

Rep.Nr 02/2100M. H. VAN DEN BERGESyndikaal afgevaardigde

5de KAMER

Nr RDE; ...6393...

EXPEDITIE AFGELEVERD Definitief

aan M. H. VAN DEN BERGE

de ...13/01/2003...voor de partij: *KILIC**KUDRET***ARBEIDSHOF TE BRUSSEL****ARREST****OPENBARE TERECHTZITTING VAN 16 DECEMBER 2002.**

Arbeidscontract

R.P. 15.671

Op tegenspraak

Definitief

**INZAKE :****B.V.B.A. BATIM SERVICES**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 1081 BRUSSEL, Leopold II laan 258.Appellante, vertegenwoordigd door Mr M. HAEGEMAN loco Mr J.P. BRODSKY, advocaat te 1210 BRUSSEL, Waterkrachtstraat 6.**TEGEN:****K**

wonende te

Geïntimeerde, vertegenwoordigd door Mevr. H. VAN DEN BERGE, syndikaal afgevaardigde en volmachtdrager, Pletinckxstraat 19 te 1000 BRUSSEL.

\*

\*

\*

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken der rechtspleging, inzonderheid :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het vonnis van de vierde kamer van de Arbeidsrechtbank te Brussel dd. 30 oktober 2001;
- het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 23 januari 2002;
- de besluiten van de partijen;

Gehoord de partijen in hun middelen en beweringen op de openbare terechtzitting van 18 november 2002, waarna de debatten gesloten werden.

Gelet op de neergelegde stukken.

\*

\* \*

### Feiten en procedurevoorgaanden

Mevrouw K trad in dienst van B.V.B.A. Batim Services op 1 juni 1993 als arbeidster schoonmaakster, dit tot 20 mei 1997.

Appellante is een schoonmaakbedrijf dat schoonmaakopdrachten uitvoert voor haar klanten; mevrouw K verrichtte schoonmaakwerken bij de NMBS.

Er werd geen schriftelijke arbeidsovereenkomst opgesteld.

De arbeidsovereenkomst werd beëindigd door appellante mits betekening van een opzegtermijn bij aangetekend schrijven van 26.02.97 ten belope van 4 weken, ingaand op 3.3.97. De arbeidsovereenkomst werd effectief op 20 mei 1997 beëindigd.

Bij aangetekend schrijven van 8 september 1997 stelt de vakvereniging van mevrouw K de werkgever in gebreke voor afgifte van het werkloosheidsdocument C 4 rekening houdend met de werkelijke gepresteerde uren van 7

uren per dag en vijf dagen per week .

Bij dagvaarding in kort geding dd. 23 september 1997 vorderde mevrouw K afgifte van een correct ingevulde C 4 mits betaling van een dwangsom.

Bij beschikking van de Arbeidsrechtbank van Brussel zetelend in kortgeding d.d. 14 oktober 1997 wordt B.V.B.A. Batim Services veroordeeld tot afleveren van het gepaste en correct ingevulde werkloosheidsattest C 4 (zeven uren per dag en vijf dagen per week) en bij gebreke hieraan te voldoen binnen de acht dagen volgend op de betekening van huidige beschikking, haar te veroordelen tot een dwangsom van 24,79 EUR per dag vertraging.

B.V.B.A. Batim Services wordt eveneens veroordeeld tot het betalen van de kosten van het geding.

De vakvereniging verzoekt bij schrijven van 22 oktober 1997 de raadsman van appellante het vonnis uit te voeren.

Bij schrijven van 28 oktober 1997 verwittigt de vakvereniging dat zij overgaat tot betekening van de beschikking in kort geding gewezen.

Bij schrijven van 2 november 1997 van de raadsman van B.V.B.A. Batim Services deelt deze mede dat hij een fax heeft gekregen van de correcte C 4 en hij vraagt de tegenpartij de betekening te willen schorsen. B.V.B.A. Batim Services stelde een C 4 op met vermelding van een deeltijdse arbeid ten belope van 25/37.

De vakvereniging ACV zendt een fax op 3 november 1997 aan de raadsman van B.V.B.A. Batim Services , gezien de onjuiste duur van de tewerkstelling.

Appellante geeft een tweede C4 af met schrappen en correctie van het aantal gepresteerde uren .

Na een nieuwe tussenkomst van de vakorganisatie wordt een derde maal een C 4 afgeleverd met vermelding van deze opgegeven in de beschikking in kort geding met name zeven u per dag vijf dagen per week.

