

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN VAN 20 FEBRUARI 2013

INZAKE :

W. Jessica, wonende te 2040 Berendrecht, (...) doch woonstkeuze doende bij hierna vermelde vakorganisatie;

EISENDE PARTIJ: ter zitting vertegenwoordigd door mevrouw M.V. B., afgevaardigde A.B.V.V., met zetel te 2018 Antwerpen, (...), ingevolge onderhandse volmacht;

TEGEN:

BVBA P.H.S., (...), met maatschappelijke zetel gevestigd te 2050 Antwerpen, (...), voorheen met zetel te 2800 Mechelen, (...);

VERWERENDE PARTIJ: ter zitting vertegenwoordigd door mr. H. V., advocaat te 2000 Antwerpen, (...);

VERLEENT DE RECHTBANK HET VOLGENDE VONNIS:

Gelet op de stukken van het geding, gevoegd bij het dossier van de rechtspleging en vermeld op de inventaris ervan, o.m.:

- het verzoekschrift overeenkomstig artikel 1034 Ger. W. neergelegd ter griffie op 19 maart 2012;
- de beschikking overeenkomstig artikel 747 Ger. W. van 16 april 2012;
- de conclusie voor verwerende partij neergelegd ter griffie op 18 juni 2012;
- de conclusie voor eisende partij neergelegd ter griffie op 30 augustus 2012;

- de tweede conclusie voor verwerende partij neergelegd ter griffie op 10 oktober 2012
- de syntheseconclusie voor eisende partij neergelegd ter griffie op 25 oktober 2012;
- de derde en samenvattende conclusie voor verwerende partij neergelegd ter griffie op 7 december 2012;
- de vervangende syntheseconclusie voor eisende partij neergelegd ter griffie op 2 januari 2013;
- het proces-verbaal van de openbare terechtzittingen.

* * *

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, waarvan de voorschriften werden nageleefd.

Het debat werd voorafgegaan door een poging tot minnelijke schikking overeenkomstig art. 734 Ger. W., doch partijen kwamen niet tot een verzoening.

Gehoord de partijen in hun middelen en gezegden ter openbare zitting van 16 januari 2013.

1. Voorwerp

In het inleidende verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 19 maart 2012 vordert mevrouw W. de veroordeling van de bvba P.H.S.(verder “de pvba”) tot de betaling van

- € 7.953,76 opzeggingsvergoeding gelijk aan 3 maanden loon
- €1.832,42 pro rata eindejaarspremie
- €196,14 loon voor de feestdagen van 25 december 2011 en 1 januari 2012
- € 311,18 saldo vakantiegeld einde dienst

Bedragen te vermeerderen met de wettelijke intresten zoals bepaald door artikel 10 van de wet op de bescherming van het loon en/of artikel 102 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, de verwijs- minstens de vergoedende interesten vanaf 22 december 2011 en met de gerechtelijke intresten en de kosten van het geding. Zij vordert dat het vonnis uitvoerbaar wordt verklaard bij voorraad, spijs alle verhaal en zonder borgstelling.

In de conclusie van 7 december 2012 vordert de bvba, voor zoveel als nodig, om toegestaan te worden om met alle middelen van recht, getuigen inbegrepen, te bewijzen:

- Dat in de e-mail van 28 september 2010 verzonden door mevrouw W. aan A. C. en A. V. I. betreffende uitlatingen in deze e-mail m.n. : “die twee samen!!! die spreken samen kутten-taal” betrekking heeft op twee schoolstagiaires van Marokkaanse afkomst die toen in het kantoor te Ekeren stage liepen
- dat n.a.v. een discussie tussen mevrouw W. en K. L., werkzaam op de personeelsdienst mevrouw W. gezegd had : ‘K. te dom was om de job op de

- personeelsdienst te doen en dat je toch “altijd problemen had met dat soort volk”
- dat zij in het bijzonder zich erg negatief kon uitlaten over K. L. t.a.v. andere personeelsleden
 - dat mevrouw W. zich op ook verschillende momenten tijdens haar tewerkstelling negatief uitliet over allochtone medewerkers en daarbij de benaming “vuile hoofddoek” niet uit de weg ging
 - dat de bvba voor het ontslag van 21 december 2012 nog getracht heeft mevrouw W. telefonisch te contacteren, maar dit niet gelukt is .

2. Feiten

De bvba is een erkende onderneming voor de terbeschikkingstelling van poetshulpen via betaling van dienstencheques.

Mevrouw W. is op 2 juni 2009 als bediende in dienst getreden van de bvba, met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur van 27 april 2009.

Zij was tewerkgesteld als klantenbeheerder in het kantoor van de bvba te Ekeren.

Met een aangetekende brief van 21 december 2011 werd mevrouw W. ontslagen om dringende reden.

Met een navolgende aangetekende brief van 23 december 2011 werd de dringende reden in volgende bewoordingen ter kennis gebracht van mevrouw W:

"(...) Op dinsdag 20 december 2011 in de namiddag ontving Erika v. L., HR Manager, een telefoontje van de kantoorverantwoordelijke van P. H. S. te Ekeren. Tijdens het telefoongesprek gaf de kantoorverantwoordelijke aan dat zij op 16 december 2011 in de namiddag een doorgezonden mail had ontvangen met als onderwerp "aaaaaaaaaaaaah".

In de mail zouden grove beledigingen staan en racistische uitlatingen aan het adres van een medewerker van P.H.S.. Erika v. L. heeft gevraagd aan de kantoorverantwoordelijke om haar deze mail te bezorgen.

Erika v. L. heeft de mail op 20 december 2011 om 16.05 uur ontvangen van de kantoorverantwoordelijke en dezelfde dag nog aan mij bezorgd.

