

Kopie

A.R. nr. 2013/AB/307 Vrij van griffierecht - art. 280,2° Wet van 1996

rep.nr.

2014/888

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 1 APRIL 2014

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

TUI AIRLINES BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel te
1930 ZAVENTEM, Ringweg, Luchthavengebouw 45,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. MERTENS Sven, advocaat te
2800 MECHELEN, Grote Nieuwedijkstraat 417.

Tegen:

H

geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. BOLLEN Rudi en mr. WOUTERS Muriël,
advocaten te 3000 LEUVEN, Sint-Maartenstraat 8.

*

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 28 september 2012 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 10/15885/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 14 maart 2013,

- de conclusie en de syntheseconclusie voor de appellante neergelegd ter griffie, respectievelijk op 14 augustus 2013 en 31 oktober 2013,
- de conclusie en de syntheseconclusies voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 17 mei 2013, 30 september 2013 en 29 november 2013,
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie ontvangen ter griffie op 18 februari 2014;
- de repliekbesluiten van de geïntimeerde ontvangen ter griffie op 4 maart 2014;
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 21 januari 2014, waarna de debatten werden gesloten, de zaak voor schriftelijk advies werd meegedeeld aan het openbaar ministerie tegen 18 februari 2014, waarop de geïntimeerde partij heeft gerepliceerd, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De heer H en de NV TUI Airlines Belgium (hierna afgekort als *Tui*) ondertekenden op 29 november 2005 een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd als bediende, waardoor de heer H van 15 januari 2006 tot 12 november 2006 werd aangeworven als steward (Cabin Crew).

Op 28 november 2006 werd een nieuwe arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd afgesloten voor de periode van 13 maart 2007 tot 12 oktober 2007.

Bij een volgende arbeidsovereenkomst van 26 september 2007 werd hij met ingang van 13 oktober 2007 aangeworven voor onbepaalde tijd.

Per addendum bij deze arbeidsovereenkomst werd hij voor de periode van 3 maart 2008 tot 30 april 2009 en vervolgens van 1 mei 2009 tot 30 april 2010 aangesteld als "Senior Cabin Crew"

2. De heer H verwijst naar positieve evaluatierapporten om zijn goed functioneren te benadrukken.

Tui van haar kant verwijst naar een aantal negatieve rapporten met opmerkingen over zijn functioneren. De heer H geeft hierover zijn bemerkingen om deze opmerkingen te kaderen; hij wijst erop dat vele punten in deze verslagen positief zijn. Op 1 mei 2009 werd hij wel heraangesteld als senior cabin crew member.

3. Bij e-mail van 28 oktober 2009 te 15 u. 50 deelde het ACV aan Tui t.a.v. de heer K, HRD, mee dat de heer H werd aangesteld als syndicaal

afgevaardigde. Dit werd ook schriftelijk bevestigd bij aangetekende brief van 29 oktober 2009.

Tui houdt voor dat deze aanstelling verband hield met het feit dat de heer H vermoedde dat hij zou kunnen ontslagen worden.

4. Op 29 oktober 2009 werd de heer H inderdaad samen met 8 andere collega's ontslagen met uitbetaling van de verschuldigde opzeggingsvergoeding.

Naar aanleiding van dit ontslag verzond de heer B een e-mail aan de coaches, assistent coaches en afdelingshoofden waarin de ontslagen werden toegelicht.

In een e-mail van 3 november aan het voltallig personeel werden de ontslagen gemeld, maar werd gezegd dat omwille van de privacy niet op de reden van de ontslagen werd ingegaan.

5. Op 5 november 2009 tekende Tui verzet aan tegen de aanduiding van de heer H als syndicaal afgevaardigde.

6. Bij brief van 27 november 2009 betwistte de raadsman van de ontslagenen de ontslagbeslissing en vroeg dat de betrokkenen zouden worden gere-integreerd.

De raadsman van Tui verduidelijkte in de antwoordbrief van 26 januari 2010 de ontslagreden voor elk van de betrokkenen.

In de antwoordbrief van 23 juli 2010 herhaalde de raadsman van de heer H de vraag tot re-integratie en ging hij per ontslagene in op de ontslagreden, om te besluiten tot misbruik van ontslagrecht en schending van de discriminatiewet van 10 mei 2007 op diverse gronden; hij vroeg een minnelijke oplossing. Wat betreft de heer H werd ook nog verwezen naar zijn aanduiding als syndicaal afgevaardigde.

