



Repertoriumnummer 2020 / 918
Datum van uitspraak 22 mei 2020
Rolnummer 2018/AB/996
Beslissing waartegen beroep 17/537/A

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00001642764-0001-0025-01-01-1





I. FEITEN

1.-

Het arbeidshof weerhoudt volgende feiten als van belang voor de beoordeling van de betwisting tussen partijen.

2.-

Mevrouw O trad op 14 september 2014 in dienst van de nv Standaard Boekhandel (hierna genoemd de nv) als polyvalent winkelbediende in het filiaal Tielt-Winge. De voorwaarden van tewerkstelling werden vastgelegd in een schriftelijke arbeidsovereenkomst van 25 augustus 2014.

3.-

Alleszins voor het jaar 2015 gold binnen de nv een 'protocol werken op zon- en feestdagen', waarin een onderscheid werd gemaakt tussen filialen naargelang zij in of buiten een toeristische zone liggen. Voor de winkels gelegen in een toeristische zone werd voorzien dat voor arbeid op zondag in beginsel geen extra vergoeding werd betaald.

4.-

Het filiaal Tielt-Winge van de nv was gelegen in een winkelcentrum 'Gouden Kruispunt', waar de (meeste of alle) andere winkels op zondag open zijn.

Om onduidelijke redenen ging de nv ervan uit dat het filiaal Tielt-Winge gelegen was in een toeristische zone, waarbij verder blijkt dat mevrouw O en haar collega's zonder vergoeding op zondag werkten.

In mei 2015 vroeg het personeel van het filiaal om een gesprek met de nv over de 'zondagsverloning', in een aantal documenten waarvan niet ter discussie staat dat deze door mevrouw O geschreven werden. In verdere documenten werden ook andere pijnpunten aangekaart.

5.-

Uiteindelijk werd dit probleem geregeld met een collectieve arbeidsovereenkomst van 6 maart 2016 en een dading met elke individuele werknemer van 11 februari 2016.



In de dading werd bepaald dat mevrouw C. voor de prestaties op zondag voor de periode van 1 januari 2015 tot 31 januari 2016 een bedrag van 2.868,75 euro zou ontvangen met de loonafrekening van februari 2016, 3 % van dit bedrag als 'eenmalige en algehele tegemoetkoming' voor de regularisatie van andere tegoeden, en partijen vervolgens wederzijds afstand deden van vorderingen.

In de cao van 6 maart 2016 werd een algemene regeling uitgewerkt voor de arbeid op zonen feestdagen.

6.-

Op 10 maart 2016 diende het ACV kandidatenlijsten voor de sociale verkiezingen binnen de nv in.

Mevrouw C. was kandidaat personeelsafgevaardigde in zowel de ondernemingsraad als in het comité voor preventie en bescherming op het werk.

De verkiezingsprocedure werd stopgezet daar er onvoldoende (of net voldoende kandidaten) waren.

7.-

Met collectieve arbeidsovereenkomst van 4 april 2016 werd een regeling overeengekomen voor het sociaal overleg 2016-2020, waarbij de mandaten aan de representatieve werknemersorganisaties werden toegekend.

In bijlage 1 bij deze cao ('de werknemersafgevaardigden in OR en CBPW') werd mevrouw C. vermeld als werknemersafgevaardigde voor het ACV.

8.-

Van belang is verder dat artikel 4 van deze cao de ontslagbescherming van de werknemersafgevaardigden regelden, naar analogie met de bepalingen van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

9.-

In het verslag van de ondernemingsraad van 17 mei 2016 wordt melding gemaakt van een beslissing van de directie om 'de winkel in Tielt-Winge niet lager als filiaal uit te baten en deze te verzelfstandigen omwille van het sterk negatieve resultaat'. Onderzocht zou worden 'in welke mate de betrokken medewerkers in andere winkels tewerkgesteld kunnen / willen worden'.



In het verslag van de ondernemingsraad van 14 juli 2016 wordt deze mededeling herhaald en het resultaat bekend gemaakt van het onderzoek naar de hertewerkstellingsmogelijkheden. Hierbij wordt vermeld:

“Voor één personeelslid met syndicale bescherming wordt bij Paritair Comité 311 de procedure opgestart om te mogen overgaan tot ontslag omwille van economische of technische redenen.”

10.-

Met aangetekende brief van 18 juli 2016 vroeg de nv aan de voorzitter van het bevoegde paritair comité nr. 311 voor de grote kleinhandelzaken om met toepassing van artikel 3 van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden de elementen die in deze brief werden opgenomen te erkennen als economische of technische reden die het ontslag van mevrouw C rechtvaardigen.

Met brief van 19 september 2016 antwoordde de voorzitter van het paritair comité dat dit niet in de mogelijkheid was om een beslissing te nemen daar het niet was samengekomen binnen de termijn van twee maanden vanaf de datum van de aanvraag.

Met aangetekende brief van 23 september 2016 beëindigde de nv onder referte van voornoemde brief van de voorzitter van het paritair comité de arbeidsovereenkomst van mevrouw O met aankondiging van betaling van een opzeggingsvergoeding van 12 weken loon.

In deze brief werden de economische redenen uiteengezet en werd eveneens uitvoerig ingegaan op de briefwisseling die ondertussen was gevoerd.

