

rep.nr.

2014/792

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 18 MAART 2014

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

D., wonende te

appellant,
vertegenwoordigd door mr. BOLJAU Annick loco mr. L'ALLEMAND
Thierry, advocaat te 2000 ANTWERPEN, Britselei 47/49 bus 1.

Tegen:

TEIN TELECOM NV, met zetel te 1030 BRUSSEL, Weldoenersplein 7,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. COOMANS Catherine loco mr. MICHELSEN
Sylviane, advocaat te 1050 BRUSSEL, Florencestraat 39.

*

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 8 oktober 2012 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23^e kamer (A.R. 3731/11),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 5 april 2013,
- de conclusie en de syntheseconclusie voor de appellant neergelegd ter griffie, respectievelijk op 9 september 2013 en 2 december 2013,

- de conclusie, de aanvullende conclusies voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 1 juli 2013, 21 oktober 2013 en 8 januari 2014,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 18 februari 2014, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De heer D. en de nv Tein Telecom ondertekenden op 13 november 2007 een arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde tijd voor 31 uur, waardoor de heer D. met ingang van 18 februari 2008 aangeworven werd als *Commercial Director*.

2. Bij aangetekende brief van 15 september 2010 maakte de NV een einde aan deze tewerkstelling met een opzeggingsvergoeding van 5 maanden en met onmiddellijke vrijstelling van prestaties vanaf die datum.

3. Bij brief van de raadsman van de heer D. dd 13 oktober 2010 werd een opzeggingsvergoeding op basis van 8 maanden loon gevraagd, samen met een uitwinningsvergoeding van 3 maanden, afgifte documenten en voorbehoud voor enkele andere bedragen.

De raadsman van de NV betwistte deze aanspraken bij brief van 26 oktober 2010.

De daaropvolgende briefwisseling bracht geen oplossing.

4. Op 8 maart 2011 dagvaardde de heer D. de NV voor de arbeidsrechtbank te Brussel en vroeg betaling van:

- een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 38.298,72
- een uitwinningsvergoeding van € 35.530,93
- niet opgenomen vakantiedagen of € 2.593,52
- vakantiegeld einde dienst of € 1 provisioneel
- arbeidsduurverminderingdagen of € 1.231,92 en vakantiegeld hierop of € 188,97
- achterstallig loon of € 165,28 en vakantiegeld hierop of 25,35 vermeerderd met intresten en kosten.

Tevens vroeg hij afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

5. Bij vonnis van 8 oktober 2012 van de arbeidsrechtbank te Brussel werd deze vordering afgewezen als ontvankelijk, maar ongegrond.

6. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 5 april 2013, tekende de heer D. hoger beroep aan wat betreft de afwijzing van zijn vordering tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding en in afgifte van de daarmee overeenstemmende documenten onder verbeurte van een dwangsom.

II. BEOORDELING

1. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist.

De opzeggingsvergoeding

2. Een partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder in acht neming van de passende opzeggingstermijn, is op grond van art. 39 van de arbeidsovereenkomstenwet gehouden aan de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterend gedeelte van die termijn. De opzeggingsvergoeding behelst niet alleen het lopend loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst.

De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens eigen aan de zaak. (Cass., 8 september 1980, *Arr. Cass.*, 1980-1981, 17; Cass., 17 september 1975, *T.S.R.* 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, *JTT* 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, *R.W.* 1990-1991, 1407; Cass. 11 maart 2013, S.12.0088.N, S.12.0099.N, *JTT* 2013, 272 en S.12.0101.N, *JTT* 2013, 259)

3. Partijen hebben discussie over het jaarloon en over de in acht te nemen duur van de opzeggingstermijn.

Het jaarloon

4. Voor de becijfering van een gemiddelde van het variabel loon nam de heer D. in eerste aanleg een referteperiode van 15 maanden in aanmerking, thans stemt hij in met een periode van 12 maanden.

Voor de berekening van de opzeggingsvergoeding is artikel 131 van de arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing voor de vaststelling van het basisloon (Cass. 6 april 1967, *Pas.* 1967, I, 920; Cass. 24 oktober 2005, *JTT* 2006 met noot *Votquenne*).

Terecht wijst D. *Votquenne* erop dat aan het cassatiearrest van 24 oktober 2005 niet de betekenis moet worden gegeven dat voor de berekening van de opzeggingsvergoeding in geen geval rekening mag gehouden worden met het variabel loon dat in de 12 maanden voorafgaand aan de beëindiging werd verdiend.

Aangezien er thans geen discussie meer is over de referteperiode kan ingestemd worden met een periode van 12 maanden voorafgaand aan de beëindiging.