De doorgezonden mail bevat 2 mails van u van 12 december 2011 vanop uw privémail adres verzonden aan een collega klantenbeheerder. U bent immers momenteel thuis. In een eerste mail schrijft u o.a. " GODVERDOMME KRIJG HET VLIEGEND SCHEIT VAN DE PERSONEELSDIENST HE"... "KUTBEDRIJF". En in een 2de mail verduidelijkt u "dat die kut makak weer niks snapt van personeelsadministratie" en verder "dom kind".

P. H. S. is een dienstenchequebedrijf dat er naar streeft om zo veel mogelijk mensen aan een job te helpen, wanneer de eerder traditionele beroepen een te hoge drempel blijken om welke reden dan ook. Wij profileren ons als een multicultureel bedrijf met veel respect voor ieders afkomst en etniciteit. Dit blijkt ook uit de waarden waar wij voorstaan, die vertaald worden in de functieomschrijving van o.a. de klantenbeheerder, de functie die jij bekleedde. Onze klantenbeheerders worden o.a. beoordeeld op objectiviteit,

sociabiliteit, openheid, empathie, inlevingsvermogen, betrokkenheid, enz.
In ons arbeidsreglement wordt in de artikelen 22 en volgende ook bijzondere aandacht besteed aan discriminerende uitlatingen.

Wij hebben ook een gedragscode anti-discriminatie ondertekend die op ieder kantoor staat en waarin met klem elke vorm van discriminatie wordt afgewezen.

Wij hechten kortom veel belang aan de tewerkstelling van personen van buitenlandse oorsprong en proberen ervoor te zorgen dat zij, indien nodig met de hulp van onze werkbegeleiders, aan het werk kunnen.

Onder onze eigen klanten beheerders en medewerkers bevinden zich daarom ook personen van buitenlandse afkomst en daar zijn wij fier op.

U begrijpt dat P. H. S. in deze context dan ook absoluut niet kan tolereren dat er uitspraken gedaan worden die beledigend en racistisch zijn, aangezien dit regelrecht indruist tegen de fundamentele de bestaansredenen van ons bedrijf zoals hierboven toegelicht.

Gelet op de ernst van deze feiten, is er een vertrouwensbreuk ontstaan in onze relatie als werknemer/werkgever en bijgevolg is elke verdere professionele samenwerking tussen ons definitief en onmiddellijk onmogelijk geworden. (...)"

Met een aangetekende brief van 3 januari 2012 van de vakorganisatie van mevrouw W. werd het ontslag om dringende reden betwist. Er werd onder andere te kennen gegeven dat mevrouw W. de door haar gebruikte woordkeuze in haar e-mail van 12 december 2011 aan haar collega klantenbeheerder, mevrouw Birgit D. M. betreurt. Er wordt gesteld dat ze niet heeft gehandeld uit racistische overwegingen, maar uit frustratie en als uitlaatklep wegens een dispuut met mevrouw L. van de personeelsdienst.

De personeelsdirecteur van de bvba reageerde met een aangetekende brief van 27 januari 2012 aan de vakorganisatie, waarin werd gesteld dat de bvba zich gelet op de ernst van de feiten genoodzaakt zag om bij de beslissing van het ontslag om dringende reden te blijven.

De partijen kwamen niet tot een vergelijk en bij verzoekschrift van 19 maart 2011 maakte mevrouw W. het geschil aanhangig bij de arbeidsrechtbank.

3. Ten gronde'

3.1. Ontslag om dringende reden

Krachtens artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet (wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten) kan elke partij de overeenkomst zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn beëindigen om een dringende reden die aan het oordeel van de rechter wordt overgelaten en onverminderd alle eventuele schadeloosstellingen. Onder dringende reden wordt verstaan de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

Ontslag om dringende reden mag niet meer zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn worden gegeven, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept.

Alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven binnen drie werkdagen na het ontslag kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of voor het verstrijken van de termijn.

Op straffe van nietigheid geschiedt de kennisgeving van de dringende reden hetzij bij een ter post aangetekende brief, hetzij bij gerechtsdeurwaardersexploot.

De kennisgeving kan ook geschieden door afgifte van een geschrift aan de andere partij. Ingevolge artikel 35 alinea 8 dient de partij die een dringende reden inroept hiervan het bewijs te leveren alsmede van de eerbiediging van de termijnen voor het ontslag en voor de kennisgeving.

Vorm- en termijnvereisten

Dat de vormvereisten van artikel 35 lid 5 van de arbeidsovereenkomstenwet werden nageleefd, voorgeschreven bij de kennisgeving van de redenen die het onmiddellijke ontslag rechtvaardigen, vormt geen geschilpunt.

Evenmin werd in twijfel getrokken dat artikel 35 lid 3 van de arbeidsovereenkomstenwet werd geëerbiedigd en dat de bvba pas sinds ten vroegste drie werkdagen voor het ontslag voldoende kennis had van de ingeroepen feiten, met een zekerheid die volstaat voor haar eigen overtuiging en ten aanzien van de andere partij en het gerecht, teneinde een beslissing te nemen met kennis van de zaken wat betreft het bestaan van het feit en de omstandigheden van aard om dat feit tot dringende reden te maken (cf. Cass. 11 januari 1993, Arr.Cass. 1993, 32; Cass. 14 oktober 1996, J.T.T. 1996, 501; Cass. 6 september 1999, R.W. 2000-2001,353; Cass. 19 maart 2001, J.T.T. 2001, 249; Cass. 14 mei 2001, J.T.T. 2001, 390).

Het staat niet ter discussie dat de voor ontslag bevoegde persoon binnen de bvba op 20 december 2011 kennis nam van de e-mail van 12 december 2011 van mevrouw W..