Op het werkloosheidsbewijs C4 werd als juiste oorzaak van de werkloosheid vermeld: ‘sluiting van de winkel Tielt-Winge in eigen beheer’.

Het filiaal Tielt-Winge werd inderdaad gesloten op 16 augustus 2016, waarna de uitbating werd overgenomen door een zelfstandige uitbater.

11.-

De sluiting van het filiaal Tielt-Winge bracht echter niet met zich dat de tewerkstelling van de mevrouw O bij de nv eindigde. Het staat hierbij niet ter discussie dat zij vanaf woensdag



17 augustus 2016 werkte in het filiaal van de nv te Brussel (Muntplein), en dit deed tot 4 september 2016, waarna zij haar jaarlijkse vakantie opnam.

In een aangetekende brief van 10 augustus 2016 stelde de nv:

“Tot aan een beslissing van het Paritair Comité 311, blijft u evenwel in dienst van SB en zijn wij verplicht u verder te werk te stellen. De enige optie om u verder tewerk te stellen – in afwachting van de beslissing van het paritair comité (en desgevallend de uitvoering ervan) – is een voorlopige overplaatsing naar het filiaal te Brussel Muntplein.”

12.-

Met aangetekende brief van 6 oktober 2016 vroeg mevrouw C om haar re-integratie in de onderneming onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden als dewelke die golden vóór het ontslag en van toepassing waren in het filiaal Tielt-Winge.

Met aangetekende brief van 27 oktober 2016 weigerde de nv hierop in te gaan.

13.-

Met aangetekende brief van 7 april 2017 vorderde de vakorganisatie van mevrouw C betaling van de vergoedingen die thans het voorwerp uitmaken van de betwisting tussen partijen.

Met brief van 27 april 2017 betwistte de nv via haar raadsman de gestelde vorderingen.

II. RECHTSPLEGING

14.-

Met verzoekschrift op tegenspraak, neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank te Leuven op 1 juni 2017 vorderde mevrouw C betaling door de nv van:

178.466,45 euro bruto bijzondere beschermingsvergoeding op grond van artikel 4 § 5 en § 6 van de cao betreffende de organisatie van het sociaal overleg 2016-2020 van 4 april 2016
2.020,62 euro netto aanvullende vergoeding in het kader van de inkomensgarantie voor de periode van 16 december 2016 tot 31 maart 2017 op grond van artikel 4 §3 en § 4 van de cao betreffende de organisatie van het sociaal overleg 2016-2020 van 4 april 2016



1,00 euro netto provisioneel aanvullende vergoeding in het kader van de inkomensgarantie voor de periode vanaf 1 april 2017 op grond van artikel 4 §3 en § 4 van de cao betreffende de organisatie van het sociaal overleg 2016-2020 van 4 april 2016

15.747,04 euro bruto schadevergoeding op grond van artikel 18 § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet

225,49 euro loon voor de periode van 15 augustus 2016 tot 23 september 2016

180,98 euro bruto eindejaarspremie 2016

63,69 euro bruto vakantiegeld op lonen augustus en september 2016 en eindejaarspremie 2016

78,60 euro netto ecocheques 2016-2017

Deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest en met de kosten van het geding.

Zij vorderde tevens afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten (loonbrief, Individuele rekening, fiscale fiche 281.10 en een werkloosheidsbewijs C4 met het correcte loon, en dit binnen de wettelijk voorziene termijn, onder verbeurte van een dwangsom van 25,00 euro per ontbrekend document en per dag vertraging nadat de wettelijk voorziene termijn met één maand zal overschreden zijn, met een maximum van 2.000,00 euro.

Tenslotte vorderde zij de voorlopige uitvoerbaarheid van het tussen te komen vonnis zonder enige beperking.

15.-

In haar syntheseconclusie, neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank op 21 februari 2018, vorderde zij in hoofddorde betaling van volgende bedragen:

178.466,45 euro bruto bijzondere beschermingsvergoeding op grond van artikel 4 § 5 en § 6 van de cao betreffende de organisatie van het sociaal overleg 2016-2020 van 4 april 2016

15.747,04 euro bruto schadevergoeding op grond van artikel 18 § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet

225,49 euro loon voor de periode van 15 augustus 2016 tot 23 september 2016

180,98 euro bruto eindejaarspremie 2016

63,69 euro bruto vakantiegeld op lonen augustus en september 2016 en eindejaarspremie 2016

En in ondergeschikte orde:



4.761,16 euro netto aanvullende vergoeding in het kader van de inkomensgarantie voor de periode van 16 december 2016 tot 31 januari 2018 op grond van artikel 4 § 3 en § 4 van de cao betreffende de organisatie van het sociaal overleg 2016-2020 van 4 april 2016

1,00 euro netto provisioneel aanvullende vergoeding in het kader van de inkomensgarantie voor de periode vanaf 1 februari 2018 op grond van artikel 4 § 3 en § 4 van de cao betreffende de organisatie van het sociaal overleg 2016-2020 van 4 april 2016

15.747,04 euro bruto schadevergoeding op grond van artikel 18 § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet

225,49 euro loon voor de periode van 15 augustus 2016 tot 23 september 2016

180,98 euro bruto eindejaarspremie 2016

63,69 euro bruto vakantiegeld op lonen augustus en september 2016 en eindejaarspremie 2016.