De heer D. wil de betalingen van maart 2010 ten bedrage van € 677,22 en

€ 1.061,20 in aanmerking nemen.

Zonder hierin ernstig te worden tegengesproken wijst de NV er echter op dat deze bedragen betrekking hadden op de tewerkstelling voorafgaand aan de periode van 12 maanden, omdat het over de niet recurrente voordelen gaat, die voor 2009 werden toegekend.

Het loon betaald in de twaalf maanden voorafgaand aan het ontslag maar die betrekking heeft op een voorafgaande periode is geen loon waarop de bediende nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag.
(Cass. 3 februari 2003, *JTT* 2003, 263)

De NV houdt in haar berekening rekening met de bonus van € 6.772,24, die ze in het variabel loon meetelde.

Tevens berekent ze het feestdagenloon en het vakantiegeld op het variabel loon.

5. Het privaat gebruik van de bedrijfswagen BMW 520 Touring, dat op zijn reële waarde moet worden geraamd, wordt door de heer D ϵ becijferd op € 300/maand, ongeacht de persoonlijke bijdrage van € 221,38.

Rekening houdend met de tankkaart, de verzekering en taksen, kan het hof samen met de eerste rechter instemmen met deze begroting.

6. Ook het privaatgebruik van laptop en ter beschikking gestelde internetverbinding werd door de eerste rechter oordeelkundig geraamd.

De NV erkent dat de internetverbinding een privévoordeel uitmaakt, zodat het wat kunstmatig is om te beweren dat dit voor de laptop anders zou zijn.

7. Ten onrecht wil de heer D ϵ de onkostenvergoeding van € 100/maand als verdoken loon beschouwen, nu hij als commercieel directeur representatiekosten had en hij soms de handelsvertegenwoordigers vergezelde bij het bewerken van belangrijke klanten. Het kan aanvaard worden dat de hiermee verband houdende kosten forfaitair worden vergoed op wekerende maandelijkse basis.

8. Juist zoals het geval is voor maaltijdcheques, dienen de ecocheques als voordeel verworven krachtens de overeenkomst te worden opgenomen. De verwijzing naar rechtspraak in verband met kortingbonnen is niet ter zake dienend.

9. De heer D ϵ bewijst niet dat de werkgever een patronale bijdrage betaalde voor een hospitalisatieverzekering.

10. Het werkelijke jaarloon werd door de eerste rechter correct begroot op € 120.539,83.

Rekening houdend met het arrest nr. 45/99 van 20 april 1999 van het voormalige Arbitragehof heeft de eerste rechter correct het basisloon van een deeltijds tewerkgestelde werknemer (4/5) omgezet naar een fictief voltijds loon voor de berekening van de opzeggingstermijn. Voor de berekening van de aanvullende opzeggingsvergoeding werd terecht uitgegaan van het werkelijke deeltijdloon (Arbh. Antwerpen 3 april 2000, *RW* 2000-01, 911 en 1072; Arbh. Bergen 17 maart 2000, *JTT* 2000, 501; Arbh. Brussel 11 april 2008, *Soc. Kron.* 2009, 102).

Voor de berekening van de opzeggingstermijn werd zo uitgegaan van een jaarloon van € 140.094,87.

Rekening houdend met dit jaarloon, de eerder lage anciënniteit van 2,5 jaar, de leeftijd van bijna 43 jaar, de functie en de belangen van beide partijen kan de kans van de heer D. om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden volgens de gegevens eigen aan de zaak worden geraamd op 5 maanden.

De opzeggingsvergoeding begroot zich dus op € 120.539,83/12 x 5 = € 50.224,93, zijnde meer dan het ontvangen bedrag van € 51.117,08, zodat de eerste rechter terecht dit onderdeel ongegrond heeft verklaard.

Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

Uitwinningsvergoeding

11. De heer D. vordert als commercieel directeur een uitwinningsvergoeding.

Hiervoor dient hij eerst zijn hoedanigheid als handelsvertegenwoordiger aan te tonen.

12. In artikel 4 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt de activiteit van een handelsvertegenwoordiger omschreven als volgt:

“De arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordiger is de overeenkomst waarbij een werknemer, de handelsvertegenwoordiger, zich verbindt tegen loon cliënteel op te sporen en te bezoeken met het oog op het onderhandelen over en het sluiten van zaken, verzekeringen uitgezonderd, onder het gezag, voor rekening en in naam van een of meer opdrachtgevers”.

