

Rep.Nr.

hoo/558

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

3de KAMER

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 19 FEBRUARI 2010.

Bediendecontract
Tegensprekelijk
Gedeeltelijk definitief + heropening der debatten

De Heer B, wonende te

Appellant, geïntimeerde op incidenteel hoger beroep,
vertegenwoordigd door Mter Erik Maes, advocaat te 2000
Antwerpen;

Tegen :

DE N.V. SELUX BENELUX, met maatschappelijke zetel
gevestigd te 2550 Kontich, Grote Steenweg, 50 en
ondernemingsnummer 0448.729.621,

Geïntimeerde, appellante op incidenteel hoger beroep,
vertegenwoordigd door Mter Els Leenaerts loco Mter Guido
Lamal, advocaat te 1932 Sint-Stevens-Woluwe;

Na beraadslaging, velt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest :

Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer bepaald op :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis op tegenspraak gewezen door de Arbeidsrechtbank te Leuven (1^{ste} kamer B) op de openbare terechtzitting van 8 januari 2009;
- het verzoekschrift tot hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 10 april 2009;
- de besluiten en aanvullende synthesebesluiten voor geïntimeerde, neergelegd ter griffie respectievelijk op 15 juni 2009, 2 oktober 2009 en 11 december 2009;
- de besluiten en synthesebesluiten voor appellant neergelegd ter griffie respectievelijk op 17 augustus 2009 en 9 november 2009;

- de bundel met stukken neergelegd ter griffie voor geïntimeerde partij op 30 december 2009;

- de bundel met stukken neergelegd ter griffie voor appellante partij op 13 januari 2010;

Gehoord partijen in hun middelen en beweringen tijdens de openbare zitting van 15 januari 2010, waarna de debatten werden gesloten en de zaak in beraad genomen werd.

1. RELEVANTE FEITEN EN RECHTSPLEGING.

1. Op 1 februari 2006 ondertekenden de N.V. Selux Benelux (hierna aangeduid als *Selux*) en de heer Pieter B. een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers voor onbepaalde tijd, ingaande op dezelfde datum, waarbij aan de heer B. de niet exclusieve vertegenwoordiging werd toegewezen voor binnen- en buitenverlichting in de regio België. Hierbij werd overeengekomen dat in functie van de commerciële activiteiten de werkgever de werknemer kon verplichten tot buitenlandse verplaatsingen (artikel 4).

In artikel 9 van deze arbeidsovereenkomst werd overeengekomen dat de werknemer zich bij de werkgever diende aan te melden in alle gevallen waarin deze laatste dit voor het belang van de zaak noodzakelijk achtte; tevens diende de werknemer regelmatig telefonisch met de bedrijfsleiding contact te onderhouden ter bespreking van de dagelijkse lopende zaken.

De wedde werd vastgesteld als volgt :

- een maandelijks vaste wedde van € 2.000
- een commissieloon gelijk aan 1,5% op de werkelijk gefactureerde en betaalde omzet met betrekking tot het Semperlux gamma (artikel 10).

In artikel 20 wordt overeengekomen dat de werknemer zijn beroepsactiviteit uitsluitend aan de uitvoering van deze overeenkomst zal wijden.

In artikel 22 wordt een niet- concurrentiebeding opgenomen, omschreven als :

De werknemer gaat tegenover de werkgever de verbintenis aan na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gedurende een periode van zes maanden noch dezelfde, noch enige gelijkaardige commerciële activiteit uit te oefenen voor gelijkaardige ondernemingen, of als zelfstandige binnen het geografische gebied waar hij zijn functie als handelsvertegenwoordiger uitoefende op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bij overtreding van dit concurrentiebeding is de werknemer aan de werkgever een vergoeding verschuldigd gelijk aan drie maanden loon.

...

In bijlage 3 aan deze arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen dat de werkgever een GSM-abonnement ter beschikking van de werknemers stelt, maar dat de werkingskosten (zijnde abonnement en verbruik) van het GSM-

abonnement maandelijks worden doorerekend aan de heer B, waarvoor hij een maandelijks forfaitaire vergoeding van € 100 ontvangt.

2. De uitvoering van deze GSM-overeenkomst stuitte blijkbaar op moeilijkheden; op 14 januari 2008 ondertekenden de partijen een overeenkomst, waarbij de heer B verkende dat hij op datum van 31 december 2007 een saldo van € 4.914,71 verschuldigd was wegens een bijgevoegde afrekening van deze GSM-kosten; partijen gingen akkoord dat dit saldo in de loop van 2008 zou aangezuiverd worden en dat bij een eventuele beëindiging van de arbeidsovereenkomst dit bedrag mocht verrekend worden op de openstaande tegoeden.