Bij dagvaarding dd. 9 april 1998 vordert mevrouw K veroordeling tot betaling van :

\*8.144,84 EUR ten titel van loon saldo over de periode van 1 juli 1993 tot 20 mei 1997,

\*333,22 EUR ten titel van saldo contractbreukvergoeding,

\*7.219,77 EUR ten titel van vergoeding wegens willekeurig ontslag,

\*45,69 EUR ten titel van supplement vakantiegeld 1997,

Meer de wettelijke en gerechtelijke intresten en de kosten.

De B.V.B.A. Batim Services stelt bij besluiten d.d. 28 december 1998 een tegenvordering in tot veroordeling van mevrouw K tot betaling van een bedrag van 55,53 EUR wegens het niet presteren van arbeid op 20 mei 1997.

Met het bestreden vonnis verklaarde de Arbeidsrechtbank van Brussel de hoofdvorderingen ontvankelijk en gegrond ten belope van de gevorderde bedragen. Zij kende het loon saldo toe aangezien uit het afgeleverde C 4 document na de beschikking kortgeding onbetwistbaar blijkt dat mevrouw K minimum 35 uren per week werkzaam was; de vordering tot betaling van de opzegtermijn gelijk aan zes dagen loon is gegrond aangezien uit de stukken van het bundel blijkt dat de arbeidsovereenkomst geschorst werd wegens ziekte van 5 maart 1997 tot en met 5 mei 1997, de vordering tot betaling van een vergoeding wegens willekeurig ontslag wordt eveneens gegrond verklaard nu de werkgever in gebreke blijft te bewijzen dat zij wegens economische redenen genoodzaakt was haar personeelsbestand in te krimpen. Ook het supplement vakantiegeld overeenkomstig de bepalingen van de CAO nummer 63 is gegrond nu blijkt dat mevrouw K nog geen ander werknemer had op 30 juni 1997.

De tegenvordering ingesteld bij besluiten van 28 december 1998, dit is méér dan 1 jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst, wordt onontvankelijk verklaard aangezien verjaard op grond van artikel vijftien W.A.O. .

\*

\* \*

### **Beroepsgriev en standpunten van partijen**

Appellante heeft volgende grieven :

#### **M.b.t. het loonsaldo :**

- een tewerkstellingsattest dd. 19 februari 1996 van het sociaal secretariaat vermeldt een brutoloon op dat ogenblik van 7,78 EUR en prestaties ten belope van vijf uur per dag,
- een tewerkstellingsattest van 1 april 1997 vermeldt eenzelfde brutoloon doch een tewerkstelling van 5,5 uren per dag,
- mevrouw K blijft in gebreke te bewijzen dat zij daadwerkelijk zeven uren per dag werkzaam was bij appellante; zij stuurde nooit enige in gebreke-

stelling om de werkgever aan te manen de loonfiche aan te passen.

m.b.t. de schorsing van de opzegtermijn wegens ziekte :

Een medisch attest d.d. 16 september 1997 vermeldt een arbeidsongeschiktheid vanaf 5 maart 1997 tot en met 5 mei 1997.

Een attest van het ziekenfonds d.d. 23 mei 1997 vermeldt de arbeidsongeschiktheid van 5 maart 1997 tot en met 1 mei 1997.

Hieruit dient afgeleid dat mevrouw K vanaf 2 mei 1997 het werk had kunnen hervatten en zij heeft het pas op 5 mei gedaan .

Wanneer mevrouw K zich aanbood op 21 mei 1997 deelde B.V.B.A. Batim Services haar mede dat ze haar verplichtingen niet meer diende na te komen voor de toekomst. (zie eigen beroepsverzoekschrift van appellante blz 4 al 1).

Het attest voor de periode 22.03.1997 tot en met 4.4.1997 werd nooit afgegeven met als gevolg de beslissing van 21 mei.

Mevrouw K heeft zelf op stilzwijgende wijze een einde gemaakt aan de arbeidsovereenkomst door zich niet meer aan te bieden op 19 en 20 mei 1997.

De vordering tot saldo opzegvergoeding is ongegrond gezien geïntimeerde verschillende fouten beging door zich niet aan te bieden en door het medisch attest voor de periode van 22 maart 1997 tot 4 april 1997 niet af te leveren.