7. Bij tegensprekelijk verzoekschrift, neergelegd op 27 oktober 2010 bij de arbeidsrechtbank te Brussel, vorderde de heer H van zijn werkgever betaling van een beschermingsvergoeding als syndicaal afgevaardigde en een forfaitaire vergoeding wegens discriminatie en wegens misbruik van ontslagrecht, in synthesebesluiten van 15 maart 2012 geherdefinieerd als volgt:

- € 34.269,22 provisioneel als beschermingsvergoeding syndicaal afgevaardigde
 - € 17.134,61 provisioneel als forfaitaire schadevergoeding op grond van art. 18 Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007
 - € 1.000 als schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht
- Vermeerderd met intresten en kosten.

Tevens vroeg hij afgifte van alle documenten betreffende de hospitalisatie – en pensioenverzekering om zijn vordering accurater te kunnen begroten.

Hij vroeg bovendien afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

8. Bij vonnis van 28 september 2012 van de arbeidsrechtbank te Brussel werd deze vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard wat betreft de gevorderde provisionele beschermingsvergoeding. Tui werd veroordeeld om bijkomende gegevens bij te brengen in verband met de pensioenverzekering, zodat de vergoeding verder kon worden becijferd; hiertoe werden de debatten heropend.

De andere gevorderde vergoedingen werden afgewezen als ongegrond.

De arbeidsrechtbank oordeelde dat de heer H geldig was voorgedragen als syndicaal afgevaardigde en dat bij zijn ontslag de beschermingsprocedure niet was gevolgd. De syndicale overtuiging was op het ogenblik van het ontslag nog geen discriminatiecriterium, terwijl de communicatie rond het ontslag niet leidde tot rechtsmisbruik.

9. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 14 maart 2013, tekende Tui hoger beroep aan en vroeg dat de vordering van de heer H volledig ongegrond zou worden verklaard.

De heer H tekende incidenteel beroep aan wat betreft de afwijzing van zijn vordering wegens rechtsmisbruik.

De afwijzing van de vordering wegens discriminatie wordt niet aangevochten.

II. BEOORDELING

1. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De aanduiding als syndicaal afgevaardigde.

2. Het statuut van de vakbondsafvaardiging wordt in het paritair comité voor de handelsluchtvaart geregeld door de CAO van 24 oktober 1975 (KB 20 april 1976, BS 22 september 1976)

Deze CAO werkt de kaderCAO nr.5 van de NAR van 24 mei 1971 (BS 1 juli 1971) verder uit.

Met de eerste rechter kan aangenomen worden dat anders dan bij de beëindiging of de vervanging van het mandaat van een vakbondsafgevaardigde, waar art. 23 van de sectorCAO een kennisgeving per aangetekende brief voorziet, dit niet vereist wordt voor de eerste aanstelling.

In deze zaak heeft de vakorganisatie een eerste melding per e-mail gedaan op 28 oktober 2009 te 15 u. 50 en dit werd herhaald op 29 oktober 2009 per aangetekende brief. Eveneens op 29 oktober 2009 werd de heer H door Tui ontslagen. Tui houdt voor dat ze bij het nemen van de ontslagbeslissing geen kennis had van de aanduiding.

Vraag is of met een zodanige aanstelling de beschermingsregeling van art. 25 van de CAO kan gelden.

3. Geoordeeld werd dat, wanneer de aanstelling van een vakbondsafgevaardigde door de vakbond bij aangetekende brief aan de werkgever wordt medegedeeld, de daaruit volgende bescherming niet aanvangt op de datum van verzending van de aangetekende brief, maar op de datum waarop de werkgever daarvan kennis krijgt of kon krijgen (Arbh. Gent, 9 januari 1998, JTT 1998, 313; Soc. Kron. 1998, 295.).

De rechtsleer sluit zich bij deze rechtspraak aan (L. ELIAERTS, "De collectieve arbeidsovereenkomsten van de N.A.R. – De vakbondsafvaardiging" Soc. Kron. 2002, 42, nr. 73; I. VAN PUYVELDE "Vakbondsafgevaardigden" in ATO-O-203-336).