De heer B stelt dat deze afrekeningen hem ertoe geleid hebben een andere dienstbetrekking te zoeken, die hij klaarblijkelijk gevonden heeft op 21 maart 2008 bij de B.V.B.A. Trilux, van wie niet betwist wordt dat het een concurrent is van Selux; de heer B trad daar in dienst als technisch commercieel binnendienstmedewerker voor het leveren van bijstand en projectbegeleiding van het buitendienstteam.

Op 24 maart 2008 schreef de heer B aan Selux :

Bij deze wens ik een einde te maken aan onze arbeidsovereenkomst dd. 1 februari 2006. Ik vraag u tevens een afrekening te maken van de commissielonen zoals voorzien in artikel 10,11, 15,16 en 17 van hogergenoemde arbeidsovereenkomst. Ik houd eraan u te bedanken voor de prettige samenwerking.

Op 27 maart 2008 gaf hij deze brief af aan zijn werkgever, die ondertekende voor ontvangst. Bij de getypte tekst is in het handschrift van de heer E bijgevoegd : *in onderling overleg overeengekomen dat de laatste werkdag 27/03/08 is.*

De heer E houdt voor dat deze toevoeging de mondelinge afspraak tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst in onderling akkoord weergaf; de werkgever betwist dit en houdt voor dat de toevoeging gebeurde nadat hij de getypte tekst ontvangen had en voor ontvangst had afgetekend. In een e-mail van 28 maart 2008 bevestigde de werkgever dat hij inmiddels ook bij aangetekend schrijven bovenstaande brief had ontvangen, maar dat er wat betreft de bijgeschreven zin een verschil was tussen de aangetekende brief en de kopij die hij op 27 maart 2008 voor ontvangst had afgetekend,.

Ook in een aangetekend schrijven van 3 april 2008 wees de werkgever op dit verschil en nam hij het standpunt in dat de heer B zelf een einde aan de arbeidsovereenkomst had gemaakt. Om die reden vroeg Selux betaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan het loon van 2 maanden of € 6.984,80. Selux stelde ook dat de heer B met schending van artikel 20 van de arbeidsovereenkomst een nevenactiviteit had uitgeoefend voor de N.V. Valentis;

wat betreft de openstaande telefoonkosten rekende de werkgever een saldo van € 4.713,87 aan, waarop Selux vervolgens het vertrekvakantiegeld ten bedrage van € 3.098,45 in mindering bracht, zodat er nog een restsaldo van € 1.615,42 van de heer B. werd gevorderd.

Op 21 april 2008 werd deze ingebrekestelling betwist door de raadsman van de heer E., die erop wees dat de arbeidsovereenkomst in onderling akkoord beëindigd werd. Wat de telefoonkosten betrof, wilde de heer B. enkel het privé-gebruik terugbetalen, maar niet de talrijke professionele telefoons; aldus werd ook de inhouding van het vakantiegeld op de telefoonafrekening betwist. Tenslotte vorderde hij een afrekening van de commissielonen na ontslag.

Ondertussen had op 10 april 2008 de raadsman van Selux de heer B. omwille van zijn tewerkstelling bij de B.V.B.A. Trilux aangetekend in gebreke gesteld wegens schending van het niet- concurrentiebeding, waarvoor een schadevergoeding van € 10.477,20 provisioneel werd gevorderd.

De heer E. betwistte de inbreuk op het niet- concurrentiebeding bij schrijven van 25 april 2008.

Omtrent al deze discussiepunten bleef er verschil van mening, zoals blijkt uit het officieel schrijven van de raadsman van Selux aan de raadsman van de heer B. van 29 april 2008.

3. Op 8 mei 2008 dagvaardde Selux de heer B. in betaling van :
- een opzeggingsvergoeding van 2 maanden of € 6.984,80
 - terugbetaling telefoonkosten van € 5.894,58 met mogelijkheid voor Selux om dit bedrag te compenseren met het vakantiegeld bij uitdiensttreding
 - een vergoeding wegens schending concurrentiebeding of € 10.477,20
 - een vergoeding wegens verboden nevenactiviteiten van € 1.000
 - de teruggave van de reservesleutels van de bedrijfswagen of een vergoeding van € 200,
- bedragen te vermeerderen met de intresten en de kosten.

De heer B. stelde een tegenvordering tot het betalen van het ingehouden vakantiegeld bij uitdiensttreding van € 3.098,45 en commissielonen na uitdiensttreding; hij vroeg de afgifte van de gedetailleerde telefoonrekeningen en van de documenten voor de berekening van de commissielonen na uitdiensttreding.

4. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven van 8 januari 2009 werd de hoofdvordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond verklaard in volgende mate :

- een opzeggingsvergoeding van 1,5 maanden of € 4.667,67, meer de wettelijke en gerechtelijke intresten
- een vergoeding wegens schending van het niet- concurrentiebeding van € 9.335,34
- een saldo kosten van € 1.816,26

deze laatste twee bedragen te vermeerderen met gerechtelijke intresten. De tegenvordering werd niet gegrond verklaard en de gerechtskosten werden omgeslagen.

