te nemen (Cass., 9 oktober 1974, *RW* 1974-75, 1196; Cass., 19 januari 1977, *A.C.* 1977,561 met conclusie O.M; Cass. 19 mei 1989, *JTT* 1989, 384, noot).

De opzeggingstermijn kan derhalve bepaald worden tussen 0 en 4,5 maanden. (D. Votquenne, *Opzeggingsvergoeding*, ATO-O-102-582). Geoordeeld werd dat de opzeggingstermijn op nihil kan worden bepaald, wanneer de werkgever geen enkel nadeel ondervond door het ontslag.

Bij een beëindiging van de kant van de bediende, moet de na te leven opzeggings-termijn vastgesteld worden vanuit de kans van de werkgever om binnen de vastgestelde termijn een gelijkwaardige bediende met dezelfde kennis en kwaliteiten voor de opgelegde functie aan te werven.

De NV heeft in haar brief van 7 december 2010 erkend dat ze bij de ontslagbespreking telefoontjes met collega's gedaan heeft om de heer V onmiddellijk bij hen in te zetten, wat wijst op een onmiddellijke vervangbaarheid, zodat geen opzeggingstermijn nodig was.

De opzeggingsvergoeding kan in die omstandigheden worden bepaald op nihil.

Het hoger beroep is daardoor gedeeltelijk gegrond en het incidenteel beroep is op dit punt ongegrond.

De pro rata eindejaarspremie

6. Volgens het C4-formulier hoort de NV onder het paritair comité 218.

In dit paritair comité werd op 29 mei 1989 een collectieve arbeidsovereenkomst over de arbeids- en beloningsvoorwaarden (KB 6 augustus 1990, *BS* 31 augustus 1990) afgesloten, die in art. 5 o.m. bepaalt:

Hebben recht op een premie naar rato van de prestaties van het lopende werkjaar, de bedienden die in de loop van het jaar, zelf ontslag hebben genomen en voor zover zij een anciënniteit in het bedrijf van minstens 5 jaar kunnen bewijzen.

De heer V werd aangeworven op 27 januari 2009 en heeft minder dan 5 jaar nadien zelf ontslag genomen door ten onrechte contractbreuk lastens zijn werkgever in te roepen wegens vermeende nietige opzegging.

Hij kwam dus niet in aanmerking voor de pro rata eindejaarspremie.

Zijn 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 ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond en het incidenteel beroep ontvankelijk, doch ongegrond.

Hervormt het bestreden vonnis wat betreft de oorspronkelijke tegenvordering en hierover opnieuw recht doende,

Verklaart de oorspronkelijke tegenvordering ontvankelijk, doch ongegrond.

Bevestigt het vonnis wat betreft de afwijzing van de hoofdvordering en wat betreft de gerechtskosten eerste aanleg.

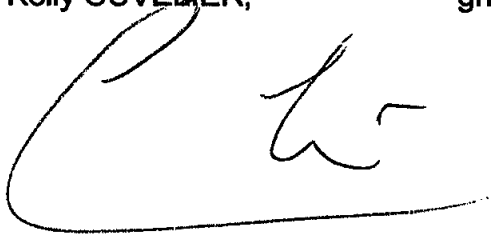
Veroordeelt de heer V tot de gerechtskosten van het hoger beroep.
Deze aan de zijde van de NV begroot en vereffend op:
rechtsplegingsvergoeding beroep € 2.200.

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

Lieven LENAERTS,
Simone ALAERTS,
Koen DRIES,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

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

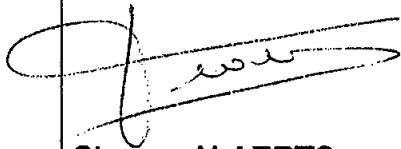
griffier.



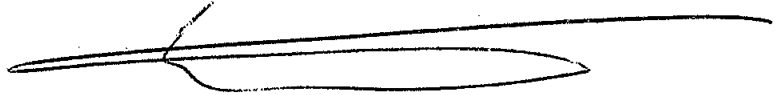
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



Simone ALAERTS,



Koen DRIES.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 12 november 2013 door:

Daniël RYCKX, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Daniel RYCKX,



Kelly CUVELIER.