4. De aangetekende brief tot aanduiding van de heer H als vakbondsafgevaardigde van 29 oktober 2009 werd alleszins ontvangen na de ontslagbeslissing.

Wanneer Tui voorhoudt dat ook de e-mail van 28 oktober 2009, verzonden aan de heer C, op 29 oktober 2009 bij haar niet gekend was, is dit aannemelijk, omdat de ontslagbeslissing betekend werd door andere personen, met name de heer G H en mevrouw N S, zodat deze laatsten eerst nog door de heer De Knegtel op de hoogte moesten worden gebracht.

Alleszins toont de heer H niet aan dat deze aanduiding bekend was bij de werkgeversafgevaardigden, die het ontslag betekenden.

In die omstandigheden kan aan Tui niet worden verweten dat ze de beschermingsprocedure van art. 25 van de CAO niet heeft gevolgd. Hierdoor kan de heer H zich niet nuttig beroepen op zijn mandaat, dat op het ogenblik van het ontslag nog niet gekend was bij de werkgever.

5. Zijn vordering tot het bekomen van de beschermingsvergoeding wegens miskenning van de procedure, is dan ook ongegrond.

De overige bemerkingen kunnen aan deze beoordeling geen afbreuk doen.

Het hoger beroep van Tui is op dit punt gegrond.

Misbruik van ontslagrecht

6. Zoals van elk recht kan ook van het ontslagrecht misbruik worden gemaakt.

Anders dan voor werklieden, voor wie artikel 63 van de arbeidsovereenkomstwet geldt, bestaat voor bedienden geen vergelijkbare uitdrukkelijke wetsbepaling, maar dit verhindert niet dat het misbruik van ontslagrecht kan worden ingeroepen, wanneer er een kennelijk misbruik is waarbij de regel van artikel 1134,3de lid van het Burgerlijk Wetboek ernstig wordt geschonden; op basis van deze bepaling moeten overeenkomsten te goeder trouw worden uitgevoerd (cfr. Cass., 19 september 1983, R.W. 1983-1984, 1480).

Het rechtsmisbruik dat het ontslag van een bediende aantast, zelfs als het ontslag gegrond zou zijn op redenen die verband houden met het - zelfs niet foutieve - gedrag van een bediende of met de noodwendigheden van het werk, kan ontstaan uit de uitoefening van het ontslagrecht op een wijze die de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzame werkgever. (Cass., 12 december 2005, *JTT* 2006, 155; *Soc. Kron.* 2007, 38 met noot H. FUNCK).

7. Bij het toetsen van rechtsmisbruik kan de rechter slechts overgaan tot een marginale toetsing van de wijze waarop de ontslagmacht werd uitgeoefend.

Samen met het Openbaar Ministerie meent het arbeidshof dat misbruik van ontslagmacht niet kan aanvaard worden, wanneer de werkgever aantoonde dat het gedrag van de werknemer foutief was en/of aan ernstige kritiek werd onderworpen.

Het Openbaar Ministerie verwijst in dat verband terecht naar volgende gegevens:

- *Ingebrekestelling getekend in naam van de coaches en assistent-coaches dd. 11.10.2008 ingevolge laattijdige aankomst (stuk 14 C geïntimeerde op incidenteel beroep).*
- *Verslag dd. 06.11.2008 waarin de directe manager zich ten aanzien van de heer B en het JAF cabinemanagement beklaagt over het gebrek aan eerlijke en open communicatie. Meteen na het gesprek met zijn manager waarin hij stelde dat alles in orde was en dat hij 's anderendaags van dienst was, vulde hij een vermoeidheidsrapport in voor voormelde vlucht (stuk 14 D). Blijkbaar had hij reeds bij het begin van de week aan de planningsdienst gevraagd om voormelde vlucht te veranderen.*
- *Bij mail dd. 19.11.2008 zet de manager van de heer H de aandacht- en werkpunten op een rij:
"Opnemen van volledige verantwoordelijkheid SCCM, constant leiderschap tonen, actief meewerken tijdens de hele vlucht (geen kranten lezen), aandacht besteden aan details, opgelet voor soms nonchalante overkomen en zorgen dat het hele plaatje klopt van begin tot einde van de vlucht.". Deze mail wordt in kopie overgemaakt aan JAF DFO, S N (Human resources manager) en het JAF cabinemanagement.*
- *In de evaluatierapporten dd. 23.12.2008, 28.12.2008, 02.01.2009 en 26.01.2009 worden een aantal opmerkingen gemaakt; onder meer met betrekking tot de nonchalante houding van appellant, het aanspreken van personen met 'schat' of 'bolleke', de aandacht voor details, het geven van correcte informatie tijdens de briefing, de veiligheidscheck en de organisatie (stukken 14 G, 14 H, 14 I).*
- *Ingebrekestelling dd. 03.05.2009 wegens te laat opnemen van de telefoon (niet binnen de 5 minuten) (stuk 14 K).*
- *Verwittiging dd. 24.08.2009 wegens het niet naleven van de instructies van de gezagvoerder en de oneerlijke communicatie hierover door de heer H*

