

rep.nr.

20 M 1877

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 25 MAART 2011

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

PAUWELS CONSULTING BVBA, met maatschappelijke zetel te
1831 DIEGEM, Lambroekstraat 5,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. DE CLEEN Stefanie loco mr. RAES Jo,
advocaat te 9000 GENT, Krijgslaan 12.

Tegen:

V

vertegenwoordigd door mevrouw VAN SINAY Katrien, gevolmachtigde van
het ACLVB, met kantoor te 9000 GENT, Koning Albertlaan 95.

*

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 11 februari 2010 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 24e kamer (A.R. 368/09).
- ~~het verzoekschrift tot hoger beroep~~, ontvangen ter griffie van dit hof op 16 april 2010;
- de conclusie en de syntheseconclusie voor de appellante neergelegd ter griffie, respectievelijk op 31 augustus 2010 en 23 december 2010,
- de conclusies voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 29 juni 2010, 4 november 2010 en 12 januari 2011;

- de voorgelegde stukken;

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 25 februari 2011, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 24 april 2007 ondertekenden de bvba Pauwels Consulting en mevrouw V een voltijdse arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd, waarbij mevrouw Virk als bediende aangeworven werd met ingang van 7 mei 2007.

Mevrouw V verwijst naar de artikelen 1 en 2.1 van deze overeenkomst waarin haar functie respectievelijk beschreven wordt als Tester/hotline en Testing/support.

Ze werd tewerkgesteld in een project van Belgacom te Brussel

Op 26 juni 2008 werd aan mevrouw V een loonsverhoging toegekend.

2. Pauwels Consulting betwist niet dat zij op 6 augustus 2008 ingelicht werd over de zwangerschap van mevrouw V

Mevrouw V was ziek van 13 tot 29 augustus 2008.

Vinciane P van Belgacom deelde bij e-mail van 19 augustus 2008 aan de dienst Sales van Pauwels Consulting mee dat de opdracht van mevrouw V voortijdig beëindigd werd op 16 september 2008.

Op 29 augustus 2008 beëindigde Pauwels Consulting de arbeidsovereenkomst van mevrouw V met betaling van een opzeggingsvergoeding van 3 maanden.

3. Op 5 september 2008 wees de vakorganisatie van mevrouw V op de zwangerschap en vroeg zij naar de precieze reden van het ontslag.

Op 22 september 2008 werd vastgesteld dat deze brief onbeantwoord bleef en vroeg de vakorganisatie bijkomend uitbetaling van het loon van augustus 2008, het vakantiegeld bij uitdiensttreding, de verbrekingsvergoeding en de afgifte van de loonbrief augustus met de eindafrekening, het vakantie- en het tewerkstellingsattest en het C4 formulier.

~~In haar antwoord van 6 oktober 2008 weet Pauwels Consulting het ontslag aan een reden van economische aard, omdat de klant het contract had stopgezet, waardoor het onmogelijk was haar nog langer te werk te stellen.~~

4. Op 8 januari 2009 dagvaarde mevrouw V de bvba Pauwels Consulting in betaling van:

- een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 2.349,30
- een beschermingsvergoeding wegens moederschap van € 23.686,89

- intresten wegens laattijdige betaling van € 114,53 bedragen te vermeerderen met wettelijke en gerechtelijke intresten en met de gerechtskosten.

5. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 11 februari 2010 werd deze vordering als volgt gegrond verklaard:

- saldo opzeggingsvergoeding van € 2.051,07
- vergoeding moederschapbescherming van € 23.090,04
- intresten wegens laattijdige betaling van € 114,53 bedragen te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intresten en met de gerechtskosten.

6. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 16 april 2010, tekende de bvba Pauwels Consulting hoger beroep aan, wat betreft de aanvullende opzeggingsvergoeding en de beschermingsvergoeding en vroeg ze de afwijzing van deze vorderingen, minstens de vermindering van de beschermingsvergoeding tot € 19.572,42.

Tevens vroeg zij de veroordeling van mevrouw V tot de gerechtskosten van beide aanleggen.