De arbeidsrechtbank aanvaardde aldus dat de heer B éénzijdig de arbeidsovereenkomst beëindigd had en dat hij het niet- concurrentiebeding geschonden had, maar de rechtbank herleidde de gevorderde vergoedingen door bij de berekening van het basisloon voor de waarde van het privaat gebruik van de bedrijfswagen enkel rekening te houden met het bedrag van €119,38.

Wat betreft de telefoonkosten stelde de arbeidsrechtbank dat de heer E in principe niet moest opdraaien voor de werkgerelateerde gesprekken, daar dit indruist tegen artikel 6 van de arbeidsovereenkomstenwet, maar de eerste rechter aanvaardde wel de schulderkenning van € 4.914,71, waarop het vakantiegeld bij uitdiensttreding mocht worden in mindering gebracht.

Selux maakte melding van de betekening van dit vonnis op 10 maart 2009.

5. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 10 april 2009, tekent de heer B hoger beroep aan en vraagt hij dat de oorspronkelijke vorderingen van Selux ongegrond zouden worden verklaard, hij vraagt dat Selux zou worden veroordeeld tot betaling van het ingehouden vakantiegeld ten bedrage van € 3.098,45 en van € 1 provisioneel wegens achterstallig commissieloon, meer de intresten en hij handhaaft zijn vordering in verband met de afgifte van documenten.

Selux tekent incidenteel beroep aan en herneemt integraal haar oorspronkelijke vordering.

2. BEOORDELING.

Gelet op de voorgehouden betekening van het bestreden vonnis op 10 maart 2009, kan worden aangenomen dat het hoger beroep van 10 april 2009 tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is derhalve ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De afrekening van de telefoonkosten.

1. De heer B houdt voor dat de professionele telefoonkosten niet ten zijnen laste kunnen worden gelegd, omdat overeenkomstig artikel 20 van de arbeidsovereenkomstenwet de werkgever verplicht is om de nodige hulpmiddelen en materialen ter beschikking te stellen. De bepaling in de bijlage 3 van de arbeidsovereenkomst houdt dan ook een verzwaring in van de verplichtingen van de werknemer en kort zijn rechten in, zodat die bepaling ingevolge artikel 6 van de arbeidsovereenkomstenwet nietig is.

Aldus gaat de heer B eraan voorbij dat artikel 20 van de arbeidsovereenkomstenwet verplichtingen voor de werkgever oplegt *behoudens strijdige bepaling*.

2. Artikel 20 luidt immers :

De werkgever is verplicht :

1° de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen, inzonderheid, zo de omstandigheden dit vereisen en behoudens strijdige bepaling, door de voor de uitvoering van het werk nodige hulp, hulpmiddelen en materialen ter beschikking te stellen.

2°...

3° het loon te betalen op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen

...

De partijen in de arbeidsovereenkomst kunnen dienvolgens overeenkomen dat de kosten, verbonden aan de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en die in beginsel ten laste zijn van de werkgever, door de werknemer dienen te worden gedragen.

De overeenkomst, die ertoe strekt die kosten ten laste te leggen van de werknemer, mag evenwel niet tot gevolg hebben dat door de betaling van die kosten de werknemer niet meer de volledige beschikking heeft over het bij algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde minimumloon.

De niet-betaling van dit minimumloon is een misdrijf krachtens artikel 42 van de loonbeschermingswet en artikel 56 van de C.A.O.-wet en in strijd met artikel 20,3° van de arbeidsovereenkomstenwet.

De partijen kunnen dienvolgens, mede krachtens artikel 6 van de arbeidsovereenkomstenwet, op straffe van nietigheid, in de arbeidsovereenkomst of tijdens de uitvoering ervan geen afwijking overeenkomen van dit verschuldigde minimumloon (Cass., 10 december 2007, RABG 2008, 851 met noot M. Demedts, *Kostenverdeling in het kader van de arbeidsovereenkomst kan, maar "loont" niet altijd*).

Aan het begrip *hulp, hulpmiddelen en materialen* dient een ruime invulling te worden gegeven (advies Raad van State, Gedr. St. Senaat B.Z., 1974, 381/1, 67-68; Arbh. Brussel 16 januari 2007, AR 46.751, niet gepubliceerd; noot M. Demedts, hierboven aangehaald en vgl. Cass., 26 september 2005, JTT 2005, 494).

3. Hieruit vloeit voort dat de bepaling in de bijlage 3 van de arbeidsovereenkomst geldig is in zoverre zij niet tot resultaat heeft dat het minimumloon van de heer B niet meer gegarandeerd zou zijn.

Volgens het C4-formulier ressorteert de onderneming van de werkgever onder het Nationaal Aanvullend Paritair Comité voor Bedienden (P.C. 218), wat door de heer Bosmans niet wordt betwist.

De minimalonen worden vastgesteld in de C.A.O. van 29 mei 1989 (K.B. 6 augustus 1990, B.S. 31 augustus 1990).