Uit de stukken (stuk 4 van de bvba) kan worden afgeleid dat Mevrouw D. M. per e-mail van 16 december 2011 de gelaakte e-mail doorzond aan mevrouw T., de kantoorverantwoordelijke van het filiaal te Ekeren, die deze op haar beurt op 20 december 2011 heeft geforward aan mevrouw v. L., de HR manager van de bvba.

Volledigheidshalve wordt vastgesteld dat de partijen het stilzwijgen bewaren over de aanleiding van en de omstandigheden waarin deze e-mail werd doorgestuurd door de aanvankelijke bestemming.

Ook omwille van de volledigheid wordt opgemerkt dat mevrouw W. niet heeft betwijfeld dat de e-mail van 12 december 2011, die ze van haar persoonlijke e-mailadres aan een collega verzond, op rechtmatige wijze in het bezit kwam van de bvba en als bewijskrachtig bewijsstuk kan worden aangewend.

Voorafgaand verhoor

Mevrouw W. verwijt de bvba dat zij onmiddellijk na de kennisname van de e-mail van 12 december 2011 overhaast werd ontslagen, zonder voorafgaand gesprek, terwijl dat haar enerzijds had toegelaten om haar versie uiteen te zetten, om de verkeerde interpretatie van racisme tegen te spreken en om haar berouw uit te drukken en anderzijds de bvba een meer gepaste sanctie had kunnen doen overwegen.

Mevrouw W. voert aan dat de bvba niet aantoont dat werd gepoogd haar te bellen en stelt dat ze geen telefoonoproep ontving of miste.

De bvba werpt tegen dat mevrouw W. niet werd gehoord, omdat zij toen afwezig was ingevolge zwangerschapsverlof. Men trachtte wel haar telefonisch te bereiken en voor zover dit wordt betwist, biedt de bvba aan met alle middelen van recht, inclusief getuigenbewijs, te bewijzen dat ze voor het ontslag van 21 december 2012 nog getracht heeft mevrouw W. telefonisch te contacteren, maar dat dit niet gelukt is.

De werkgever, die het voornemen heeft een werknemer om dringende reden te ontslaan is wettelijk niet verplicht de werknemer vooraf in zijn verdediging te horen (W. V. E. Sociaal Compendium arbeidsrecht met fiscale notities 2012-2013, Mechelen, Wolters Kluwer, 2012, nr. 4150 en de er aangehaalde rechtspraak in alinea 1).

Artikel 7 van het IAO-Verdrag nr. 158 (C158 – “Termination of Employment Convention”, 1982 www.ilo.org) dat de beëindiging van de arbeidsverhouding op initiatief van de werkgever regelt, dat niet door België werd geratificeerd, bepaalt dat voorafgaandelijk aan de beëindiging van een arbeidsverhouding wegens redenen die verband houden met zijn gedrag of het uitoefenen van zijn werkzaamheden, de werknemer de kans moet hebben om zich te verdedigen tegen de gemaakte aantijgingen, tenzij dit van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden verwacht.

Zelfs indien er van wordt uitgegaan dat het IAO-Verdrag nr. 158 een internationale minimumstandaard voor ontslagbescherming bevat (L. M., “Het verdrag van Lissabon, een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever”, Or. 2010, p. 104-105), impliceert dit nog niet dat het ontslag om dringende reden door de werkgever bij ontstentenis van voorafgaand verhoor van de werknemer noodzakelijkerwijze onregelmatig is.

Het voorafgaande verhoor van de werknemer kan, ongeacht het resultaat en volgens de omstandigheden van de zaak, een maatregel vormen die de werkgever zekerheid geeft om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen, inzonderheid voor zijn eigen overtuiging en tevens tegenover de andere partij en het gerecht (Cass. 14 oktober 1996, Arr. Cass. 1996, 380).

Het confronteren van de werknemer met de aangewreven tekortkomingen en het horen van de werknemer in zijn uitleg, kan de werkgever toelaten kennis te nemen van alle beoordelingselementen. Zelfs zo er geen wettelijke verplichting bestaat om de werknemer vooraf in zijn verdediging te horen, zou de werkgever kunnen worden verweten een overijlde en ondoordachte beslissing te hebben genomen.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat zelfs zo er geen principiële plicht bestaat om de werknemer prealabel aan het ontslag te horen, het niet vooraf horen van de werknemer in zijn verdedigingsmiddelen een fout kan uitmaken, bijvoorbeeld indien

overhaast wordt gereageerd op basis van ongefundeerde klachten, waardoor de werkgever schadeplichtig kan zijn (D. C., Misbruik van ontslagrecht Sociaal Recht Larcier, Brussel, De Boeck & Larcier, 2002, nr. 79 p. 1985-186 en er aangehaalde rechtspraak).

In de gegeven omstandigheden kan worden geoordeeld dat de bvba redelijkerwijze op basis van de beschikbare gegevens (de doorgestuurde e-mail) kon concluderen dat ze voldoende zekerheid had verworven over de verweten feiten.

De bvba oordeelde prompt dat het feit een e-mail met dergelijke inhoud te verzenden dermate ernstig was dat het vertrouwen in haar werknemer onherroepelijk was geschonden.

De bvba heeft evenwel nagelaten mevrouw W. te confronteren met de als zware tekortkomingen ingeroepen feiten, terwijl het weerwoord van de werknemer in de gegeven omstandigheden een belangrijke factor had kunnen uitmaken bij het beoordelen van de ernst van de feiten.

De afwezigheid van verhoor impliceert niet dat het ontslag onregelmatig is, maar de werkgever draagt wel het risico overhaast te oordelen dat elke verdere samenwerking onmogelijk was geworden.