De vertegenwoordigingsactiviteit dient in hoofdzaak te worden uitgeoefend, wat volgt uit artikel 88 van de arbeidsovereenkomstenwet:

‘Op de bepalingen van deze titel kan zich alleen beroepen de handelsvertegenwoordiger die in dienst wordt genomen om op bestendige wijze zijn beroep uit te oefenen, zelfs indien hij door zijn werkgever wordt belast met bijkomstig werk dat van andere aard is dan de handelsvertegenwoordiging. Dat voordeel wordt... niet verleend aan de bediende die er af en toe mede wordt belast, samen met zijn arbeid binnen de onderneming, stappen te doen bij de cliënteel.’

Degene die zich op het bestaan van een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordiger beroept, moet zijn hoedanigheid bewijzen (Arbh. Antwerpen, 13 februari 2004, JTT 2004, 361 met een omstandige analyse van de parlementaire voorbereiding in verband met de bewijslast en P. Leclercq, *Het statuut van de handelsvertegenwoordiger*, Kluwer, Sociale Praktijkstudies, 2006, 19; Arbh. Antwerpen 1 februari 2010, RW 2011-12, 248); de bediende wiens activiteiten zowel commerciële als andere aspecten vertoont, maar die niet bewijst welke van beide aspecten doorslaggevend is, kan zich niet beroepen op de hoedanigheid van handelsvertegenwoordiger (Arbh. Brussel, 27 januari 2004, AR 39.550).

13. De heer D. sloot op 13 november 2007 een arbeidsovereenkomst als bediende af, waarin zijn functie werd omschreven als commercieel directeur.

Art. 1F. bepaalt dat hij zijn prestaties hoofdzakelijk in de gebouwen van de werkgever verricht.

Art. 3.B bepaalt de bonus als *een commissie op alle door de Key Managers van Tein Telecom NV (3 personen in totaal op datum van het contract) persoonlijk aangebrachte orders.*

Hieruit volgt dat de orders worden aangebracht door de Key Managers. Volgens het organigram had de heer D_i over hen de leiding.

Dit wordt ook zo omschreven in zijn job beschrijving, waarin gezegd wordt dat hij samen met de 'general manager' en de voorzitter verantwoordelijk is voor de commerciële strategie.

In dit document wordt tevens melding gemaakt van 20% marketingactiviteiten, maar deze werden volgens de NV uitgeoefend door het vergezellen van de key managers naar belangrijke klanten.

Zo werd op de offerte voor het AXA-order aanvankelijk de key manager Claude B_i als contactpersoon vermeld; nadien werd de naam van de heer D_i opgegeven, maar dit was volgens de NV omdat B_i uit dienst was gegaan. Weliswaar blijkt uit zijn e-mailcorrespondentie met een zekere Philippe C_i dat hij verdere contacten zocht binnen Axa, maar door het feit dat aanvankelijk alleszins de voorbereiding gebeurde door de key manager B_i, is het niet duidelijk of de heer D_i werkelijk de bepalende persoon is geweest om het order te realiseren.

14. Hoe dan ook blijkt uit de aangegeven 20% marketingactiviteiten niet dat hij dit onderdeel van zijn taak hoofdzakelijk en op bestendige wijze uitoefende.

In die zin volstaan de door hem voorgebrachte stukken niet om een hoofdzakelijke activiteit als handelsvertegenwoordiger aan te nemen.

Overigens verwijst hij in het overzicht van zijn activiteiten (zijn stuk 13) niet naar een zodanige bestendige activiteit; zo bijvoorbeeld meldt hij voor april 2008 maar 2 meetings buitenhuis; mei 2008 – 5 meetings...

Weliswaar stijgt het aantal meetings wat naar het einde van de lijst, maar niet in die mate dat men kan spreken van een hoofdzakelijke en bestendige activiteit; overigens maakt de lijst ook melding van aanwezigheden op stands, bezoeken aan beurzen en telefonische contacten.

De heer D_i verwijst nog naar zijn stuk 22, waar echter voor de dossiers Astrid en Axa andere personen onder de noemer 'activiteit' worden vermeld (Lead, Wouter, BID).

Bij de dossiers Maritiem Dienstverlening, Onderhoud haven Gent en Zeebrugge, Verlenging B&O en Vervanging wireless netwerk wordt wel de naam van de heer D_i vermeld, maar het gaat klaarblijkelijk over technische en juridische voorstellen in verband met onderhoud en vervangingen, zodat deze werkzaamheid evenzeer om bureelwerk kan gaan en het niet duidelijk is of het gaat om door de heer D_i aangebrachte en bezochte klanten.

Alleszins komen deze klanten niet voor in de lijst van de door hem opgegeven personen in zijn stuk 13 wat betreft zijn meetings tijdens de maanden mei en juni 2010.

15. Op die wijze bewijst de heer D_r niet dat hij op bestendige wijze cliënteel opspoorde en bezocht met het oog op het onderhandelen over en het sluiten van zaken.