Bij schrijven dd. 25.08.2009 duidt de heer H het voorval als een misverstand, zonder hierover nadere uitleg te verschaffen.

Uit voormelde stukken blijkt dat geïntimeerde op incidenteel beroep de heer H effectief een aantal keren in gebreke heeft gesteld en bepaalde negatieve opmerkingen dienden te worden herhaald. Bijgevolg levert appellant op incidenteel beroep niet het bewijs dat de ingeroepen ontslagredenen foutief waren. In deze context kan de inhoud van de begeleidende mail dd. 29.10.2009 evenmin als foutief of kwetsend worden beschouwd. Uit de hiervoor geciteerde stukken blijkt dat de betrokken managers reeds op de hoogte werden gebracht van de tekortkomingen en bij de evaluatie betrokken werden. In zoverre de bij mail geadresseerde managers op het ogenblik van het ontslag nog niet op de hoogte waren, meent mijn ambt dat de inhoud van de mail die dat het ontslag aan de houding van de betrokken werknemers te wijten is in casu niet als rechtsmisbruik kan worden geïnterpreteerd. Evenmin wordt het bewijs geleverd van bijkomende schade, losstaand van het ontslag."

De heer H wil al deze opmerkingen weliswaar relativeren, maar daardoor worden de negatieve punten niet weggenomen.

Zelfs indien men rekening houdt met het feit dat hij per 1 mei 2009 verlengd werd in zijn seniorfunctie, dan nog dient men vast te stellen dat hij daarna 2 geschreven verwittigingen kreeg.

Deze van 24 augustus 2009 wordt door hem toegegeven als misverstand en hij verontschuldigt zich ervoor, wat aangeeft dat ze op juiste feiten berust.

In die omstandigheden kan hij niet voorhouden dat zijn ontslag op rechtsmisbruik berust en dat het uiting is van een abnormale uitoefening van de ontslagmacht van de werkgever.

Het incidenteel beroep is dan ook 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,

Gelet op het eensluidend advies van mevrouw Nathalie Van den Brande, eerste substituut-arbeidsauditeur bij de arbeidsrechtbank te Brussel, gedelegeerd bij het auditoraat-generaal bij het arbeidshof te Brussel, waarop beide partijen tijdig hebben gerepliceerd.

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond,
Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond,

Hervormt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende;

Verklaart de oorspronkelijke vorderingen ontvankelijk doch ongegrond.

Veroordeelt de heer H tot betaling van de gerechtskosten van beide aanleggen, deze aan de zijde van de nv Tui Airlines Belgium vereffend op:

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg basisbedrag	€ 2.750
Rechtsplegingsvergoeding beroep basisbedrag	€ 2.200
Totaal	€ 4.950.

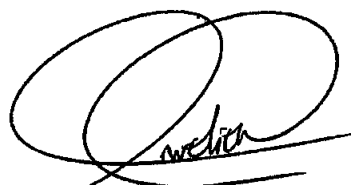
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Roland WAEYAERT,
Roger VANDENPUT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



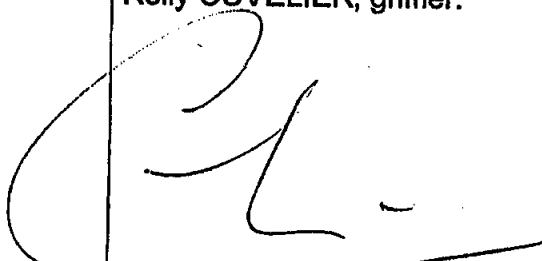
Roland WAEYAERT,



Roger VANDENPUT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 1 april 2014 door:

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.