Als kanttekening kan er op worden gewezen dat het betoog van de bvba niet coherent is en dat ze impliciet aangeeft dat een voorafgaande confrontatie wel degelijk belang kon hebben voor de beoordeling van de ernst van de feiten. Ze wrijft mevrouw W. immers als verzwarende omstandigheid aan dat ze niet persoonlijk werkelijk spijt betuigde tegenover de geviseerde of de bvba en pas in een latere brief van de vakbond haar woordkeuze betreurde. Doordat de bvba dadelijk overging tot ontslag, bood ze haar werknemer daartoe immers de kans niet.

Of de bvba nu al dan niet vruchteloos tevergeefs probeerde om mevrouw W. per telefoon te bereiken is van geen tel.

De bvba heeft geen stukken neergelegd die dit feit kunnen onderbouwen en beperkt er zich toe om getuigenbewijs aan te bieden.

Er wordt dan ook niet ingegaan op de vraag om hierover het getuigenbewijs toe te staan.

Het getuigenverhoor kan overeenkomstig artikel 915 Ger. W. slechts toegestaan worden voor feiten die voldoende bepaald, precies en nauwkeurig omschreven worden en gesitueerd zijn in tijd en ruimte, op een wijze die vatbaar is om op een of andere wijze te kunnen worden gehoord of waargenomen door personen die zouden kunnen getuigen en dus of het vatbaar is om op dezelfde manier te worden tegengesproken.

Het feit waarvan bewijsaanbod wordt gedaan, is niet pertinent, omdat het bewijs van de mislukt poging tot telefonisch contact niet decisief is voor de beoordeling van de regelmatigheid van het ontslag.

Terzijde kan worden opgemerkt dat niet valt in te zien waarom het bieden van verweermogelijkheid aan de wegens ziekte afwezige werknemer niet op een andere wijze kon worden gerealiseerd, zoals bijvoorbeeld per e-mail.

Bovendien is het door de bvba aangehaalde feit al te vaag omschreven en werd het niet precies georiënteerd in plaats en tijd, zodat het niet vatbaar lijkt voor tegenbewijs. Wie wanneer zou hebben getracht mevrouw W. op te bellen, wordt niet uit de doeken gedaan.

Tot slot kan opgemerkt worden dat dit feit normaliter aan de hand van stukken kan worden aangetoond en dat de bvba heeft nagelaten om bijvoorbeeld een detailfactuur voor te brengen of door de telefoonmaatschappij verstrekte informatie over de uitgaande oproep.

Er kan bijgevolg worden besloten dat het ontslag om dringende reden regelmatig werd gegeven.

Bewijs en ernst van de feiten

Het ontslag om dringende redenen veronderstelt het bestaan van een ernstige tekortkoming van een partij en de feiten moeten noodzakelijk als een fout kunnen worden aangemerkt (Cass. 23 oktober 1989, J.T.T. 1989, 432).

De zware fout die een dringende reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vormt, is niet beperkt tot de zware tekortkomingen aan een wettelijke, verordenende of overeengekomen verplichting maar kan ook elke zware gedragsfout zijn die niet zou zijn begaan door een normaal voorzichtig en bedachtzaam werkgever of werknemer (Cass. 26 juni 2006, J.T.T. 2006, 404).

Artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet vereist niet dat de ernstige tekortkoming van contractuele aard is en evenmin dat zij ten aanzien van de werkgever is begaan of hem schade berokkend heeft; het is voldoende dat het gedrag van de werknemer kan worden aangemerkt als een tekortkoming die zo ernstig is dat zij de voortzetting van de professionele samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt (Cass. 6 maart 1995; J.T.T. 1995; 281).

Het ontslag om dringende reden is de zwaarste sanctie in het ontslagrecht, de rechtbank moet de ingeroepen feiten behoedzaam beoordelen en moet daarbij rekening houden met de concrete en bijzondere omstandigheden eigen aan de zaak.

Krachtens artikel 35 lid 8 van de arbeidsovereenkomstenwet draagt de ontslaggevende partij de bewijslast van de materialiteit van de feiten die als dringende reden worden ingeroepen.

Een vaststaand bewijs van de feiten is vereist. De bewijsvoering mag niet gebaseerd zijn op gewone vermoedens.

De rechten kan zich niet steunen op de feitelijke beweringen die door de tegenpartij worden betwist (Cass. 14 november 1988, Soc. Kron. 1989, 43).

De aanvaarding van dergelijke eenzijdige beweringen, zonder dat deze gestaafd worden door andere gegevens of door vermoedens, miskent de regels van de

bewijslast (Cass. 3 maart 1978, Arr. Cass. 1978, 780,; Cass. 17 april 1989, Arr. Cass. 1989-90, 947; Cass. 14 januari 2000, juridat).

De bvba verwijt mevrouw W. grove beledigingen en racistische uitlatingen te hebben gedaan ten aanzien van een medewerker en haarzelf in de e-mail van 12 december 2011.

Er bestaat geen discussie over dat deze e-mail werd opgemaakt en verzonden door mevrouw W. De enige twistvraag is of deze als een voldoende zwaarwichtige tekortkoming kan worden aanzien.

Mevrouw W. betwist niet dat ze deze e-mail verzond en stelt zeer veel spijt te hebben over deze uitlatingen, maar ze bestrijdt dat ze een ernstige fout begin, die een ontslag om dringende reden kan verantwoorden.

Mevrouw W. betoogt dat deze vertrouwelijke e-mail verkeerd werd geïnterpreteerd, dat er geen rekening werd gehouden met de omstandigheden en dat ze onterecht van racisme wordt beschuldigd.