Artikel 8,2° van deze C.A.O. bepaalt dat voor de handelsvertegenwoordigers van meer dan 25 jaar de schaalminima volgens leeftijd van de vierde categorie gelden .

Ten onrechte verwijst Selux dan ook naar het baremaloon van de derde categorie of € 1.629,49; er moet rekening gehouden worden met het schaalminimum van de vierde categorie of € 1.746,62.

4. Wat betreft de telefoonkosten, verwijst de heer B foutief naar het eindbedrag van de factuur om dit eindbedrag te vergelijken met het minimumloon.

De facturen groepeerden immers telkens de telefoonkosten van meerdere maanden en terecht vestigt Selux er de aandacht op dat zij ook een maandelijksse tussenkomst voor de telefoonkosten deed naar rato van € 100.

Selux dan weer toont niet aan op basis waarvan ze de B.T.W. op de telefoonfacturen doorrekent aan de heer B normalerwijze moet zij deze kunnen recupereren. Er kan dan ook enkel rekening gehouden worden met de factuurbedragen exclusief B.T.W.

Samentelling van de factuurbedragen exclusief B.T.W. leidt voor de periode van maart 2006 tot maart 2008 naar een totaal van € 6.161,27; hiervan nam Selux middels een maandelijksse tussenkomst van € 100 een totaal van € 2.500 voor haar rekening, zodat er nog € 3.661,27 ten laste van de heer B bleef. Over een periode van 25 maanden geeft dit een gemiddelde van € 146,45.

Wanneer dit gemiddelde in mindering wordt gebracht op het aanvangbedrag van enkel de vaste wedde van € 2.000, dan rest voor de heer B nog een vast maandinkomen van € 1.853,55 of meer dan het minimum maandloon van € 1.746,62.

Aangezien de heer B ook nog recht had op een commissieloon, volgt hieruit dat de onkostenregeling niet leidt tot een bedrag dat lager is dan het minimumloon, zodat de overeenkomst terugbetaling telefoonkosten niet in strijd is met artikel 6 van de arbeidsovereenkomstenwet.

5. Ten onrechte wil de heer B ten aanzien van de bijlage 3 van de arbeidsovereenkomst en zijn overeenkomst van 14 januari 2008 wilsgebreken in de zin van dwaling en gekwalificeerde benadeling inroepen, omdat hij mede door zijn zgn. inferieure positie niet zou hebben kunnen inschatten dat hij zoveel gesprekken met Nederland diende te voeren.

In artikel 4, vierde lid van de arbeidsovereenkomst werd tussen de partijen overeengekomen dat de werknemer in functie van de commerciële activiteiten van zijn werkgever buitenlandse verplaatsingen moest aanvaarden.

In artikel 9b van deze arbeidsovereenkomst wordt eraan toegevoegd dat de werknemer zich bij de werkgever dient aan te melden in alle gevallen waarin deze laatste dit noodzakelijk acht voor het belang van de zaak en de heer B kan niet onwetend geweest zijn dat de heer P voornamelijk in Nederland verbleef.

Dit artikel vervolgt dat de werknemer met de bedrijfsleiding regelmatig telefonisch contact moet onderhouden ter bespreking van de dagelijks lopende zaken.

De elementen, waarover de heer B thans verwondering veinst, kunnen in zijn hoofd niet leiden tot dwaling of gekwalificeerde benadeling wat betreft de door hem afgesloten overeenkomsten. De professionele contacten met Nederland waren immers in de werkafspraken begrepen. De schriftelijke arbeidsovereenkomst had juist tot bedoeling deze werkafspraken te formaliseren.

6. Aangezien de maandelijkse tussenkomst van € 100 met de loonafrekening werd uitbetaald, diende de heer B in het totaal het bedrag van € 6.161,27 terug te betalen.

Uit de afrekening gevoegd bij de overeenkomst van 31 december 2007 volgt dat hij hiervan reeds € 1.200 had afbetaald. Er bleef derhalve nog een saldo van € 4.961,27.

Niet betwist wordt dat Selux ingevolge de loonafrekening van het vakantiegeld bij uitdiensttreding een nettobedrag van € 3.098,45 verschuldigd was.

Bij wijze van gerechtelijke schuldvergelijking kan derhalve thans een afrekening worden opgemaakt, waardoor de heer B een eindsaldo van € 4.961,27 - € 3.098,45 = **€ 1.862,82** verschuldigd is.

De opsplitsing tussen professionele en private telefoons is voor deze afrekening irrelevant, zodat de voorlegging van de gedetailleerde GSM facturen voor dit punt niet nodig is.

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

7. De heer B wenste uit de door hemzelf bijgeschreven tekst op zijn brief van 24 maart 2008 af te leiden dat de arbeidsovereenkomst beëindigd werd in onderling akkoord.