16.-

Met vonnis van 13 september 2018 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering van mevrouw O ontvankelijk doch ongegrond, en zij veroordeelde haar tot de kosten van het geding, begroot op 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding te voordele van de nv.

17.-

Partijen bevestigen dat dit vonnis niet werd betekend.

18.-

Met verzoekschrift, neergelegd op de griffie van het arbeidshof op 10 december 2018, tekende mevrouw O hoger beroep aan tegen het vonnis dat op 13 september 2018 werd uitgesproken door de arbeidsrechtbank te Leuven.

Zij vorderde dat het arbeidshof dit vonnis zou hervormen en opnieuw recht doende haar oorspronkelijke vordering (zie nr. 14 zoals gewijzigd in nr. 15) gegrond te verklaren.

In ondergeschikte orde vordert zij voor haar het geval haar hoger beroep zou worden afgewezen, de rechtsplegingsvergoedingen als onwettig te verklaren en de nv ervan af te wijzen in beide aanleggen.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

19.-



Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is.

IV. BEOORDELING

1. De vordering tot betaling van een bijzondere beschermingsvergoeding

1.1. De regelmatigheid van ontslag van mevrouw O : sluiting van een afdeling?

20.-

Het staat tussen partijen niet ter discussie dat de bescherming die door de cao van 4 april 2016 wordt verleend aan de aangeduide personeelsafgevaardigden, wat het ontslag om technische of economische reden betreft, alleszins wat de elementen betreft die nodig zijn voor de beoordeling van deze betwisting, gelijklopend is met deze die wordt verleend door Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

Artikel 4 § 4 van voornoemde cao bepaalt immers:

“Indien de werkgever een werknemersafgevaardigde of plaatsvervanger wil ontslaan omwille van een economische of technische reden, moet hij de zaak hiertoe vooraf aanhangig maken bij het verzoeningsbureau van het bevoegd paritair comité volgens de toepasselijke regels terzake.

Bij ontstentenis van een beslissing binnen deze termijn, kan de werkgever enkel ontslaan in geval van sluiting van de onderneming of een afdeling ervan, of ontslag van een welbepaalde personeelscategorie. Deze begrippen hebben dezelfde betekenis als in de wet van 19 maart 1991.”

21.-

Artikel 2 § 1 eerste lid van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden bepaalt dat de personeelsafgevaardigden en de kandidaat-personeelsafgevaardigden slechts kunnen worden ontslagen om een dringende reden die vooraf door het arbeidsgerecht werd aangenomen of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegde paritair orgaan werden erkend.

22.-

Artikel 3 § 1 van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden bepaalt dat de werkgever die een personeelsafgevaardigde of een kandidaat-personeelsafgevaardigde wil



ontslaan om economische of technische redenen, de zaak vooraf met een ter post aangetekende brief moet aanhangig maken bij het bevoegd paritair comité, en indien dit er niet is of niet werkt, bij de Nationale Arbeidsraad.

Het paritair comité of de Nationale Arbeidsraad moet zich uitspreken over het al dan niet bestaan van economische of technische redenen binnen twee maanden vanaf de datum van de aanvraag die hiertoe door de werkgever werd gedaan.

Bij ontstentenis van beslissing van het paritair orgaan binnen de hiervoor vermelde termijn, mag de werkgever de personeelsafgevaardigde of de kandidaat-personeelsafgevaardigde enkel ontslaan:

- in geval van sluiting van de onderneming of van een afdeling van de onderneming
- in geval van het ontslag van een welbepaalde personeelsgroep.

Behalve in het geval van sluiting van de onderneming of van een afdeling van de onderneming of van een welbepaalde personeelsgroep mag de werkgever bij ontstentenis van tijdige beslissing van het paritair comité, niet tot ontslag overgaan alvorens de arbeidsgerechten het bestaan van de economische of technische redenen aanvaard hebben, volgens een door de wet opgelegde procedure.

23.-

Het begrip afdeling van een onderneming wordt in de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden niet wordt omschreven. Dit is echter wel gebeurd in de rechtspraak.

De afdeling wordt gedefinieerd als een onderdeel van de onderneming:

- dat voldoende onderscheiden is van de rest van de onderneming
(vgl. Arbh. Brussel 24 februari 2009, J.T.T. 2009, 332)
- dat een zekere samenhang vertoont en zich onderscheidt van de rest van de onderneming door een technische onafhankelijkheid en een onderscheiden duurzame activiteit waaraan een groep van personen is verbonden
(vgl. Arbh. Brussel 3 juni 2010, J.T.T. 2010, 325)
- dat belast is met een specifieke taak, uitgevoerd door een groep personen met een eigen directeur, een eigen organisatie en afzonderlijke lokalen en materiaal, zelfs wanneer de



activiteiten van de afdeling nauw verbonden zijn met de activiteiten van de onderneming op zich

(vgl. Arbh. Brussel 23 mei 2011, J.T.T. 2012, 26; de voorziening tegen dit arrest werd verworpen door Cass. 3 december 2012, Pas. 2012, 2393)

24.-

Er is sluiting van een afdeling van een onderneming wanneer het technisch departement in kwestie niet meer bestaat, alle werknemers van dat departement worden ontslagen en de activiteiten die door de gesloten afdeling van de onderneming worden uitgeoefend, niet door één onderaannemer worden verdergezet, maar door verschillende andere gespecialiseerde ondernemingen.