Ze wijst er op dat ze voordien nooit een opmerking kreeg en roept in dat ze mentaal instabiel was, wegens haar zwangerschap en de "burn out" waar ze mee kampte. Mevrouw W. haalt aan dat een aanslepende onenigheid met mevrouw K. L. van de personeelsdienst, over de uitbetaling van niet-opgenomen vakantiedagen, haar "het recht gaf om overstuur te zijn", omdat deze manifeste fouten bleef maken en dat deze haar "begrijpelijke frustratie" en reactie kan verklaren.

Mevrouw W. voert ook aan dat het een volkomen privé bedoelde e-mail betrof, die ze van haar privé e-mailadres verzond aan een bevriende collega die dezelfde functie had en die niet bestemd was voor de betrokken collega, die ze niet wou kwetsen.

Mevrouw W. benadrukt dat ze alles behalve racistisch is en legt een bundel geschreven verklaringen neer die haar "goede inborst" en de goede verstandhouding met de poetshulpen aantonen. Ze stelt dat ze de gedragscode waarin discriminatie wordt verboden steeds respecteerde.

Ze argumenteert ook dat de bvba zich voor het ontslag had moeten vergewissen dat ze door haar e-mail onmogelijk in dienst kon blijven en dat het onderzoek naar haar beweerde racistische ingesteldheid, dat achteraf werd uitgevoerd, geen soeloes kan bieden. Ze ontkent de inhoud van de niet geconcretiseerde verklaring van mevrouw V. I. en dat ze zich racistisch uitliet over stagiaires en werpt op dat het aanbod tot getuigenbewijs niet relevant is.

Volgens mevrouw W. blijkt nergens uit dat de bvba een nultolerantie hanteerde inzake racisme en ze merkt op dat de in het arbeidsreglement op de lijst met gevallen die tot een ontslag om dringende reden leiden racisme niet wordt vermeld.

Mevrouw W. besluit dat het ontslag op staande voet een buitenproportionele sanctie betrof.

De bvba beklemtoont dat ze zich uitdrukkelijk profileert als multicultureel bedrijf met respect voor ieders afkomst en etniciteit en dat ze een nultolerantie hanteert ten aanzien van racisme of racistische uitspraken of geschriften. Dit beleid komt tot uiting in het arbeidsreglement, waarin bijzondere aandacht wordt besteed aan discriminerende uitlatingen en de gedragscode "anti-discriminatie" die ze onderschreef en die op ieder kantoor bekend is en uitgehangen wordt. De Bvba zet in de verf dat ze samenwerkt met erg veel mensen van buitenlandse origine (meer dan de

helft van de thuishulpen is van allochtone origine), zodat het voor haar primordiaal is dat tegen elke vorm van discriminatie kordaat wordt opgetreden.

De bvba voert aan dat de positie van mevrouw W. door de zware beledigingen ten aanzien van haarzelf als werkgever, maar vooral ten aanzien van haar werkneemster mevrouw L., onhoudbaar was in de concrete werkomgeving en vergoelijking tot zeer ernstige spanningen had kunnen leiden met haar personeel.

De racistische ingesteldheid zou blijken uit het feit dat de grove belediging niet als een uitval in een woedebui kan worden afgedaan, omdat de strafrechtelijk betugelbare belediging op schrift werd gesteld via e-mail en dat mevrouw W. zich er niet voor heeft geëxcuseerd.

Volgens de bvba werden er geen persoonlijke fouten begaan door mevrouw L. De bvba argumenteert dat mevrouw W. de extreem racistische uitlatingen niet kan vergoelijken door te verwijzen naar het persoonlijke karakter van de e-mail, die niet rechtstreeks aan de betrokkene was gericht.

De bvba betwijfelt de waarachtigheid van de geschreven verklaringen die mevrouw W. neerlegt.

De bvba stelt dat verder onderzoek aantoonde dat het geen alleenstaand geval betrof en dat mevrouw W. zich al eerder bezondigde aan racistische uitspraken. Ze legt daartoe een verklaring neer van werkbegeleidster mevrouw V. I. en een e-mail van 28 september 2010 waarin twee schoolstagiaires van Marokkaanse afkomst zouden gevisieerd zijn. De bvba formuleert hierover een aanbod van getuigenbewijs (supra sub 1).

Het komt de rechtbank toe te beoordelen of de ingeroepen tekortkomingen voldoende ernstig zijn om elke professionele samenwerking definitief te verhinderen en of al dan niet terecht wordt aangevoerd dat het vertrouwen dat de partijen in elkaar moeten kunnen stellen, onherroepelijk werd aangetast.

De rechtbank oordeelt dat in de gegeven omstandigheden de verweten feiten onvoldoende zwaarwichtig zijn om een ontslag om dringende redenen te justifieren.

Preliminair wordt vastgesteld dat de partijen uitweiden over een aantal elementen, die niet cruciaal zijn voor de beoordeling.

Vooreerst kan de bvba zich niet pertinent beroepen op later aan het licht gekomen beweerde precedents, om hard te maken dat ze op 20 december 2011 terecht oordeelde dat elke verdere tewerkstelling van mevrouw W. onverenigbaar was met de bedrijfsactiviteiten en -cultuur, omwille van een racistische dispositie en gedragspatroon.

De feiten die de werkgever achteraf verneemt en die niet in aanmerking nam bij het treffen van de ontslagbeslissing, kunnen enkel in aanmerking worden genomen om de materialiteit van de dringende reden te bewijzen, maar niet om het zwaarwichtige karakter ervan aan te tonen. Om over de gegrondheid van het ontslag te oordelen moet de rechter zich plaatsen op het moment van het ontslag, toen de werkgever de bijkomende kennis over precedents niet had. De op dat tijdstip gekende redenen moeten een voldoende ernstige tekortkoming uitmaken (H. B. EN K. C. "Knelpunten inzake het bewijs van de dringende reden", Or. 2007, p 240-241 en er aangehaalde rechtspraak).

