

Kopie

Afgeleverd aan: Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel

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

Repertoriumnummer
2016/ 759
Datum van uitspraak
15 maart 2016
Rolnummer
2014/AB/1054

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000403648-0001-0012-01-01-1



ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

TECH DATA BVBA, met maatschappelijke zetel te 1740 TERNAT, Assesteenweg 117/1,
appellante op hoofdberoep,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. THEUNS Karel loco mr. VANOVERBEKE Sabine, advocaat te
9051 SINT-DENIJS-WESTREM, Drie Koningenstraat 3

tegen

S
geïntimeerde op hoofdberoep,
appellante op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. SWYSEN Erika, advocaat te
1082 BRUSSEL, Dr. A. Schweitzerplein, 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 7 mei 2014 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 2^e kamer (A.R. 12/4647/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 21 november 2014,
- de conclusies voor de appellante,
- de conclusies voor de geïntimeerde,

┌ PAGE 01-00000403648-0002-0012-01-01-4 ┐



de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 16 februari 2016, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 14 januari 2002 ondertekenden mevrouw Grace S en de nv Tech Data een voltijdse arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd, waardoor mevrouw S met ingang van 1 maart in dienst kwam als 'account representative'

2. Met ingang van 1 juni 2006 werd de functie gewijzigd in 'sales representative'.

3. Vanaf 1 januari 2007 werkte ze deeltijds (4/5), eerst door gebruik te maken van ouderschapsverlof (1 januari tot 31 oktober 2007); vanaf 1 november 2007 nam ze tijdskrediet voor een periode van één jaar, telkens verlengd met één jaar.

4. Met ingang van 2008 was mevrouw S regelmatig afwezig wegens ziekte; zo telde ze in 2008 26,5 afwezigheidsdagen, in 2009 20 dagen en 10 dagen in 2010.

Begin 2011 onderging ze een operatie aan haar schouder, waardoor ze opnieuw 36,5 dagen niet kon werken.



5. Op 29 maart 2011 betekende Tech Data aan mevrouw S de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding van 8 maanden of € 21.591,17.

Op het C4-formulier wordt als reden opgegeven: *de hoge graad van afwezigheid is een te groot organisatorisch probleem.*

6. Met brief van 30 mei 2011 protesteerde de vakorganisatie van mevrouw S tegen dit ontslag en vorderde een aanvullende opzeggingsvergoeding op basis van 10 maanden, hetzij een saldo van € 6.747,24 en een beschermingsvergoeding wegens ontslag tijdens tijdskrediet van € 20.241,72.

Met antwoordbrief van 20 juni 2011 wees Tech Data deze elsen af en benadrukte dat het gemiddelde percentage ziekteverzuim 3% was, terwijl mevrouw S in 2008 een percentage van 15,19% had, in 2009 11,47%, in 2010 5,73% en in 2011 20,93%, wat een te groot organisatorisch probleem vormde.

In navolgende briefwisseling van de vakorganisatie en de raadsman van Tech Data bleven partijen op hun standpunten.

7. Ze kwamen dus niet tot overeenstemming, zodat mevrouw S op 29 maart 2012 de bvba Tech Data dagvaardde voor de arbeidsrechtbank te Brussel en betaling vorderde van:

In hoofddorde:

- Een saldo opzeggingsvergoeding van € 12.145,08



- Een beschermingsvergoeding tijdscrediet van € 20.241,75

In ondergeschikte orde:

- Een saldo opzeggingsvergoeding van € 5.397,83
- Een beschermingsvergoeding tijdscrediet van € 16.193,40, vermeerderd met intresten en kosten.

Tevens vroeg ze de afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

8. Met vonnis van 7 mei 2014 van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel werd deze vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard; Tech Data werd veroordeeld tot betaling van de beschermingsvergoeding van € 16.193,40, vermeerderd met intresten en kosten en tot afgifte van de sociale en fiscale documenten.

De opzeggingsvergoeding werd voldoende geacht; het bewijs van een voldoende ontslagreden werd niet gegeven, zodat een beschermingsvergoeding van 6 maanden, maar becijferd op basis van een 4/5^{de} tewerkstelling, werd toegekend.

9. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 21 november 2014, tekende Tech Data hoger beroep aan en vroeg dat de volledige vordering zou worden afgewezen als ongegrond. Mevrouw S tekende incidenteel beroep aan en vroeg de bevestiging van het vonnis wat betreft de beschermingsvergoeding, maar bijkomend de toekenning van een aanvullende opzeggingsvergoeding van in hoofdde € 5.397,83, in ondergeschikte orde € 2.698,93, vermeerderd met intresten en kosten, tevens vroeg ze de afgifte van de aangepaste sociale



en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom van € 25 per dag vertraging en per ontbrekend document.