(vgl. Arbh. Brussel 23 mei 2011, J.T.T. 2012, 26; de voorziening tegen dit arrest werd verworpen door Cass. 3 december 2012, Pas. 2012, 2393)

25.-

In voorliggende betwisting is – althans naar het oordeel van de arbeidshof – de kernvraag of de verzelfstandiging van het eigen filiaal van de nv in Tielt-Winge tot gevolg heeft dat aan de arbeidsovereenkomst van mevrouw O met de nv noodzakelijk een einde moest worden gesteld. Het is immers enkel wanneer deze verzelfstandiging tot onvermijdelijk gevolg heeft dat de nv mevrouw O niet langer kan tewerkstellen, dat sprake kan zijn van een sluiting van een onderneming of een afdeling ervan in de zin van artikel 4 § 4 van de cao van 4 april 2016.

26.-

Het arbeidshof kadert dit in het doel dat de wetgever voor ogen had bij de beperking van de ontslagmogelijkheden tot economische of technische redenen, zo als dit gelezen wordt door het Hof van Cassatie, en dat erin bestaat dat de beschermde werknemer noch nadelig noch voordelig zou worden behandeld op grond van zijn bescherming.

(nadelig: vgl. Cass. 11 juni 1990, R.W. 1990-91, 638; voordelig: vgl. Cass. 20 juni 2011, RABG 2012, 164, noot V. Dooms)

Van zodra uit de behandeling van de andere werknemers die ook in de gesloten afdeling worden tewerkgesteld dergelijke discriminatie kan worden afgeleid, moet het bestaan van economische of technische redenen worden afgewezen.

Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen de redenen die de nv aanvoert om haar besluit tot verzelfstandiging van het filiaal Tielt-Winge te verantwoorden, en het gevolg dat deze verzelfstandiging heeft op de tewerkstelling van alle werknemers van het filiaal:



naar het oordeel van het arbeidshof toont de nv wel aan welke economische redenen er waren om tot de verzelfstandiging van het filiaal over te gaan, maar niet en alleszins niet op afdoende wijze waarom de verzelfstandiging noodzakelijk moest leiden tot ontslag van de beschermde werknemer (samen met twee andere collega's), des te meer wanneer twee andere collega's wel werden herplaatst in andere filialen van de nv.

27.-

Dat de sluiting van het filiaal Tielt-Winge niet tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst van alle werknemers die aan dit filiaal verbonden waren noodzakelijk beëindigd moesten worden, blijkt uit het onbetwiste feit dat twee andere werknemers verder tewerkgesteld werden in andere eigen filialen van de nv.

Het is hierbij niet onbelangrijk te verwijzen naar het verslag van de ondernemingsraad van 17 mei 2016 waarin enkel sprake is van verzelfstandiging van het filiaal in Tielt-Winge en de gevolgen hiervan voor het personeel, waarin uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid de werknemers in andere filialen tewerk te stellen:

“Omwille van het sterk negatieve resultaat van de winkel in Tielt-Winge heeft de directie beslist om deze winkel dan ook niet langer als filiaal uit te baten en deze te verzelfstandigen. Conform ervaringen uit het verleden zal Regio Management en HR samen met de betrokken medewerkers onderzoeken in welke mate zij in andere winkels kunnen/willen tewerkgesteld worden.”

Het resultaat van dit onderzoek werd dan kenbaar gemaakt op de ondernemingsraad van 14 juli 2016:

“Twee personeelsleden muteren naar een ander filiaal en twee medewerkers worden ontslagen maar blijven nog een periode in dienst (korter dan normale ontslagperiode). Voor één personeelslid met syndicale bescherming wordt bij Paritair Comité 311 de procedure opgestart om te mogen overgaan tot ontslag omwille van economische of technische redenen.”

28.-

Vervolgens is het merkwaardig om vast te stellen dat het feit dat voor mevrouw O dan wel geen alternatieve tewerkstelling gevonden kon worden, niet belette dat zij tijdens de periode van de aanvraag tot erkenning van economische of technische redenen en vanaf de sluiting van het filiaal Tielt-Winge op 16 augustus 2016, vanaf 17 augustus 2016 tewerkgesteld kon worden in een ander filiaal van de nv. Dat dit gepaard ging met gemopper



van de kant van mevrouw C over verplaatsingstijd en –vergoeding staat hieraan niet in de weg.

Zelfs indien dit gebeurde onder het voorbehoud van de lopende procedure tot erkenning van economische of technische redenen, kan men niet rond de vaststelling dat dit gegeven er op wijst dat ook na de verzelfstandiging van het filiaal Tielt-Winge waar zij was tewerkgesteld, het mogelijk was mevrouw O te werk te stellen in een ander filiaal van de nv.