Met deze vermeende voorgaande incidenten kan dan ook geen rekening worden gehouden voor het beoordelen van de ernst van de feiten.

Deze voorvallen worden overigens uitdrukkelijk betwist en worden niet afdoende gestaafd aan de hand van een geschreven verklaring met de bewijswaarde van een feitelijk vermoeden en een e-mail waarvan de context niet wordt aangetoond.

Ook hier wordt niet ingegaan op het subsidiaire aanbod tot getuigenbewijs vanwege de bvba, omdat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 915 Ger. W.

De door de bvba opgesomde feiten zijn niet alleen impertinent voor de beoordeling, maar zijn ook onvoldoende nauwkeurig omschreven om tegenbewijs toe te laten.

Verder moet geoordeeld worden dat mevrouw W. Zich tevergeefs probeert te disculperen, door te verwijzen naar de aanleiding van haar uitval en naar haar medische gesteldheid.

Wat nu precies de concrete aanleiding was van de onenigheid met mevrouw L. en of deze nu al dan niet persoonlijke fouten zou hebben gemaakt, is niet van rechtstreeks belang, nu alleszins buiten kijf is dat de bewoordingen van mevrouw W. hoe dan ook onder geen beding door de beugel kunnen, wat ze overigens grif erkent.

Zelfs indien al zou blijken dat mevrouw W. redenen had om “gefrustreerd” te reageren, een betwist feit dat niet wordt aangetoond, betekent dit geenszins dat dit haar ooit een vrijbrief zou kunnen opleveren om op dergelijke wijze uit te halen naar een collega.

Het spreekt immers voor zich dat de benutte bewoordingen als zodanig slechts eenduidig kunnen worden geïnterpreteerd als racistisch (“kut makak”) en denigrerend (“dom kind”).

Mevrouw W. suggereert dat haar gedrag verschoonbaar is en geen zware fout uitmaakt, gelet op haar zwangerschapsgerelateerde ziekteperiode en “burn out”. Ze legt een getuigschrift neer van haar behandelde arts van 14 februari 2012, die attesteert "Lange periode van burn out naar aanleiding van problemen op het werk, voornamelijk tgv administratieve overbelasting betreffende persoonlijke gegevens. Kaderend in zwangerschap werd afgezien van deze problematiek te melden. Er werd enkel melding gemaakt van de zwangerschapsgerelateerde aandoening : bekkeninstabiliteit. Tegelijk werd wel begeleiding door HA voorzien om dit burn out-syndroom te keren gedurende zwangerschap en bevallingsverlof"

De als dringende ontslagreden ingeroepen feiten moeten als een fout kunnen worden aangemerkt die aan de werknemer toerekenbaar is.

De bijzondere geestesgesteldheid van de ontslagen partij kan als gevolg hebben dat de aangewreven handelingen niet aan deze partij kunnen worden toegerekend en dus niet als tekortkoming kan worden verweten. Deze bijzondere omstandigheid kan ook met zich brengen dat de gelaakte handeling of verzuim niet als voldoende zwaarwichtig wordt aanzien.

De feitenrechter kan rekening houden met de bijzondere geestesgesteldheid en de zeer labiele situatie van de ontslagen werknemer (Cass 23 oktober 1989, Arr. Cass. 1989-90, 242; Arbh. Brussel 6 september 1988, J.T.T. 1988, 384).

Het volstaat op zichzelf niet om bijvoorbeeld een depressieve toestand in te roepen als verschoningsgrond en er moet rekening gehouden worden met de specifieke omstandigheden van de zaak (J-M B., dringende reden en de geestelijke. toestand van de werknemer", Nieuwsbrief ontslag, Mechelen, Kluwer, nr. 1 2009, p. 1-4 en er aangehaalde rechtspraak; Arbh. Luik 1 december 2004 AR 32651 -04, juridat F 20041201-7).

In de gegeven omstandigheden maakt mevrouw W. niet aannemelijk dat haar geestelijke gezondheidstoestand haar gedrag kon rechtvaardigen, noch dat er sprake was van een daardoor uitgelokte impulsieve reactie. Alleen op basis van het medische attest van haar huisarts, kan niet worden geoordeeld dat er een verschoningsgrond aanwezig was, die van aard is aan de gepleegde feiten het karakter van zware fout te ontnemen.

De rechtbank dient vervolgens te beoordelen of de gehekelde uitlatingen volstaan om het ontslag te verantwoorden.

De bvba focust zich voornamelijk op het verwijt van de racistische opmerkingen ten aanzien van een personeelslid en ging minder diep in op de uitspraken die tegen haarzelf waren gericht.

Overeenkomstig artikel 16 van de arbeidsovereenkomstenwet zijn de partijen elkaar eerbied en achting verschuldigd en moeten zij de welvoegelijkheid en de goede zeden in acht nemen.

De bvba beroept zich ook de bepalingen van het arbeidsreglement dat een non-discriminatieclausule bevat (artikel 23, in haar conclusie verwijst de bvba naar artikel 22), die onder meer inhoudt dat "elke vorm van verbaal racisme en het verspreiden van racistische lectuur pamfletten" verboden zijn en naar de beleidsverklaring van het management (...) betreffende de gedragscode anti-discriminatie" van 1 januari 2011. Ook daarin wordt onder meer gesteld dat onder meer elke uiting van verbaal racisme verboden is en dat het management strikt zal toezien op de naleving van deze gedragscode, die deel uitmaakt van de visie van de onderneming.

Artikel 21 van het arbeidsreglement aangaande de tucht, wordt onder meer gesteld dat bijzondere aandacht moet worden geschonken aan jongeren, gehandicapten en allochtone werknemers.