Een dergelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst is in beginsel mogelijk, maar bij betwisting, dient degene die zich op het akkoord beroept, hiervan het bewijs te leveren.

De heer B bewijst niet dat Selux zijn akkoord zou gegeven hebben met de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waardoor 27 maart 2008 de laatste werkdag zou zijn; noch een dergelijk akkoord, noch een buitengerechtelijke erkenning kan afgeleid worden uit de stukken en elementen die de heer B voorbrengt. Selux ondertekende de brief van 24 maart 2008 enkel voor ontvangst, zodat de heer B geen bewijs aanbrengt van een instemming van Selux.

Uit de brief van 24 maart 2008 volgt wel dat de heer B. zelf ééenzijdig de arbeidsovereenkomst beëindigd heeft zonder een opzegging in acht te nemen, zodat hij gehouden is tot betaling van een opzeggingsvergoeding. Deze brief is een beëindigingbrief en geen intentieverklaring, daar hij eindigt met een bedanking voor de prettige samenwerking, die dus als voltooid wordt beschouwd.

De eerste rechter heeft een juiste evaluatie gegeven aan de termijn om aan Selux de mogelijkheid te geven om een werknemer met dezelfde kennis en ervaring aan te werven en heeft deze correct bepaald op 1,5 maand.

De schending van het niet concurrentiebeding.

8. De heer B. houdt ook voor dat het concurrentiebeding nietig zou zijn omdat het geografisch niet afdoende zou zijn omschreven.

Deze omschrijving luidt als volgt : *het geografische gebied waar hij zijn functie als handelsvertegenwoordiger uitoefende op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.*

De rechtspraak is het er echter over eens dat de geldigheid van een beding niet afhangt van de voorwaarde dat een vaste sector werd omschreven (Arbh. Antwerpen, 3 juni 2002, AR 201.074, aangehaald in P. Maerten en O. Wouters, *Concurrentiebeding : overzicht van rechtspraak 2000 -2004*, T.S.R. 2004, 275, nr. 13).

De vraag is enkel of de geografische beperking voldoende omschreven is om tot de geldigheid van het beding te kunnen besluiten. Zo oordeelde het arbeidshof Gent onder verwijzing naar een arrest van het Hof van Cassatie van 9 mei 1969 (T.S.R. 1969, 265) dat de omschrijving van de sector als de plaats waar de vertegenwoordiger "*gewoonlijk en in de laatste plaats tewerkgesteld was*" voldoende was om als geldig te kunnen worden aanzien (Arbh. Gent, 28 mei 2003, AR 42899, aangehaald in P. Maerten en O. Wouters, *Concurrentiebeding : overzicht van rechtspraak 2000 -2004*, T.S.R. 2004, 275, nr. 13).

Terecht wijst de rechtsleer er overigens op dat de geografische omschrijving van het concurrentiebeding maar kan betrekking hebben op de plaatsen, waar de handelsvertegenwoordiger een activiteit uitoefent bij het einde van de arbeidsovereenkomst, wat dus niet noodzakelijkerwijze dezelfde sector is als bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst (J. Herman, *Het concurrentiebeding : Tien jaar rechtspraak*, Or. 2001, 236).

Het concurrentiebeding van de heer B. werd dan ook geografisch voldoende omschreven en is geldig.

Bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst werd de geografische sector omschreven als België; uit de bezoekersfrequentielijst 2006 blijkt dat de heer B. bij het begin van zijn tewerkstelling nog opdrachten vervulde te Louvain-la-Neuve en te Wauthier-Braine.

Hij houdt voor dat bij het einde van zijn tewerkstelling zijn sector beperkt was tot Vlaanderen en Brussel en dit wordt bevestigd door de bezoekersfrequentielijsten 2007 en 2008, zoals voorgebracht door Selux.

De geografische omschrijving leidt dus tot een niet- concurrentiebeding dat gold voor Vlaanderen en Brussel.

9. De heer B. houdt verder voor dat hij zijn concurrentiebeding evenmin geschonden heeft, daar zijn nieuwe activiteit bij Trilux niet gelijksoortig was aan zijn functie bij Selux. Hij wijst erop dat hij bij Trilux aangeworven werd als technisch commercieel binnendienstmedewerker, terwijl hij bij Selux handelsvertegenwoordiger was.

De gelijksoortigheid van de activiteit betekent echter niet dat de activiteiten volkomen identiek dienen te zijn, doch enkel dat de activiteiten gelijkaardig moeten zijn. (Arbh. Gent, 11 februari 2005, RW 2005-06, 1106; Arbh. Antwerpen, 8 januari 2003, AR 2.010.196 aangehaald in P. Maerten en O. Wouters, *Concurrentiebeding : overzicht van rechtspraak 2000 -2004*, T.S.R. 2004, 274, nr. 12; Arbrb. Antwerpen 10 januari 1996, www.juridat.be).