II. BEOORDELING.

1. Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan.

De opzeggingsvergoeding

2. Er is geen betwisting over het feit dat mevrouw V aanspraak kan maken op een opzeggingsvergoeding gelijk aan het loon van 3 maanden, doch er is wel betwisting over de samenstelling van het basisloon, meer bepaald wat betreft de volgende elementen: maaltijdcheques, treinabonnement, groepsverzekering en hospitalisatieverzekering en de onkostenvergoeding.

3. De tegemoetkoming van de werkgever in de onkosten van de maaltijden van de werknemers d.m.v. maaltijdcheques is voor de werknemer een voordeel, omdat hij in dat geval zijn loon voor dat gedeelte niet moet aanwenden om deze maaltijden te bekostigen (Arbh. Antwerpen 18 november 1991, Soc. Kron. 1995, 133). De maaltijdcheques moeten dan ook worden opgenomen in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding (Arbh. Brussel 16 december 1992, JTT 1993, 332; Arbh. Brussel 17 februari 1999, Soc. Kron. 1999, 497).

De eerste rechter heeft enkel rekening gehouden met effectief gepresteerde dagen en berekende, rekening houdend met 52 weekends, de vakantie- en ADVdagen plus de feestdagen, het aandeel van de maaltijdcheques juist op $220 \times € 4,34 = € 954,80$.

4. Het treinabonnement heeft betrekking op reële kosten, die eigen zijn aan de werkgever, zodat dit onderdeel niet moet worden opgenomen in de berekening van de opzeggingsvergoeding.

5. Pauwels Consulting toont aan dat de werkgeversbijdragen voor de groepsverzekering doorbetaald werden tijdens de duur van de termijn voor de

opzeggingsvergoeding, zodat dit bedrag niet een tweede maal dient te worden verrekend (Arbh. Brussel 14 oktober 1997, AR 32.218; Arbh. Brussel 11 maart 2011, AR 2010/AB/86).

6. Voor de hospitalisatieverzekering nam de eerste rechter terecht enkel de werkgeversbijdrage in aanmerking, die € 14,07/maand bedroeg. Het werknemersaandeel dient niet te worden opgenomen in de berekening van het basisloon voor de opzeggingsvergoeding.

Mevrouw V verwijst dienaangaande ten onrechte naar het volledige bedrag met werkgevers- en werknemersaandeel, zoals dit meegedeeld werd door de verzekeringsmaatschappij.

7. In verband met de onkostenvergoeding verwijst mevrouw V terecht naar artikel 5, 1° van de arbeidsovereenkomst waarin bepaald wordt dat de reële verplaatsingskosten maandelijks vergoed worden na voorlegging van de bewijsstukken. Tevens had ze een treinabonnement en maaltijdscheques.

Pauwels Consulting wil dan nogmaals bijkomende kostenvergoedingen toekennen, enerzijds een maandelijks bedrag a rato van € 200 en anderzijds een dagelijkse onkostenvergoeding van € 12.

De werkgever toont niet aan dat mevrouw V in dergelijke ruime en bijkomende mate onkosten voor het bedrijf diende te maken, temeer daar deze onkosten in de loop van de tewerkstelling nog eens naar omhoog werden getrokken, zonder dat men inziet waardoor deze verhoging zou kunnen verantwoord zijn, daar mevrouw Virk blijkbaar steeds bij dezelfde klant is blijven werken.

Terecht heeft de eerste rechter dan ook deze vergoedingen opgenomen in de berekening van het basisloon.

8. Samenvattend kan worden vastgesteld dat de becijfering door de eerste rechter enkel dient te worden verminderd met de werkgeversbijdrage voor de groepsverzekering, zodat het basisloon bedraagt: € 46.180,08 - € 897,24 = € 45.282,84.

Mevrouw V kan aanspraak maken op een opzeggingsvergoeding van € 45.282,84/12 x 3 maanden = € 11.320,71, zodat er een saldo verschuldigd bleef van € 11.320,71 - € 9.494,15 - € 292,06 = € 1.534,50.