Met betrekking tot de vergoeding willekeurig ontslag

Het document C 4 vermeldt duidelijk economische redenen als reden voor het ontslag; op een bepaald ogenblik werd appellante geconfronteerd met een beduidende afname van haar cliënteel zodat zijn aantal werknemers diende te ontslaan.

Alleen de werkgever oordeelt over de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming.

Met betrekking tot de tegenvordering

Deze ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Geïntimeerde repliceert dat appellante verschillende tewerkstellingsattesten neerlegt met verschillende wekelijkse prestaties.

Het achterstallig loon werd berekend op grond van het uurloon vermeld voor die bepaalde periode, voorkomend op de loonfiche. De werkgever heeft nagelaten een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid schriftelijk op te stellen met vermelding van de overeengekomen deeltijdse arbeidstijd en het uurrooster; zij heeft snel meer uren gepesteed dan bij de aanvang van haar arbeid; de werkgever gaf niet meer dan 3 C4 met allen andere deeltijdse tewerkstellingsuren (15u per week, 25 u en daarna 35 u).

Geïntimeerde legt 1 pointeerlijst neer m.b.t. het prikken voor de periode van 2.2.97-21.5.97, en hieruit blijkt een gemiddelde werkweek van 35 uur.

\*

\* \*

Beoordeling1.Ontvankelijkheid van het hoger beroep

Er wordt geen betekening van het bestreden vonnis overgelegd .

Het verzoekschrift is regelmatig naar vorm en werd ingesteld binnen de daartoe wettelijk bepaalde termijn, wat overigens niet wordt betwist.

Het is derhalve ontvankelijk.

\*

\* \*

## 2. Ten gronde

### M.b.t. het loonsaldo

De rechter ten gronde is niet gebonden door de beschikking in kortgeding; deze brengen geen nadeel toe aan de zaak zelf (artikel 1039 GWb).

Feitelijke vermoedens zijn gevolgen die de rechter mag trekken uit een gekend feit in verband met een ongekend feit (Cass 2.10.1989 J.T.T.90,8).

Het bewijs hiervan kan worden geleverd op grond van ernstige en met elkaar overeenstemmende vermoedens.

In casu stelt het Hof volgende ernstige en met elkaar overeenstemmende vermoedens vast waardoor het bewijs wordt geleverd van de door geïntimeerde gevorderde arbeidsuren :

- uit de pointergegevens blijkt dat geïntimeerde in de periode van 2.2.97 tot 16.5.97 gemiddeld 7 uur per dag werkzaam was en dus 35 uur per week presteerde; deze gegevens worden niet van valsheid beticht;
  - deze bewezen en gepresteerde uren stemmen niet overeen met het aantal uren vermeld door de werkgever op de individuele rekening voor de betreffende periode;
  - appellante heeft tot 2 maal toe verschillende tewerkstellingsattesten afgeleverd met vermelding van verschillende arbeidsduur per week; (stukken 1 en 2 van het bundel)
  - appellante heeft tot 3 maal toe minstens een verschillende C4 afgeleverd met vermelding van een verschillende wekelijkse arbeidsduur (stukken 13;20;25 bundel geïntimeerde);
  - appellante, dewelke in het bezit is van het personeelsdossier van geïntimeerde legt geen enkele pointerkaart neer, alhoewel het pointersysteem niet wordt betwist;
  - geïntimeerde heeft in ille tempore bij aangetekend schrijven dd 8 september 1997, voor het dagvaarden in kort geding appellante aangemaand tot afgifte van een C4 met vermelding van " de werkelijk gepresteerde uren (7 uren per dag en 5 dagen per week).
- Appellante heeft op dit schrijven niet gereageerd en betwisste pas na dagvaarding in kort geding.

Nu alle C4 een laatste uurloon op 20.05.97 vermelden van 320,05 frs (lees 7,93 EUR) en nu ook de individuele rekening voor deze periode dit uurloon vermelden, komt dit uurloon als bewezen voor en kan appellante niet het tegenbewijs leveren van een ander uurloon door een tewerkstellingsattest van 19.02.1996 (niet op briefhoofd van het sociaal secretariaat doch wel met stempel van het sociaal secretariaat) en een tewerkstellingsattest van 1 april 1997 dat betrekking heeft op de maand maart 1997.

Ook voor de zondag van 2 februari 1997 en maandag 4 februari geeft geïntimeerde een logische uitleg.

Appellante beweert ten onrechte dat de dagvaarding zelf een uurrooster van 4u per dag en 5 dagen per week bevestigt. De integrale lezing van de dagvaarding toont aan dat geïntimeerde inroept dat vrij kort na indiensttreding zij een uurrooster van 35 u per week presteerde a rato van 5 dagen per week aan 7 uur per dag.

