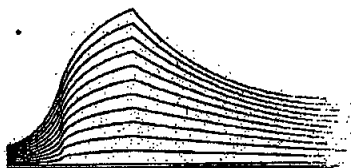


Kopie

Afgeleverd aan: Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.



Repertoriumnummer
2015/1388
Datum van uitspraak
19 mei 2015
Rolnummer
2014/AB/235

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000178186-0001-0015-01-01-1



ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

HASSOUN Nadva, wonende te 9300 AALST, Beukendreef 63,
appellante op hoofdberoep,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mevrouw VAN DE GRAAF Isabel, gevolmachtigde – A.C.V. –Verbond
Brussel, met kantoor te 1000 Brussel, Pletinckxstraat 19

tegen

E
geïntimeerde op hoofdberoep,
appellante op incidenteel beroep,
verschijnend in persoon en bijgestaan door mr. VAN WALLE Hanne loco mr. ZWART Louise,
advocaat te 1060 BRUSSEL, Berckmansstraat 83

in aanwezigheid van

SECUREX VZW, met zetel te 1040 BRUSSEL, Tervurenlaan 43,
vrijwillig tussenkomende partij,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. DE GRYZE Lieve, advocaat te 9990 MALDEGEM, Noordstraat 18.

*

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 6 juni 2013 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 12/5658/A),

┌ PAGE 01-00000178186-0002-0015-01-01-4 ┐



- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 10 maart 2014,
- de conclusies voor de appellante,
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- de conclusies voor de vrijwillig tussenkomende partij,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 28 april 2015, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op 26 mei 2015 en vervroegd uitgesproken op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Mevrouw E was uitbaatster van een kinderopvang "Les oiseaux du paradis" en had een kinderverzorgster in dienst. Ze was 8 maanden zwanger en ze telde als equivalent van een halftijdse werkracht. Ze zou op 20 april 2011 in zwangerschapsverlof gaan. Voor de erkenning van haar kinderopvang was naar haar zeggen de aanwezigheid van 2 kinderverzorgsters voorgeschreven.



2. In het vooruitzicht van haar eigen zwangerschapsverlof sloot mevrouw E op 22 maart 2011 een voltijdse arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (van 22 maart 2011 tot 22 maart 2012) met mevrouw K, die de hoedanigheid van kinderverzorgster had. In art. 3 van deze overeenkomst was een proefbeding van 6 maanden bepaald.
3. Op 7 april 2011 liet mevrouw H aan haar werkgeefster weten dat ze ook zwanger was. Mevrouw H legt een medisch getuigschrift voor met 30 november 2011 als vermoedelijke bevallingsdatum. Dit attest werd aangetekend aan mevrouw E verzonden, maar zou toch niet toegekomen zijn.
4. In alle geval was de zwangerschap aan de werkgeefster bekend, want op 8 april 2011 vroeg ze aan Securex externe preventiedienst mevrouw H te onderzoeken voor een risicoanalyse, die zou plaatsvinden op 18 april 2011, maar waar mevrouw H niet verscheen.
5. Immers op 13 april 2011 bracht mevrouw H bij haar werkgeefster een doktersattest van de dienst spoedgevallen van de Kliniek St. Jan binnen, waarbij een werkonbekwaamheid wegens ziekte werd aangekondigd van 12 tot 20 april 2011.
6. Na mondelinge consultatie van haar sociaal secretariaat Securex vernam mevrouw E dat ze op grond van het toenmalige art. 79 van de arbeidsovereenkomstenwet een werknemer die in de proefperiode meer dan 7 dagen afwezig is, wegens arbeidsongeschiktheid mag ontslaan zonder vergoeding.
- Ze vroeg de schriftelijke bevestiging van deze informatie bij e-mail van 14 april 2011 en ze schetste daarin de contacten met de jurist van Securex over de zwangerschap van mevrouw H haar verwijzing naar de externe preventiedienst voor een risicoanalyse, waarna ze



de bevestiging vroeg dat ze omwille van het medisch attest i.v.m. het 'ziekte'-verlof op 20 april tot ontslag kon overgaan zonder vergoeding. Ze lichtte daarbij toe dat ze niet de financiële mogelijkheid had om nogmaals een kinderverzorgster aan te werven.