In die mate is het hoger beroep betreffende dit onderdeel gegrond.

De moederschapbescherming.

9. 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.

Wanneer de werkgever als gevolg van artikel 40, tweede lid, tweede zin, van de Arbeidswet schriftelijk de redenen voor het ontslag ter kennis heeft gebracht, dan kan hij, rekening gehouden met de finaliteit van die bepaling die genomen is in uitvoering van de Richtlijn 92/85 EG van 19 oktober 1992, nadien geen andere redenen meer aanvoeren (Arbh. Antwerpen, 17 januari 2005 Soc. Kron. 2005, 339.).

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:

1. het bestaan van objectieve feiten die aantonen dat het ontslag werd gegeven om redenen die vreemd zijn aan haar lichamelijke toestand;
2. de echtheid van deze redenen;
3. 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).

10. Pauwels Consulting verwijst naar de beëindiging van de opdracht bij Belgacom op 16 september 2008, door deze klant betekend op 19 augustus 2008 (stuk 1 Pauwels Consulting).

De vraag is of de werkgever hiermee een objectief feit aanbrengt dat aantoonst dat het ontslag werd gegeven om redenen die vreemd zijn aan de zwangerschap van mevrouw V en of er een oorzakelijk verband is tussen de beslissing van Belgacom en de economische noodzaak van het ontslag.

11. De beëindiging van de specifieke opdracht bij Belgacom gebeurde in het kader van een globaal samenwerkingscontract tussen Belgacom en Pauwels Consulting, afgesloten op 6 maart 2006, geldend voor onbepaalde tijd (artikel 3.1), maar met een minimumduur van 5 jaar (artikel 3.2), zodat deze samenwerking verzekerd was tot 6 maart 2011.

Uit de artikelen 1.1 en 1.2 van de algemene overeenkomst volgt dat de samenwerking betrekking had op een ruim gamma van bijstand, consultancy en projectopdrachten, gaande van programmatie, analyse, product- en handelsspecialisatie, projectmanagement, helpdesk ...

12. De specifieke opdracht van mevrouw Virk verwijst naar het profiel van Hotline NPS Pila en werd aanvankelijk afgesloten voor 110 dagen tussen 7 mei 2007 en 30 juni 2007, vervolgens verlengd voor 60 dagen tussen 1 juli 2007 en 30 september 2007, hierna verlengd voor 60 dagen van 1 oktober 2007 tot 31 december 2007, andermaal verlengd voor 55 dagen tussen 1 januari 2008 en 31 maart 2008, daarna nog eens verlengd voor 60 dagen van 1 april 2008 tot 30 juni 2008 en ten slotte verlengd voor 60 dagen tussen 1 juli 2008 en 30 september 2008.

Deze laatste verlenging werd vroegtijdig afgebroken door Belgacom op 19 augustus 2008 om te eindigen op 16 september 2008.

Terecht merkt de eerste rechter op dat deze vroegtijdige beëindiging op zich nog niet het ontslag van mevrouw V op 29 augustus 2008 noodzakelijk maakte en dat zij voor het einde van de contractbeëindiging afgedankt werd net op het ogenblik dat zij na haar ziekteperiode van 13 tot 29 augustus, wellicht tengevolge van de zwangerschap, op het werk wilde terugkeren.

Alleszins kon mevrouw V op 30 augustus 2008 haar opdracht bij Belgacom nog hervatten.

Pauwels Consulting houdt voor dat deze vroegtijdige beëindiging mogelijk was omdat er in het kader van het hoofdcontract nog andere collega's van Pauwels Consulting bij Belgacom werkzaam waren die tijdelijk in de vervanging konden voorzien.

Hieruit volgt meteen dat mevrouw V geen dergelijk specifiek profiel had dat ze niet vervangbaar was, maar hieruit volgt ook dat een nieuw project voor haar mogelijk was binnen het ruime samenwerkingsverband dat Belgacom en Pauwels Consulting hadden afgesproken.