29.-

Uit wat voorafgaat leidt het arbeidshof af dat het ontslag van mevrouw O , gesteund op de sluiting van (een afdeling van) een onderneming onregelmatig was.

Met toepassing van artikel 4 § 5 van de cao van 4 april 2016 heeft zij dan ook recht op een beschermingsvergoeding.

1.2. De beschermingsvergoeding

30.-

Artikel 4 § 6 van de cao van 4 april 2016 bepaalt:

“De bijzondere beschermingsvergoeding is gelijk aan:

- *het lopende loon dat overeenstemt met de duur van:*
 - *twee jaar zo de ontslagen werknemersafgevaardigde minder dan 10 dienstjaren in de onderneming telt*
 - *drie jaar zo hij 10 doch minder dan 20 dienstjaren in de onderneming telt*
 - *vier jaar zo hij twintig of meer dienstjaren in de onderneming telt*
- *evenals het loon voor het resterend gedeelte van de periode tot het einde van het mandaat.”*

31.-

Voor zover als nodig merkt het arbeidshof op dat deze bepaling afwijkt van de analoge bepalingen van de artikelen 16 en 17 van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden; vermits deze afwijkingen de rechten van mevrouw O niet aantasten, dient de beschermingsvergoeding becijferd te worden met toepassing van deze bepaling.



Het belangrijkste gevolg hiervan is dat de verschuldigdheid van het tweede deel van de beschermingsvergoeding niet afhankelijk wordt gemaakt van een eventuele vraag tot re-integratie, zodat de discussie tussen partijen over de vraag aan wie de re-integratie moet worden gevraagd, zonder voorwerp is.

32.-

Wat het eerste deel van deze beschermingsvergoeding betreft, zijn partijen het er over eens dat deze gelijk is aan het lopend loon voor twee jaar; wat het tweede deel van de beschermingsvergoeding betreft is sprake van een periode van 44 maanden.

Partijen zijn het niet eens over het loon waarmee rekening gehouden moet worden voor de berekening van deze vergoedingen, en evenmin over het bedrag dat op deze vergoeding in mindering mag worden gebracht.

33.-

Wat het loon betreft komt is de discussie tussen partijen beperkt tot de vraag of de toeslagen voor zondagwerk die wel werden betaald voor de prestaties in het filiaal Tielt-Winge maar niet voor de prestaties in het filiaal Brussel Muntplein, in aanmerking moeten worden genomen.

Terecht merkt de nv op dat met lopend loon wordt bedoeld, het loon waarop de bediende aanspraak maakt op het ogenblik waarop het recht ontstaat, zodat het bedrag van de opzeggingsvergoeding moet worden berekend op grond van het loon waarop de werknemer aanspraak heeft op grond van de arbeidsovereenkomst waardoor hij is gebonden op het ogenblik van zijn ontslag.

(vgl. Cass. 16 november 1992, R.W. 1992-93, 991)

Het staat in wezen niet ter discussie dat mevrouw O tijdens haar tewerkstelling in het filiaal Brussel Muntplein geen zondagprestaties leverde, en hier bijgevolg ook niet voor vergoed werd; het voordeel van de vergoeding van de zondagprestaties dat zij ontving voor de tewerkstelling in het filiaal Tielt-Winge, bestond dan ook niet meer, zodat hiermee geen rekening kan worden gehouden.

34.-

Het jaarloon van mevrouw O bedraagt bijgevolg 28.539,27 euro, zoals becijferd in de syntheseberoepsconclusie voor de nv, neergelegd op de griffie van het arbeidshof op 10 februari 2020.



De beschermingsvergoeding zoals voorzien in artikel 4 § 6 van de cao van 4 april 2016 dient bijgevolg als volgt te worden becijferd:

$(28.539,27 \text{ euro} \times 2) + (28.539,27 \text{ euro} \times 44/12)$

waarop de reeds betaalde opzeggingsvergoeding van 7.267,86 euro één maal in mindering kan worden gebracht, zodat 154.454,67 euro verschuldigd blijft.

2. De vordering tot betaling van een inkomensgarantie

35.-

Deze vordering wordt in de beroepsconclusie van mevrouw O , neergelegd op de griffie van het arbeidshof op 11 december 2019, gesteld in ondergeschikte orde, meer bepaald voor zover het arbeidshof de vordering tot betaling van een beschermingsvergoeding zou afwijzen.

Het arbeidshof heeft de vordering tot betaling van een beschermingsvergoeding niet afgewezen, zodat deze vordering zonder voorwerp is geworden.

3. De schadevergoeding op grond van artikel 18 § 2, 2° van de Antidiscriminatiewet

3.1. Toepasselijke bepalingen

36.-

Artikel 14 van de Antidiscriminatiewet verbiedt elke vorm van discriminatie in de aangelegenheden die onder het toepassingsgebied van de wet vallen.

Artikel 3 van dezelfde wet bepaalt dat deze tot doel heeft een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van diverse criteria waaronder de syndicale overtuiging, die in artikel 4, 3° omschreven worden als 'beschermde criteria'.

Artikel 5 § 1, 5° bepaalt dat de wet van toepassing is zowel in de overheidssector als in de particuliere sector op alle personen van toepassing met betrekking tot de arbeidsbetrekkingen, die in artikel 4, 1° worden omschreven de betrekkingen die onder meer omvatten de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagregelingen.