Overigens heeft de heer B. zich in artikel 22 van zijn arbeidsovereenkomst met Selux verbonden om *noch dezelfde, noch enige gelijkaardige commerciële activiteit* uit te oefenen tijdens de looptijd van het niet-concurrentiebeding.

Weliswaar wordt in de arbeidsovereenkomst van de heer B. met Selux verwezen naar een binnendienstfunctie, maar in de nadere omschrijving van de taak wordt uitgelegd dat zijn werkzaamheden volledig gericht zijn op de verkoop van producten aan ontwerpers, installateurs, industrie en ontwerpers (landschapsarchitecten, openbare besturen en technische diensten), installateurs en industrie.

Deze zeer ruime omschrijving verwijst naar een rechtstreeks contact met de klanten.

In artikel 4 van deze arbeidsovereenkomst wordt de maandwedde aangevuld met een maandelijkse vergoeding van € 400 voor het leveren van bijstand en projectbegeleiding van het buitendienstteam.

De maandelijkse vergoeding toont aan dat het werken met het buitendienstteam niet occasioneel, maar wel geregeld plaatsvond.

Het is niet betwist dat Selux en Trilux rechtstreekse concurrenten zijn op het vlak van binnen- en buitenverlichting. Het geven van advies en het uitwerken van een voorstel is hier zeer nauw verbonden met het verwerven van de klant; dit advies en de voorstellen dienen overigens steeds te vertrekken vanuit de concrete plaatsgesteldheid.

Ongeacht het feit dat men de heer B. bij Trilux wil voorstellen als een binnendienstmedewerker volgt uit de functieomschrijving en de verloning met

een maandelijks vergoeding wegens *projectbegeleiding van het buitendienstteam*, dat deze werkzaamheden gelijksoortig zijn met de functie die hij uitoefende bij Selux.

In artikel 6 van de arbeidsovereenkomst bij Trilux wordt aan de heer B een firmawagen toegekend *voor zijn verplaatsingen ter ondersteuning van het buitendienstteam*. In artikel 8 wordt er een forfaitaire dagvergoeding voor kleine onkosten toegekend.

Overeenkomstig artikel 10 van deze overeenkomst wordt zijn maandelijks telefoonrekening op zijn privaat adres voor 80 % door Trilux vergoed en ook zijn internetkosten worden gedeeltelijk ten laste genomen.

Al deze voordelen wijzen er samengenomen op dat de heer B.... veel meer was dan een binnendienstmedewerker en ook in de buitendienst werkzaam was.

Zijn activiteit was dan ook gelijksoortig aan deze die hij bij Selux vervulde, daar hij in rechtstreeks contact stond met het cliënteel met het oog op het sluiten van zaken.

Aldus werd het concurrentiebeding van artikel 22 van zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst met Selux overtreden, zodat deze terecht aanspraak maakt op de bedongen schadevergoeding van drie maanden loon.

De berekening van de opzeggingsvergoeding en de niet concurrentievergoeding.

10. Uit de bespreking in de randnummers 7 en 9 volgt dat de heer E een opzeggingsvergoeding van 1,5 maand loon en een vergoeding wegens schending concurrentiebeding van 3 maanden loon verschuldigd is aan Selux. Het opvorderen van deze verschuldigde vergoedingen maakt in hoofdte van Selux geen rechtsmisbruik, laat staan bedrog of listig handelen uit. De verschuldigdheid van de vergoedingen is immers het gevolg van het handelen van de heer B.... zelf.

In het licht van het onder randnummer 2 besproken cassatiearrest van 10 december 2007 legde het arbeidshof aan de partijen de vraag voor hoe het loon moet worden bepaald.

In het arrest van het arbeidshof Brussel van 16 januari 2007, dat door het Hof van Cassatie wordt bevestigd, wordt vastgesteld dat, wanneer de werknemer in afwijking van artikel 20,1° van de arbeidsovereenkomstenwet, zelf dient in te staan voor de kosten inherent aan de uitoefening van zijn beroep en hij hiervoor geen vergoeding ontvangt, dit een verarming oplevert daar hij in dat geval niet meer zijn volledige loon kan besteden aan zijn levensonderhoud en dat van zijn gezin. Hij zal dan immers een deel ervan moeten aanwenden voor de kosten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst. Het arbeidshof stelt vervolgens vast dat hiermee rekening moet worden gehouden voor de toetsing van het bij C.A.O. opgelegde minimum baremaloon (Arbh. Brussel, 16 januari 2007, AR 46751,

niet gepubliceerd, maar aangehaald in het cassatiemiddel bij Cass., 10 december 2007).

Zoals in randnummer 2 van dit arrest aangehaald, bevestigde het Hof van Cassatie dat de overeenkomst niet tot gevolg mag hebben dat, door de betaling van die kosten, de werknemer niet meer de volledige beschikking heeft over het bij algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde minimumloon.

In randnummers 3 en 4 van dit arrest werd vastgesteld dat dit in deze zaak niet het geval is.