Wat de werkgever minstens kan verweten worden is een te regelmatig opstellen van onjuiste sociale documenten of geen documenten (schriftelijke arbeidsovereenkomst DT) en appellante komt dan ook als ongepast over om zich juist op deze onjuiste documenten te steunen in graad van hoger beroep om het tegenbewijs te willen leveren.

De berekening van de achterstallige lonen over de litigieuze periode komt voor als juist en wordt door appellante niet ernstig betwist.  
Het hoger beroep is ongegrond.

\*

\* \*

### M.b.t. de opzegvergoeding

De opzeg uitgaande van appellante bedroeg 4 weken, ingaand op 3.3.1997.

Bij een opzegging gegeven door de werkgever voor de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens ziekte, loopt de opzegtermijn niet tijdens de schorsing.

Dit geldt tevens voor de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wegens jaarlijkse vakantie. In casu was geïntimeerde arbeidsongeschikt op 1 mei en ook deze dag schorst de opzegtermijn.

Geïntimeerde was arbeidsongeschikt wegens ziekte van 5.3.1997 tot en met 5 mei 1997. (zie bundel)

Het medisch attest van haar behandelend geneesheer voorzag een arbeidsongeschiktheid vanaf 5 maart 1997 tot 5 mei 1997. Tussen werkgever en werknemer wordt de arbeidsongeschiktheid bewezen, door een geneeskundig attest van de behandelend geneesheer. Zo kan een werkgever zelfs afzien van elke formele bewijsvoering en het bestaan van de arbeidsongeschiktheid aannemen op de loutere verklaring van de werknemer. (zie de schorsing van de arbeidsovereenkomst J.Herman in Blanpain Arbeidsrecht II 4 101).

In casu heeft de werkgever op het ogenblik zelf geen betwisting gevoerd in verband met de realiteit van de arbeidsongeschiktheid, evenmin werd enige ingebrekestelling voor wat dan ook tijdens deze afwezigheid aan geïntimeerde gericht. Het attest van de mutualiteit, verricht in het kader van een ander wetgeving, is niet relevant.

De loonfiche vermeldt voor de maand mei 9 gepresteerde dagen, 3 feestdagen en 2 dagen jaarlijkse vakantie. Maandag 19 mei is een wettelijke feestdag en op 20 mei heeft geïntimeerde gebruik gemaakt van artikel 64 WAO. In elk geval kan uit de loutere afwezigheid van een wettelijke feestdag en een andere dag, na een periode van onbetwiste arbeidsongeschiktheid, nooit een stilzwijgende toestemming tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden afgeleid.

Appellante erkent zelf in haar beroepsverzoekschrift blz 4 al.1 dat zij de arbeidsovereenkomst verbrak op 21 mei 1997. Daarenboven had geïntimeerde zich reeds op de arbeidsplaats aangeboden. Bijgevolg is appellante een opzegvergoeding verschuldigd voor het saldo van de opzegtermijn dewelke nog diende gepresteerd te worden en gevorderd door geïntimeerde ten belope van 6 werkdagen en is het hoger beroep op dit punt ongegrond.

Het feit dat geïntimeerde voordien enige fout zou hebben gemaakt - quod non - verandert hieraan niets.

Alle andere argumenten van appellante zijn niet relevant. Evenmin de bewering van niet afgifte van medische attesten, nu huidig geschil de schorsing van de opzegtermijn betreft en niet de betaling van gewaarborgd loon door de werkgever.

Het hoger beroep is ongegrond

\*

\* \*

**M.b.t. de tegenvordering**

Er is geen enkele reden tot onderzoek van de tegenvordering nu appellante in het kader van haar hoger beroep geen enkel argument laat gelden waarom de tegenvordering zoals ingediend in eerste aanleg niet is verjaard. Het vonnis dient bevestigd op dit punt.

\*

\* \*

**M.b.t. de schadevergoeding willekeurig ontslag**

Volgens artikel 63 van de wet van 3 juli 1978 wordt onder een willekeurig ontslag verstaan, het ontslag van een werkmán die is aangeworven voor een onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.

In het Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht bestaat er in principe geen verplichting van de werkgever om het ontslag te motiveren.

De redenen waarop het ontslag steunt, dienen niet noodzakelijk op het ogenblik van het ontslag medegedeeld te worden.