De jurist antwoordde op 15 april 2011 dat hij de mogelijkheid bevestigde om een werknemer in arbeidsongeschiktheid van meer dan zeven opeenvolgende dagen gedurende haar proefperiode te ontslaan zonder opzegging (noch vergoeding). Dit ontslag kon slechts plaatsvinden vanaf de achtste dag ongeschiktheid.

7. Hierna ontsloeg mevrouw E mevrouw H op 20 april 2011 op basis van art. 79 van de arbeidsovereenkomstenwet.

8. Mevrouw H verzond dan nog op 21 april 2011 een verlengingsattest voor een ziekteperiode vanaf die datum uitgaande van het Universitair Ziekenhuis Brussel, waar dr. Foulon de afwezigheid motiveerde wegens zwangerschap en verhoogd risico C&V.

9. Bij aangetekende brief van 10 mei 2011 verzocht de vakorganisatie van mevrouw H om de eindafrekening en de nodige documenten. Op 31 mei 2011 wees de vakorganisatie op de zwangerschap en vroeg ze een beschermingsvergoeding wegens moederschap ten bedrage van € 10.529,15, daar het ontslag aan de zwangerschap gerelateerd was.

10. Na een herinnering op 23 juni 2011 betwistte de zelfstandigenorganisatie van mevrouw E dat het ontslag om reden van zwangerschap was gegeven en ze verwees naar het ziekteattest van 12 april 2011 waarop enkel ziekte als reden was vermeld.

11. Partijen kwamen hierover niet tot overeenstemming, zodat mevrouw H op 13 april 2012 haar werkgeefster dagvaardde in betaling van € 10.529,15 vermeerderd met



intresten, alsook in afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

Op 14 februari 2013 kwam de vzw Sociaal Secretariaat Securex vrijwillig tussen en mevrouw E vorderde dat deze haar zou vrijwaren in geval van veroordeling.

12. Bij vonnis van 6 juni 2013 van de arbeidsrechtbank te Brussel werd de oorspronkelijke vordering van mevrouw H afgewezen als ontvankelijk doch ongegrond, waardoor de vordering in vrijwaring zonder voorwerp werd.

13. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 10 maart 2014, tekende mevrouw H hoger beroep aan tegen alle partijen en hernam ze haar aanvankelijke vordering, waarna mevrouw E in ondergeschikte orde eveneens bij incidenteel beroep haar vordering in vrijwaring handhaafde, maar deze aanvulde met een bijkomende morele schadevergoeding van € 15.000, omdat het foutief advies uiteindelijk geleid had tot de stopzetting van haar activiteit:

II. BEOORDELING

14. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, wat niet wordt betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep m.b.t. de vordering in vrijwaring en de bijkomende eis wegens morele schade.



De moederschapsbescherming

15. Artikel 40 van de arbeidswet bepaalt:

“ De werkgever die een zwangere werkneemster tewerkstelt, mag geen handeling stellen die ertoe strekt eenzijdig een einde te maken aan de dienstbetrekking vanaf het ogenblik waarop hij werd ingelicht omtrent de zwangerschap tot één maand na het einde van de postnatale rustperiode, behalve om redenen die vreemd zijn aan de lichamelijke toestand als gevolg van de zwangerschap of van de bevalling.

De werkgever dient te bewijzen dat zulke redenen voorhanden zijn. Op verzoek van de werkneemster stelt de werkgever haar er schriftelijk van in kennis. ...”

Artikel 40 van de arbeidswet voorziet in de betaling van een forfaitaire vergoeding gelijk aan het brutoloon voor 6 maanden ingeval deze beschermingsregel wordt overtreden.