Dit wordt ook geïllustreerd door haar CV, opgemaakt onder de hoofding van Pauwels Consulting en dus blijkbaar dienstig om haar mogelijkheden bij klanten aan te prijzen, waaruit volgt dat zij ruimer inzetbaar is dan voor de specifieke deelopdracht die door Belgacom beëindigd werd. Uit dit CV volgt tevens dat zij gedurende 8 weken een Franse taal cursus gevolgd heeft te Namen, zodat de bewering van Pauwels Consulting als zou ze enkel in een Engelstalige werkomgeving inzetbaar zijn, niet zomaar kan aangenomen worden.

13. Gelet op het feit dat de beëindigde deelopdracht kaderde in een algemeen contract van Pauwels Consulting met Belgacom, dat alleszins nog opdrachten garandeerde tot 6 maart 2011, is niet aangetoond dat er objectieve feiten zijn, zonder meer vreemd aan de zwangerschap, die het ontslag verantwoorden en die een voldoende oorzakelijk verband inhouden tussen deze voorgebrachte feiten en de ontslagbeslissing.

14. Hier komt nog bij dat mevrouw V evenmin specifiek aangeworven werd voor een opdracht bij Belgacom te Brussel.

Immers uit artikel 1 van haar arbeidsovereenkomst volgt dat de referentieplaats voor de tewerkstelling Zaventem en Gent was en dat ze in dit kader verplaatsingen diende te aanvaarden als integrerend deel van haar functie van tester.

Evenmin wordt betwist dat zij nog kort voor haar ontslag op 26 juni 2008 een loonsverhoging had bekomen, wat toch beduidt dat zij een werkneemster met potentieel was.

Evenmin wordt ontkend dat Pauwels Consulting in september 2008 een concurrent had overgenomen, met name Telco Consultants, zodat de werkgever in een groeifase zat.

Uit de stukken 15 tot en met 18 van mevrouw V blijkt overigens dat Pauwels Consulting zich ook op die wijze profileerde.

15. Hieruit vloeit voort dat Pauwels Consulting niet aantoont dat mevrouw V ontslagen werd om redenen die vreemd waren aan haar lichamelijke toestand als

gevolg van haar zwangerschap, zodat ze terecht aanspraak maakt op de beschermingsvergoeding van artikel 40 van de arbeidswet.

Voor de begroting van de beschermingsvergoeding kan de door de eerste rechter weerhouden becijfering aangehouden worden, aangezien de betaling van de patronale bijdrage groepsverzekering tijdens de opzeggingstermijn geen relevantie heeft voor de begroting van het basisloon voor de beschermingsvergoeding.

Het hoger beroep is wat dit onderdeel betreft ongegrond.

OM DEZE REDENEN,

HET ARBEIDSHOF,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24,

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis met dien verstande dat het bedrag van € 2.051,07 bruto als saldo verbrekingsvergoeding moet worden vervangen door de som van € 1.534,50.

Legt de kosten van het hoger beroep ten laste van appellante, deze aan de zijde van mevrouw V niet begroot, geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd zijnde, daar ze niet bijgestaan werd door een advocaat.

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

Lieven LENAERTS,
Georges JACOBS,
Daniël HEYVAERT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



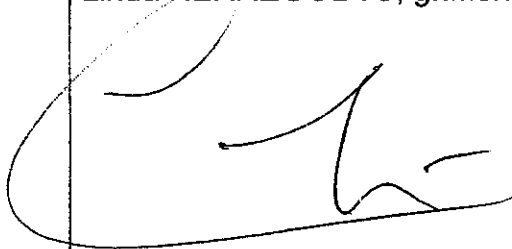
Georges JACOBS,



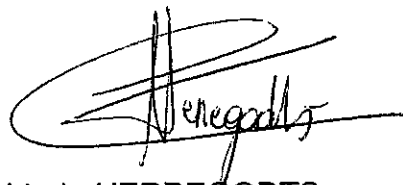
Daniël HEYVAERT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 25 maart 2011 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,
bijgestaan door
Linda HERREGODTS, griffier.



Lieven LENAERTS,



Linda HERREGODTS.