37.-



Het criterium ‘syndicale overtuiging’ heeft zowel betrekking op het lidmaatschap van een vakorganisatie, de syndicale overtuiging als op de syndicale activiteit.

(vgl. Arbh. Brussel, 19 juni 2018, 2017/AB/448, met referte aan: I. Verhelst en S. Raets, Discriminatie op de arbeidsplaats: gewikt en gewogen, Or. 2011/4, 118, en GwH, 2 april 2009, 64/2009, overweging B.8.3; GwH, 16 juli 2009, 123/2009, overweging B.4.1; GwH 22 april 2010, 35/2010, overweging B.4.2)

38.-

Artikel 28 § 1 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtcollege felten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van de huidige of toekomstige gezondheidstoestand of een handicap kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

De aangevoerde feiten moeten voldoende sterk en pertinent zijn.

(vgl. Grondwettelijk Hof, nr. 17/2009, arrest 12 februari 2009)

39.-

Artikel 28 § 2 van dezelfde wet bepaalt dat onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, onder meer doch niet uitsluitend wordt begrepen:

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium, onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Centrum of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of

2° de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

40.-

Artikel 28 § 3 van de wet bepaalt dat onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, onder meer doch niet uitsluitend wordt begrepen:

1° algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid; of



2° het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of

3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.

3.2. Toepassing

41.-

Indien mevrouw O betaling vordert van een vergoeding wegens discriminatie op grond van haar syndicale overtuiging, moet zij feiten aanvoeren die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden. Zij houdt hierbij voor dat zij ongunstiger is behandeld op basis van haar syndicale overtuiging bij:

- de evaluaties die plaats vonden op 18 maart 2016 en 22 april 2016
- het zoeken naar alternatieve tewerkstellingskansen bij de verzelfstandiging van het filiaal in Tielt-Winge
- de beslissing om een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomst.

Evaluaties van 18 maart 2016 en 22 april 2016

42.-

Niet ter discussie staat dat mevrouw O de motor was achter de discussie tussen de werknemers van het filiaal Tielt-Winge van de nv en de nv zelf over in eerste instantie de vergoeding voor zondagwerk en vervolgens een aantal andere punten; evenmin dat de nv hierdoor in de enigszins populaire uitdrukking van haar raadsman ter zitting 'in haar gat gebeten was'.

Terecht merkt mevrouw O op dat de nv dit ongenoegen heeft verwoord in de evaluatie van 18 maart 2016 over de periode van 28 februari 2015 tot 31 december 2015. In deze evaluatie kreeg zij voor de criteria 'communicatieve vaardigheid' en 'collegialiteit' een beoordeling 'beneden vereiste' die telkens gelinkt werd aan haar syndicale actie:

"Er kan echter geen begrip opgebracht worden over de manier van communicatie rond personeelsgebonden onderwerpen zoals werkroosters, zondagvergoedingen, overuren... Deze communicatie is defensief, er is weinig ruimte tot overleg en compromis. Je aanpak hierin is zeker niet conform de geijkte wegen en de cultuur van Standaard Boekhandel."



"Het is niet collegiaal om je collega's te sturen in een aanpak van materie die hem misschien wel allemaal aanbelangt maar die zij als individu of zelfs als groep zeker anders zouden hebben aangepakt en je leidinggevende publiekelijk af te vallen binnen winkel 484 en SB."

"Langs de andere kant hebben wij in 2015 kennis gemaakt met iemand die een aantal issues heeft aangepakt op een manier totaal niet conform met de waarden van Standaard Boekhandel en buiten de geijkte kanalen. Bovendien zijn we ervan overtuigd dat de groep zonder Shana deze materie anders had aangekaart. Vandaar onze "Beneden vereiste" op Communicatieve vaardigheid en Collegialiteit. Dit is een formele verwittiging dat het zo niet verder kan en/of een oproep tot dringende verbetering."

43.-

In de daaropvolgende evaluatie wordt het probleem nog eens opgerakeld en blijven de beoordelingen voor de criteria 'communicatieve vaardigheid' en 'collegialiteit' 'beneden vereiste':

"De korte termijn die er is tussen deze gesprekken kunnen ons momenteel niet garanderen dat er door jou anders gaat gereageerd worden bij personeelsgebonden issues. De feiten die hebben plaatsgevonden zijn te zwaar om licht over te gaan en na 4 weken om te buigen naar een voldoende."

"Je invloed op je collega's is zeer groot én je gebruikt hen zonder medeweten om issues aan te kaarten. Het is nodig om hierin een totale ommekeer te maken en je te focussen op een positieve invloed in de groep."

"We bemerken geen enkele positieve houding tov van SB na het toekennen van de zondagsvergoeding, alleen maar een ijver om nieuwe kwesties als volgend strijdpunt klaar te houden."

44.-

Het is pas in de laatste evaluatie over de periode 22 april 2016 tot 1 juli 2016 (nadat zij als personeelsafgevaardigde was aangeduid) dat de verwijten niet meer gelinkt werden aan het optreden van mevrouw O over 'personeelsgebonden' problemen, en de verwijten uit een andere hoek kwamen:

"De beoordelingsdomeinen 'communicatie' en 'collegialiteit', zijn in de hier behandelde periode geen bron geweest van voortgezette of nieuwe issues."