16. Wanneer de werkneemster voorhoudt dat de ingeroepen redenen niet vreemd zijn aan haar lichamelijke toestand als gevolg van haar zwangerschap, dan moet de werkgever het bewijs leveren van:

- het bestaan van objectieve feiten die aantonen dat het ontslag werd gegeven om redenen die vreemd zijn aan haar lichamelijke toestand;
- de echtheid van deze redenen;
- het oorzakelijk verband tussen deze vreemde redenen en het ontslag

(S. COCKX en P. MAERTEN, “Overzicht rechtspraak beschermde werknemers 2002 -2007”, Or. 2008/1, 21; Arbh. Brussel, 12 september 2006, A.R. 47.218; Arbh. Antwerpen, 7 april 2003, Soc. Kron 2004,84).



17. De bescherming geldt ook tijdens de proefperiode (Cass. 21 februari 1973, *JTT* 1973, 213; S. COCKX en P. MAERTEN, a.w, *Or.* 2008, 19 met verwijzing naar Arbh. Brussel 20 november 2002).

Wanneer de werknemer zich nog in de proeftijd bevindt, heeft de werkgever weliswaar een ruimer appreciatierecht (Arbh. Gent 14 april 2003, *Soc. Kron.* 2004, 84) wat niet wegneemt dat de redenen objectief en controleerbaar moeten zijn. (Arbh. Brussel 20 april 2012, *Soc. Kron.* 2012, 389; Arbh. Brussel 16 september 2003, aangehaald in S. COCKX en P. MAERTEN, a.w, *Or.* 2008, 23).

18. Bij het onderzoek naar het ontslag van een zwangere werkneemster moet tevens rekening gehouden worden met de evolutie in de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake gelijke behandeling van man en vrouw. Het arbeidshof Gent beschreef deze evolutie op heldere wijze in een zaak waar de werkneemster tijdens een ziekte in de zwangerschapsperiode (pijn aan de rechterheupregio) na meer dan 7 dagen afwezigheid op grond van art. 79 van de arbeidsovereenkomstenwet ontslagen was zonder vergoeding en besloot dat een dergelijk ontslag niet automatisch het bestaan van een geldige of voldoende reden in de zin van art. 40 van de arbeidswet wettigde (Arbh. Gent 25 oktober 2010, *TGR* 2011, 235).

19. Een ontslagbeslissing die geheel of gedeeltelijk is ingegeven door de zwangerschap van de werkneemster is inderdaad in strijd met de gelijke behandeling van man en vrouw (HvJ, C-460/06, 11 oktober 2007, *JTT* 2008, 53; *Soc. Kron.* 2008, 304 met noot J. JACQMAIN).

In het arrest Brown heeft het Hof van Justitie daarbij duidelijk gepreciseerd dat het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden,



zich verzet tegen het ontslag van een vrouwelijke werknemer op enig moment tijdens haar zwangerschap op grond van afwezigheden wegens een arbeidsongeschiktheid die is veroorzaakt door een uit die zwangerschap voortvloeiende ziekte.

Daarbij is het irrelevant, dat de vrouwelijke werknemer tijdens haar zwangerschap is ontslagen krachtens een contractuele bepaling op grond waarvan de werkgever gerechtigd was, werknemers, ongeacht hun geslacht, na een bepaald aantal weken van ononderbroken afwezigheid te ontslaan.

20. In deze zaak was mevrouw E op de hoogte van de zwangerschap en ze was in intens overleg met haar sociaal secretariaat Securex dat haar aangeraden had om een risicoanalyse met het oog op de verdere tewerkstelling te laten uitvoeren; hiervoor gebeurden ook de nodige stappen.

21. Wanneer mevrouw H dan arbeidsongeschikt wordt en dit staat met een medisch attest van de dienst spoedgevallen, zal de werkgeefster op aangeven van haar sociaal secretariaat zich steunen op de vermelding "ziekte" om voor te houden dat de arbeidsongeschiktheid geen verband heeft met de zwangerschap zodat na 7 dagen het toenmalige art.79 kan worden toegepast.