Hij toont dan ook niet aan dat hij handelsvertegenwoordiger was, zodat de eerste rechter terecht zijn vordering i.v.m. de uitwinningvergoeding heeft afgewezen.

Het hoger beroep is op dit punt 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,

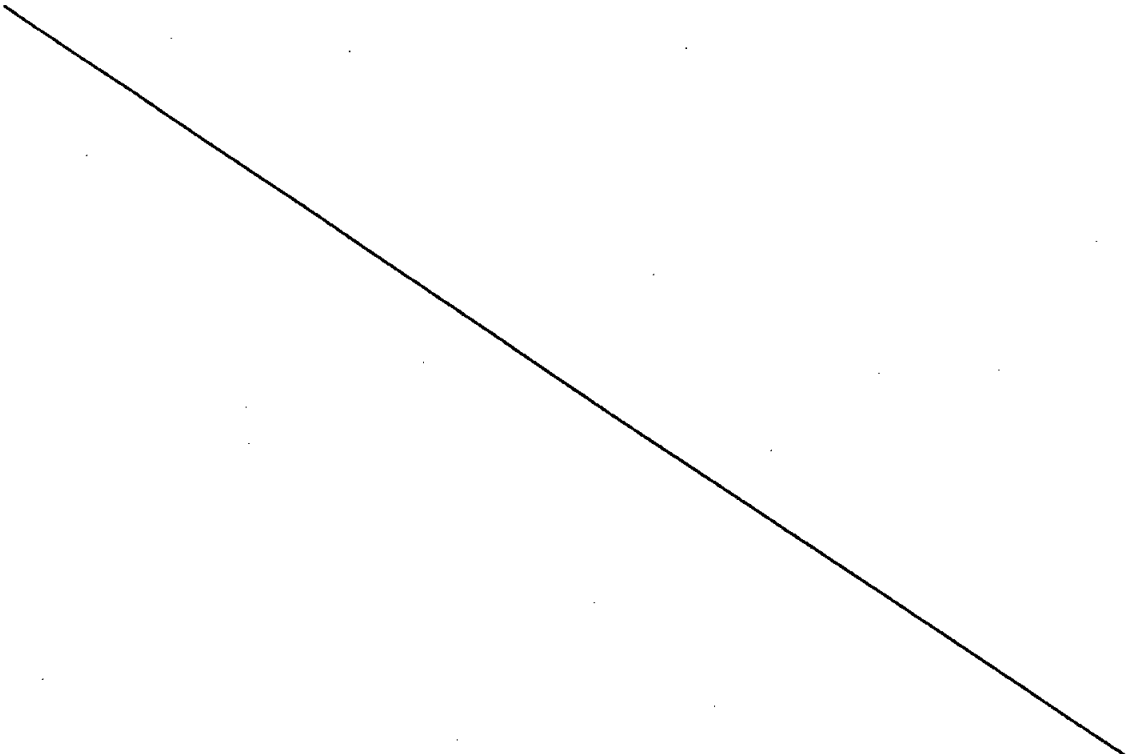
Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, doch ongegrond.

Bevestigt het betreden vonnis.

Veroordeelt de heer D_r tot de gerechtskosten van het hoger beroep, deze vereffend aan de zijde van de NV Tein Telecom op:

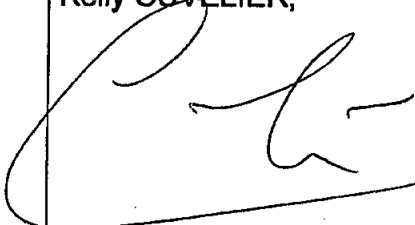
Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep basisbedrag € 3.300.



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

Lieven LENAERTS,
Roland WAEYAERT,
Roger VANDENPUT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

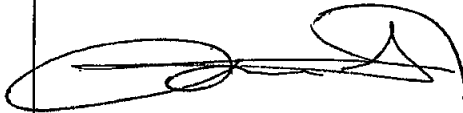
kamervoorzitter,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



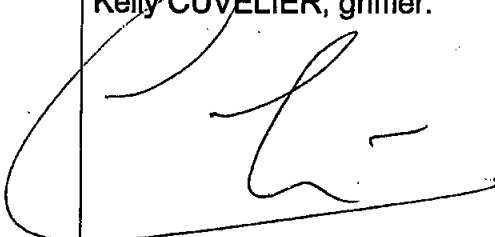
Roland WAEYAERT,



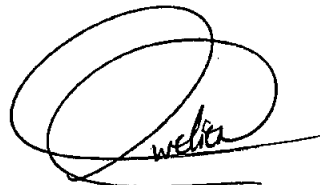
Roger VANDENPUT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 18 maart 2014 door:

Lieven LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.