*Wel heeft leidinggevende vastgesteld dat op het vlak van **klantenomgang** en dan vooral de onontbeerlijke warmte en empathie, en op het vlak van een kritisch, creatief, en doordacht **genrebeheer** nog een hele weg af te leggen.”*

45.-

Uit deze evaluaties komt toch het beeld naar voor van een werkgever die niet gediend is van werknemers die opkomen voor hun rechten of die van hun collega's.

Iets anders is of dit weerhouden kan worden als feit dat het bestaan van een discriminatie kan doen vermoeden; naar het arbeidshof is dit niet en alleszins niet op voldoende sterke en pertinente wijze het geval. Mevrouw O stelt wel dat zij ten gevolge van deze evaluatie geen loonsverhoging zou krijgen en in beeld zou komen voor ontslag, maar dit volstaat niet om het bestaan van discriminatie te kunnen doen vermoeden.

Het zoeken naar alternatieve tewerkstellingskansen bij de verzelfstandiging van het filiaal in Tielt-Winge

46.-

Samengevat stelt mevrouw O dat zij een verschillende behandeling kreeg dan andere collega's bij het zoeken naar tewerkstellingskansen bij de sluiting van het filiaal Tielt-Winge en dat dit gevolg was van haar syndicale overtuiging: zij verwijst hierbij naar het gegeven dat twee collega's werden overgeplaatst naar een ander filiaal zonder hiervoor gesolliciteerd te hebben en dat haar in wezen enkel betrekkingen werden aangeboden waarvan men wist dat zij ze niet zou aanvaarden.

47.-

Dat twee collega's herplaatst werden in andere filialen zonder hiervoor gesolliciteerd te hebben toont mevrouw O niet en alleszins niet op de vereiste sterke en pertinente wijze aan. Het is hierbij nuttig op te merken dat uit het verslag van de ondernemingsraad van 17 mei 2016:

“Conform ervaringen uit het verleden zal Regio Management en HR samen met de betrokken medewerkers onderzoeken in welke mate zij in andere winkels kunnen/willen tewerkgesteld worden.”

Het is dus helemaal niet nodig om te solliciteren voor een andere betrekking, maar het volstaat om een voorstel van de werkgever om ergens anders te gaan werken te aanvaarden, zoals blijkt uit de e-mail van mevrouw N regiomanager van 21 juni 2016



over een vacature in het filiaal Brussel Campus, waaruit ook blijkt dat mevrouw O selectief was:

*"Ik stelde vandaag deze vacature voor aan V en O. I. was zeer positief en vroeg hem als kandidaat voor te dragen.
verkiest echter een functie genrebeheer (bij voorkeur literatuur)."*

In haar schriftelijke verklaring van 12 januari 2018, waarvan het arbeidshof de bewijskracht aanvaardt, bevestigt mevrouw N dit en ook het feit dat mevrouw O andere betrekkingen heeft geweigerd:

"Met O heb ik gesproken over een functie in Leuven, maar gezien haar opleidingsniveau vond ze dat beneden haar kunnen."

48.-

Ook uit de verklaring van mevrouw D , waarvan het arbeidshof de bewijskracht aanvaardt, blijkt dat aan elk van de personeelsleden van het filiaal Tielt-Winge jobs werden aangeboden:

"[...] Indien er functies vrijkwamen konden ze bij Interesse reageren; we hebben de medewerkers aangemoedigd om de vacatures te volgen op onze intranetsite. [...]"

Kort daarna werden er via Intranet twee vacatures opengesteld, een deeltijdse magazijnfunctie in Mechelen en een deeltijdse kassabediende in Leuven. Voor deze vacatures heeft geen van de werknemers van TieltWinge gesolliciteerd. [...]"

Wij vonden die lauwe interesse en reacties raar (zowel als ik).

Daarop hebben we afgesproken om zelf met hen contact op te nemen. [...]"

Tijdens mijn zomervakantie (11/7 tot 22/7) is er een voltijdse kassa/magazijnfunctie in SB Leuven opengezet en is de deeltijdse functie weggefallen. [...] J en O hebben hier niet voor gesolliciteerd."

49.-

Deze felten worden niet tegengesproken door de verklaringen van mevrouw J en mevrouw T waarvan het arbeidshof de bewijskracht aanvaardt.



Mevrouw J komt niet verder dan het ventileren van een indruk:

"Hierdoor kreeg ik sterk de indruk dat zowel Standaard Boekhandel als de zelfstandige noch mij, noch O of T (alle drie ontslagen, alle drie mensen die voor hun mening en het recht op een wettelijk correct loon opkwamen) deze 'te mondige' (?) mensen nog in dienst wilden nemen."

Uit de verklaring van mevrouw T kan evenmin iets nuttig worden gehaald.

50.-

Uit voorgaande verklaringen volgt eveneens dat de bewering van mevrouw O dat haar enkel betrekkingen werden voorgesteld waarvan men wist dat zij ze niet zou aanvaarden, niet ondersteund wordt door enig bewijskrachtig element.