Het volstaat dat ze worden medegedeeld en bewezen nadat de ontslagen werknemer het willekeurig karakter van de afdanking heeft ingeroepen, hetgeen ook tijdens de procedure kan gebeuren. De toepassing van artikel 63 W.A.O. hangt namelijk af van de verklaring van de werkmán dat het ontslag willekeurig is.

Bij betwisting behoort het de werkgever het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen.

Eenzijdige beweringen van de werkgever kunnen niet als bewijs gelden.

De werkgever zal de redenen waarop het ontslag steunt, dienen te bewijzen.

Hij dient daartoe de nodige elementen bij te brengen om de rechter toe te laten zijn toetsingsbevoegdheid uit te oefenen.

De rechter moet kunnen nagaan of het finaliteitscriterium waaraan het ontslag wordt onderworpen, werd nageleefd, of de ingeroepen redenen wel degelijk bestaan, niet vals zijn of voorgewend.

De werkgever behoudt nochtans een ruime beleidsvrijheid bij het bestuur van de onderneming en bij het nemen van een ontslagbeslissing en het beoordelen van de opportuniteit ervan, binnen de grenzen van artikel 63 van de wet van 3 juli 1978.

De werkgever dient niet alleen het bestaan van de redenen tot ontslag te bewijzen doch hij moet tevens aantonen dat enkel de door hem ingeroepen redenen aan de basis ligt van en de oorzaak zijn van het ontslag.

In casu bewijst appellante in graad van beroep nog steeds niet de realiteit van de ingeroepen redenen van economische redenen. Er wordt geen daling van het cliënteel bewezen of verlies van opdrachten.

Geïntimeerde dient gezien de verdeling van de bewijslast, opgelegd door artikel 63 WAO niet te bewijzen dat de reële oorzaak van het ontslag het herhaaldelijk vragen van het achterstallig loon is.

De eerste rechter verklaarde terecht deze vordering ontvankelijk en gegrond.

\*

\* \*

### **Het supplement van het vakantiegeld**

De eerste rechter kende terecht het supplement vakantiegeld toe voor de 3de dag van de 4de vakantieweek op grond van de CAO nr 63 algemeen verbindend verklaard bij KB van 13.04.1997 BS 29.05.1997 en op grond van artikel 4 (= belastbaar brutobedrag van vakantiegeld x 1,07533 x 2,57 %) zodat geïntimeerde aanspraak maakt op het door haar gevorderde bedrag en het hoger beroep ongegrond is.

\*

\* \*

**OM DEZE REDENEN :**

En al deze hierin impliciet vervat;

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 doch niet gegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis in al haar beschikkingen;

Veroordeelt appellante tot de kosten in hoger beroep;

Deze kosten werden tot op heden door de partijen als volgt begroot :

- voor appellante partij :

€ 267,73 rechtsplegingsvergoeding hoger beroep (na herleiding),

- voor geïntimeerde partij :

€ 117,43 kosten betekening;

Aldus gewezen en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 5de kamer van het Arbeidshof te Brussel op 16 december 2002, waar aanwezig waren :

Mevrouw B. CEULEMANS, Raadsheer,

De Heren :

J. VERVECKEN, Raadsheer in sociale zaken als werkgever, aangeduid bij bevelschrift van heden ter vervanging van de heer F. VANDEWIJNGAERDEN, Raadsheer in sociale zaken als werkgever, die de debatten heeft bijgewoond en heeft deelgenomen aan het beraad van onderhavig arrest, maar wettig verhinderd is om de uitspraak ervan bij te wonen (art. 779 Ger. W.),

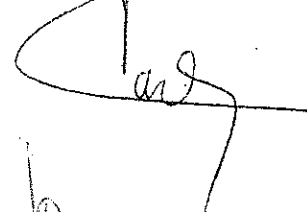
D. VANHAGENDOREN, Raadsheer in sociale zaken als werknemer - arbeider, aangeduid bij bevelschrift van heden ter vervanging van de heer P. MANS, Raadsheer in sociale zaken als werknemer - arbeider, die de debatten heeft bijgewoond en heeft deelgenomen aan het beraad van onderhavig arrest, maar wettig verhinderd is om de uitspraak ervan bij te wonen (art. 779 Ger. W.),

D. DE RAEDT, e.a. adjunct-griffier.

J. VERVECKEN,



D. VANHAGENDOREN,



D. DE RAEDT,



B. CEULEMANS,