II. BEOORDELING

10. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, wat niet wordt betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De aanvullende opzeggingsvergoeding

11. Een partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder in acht neming van de passende opzeggingstermijn, is op grond van art. 39 van de arbeidsovereenkomstenwet gehouden aan de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterend gedeelte van die termijn. De opzeggingsvergoeding behelst niet alleen het lopend loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst.

De opzeggingstermijn bij toepassing van het toenmalige artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens elgen aan de zaak (Cass., 8 september 1980, *Arr. Cass.*, 1980-1981, 17; Cass., 17 september 1975, *TSR* 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, *JTT* 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, *RW* 1990-1991, 1407;



Cass. 11 maart 2013, S.12.0088.N, S.12.0099.N, *JTT* 2013, 272 en S.12.0101.N, *JTT* 2013, 259).

12. Er is geen betwisting meer over het feit dat het jaarloon moet worden berekend met inachtneming van het loon waarop de werkneemster effectief recht had op het tijdstip van de kennisgeving van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, hetzij hier 4/5.

Het bedraagt dan ook € 32.386,80.

13. Rekening houdend met dit jaarloon, de anciënniteit van 9 jaar en 1 maand, de leeftijd van 44 jaar, de functie van 'sales representative' en de belangen van beide partijen kan de kans van mevrouw S om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden volgens de gegevens eigen aan de zaak worden geraamd op 10 maanden.

Het argument dat de functie zou behoren tot een knelpuntenberoep moet met de nodige omzichtigheid benaderd worden, omdat men steeds moet teruggaan naar het concrete profiel van de werkzoekende en niet kan voortgaan op een algemene functiebenaming.

(W. VANDEPUTTE, "Knelpunten bij het bepalen van de opzeggingstermijn. ..." *RW* 2009-10, 1282 en volgende meer bepaald 1285 en *Arbrb. Gent* 16 november 2009, geciteerd in voetnoot 30).

Het arbeidshof houdt rekening met omstandigheden die bestonden op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag, in zoverre deze omstandigheden de voor de bediende bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden, beïnvloeden. De anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon moeten daarbij in hun onderlinge samenhang worden geëvalueerd.



14. Mevrouw S kan derhalve aanspraak maken op een saldo opzeggingsvergoeding van € 32.386,80/12 x 10 = € 26.989 – uitbetaald bedrag € 21.591,17 = € 5.397,83.

De hiermee overeenstemmende sociale en fiscale documenten moeten worden afgeleverd, maar er is geen reden om dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom, omdat uit het dossier blijkt dat aan de werkgever op dit punt geen nalatigheid kan verweten worden. Het vakantieattest en het attest einde tewerkstelling werden reeds afgeleverd.

Het incidenteel beroep is deels gegrond.

De beschermingsvergoeding wegens tijdskrediet

15. Op grond van artikel 20 §2 van de CAO nr. 77 bis mag de werkgever geen handeling verrichten die tot doel heeft eenzijdig een einde te maken aan de dienstbetrekking behalve ... om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst of de vermindering van de arbeidsprestaties vanwege de uitoefening van het recht op tijdskrediet.

Wanneer de werkgever in de periode van het ontslagverbod van artikel 20 §2 de dienstbetrekking eenzijdig wijzigt, moet hij bewijzen dat hij de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd om een dringende reden of om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd zijn aan de uitoefening van het recht op tijdskrediet. (Cass. 14 Januari 2008, JTT 2008, 243)



In art. 20 van de CAO 77bis wordt niet als voorwaarde gesteld dat de werkgever de juiste ontslagreden in de ontslagbrief moet vermelden. Voldoende is dat hij aantoont dat de reden vreemd is aan de uitoefening van het recht op tijdskrediet.

16. In de ontslagbrief wordt geen reden vermeld.

Het C4-formulier vermeldt: *de hoge graad van afwezigheid is een te groot organisatorisch probleem.*

Deze reden wordt verder toegelicht in de brief van Tech Data d.d. 20 juni 2011 (zie randnummer 6).

17. Uit stuk II/6 van Tech Data blijkt dat de overste van mevrouw S op 15 maart 2011 vroeg om haar te ontslaan, omdat ze terug afwezig was en dit niet meer houdbaar was voor het team.