Niettemin lijkt deze redenering in te houden dat voor de bepaling van het loon rekening moet worden gehouden met de op de werknemer afgewentelde kosten. Immers deze afwenteling heeft een verarming van de werknemer tot gevolg en vermindert zijn mogelijkheden om te voorzien in zijn levensonderhoud en dat van zijn gezin.

Partijen verzoeken ons om hierover nader te mogen concluderen en gebeurlijk de becijfering van de opzeggingsvergoeding en de vergoeding wegens schending concurrentiebeding aan te passen.

11. Anderzijds hebben partijen discussie over de begroting van de waarde van het toegestane privaat gebruik van de firmawagen.

Volgens vaste rechtspraak dient hierbij een waardering te gebeuren van het reële voordeel, zodat, anders dan door de eerste rechter toegepast, hier geen vrede kan genomen worden met de fiscale waardering.

Rekening houdend met het feit dat de heer B aanvankelijk een bedrijfswagen VW Borra had, maar dat deze vervangen werd door de vroegere wagen Volvo V70 van de afgevaardigde bestuurder, kan het voordeel worden geraamd op € 350/maand. Het betrof immers geen nieuw aangeschafte wagen.

Schadevergoeding wegens verboden nevenactiviteit en wegens niet afgifte reserve sleutel.

12. Selux houdt voor dat de heer B in strijd met artikel 20 van de arbeidsovereenkomst een verboden nevenactiviteit tijdens zijn tewerkstelling zou hebben uitgeoefend bij de N.V. Valentis.

Samen met de eerste rechter moet hier worden vastgesteld dat de schaarse elementen die Selux hiervoor aanbrengt, geen afdoende bewijs leveren van enige effectieve nevenactiviteit.

13. Ook wat betreft de zogenaamde niet-afgifte van de reservesleutel van de bedrijfswagen heeft de eerste rechter oordeelkundig vastgesteld dat Selux geen bewijs voorbrengt dat deze reservesleutel aan de heer E werd

overhandigd. De Volvo V70 betrof immers geen nieuwe wagen en het wordt niet betwist dat dit het vroegere voertuig van de heer P. was.

Terecht heeft de eerste rechter deze onderdelen ongegrond verklaard.

De afrekening van de commissielonen na uitdiensttreding.

14. In artikel 10 van de arbeidsovereenkomst van 1 februari 2006 wordt bepaald dat de heer E. naast een maandelijkse vaste wedde van € 2.000 recht heeft op een commissieloon gelijk aan 1,5% op de werkelijke gefactureerde en betaalde omzet met betrekking tot het Semperlux gamma.

In zijn stuk 21 heeft Selux een overzicht gegeven van alle genummerde klantenfacturen voor de periode van februari 2006 (indiensttreding van de heer Bosmans) tot en met 27 juni 2008 (drie maanden na zijn uitdiensttreding). Voor de facturen die betrekking hebben op de verkoop van de producten uit het Semperlux gamma worden de bedragen vermeld.

Deze resulteren in een netto omzet van € 403.807,11, zodat de heer B aanspraak kan maken op commissielonen op dit bedrag vermenigvuldigd met 1,5% of € 6.057,11, terwijl uit de stukken 22 en 25 blijkt dat hij in totaal wegens commissielonen € 9.091,97 heeft ontvangen.

Er is dus geen saldo commissieloon verschuldigd.

Evenmin is er reden om de voorlegging van de boekhoudingen te bevelen, daar op grond van de voorgelegde documenten de afrekening van de commissielonen kan worden nagezien, waarop de heer B. geen essentiële kritieken uitbrengt.

Hij was immers in de mogelijkheid om de voorgelegde stukken te vergelijken met de bezoekerslijsten voor de jaren 2006 tot 2008 die Selux voorbrengt onder haar stukken 28 tot en met 30.

Terecht heeft de eerste rechter dit onderdeel van de tegenvordering ongegrond verklaard.

15. Wat betreft het vakantiegeld einde dienst, is er tussen partijen geen betwisting over het bedrag en het hof heeft voor dit onderdeel in randnummer 6 de gerechtelijke compensatie toegepast, zodat hierover reeds werd geoordeeld.

In randnummer 6 werd eveneens reeds vastgesteld dat de voorlegging van de gedetailleerde GSM- facturen niet nodig was, daar de uitsplitsing over private en professionele telefoons voor de afrekening irrelevant is.