22. Dergelijke formele conclusie gaat voorbij aan wat gezegd werd in de randnummers 18 en 19. Het is niet omdat een spoedarts in een attest met aan te kruisen mogelijkheden "ziekte" aanduidt dat zonder meer kan besloten worden dat de arbeidsongeschiktheid geen verband heeft met de zwangerschap (de andere aan te kruisen mogelijkheden waren: chirurgische ingreep, ongeval of verlenging).



Dit kan evenmin (a contrario) afgeleid worden uit het feit dat een (andere) arts van het Universitair Ziekenhuis Brussel in een navolgend attest de werkonbekwaamheid wel uitdrukkelijk zal verantwoorden omwille van het verhoogd risico bij zwangerschap.

De band tussen de zwangerschap en de "ziekte" wordt overigens door mevrouw E zelf aannemelijk gemaakt in haar adviesaanvraag aan Securex, waar ze eerst de zwangerschapsmelding van mevrouw H bespreekt om dan de ontslagmogelijkheden bij meer dan 7 dagen ziekte te bevragen.

23. Op grond van art. 40 van de arbeidswet rust de bewijslast op de werkgever, wat inhoudt dat ze redenen moet bewijzen, die vreemd zijn aan de lichamelijke toestand als gevolg van de zwangerschap. Gelet op deze bewijslast, speelt twijfel in het voordele van de ontslagene (Arbh. Gent 25 oktober 2010, *TGR* 2011, 235; vgl. Cass. 20 maart 2006, *Soc. Kron.* 2007, 332).

Mevrouw E voldoet niet aan deze bewijslast.

24. Weliswaar verwijst mevrouw E naar het feit dat voor de erkenning door ONE er steeds twee kinderverzorgsters aanwezig moesten zijn in een kinderopvang van 14 kinderen (zie haar syntheseconclusie van 30 januari 2015, p. 9; verkeerdelijk spreekt Securex over 3 kinderverzorgsters; er wordt geen regelgeving meegedeeld, maar deze opmerking van het sociaal secretariaat klopt niet met het bezwaar van de werkgeefster die zegt geen middelen te hebben voor de aanwerving van een derde personeelslid). Mevrouw E houdt voor dat ze omwille van haar eigen afwezigheid wegens zwangerschap mevrouw H voor bepaalde tijd had aangeworven om aan deze regelgeving te voldoen. Een controle zou plaatsvinden op 14 april 2011.





Aansprakelijkheid sociaal secretariaat

26. Mevrouw E heeft zich in verband met het ontslag van mevrouw H laten begeleiden door haar sociaal secretariaat. Ze vroeg na telefonisch advies van de jurist een schriftelijke bevestiging, zoals blijkt uit haar stuk 6 (zie randnummers 6 en 20).

Deze antwoordt dat hij de mogelijkheid bevestigde om een werknemer in arbeidsongeschiktheid van meer dan zeven opeenvolgende dagen gedurende haar proefperiode te ontslaan zonder opzegging (noch vergoeding). Dit ontslag kan slechts plaatsvinden vanaf de achtste dag ongeschiktheid.

Dit advies houdt geen rekening met wat in de randnummers 15 tot 19 en 23 tot 24 werd aangehaald.

Nochtans had mevrouw E alle relevante elementen in haar vraag ter sprake gebracht, zodat de relatie van het ontslag met de zwangerschap een essentieel te onderzoeken element diende te zijn.

27. Het sociaal secretariaat is bij dergelijk onvolledig advies gebonden door zijn contractuele aansprakelijkheid en het dient zich te gedragen zoals van een normaal zorgvuldig persoon (een goed huisvader) mag worden verwacht (W. REYNDERS, “De verhouding van de ESS met hun aangesloten leden” in *Liber Amicorum R. Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 383).

De rechtspraak aanvaardt dat het sociaal secretariaat aansprakelijk is wanneer hieraan niet wordt voldaan (zie bv. Arbh. Brussel 15 januari 2009, *JTT* 2009, 103; Arbh. Brussel 4 december 2012, *JTT* 2013, 179; Arbh. Luik 12 januari 2009, *Ors.* 2009, 27).