18. Hierop heeft de directie haar afwezigheden onderzocht en stelde vast dat het gemiddeld ziekteverzuim 3% bedroeg, maar dat dit voor mevrouw S beduidend hoger lag (2008: 15,19%, 2009: 11,47%, 2010: 5,73%; deel 2011: 20,93%). De afwezigheidsdagen worden opgegeven en deze gegevens worden niet betwist. Het betrof wel degelijk enkel de ziekte-dagen; hierbij werd geen rekening gehouden met de deeltijdse tewerkstelling wegens tijdskrediet. Op basis hiervan werd vastgesteld dat de hoge graad van afwezigheid een te groot organisatorisch probleem vormde. Men heeft dus binnen de onderneming het organisatieprobleem, aangekaart door de overste, geobjectiveerd door een onderzoek van de afwezigheidsdagen.



Reeds eerder op 5 januari 2010 waren er klachten gerezen omwille van de regelmatige afwezigheden wegens ziekte en de organisatorische weerslag. (stuk II/12)

Overigens volgt uit het arbeidsreglement dat men binnen het bedrijf de wettelijke drempel voor tijdskrediet van 5% had verhoogd naar 10%, zodat Tech Data hiertegenover een positieve houding had. (stuk II/8)

19. Uit de verslagen van de ondernemingsraad blijkt dat de opvolging van het ziekteverzuim een permanent aandachtspunt is binnen de onderneming. (stuk II/16).

20. Op grond van deze elementen bewijst Tech Data dat het ontslag werd gegeven om een reden waarvan de aard en de oorsprong vreemd is aan het tijdskrediet, met name de organisatorische weerslag van de meer dan gemiddelde afwezigheden wegens ziekte.

Mevrouw S kan daardoor geen aanspraak maken op de door haar gevorderde beschermingsvergoeding en het hoger beroep is op dit punt gegrond.

21. Aangezien elke partij deels in het gelijk, deels in het ongelijk is gesteld, dienen de gerechtskosten te worden omgeslagen in de zin dat elke partij 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,

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en deels gegrond;

Hervormt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de oorspronkelijk vordering en in hierna bepaalde mate gegrond;

Veroordeelt de bvba Tech Data tot betaling aan mevrouw S van een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 5.397,83, te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten op bruto;

Veroordeelt de bvba Tech Data tot afgifte aan mevrouw S van de hiermee overeenstemmende sociale en fiscale documenten, zoals loonfiche, individuele rekening, C4-formulier en fiscale fiche.

Wijst het meergevorderde af.

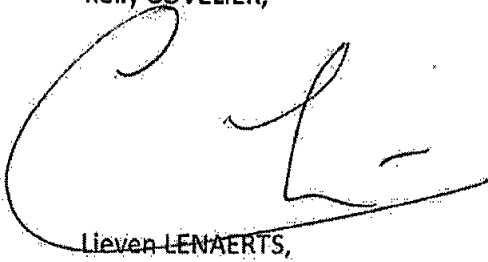
Slaagt de gerechtskosten om in de zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt.



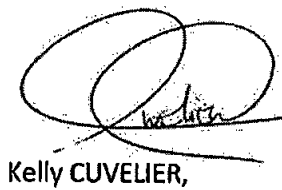
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel,
samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Paul CLERINX,
Steven MARCHAND,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

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



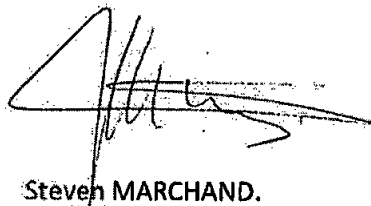
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



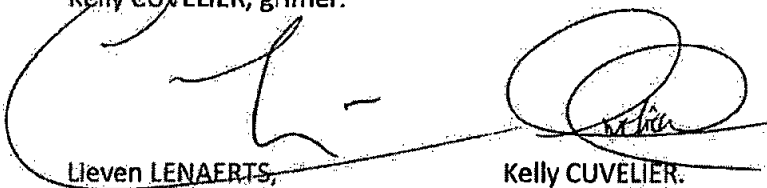
Paul CLERINX,



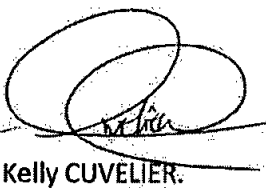
Steven MARCHAND.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 15 maart 2016 door:

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.