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 reeds gedeeltelijk gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en reeds gedeeltelijk gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de hoofdvordering van de N.V. Selux Benelux ontvankelijk en reeds in volgende mate gegrond :

Zegt voor recht dat de N.V. Selux Benelux recht heeft op betaling van een opzeggingsvergoeding van 1,5 maanden;

Zegt voor recht dat de N.V. Selux Benelux recht heeft op betaling van een vergoeding wegens schending concurrentiebeding ten bedrage van 3 maanden;

Zegt dat voor de berekening van deze vergoedingen rekening zal gehouden worden met een waardering van het privaat gebruik van de bedrijfswagen naar rato van € 350/maand;

Houdt de nadere becijfering van deze vergoedingen aan;

Zegt voor recht dat de heer B. van de N.V. Selux Benelux betaling verschuldigd is van de nog niet afgerekende telefoonkosten ten bedrage van € 4.961,27;

Wijst de oorspronkelijke hoofdvordering in verband met de schadevergoedingen wegens schending van artikel 20 van de arbeidsovereenkomst en wegens niet teruggave van de reservesleutel van het bedrijfsvoertuig als ongegrond af;

Verklaart de tegenvordering van de heer B. ontvankelijk en reeds in volgende mate gegrond;

Zegt voor recht dat de N.V. Selux Benelux aan de heer B. betaling verschuldigd is van het nettobedrag vakantiegelden bij uitdiensttreding ten bedrage van € 3.098,45;

Past wat betreft de betaling van de telefoonkosten (hoofdvordering) en de betaling van het vakantiegeld bij uitdiensttreding (tegenvordering) de gerechtelijke compensatie toe en veroordeelt de heer B. dienvolgens na

toepassing van deze compensatie tot betaling aan de N.V. Selux Benelux van een saldo van € 1.862,82, te vermeerderen met de gerechtelijke intresten.

Wijst het overige van de oorspronkelijke tegenvordering af als zijnde ongegrond.

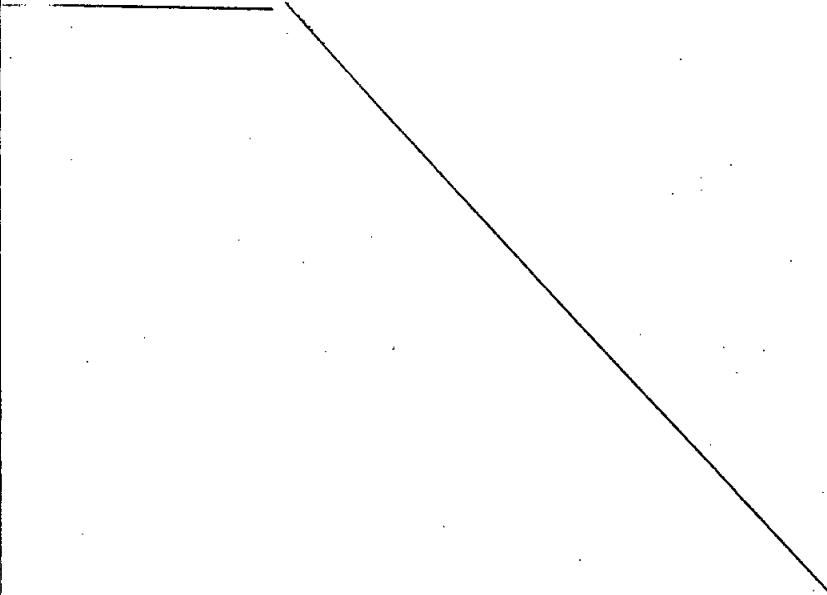
Heropent de debatten teneinde partijen toe te laten te antwoorden op wat gesteld is in randnummer 10 en eventueel een aangepaste afrekening voor te leggen wat betreft de opzeggingsvergoeding en de vergoeding wegens schending niet concurrentiebeding.

Zegt dat de heer B dienaangaande een conclusie kan neerleggen uiterlijk op 31 maart 2010;

Zegt dat de N.V. Selux Benelux dienaangaande een conclusie kan neerleggen uiterlijk op 30 april 2010.

Zegt dat de zaak opnieuw in beraad zal genomen worden zonder dat de partijen opnieuw moeten worden gehoord op 7 mei 2010 en dat arrest zal gewezen worden op 4 juni 2010.

Houdt de kosten aan.



Aldus gewezen door de 3^{de} Kamer van het Arbeidshof te Brussel als volgt samengesteld :

De Heer L. LENAERTS, Raadsheer,

De Heer E. VAN LAER, Raadsheer in sociale zaken als werkgever,

De Heer J. DE DECKER, Raadsheer in sociale zaken als werknemer-bediende,

Mevrouw L. HERREGODTS, Griffier.

L. HERREGODTS,

L. LENAERTS,

E. VAN LAER.

J. DE DECKER.

De Heer E. VAN LAER die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen verkeert in de onmogelijkheid om te ondertekenen.

Overeenkomstig het artikel 785 van het Gerechtelijk Wetboek wordt het arrest getekend door de Heer L. LENAERTS en de Heer J. DE DECKER.

L. HERREGODTS, Griffier.

Het arrest is uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 3^e Kamer van het Arbeidshof te Brussel op 19 februari 2010 door de Heer L. LENAERTS, bijgestaan door mevrouw L. HERREGODTS, Griffier.

L. HERREGODTS,

L. LENAERTS.