28. Terecht vraagt mevrouw E dat Securex haar zou vrijwaren m.b.t. de veroordeling wegens schending van art. 40 van de arbeidswet.

Bijkomend wil ze een morele schadevergoeding van € 15.000 toegekend zien, omdat ze omwille van deze moeilijkheden haar kinderopvang zou hebben moeten sluiten op 31 december 2012. Deze sluiting dateert van meer dan 1,5 jaar later dan het advies van Securex. Mevrouw E toont op geen enkele manier aan dat er een verband was tussen beide gebeurtenissen.

Haar bijkomende vordering is dan ook ongegrond, zodat haar incidenteel beroep gedeeltelijk gegrond is.

29. Gelet op het feit dat mevrouw E en Securex beiden gedeeltelijk in het gelijk en in het ongelijk worden gesteld, dienen de gerechtskosten tussen hen te worden omgeslagen in de zin dat ieder zijn eigen kosten draagt.

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,

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk;



Verklaart het hoofdberoep gegrond en hervormt het bestreden vonnis.

Op de aanvankelijke eis opnieuw recht doende; verklaart deze ontvankelijk en gegrond;

Veroordeelt mevrouw E tot betaling aan mevrouw H van een beschermingsvergoeding van € 10.529,15 te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten.

Veroordeelt mevrouw E tot afgifte aan mevrouw H van de hiermee overeenstemmende vereiste sociale en fiscale bescheiden.

Wijst het meergevorderde af.

Veroordeelt mevrouw E tot betaling van de gerechtskosten, deze beperkt zijnde tot de dagvaardingskosten van € 143,70, geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd zijnde, daar mevrouw H niet bijgestaan werd door een advocaat.

Verklaart het incidenteel beroep gedeeltelijk gegrond en veroordeelt het sociaal secretariaat Securex om mevrouw E te vrijwaren in verband met de sommen waartoe ze m.b.t. de hoofdeis veroordeeld werd.

Wijst het meergevorderde af.

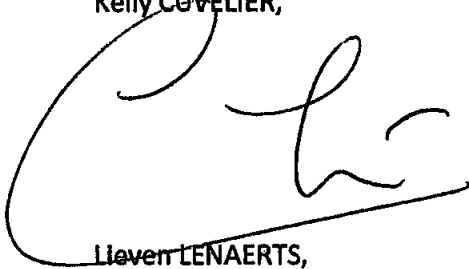
Compenseert de gerechtskosten tussen mevrouw E en Securex in de zin dat ieder zijn eigen kosten draagt.



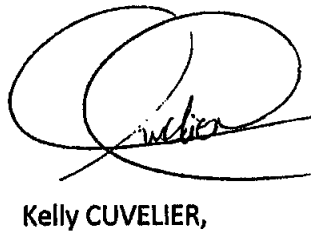
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Lucrèce REYBROECK,
Ferdyn BUGGENHOUDT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

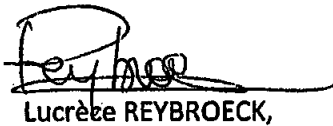
kamervoorzitter,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



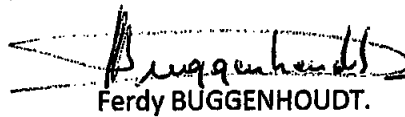
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



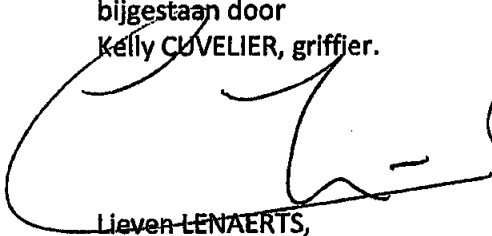
Lucrèce REYBROECK,



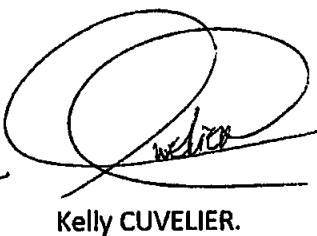
Ferdyn BUGGENHOUDT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 19 mei 2015 door:

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.