Dat de schending van deze verplichtingen, niet figureert in de niet limitatieve opsomming in artikel 16 van het arbeidsreglement van feiten die als dringende reden tot ontslag kunnen gelden, verhindert niet dat mevrouw W. niet kan pretenderen dat ze zich niet bewust was of kon zijn van het bijzondere belang dat haar werkgever hechtte aan het verbod van elk gedrag met een racistische inslag.

De conventionele omschrijving van tekortkomingen die als dringende reden tot ontslag kunnen gelden of de opgave ervan in het arbeidsreglement, is overigens niet

bindend voor de rechtbank, die de ernst van de feiten dient te beoordelen. Artikel 6, 4 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen bepaalt uitdrukkelijk dat de in het arbeidsreglement opgenomen tekortkomingen slechts worden vermeld onder voorbehoud van de beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank. De vastlegging in de overeenkomst of in het arbeidsreglement van wat als dringende reden wordt aanzien, kan wel indicatief zijn voor het belang dat wordt gehecht aan de naleving van sommige verplichtingen (cf rechtspraak aangehaald in C.E., Ontslag wegens dringende reden, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 105-107).

Beledigingen aan het adres van een hiërarchische overste of collega's kunnen een ontslag om dringende reden verantwoorden, omdat de noodzakelijke vertrouwensrelatie tussen werkgever en werknemer erdoor kan worden geschonden. Wanneer de beledigingen worden geuit in het bijzijn van ondergeschikten en/of derden, waardoor de onderneming in diskrediet wordt gebracht, kan het ontslag op staande voet verantwoord zijn. Dat de betrokkene een verantwoordelijke functie bekleedt kan als verzwarende omstandigheid gelden. Er kan rekening worden gehouden met de concrete omstandigheden, zoals het opleidingsniveau en het professionele milieu, het herhaalde karakter en het bestaan van voorafgaande waarschuwingen (cf rechtspraak) aangehaald in C. E. , o.c. p. 146 - 148; W. V. E., o.c., nr. 4217 en in S. D. R. , "scheldwoorden, beledigingen, gewelddadig, onbetamelijk of ongepast gedrag en dringende reden", Nieuwsbrief ontslag, Wolters Kluwer, nr. 2 jaargang 15, weken 3 en 4 2009).

Het uiten van kritiek in het kader van de arbeidsrelatie is geoorloofd en kadert in het beoordelingsrecht en de vrije meningsuiting. Tenzij de formulering overdreven is, er ongepaste ruchtbaarheid aan kritische opmerkingen wordt gegeven, die bijvoorbeeld voordelig kan zijn voor concurrenten, of er een tekortkoming is aan de loyaliteit ten aanzien van de onderneming, heeft de werknemer het recht om kritiek uit te oefenen op het ondernemingsbeleid.

In de rechtspraak werd bijvoorbeeld aanvaard dat beledigingen ook ten aanzien van collega's via het gebruik van sociale media een ontslag om dringende reden kunnen rechtvaardigen. Er dient daarbij rekening te worden gehouden met de concrete omstandigheden, zoals onder andere het publieke karakter van de opmerkingen, de functie van de werknemer, het sociale klimaat in de onderneming, de beledigende of agressieve toon van de uitlatingen of commentaren (S. C. , "Sociale media in de arbeidsrelatie: 'vriend' of vijand ?", Or. 2012, p. 24-26 en er aangehaalde rechtspraak).

Uitlatingen met racistische of xenofobe connotatie ten aanzien van een collega zijn niet toelaatbaar, maar verantwoorden niet noodzakelijk een ontslag om dringende reden (Arbrb. Namen 10 januari 2011, J.T.T. 2011, 462).

Het is buiten kijf dat in de gegeven omstandigheden het onbetamelijke woordgebruik met onmiskenbaar racistische connotatie (een gegeven dat als zodanig niet door mevrouw W. wordt tegengesproken) en met agressieve, beledigende en minachtende inhoud ten aanzien van een collega en de werkgever ernstig over de schreef ging en als foutief gedrag is aan te merken.

Deze fout is echter niet voldoende zwaarwichtig in de zin van artikel 35 van de arbeidsovereenkomst en de ultieme sanctie van het ontslag op staande voet is niet

evenredigheid met deze tekortkoming. Een andere sanctie voor dit laakbare gedrag had kunnen worden overwogen.

Er wordt daarbij in het bijzonder rekening gehouden met het gegeven dat de bvba zich steunde op een eenmalig incident en dat het een e-mal betrof die werd verzonden van op het persoonlijke e-mailadres en waarvan de bvba niet heeft ontkend dat het een vertrouwelijk bedoeld bericht was, dat was gericht aan een bevriende collega.

De overige argumenten van de partijen kunnen deze besluitvorming niet ontkrachten, zodat er niet dieper op wordt ingegaan.

Er kan worden geconcludeerd dat het ontslag om dringende reden niet rechtmatig werd gegeven.

3.2. Opzeggingsvergoeding

Krachtens artikel 39 § 1 van de arbeidsovereenkomstenwet is de partij die de overeenkomst voor onbepaalde tijd beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de opzeggingstermijn vastgesteld in onder meer artikel 82, gehouden de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopende loon, dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn. De opzeggingsvergoeding behelst niet alleen het lopende loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst.

Wanneer het jaarlijkse loon niet hoger is dan € 16 100 (door indexering € 30 322 in 2011), bedraagt de opzeggingstermijn welke door de werkgever moet worden in acht genomen, overeenkomstig artikel 82 § 2 van de arbeidsovereenkomstenwet, ten minste drie maanden voor de bedienden die minder dan vijf jaar in dienst zijn. Deze termijn wordt vermeerderd met drie maanden bij de aanvang van elke nieuwe periode van vijf jaar dienst bij dezelfde werkgever.

Artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat indien dezelfde jaarloongrens wordt overschreden, de opzeggingstermijn moet worden vastgesteld, hetzij bij overeenkomst, gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging wordt gegeven, hetzij door de rechter. Indien de opzegging wordt gegeven door de werkgever, mag de opzeggingstermijn niet korter zijn dan de in § 2, eerste en tweede lid, vastgestelde termijnen.

De bvba heeft niet betwist dat indien het ontslag om dringende reden onrechtmatig werd gegeven, een opzeggingsvergoeding, corresponderend met een opzeggingstermijn van 3. maanden verschuldigd is

Het in aanmerking te nemen basisjaarloon (samengesteld uit vast en variabel loon, vermeerderd met dubbel vakantiegeld en eindejaarspremie, voordeel maaltijdcheques en werkgeverspremies groepsverzekering) en de concrete becijfering van de opzeggingsvergoeding waren niet het voorwerp van discussie.

Mevrouw W. is derhalve gerechtigd op de betaling van een opzeggingsvergoeding van € 7 953,76 bruto.

3.3. Pro rata eindejaarspremie, feestdagenloon en vakantiegeld daarop

Mevrouw W. vordert een pro rata eindejaarspremie op grond van artikel 5 van de cao van 29 mei 1989 betreffende de arbeids- en loonsvoorwaarden (algemeen verbindend verklaard KB van 6 augustus 1990) gesloten in het aanvullend nationaal paritair comité voor bedienden nr. 218 en vakantiegeld einde dienst daarop berekend.

Mevrouw W. maakt ook aanspraak op loon voor de feestdagen 25 december 2011 en 1 januari 2012, die vielen in de periode van 30 dagen die volgt op het einde van de arbeidsovereenkomst.

Deze eis is gestoeld op artikel 14 van het feestdagenbesluit (KB van 18 april 1974 tot bepaling van de algemene wijze van uitvoering van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen), dat bepaalt dat de werkgever gehouden blijft tot de betaling van het loon voor de feestdagen die vallen in de periode van 30 dagen die volgt op het einde van de arbeidsovereenkomst of van de verrichting van arbeid, voor zover de werknemer, zonder onderbreking die aan hem is toe te schrijven, gedurende een periode van meer dan 1 maand in dienst van de onderneming is gebleven, tenzij de werknemer begint te werken voor een nieuwe werkgever, de werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder een dringende reden of wanneer de werkgever ze om een dringende reden beëindigt.

De bvba heeft niet op concrete gronden en op beargumenteerde en gefundeerde wijze betwist dat voor zover het ontslag om dringende reden als onregelmatig en/of onrechtmatig wordt beschouwd, mevrouw W. voldoet aan de toekenningsvoorwaarden van deze cao en van artikel 14 van het feestdagenbesluit.

De berekening van de als pro rata eindejaarspremie en feestdagenloon opgeëiste bedragen werd niet in vraag gesteld door de bvba.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de bvba niet heeft betwijfeld dat er vertrekvakantiegeld verschuldigd kan zijn op feestdagenloon na contracteinde en evenmin dat er op vakantiegeld van rechtswege lopende wettelijke intresten kunnen worden gevorderd.

3.4. Uitvoerbaarheid bij voorraad

De vordering die ertoe strekt de voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis te zien toestaan en het kantonement te zien ontzeggen, wordt niet afdoende gemotiveerd.

De voorlopige tenuitvoerlegging kan enkel in uitzonderlijke omstandigheden worden toegelaten, wanneer de vordering kennelijk gegrond is en het gevaar dreigt dat een partij zich aan de uitvoering van het vonnis zal onttrekken. Het recht tot kantonement kan slechts worden uitgesloten indien de vertraging in de regeling de schuldeiser blootstelt aan een ernstig nadeel.

Er wordt niet aangevoerd, bewezen of aannemelijk gemaakt dat de bvba insolvabel is of een onwillige schuldenaar die verdragingsmaatregelen zou aanwenden, noch dat er

ernstig nadeel zou worden geleden indien niet zou worden afgeweken van het beginsel van de schorsende werking van de rechtsmiddelen.

Deze eis kan niet worden ingewilligd.

OM DEZE REDENEN,
DE RECHTBANK,

Rechtsprekende op tegenspraak,
Na erover beraadslaagd te hebben,
Alle andersluidende conclusies verwerpende,

Verklaart de vordering ontvankelijk en in de hierna bepaalde mate gegrond:

veroordeelt verwerende partij tot betaling aan eisende partij van

- ZEVENDUIZEND NEGENHONDERDDRIEENVIJFTIG EURO(€ 7.953,76) bruto opzeggingsvergoeding
- DUIZENDACHTHONDERDTWEEENDERTIG EURO TWEEENVEERTIG CENT (€1.832,42) bruto pro rata eindejaarspremie
- HONDERDZESNEGENTIG EURO VEERTIEN CENT (€196,4) bruto loon voor de feestdagen van 25 december 2011 en 1 januari 2012
- DRIEHONDERDENELF EURO ACHTTIEN CENT (€311,18) bruto saldo vakantiegeld einde dienst

Bedragen te verminderen met de wettelijk verplichte sociale en fiscale inhoudingen in zoverre verschuldigd en te vermeerderen met de wettelijke interesten vanaf 22 december 2011 en met de gerechtelijke interesten.

Staat de voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis niet toe.

Veroordeelt verwerende partij tot de betaling van de gedingkosten, tot op heden aan de zijde van de eisende partij bepaald op nihil en aan de zijde van verwerende partij op €990 rechtsplegingsvergoeding.

De griffier,

de voorzitter van de kamer

R. D. R

P.M.

Rechter in sociale zaken,
Werkgever

rechter in sociale zaken,
werknemer-bediende

B. SNELS

P. V. G.