Aldus maakt mevrouw O het niet aannemelijk dat zij op een andere wijze werd behandeld dan de andere collega's bij het zoeken naar een andere betrekking binnen de nv, of dat zij hierbij omwille van haar syndicale overtuiging anders werd behandeld.

De ontslagbeslissing

51.-

In wezen argumenteert mevrouw O wat hiervoor reeds afgewezen: zij voert aan dat zij ontslagen is omwille van haar syndicale overtuiging, wat zou moeten blijken uit de evaluaties, waarin haar actie op de korrel werd genomen, en uit het feit dat de nv geen inspanningen heeft gedaan om voor haar een alternatieve tewerkstelling te vinden.

Het arbeidshof verwijst naar wat hiervoor werd gezegd over deze feiten om ook hier vast te stellen dat mevrouw O geen feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden.

Conclusie

52.-

Vermits mevrouw O geen feiten aanvoert die het bestaan van discriminatie kunnen doen vermoeden, dient haar vordering tot betaling van een vergoeding wegens discriminatie op grond van haar syndicale overtuiging als ongegrond te worden afgewezen.

4. Regularisatie loon, eindejaarspremie en vakantiegeld



53.-

Deze onderdelen van de vordering van mevrouw O zijn gesteund op de stelling dat haar arbeidsvoorwaarden eenzijdig gewijzigd werden door haar tewerkstelling in Brussel vermits zij niet langer toeslagen voor zondagwerk ontving.

Deze stelling faalt: toeslagen voor zondagwerk worden per definitie enkel betaald wanneer prestaties op zondag worden geleverd, en alleszins tijdens haar periode van tewerkstelling in het filiaal Brussel Muntplein toont mevrouw O niet aan op zondag gewerkt te hebben. Het betreft hier geen eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, maar wel een toepassing van een bedrijfsakkoord.

Artikel 2 van de cao van 6 maart 2016 bepaalt immers weliswaar dat zondagsarbeid mogelijk is ook buiten de toeristische zones, maar artikel 3.2 van dezelfde cao kent de zondagstoeslag enkel toe indien op een zondag wordt gewerkt.

Deze onderdelen van de vordering van mevrouw O dienen eveneens als ongegrond te worden afgewezen.

5. Afgifte van sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom

54.-

Mevrouw O vordert terecht afgifte van sociale en fiscale documenten (blijkbaar beperkt tot een 'loonfiche').

Ten onrechte vordert zij echter dat aan de veroordeling van de nv tot afgifte van sociale documenten een dwangsom zou worden verbonden.

Aan een veroordeling kan slechts een dwangsom worden verbonden indien een gegronde vrees bestaat dat de veroordeelde zich aan de uitvoering van de veroordeling zou onttrekken.

Minstens dient mevrouw O aan te tonen dat er een gegronde vrees bestaat dat de nv zich zou onttrekken aan de verplichting om sociale documenten af te leveren; hierbij dient dan te worden vastgesteld dat zij niet aantoonde dat de nv zich in de periode van tewerkstelling onttrokken heeft aan de verplichting om sociale of fiscale documenten af te leveren.



6. Verwerping van andere argumenten

55.-

Het arbeidshof verwerpt alle andere door partijen ontwikkelde argumenten hetzij omdat zij niet gesteund zijn op enig bewijskrachtig gegeven, hetzij omdat zij niets bijbrengen tot de oplossing van de betwisting.

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;

Gehoord de heer , substituut-generaal, in zijn mondeling advies en de eveneens mondelinge replieken van partijen;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep van mevrouw O ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond; doet het bestreden vonnis teniet in de mate dat dit de vordering van mevrouw O tot betaling van een beschermingsvergoeding ongegrond verklaarde en haar veroordeelde tot de kosten van het geding;

Opnieuw recht doende, verklaart de vordering van mevrouw O tot betaling van een beschermingsvergoeding gedeeltelijk gegrond; veroordeelt de nv Standaard Boekhandel tot betaling aan mevrouw O van 154.454,67 euro (saldo) beschermingsvergoeding, te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest;

Bevestigt het bestreden vonnis in de overige beschikkingen;

Veroordeelt de nv Standaard Boekhandel tot de kosten van beide aanleggen, aan de zijde van mevrouw O niet begroot en bijgevolg niet vereffend, en aan de zijde van de nv Standaard Boekhandel vereffend op 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg en 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep en aldus vereffend;



Legt de bijdrage van 20,00 euro voor het Fonds juridische tweedelijnsbijstand ten laste van de nv Standaard Boekhandel.



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

raadsheer,
plv raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
blijgestaan door :
griffier.

De heer raadsheer in sociale zaken als werkgever, en de heer raadsheer in sociale zaken als werknemer-bediende, die aanwezig waren bij de debatten in deze zaak en die hebben deelgenomen aan het beraad, zijn in de onmogelijkheid om dit arrest te ondertekenen (zie de beschikking van de eerste voorzitter van dit arbeidshof van 5 mei 2020, rep. n° 2020/760).

Overeenkomstig artikel 785 Ger. W., wordt dit arrest ondertekend door voorzitter van deze kamer.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 22 mei 2020 door:

, raadsheer,
blijgestaan door
griffier.

