

Kopie

Afgeleverd aan: arbeidsrechtbank te Brussel

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Repertoriumnummer
2014 / 1607
Datum van uitspraak
10 juni 2014
Rolnummer
2013/AB/589

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000015491-0001-0012-01-01-1



*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 13 mei 2014, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 3 december 1979 kwam de heer Frank V als bediende in dienst bij de rechtsvoorganger van de nv Akzo Nobel Paints Belgium (hierna afgekort als *Akzo Nobel*).

Vanaf 1 januari 2000 werd hij aangesteld als 'Manager Research & Development' voor de afdeling 'Building Components'.

Later in 2000 werd hij tewerkgesteld als 'Technisch Account manager Building Components'.

2. In februari 2004 werd het personeel via een mededeling ingelicht dat men een herstructurering zou doorvoeren. Voor de afdelingen 'Building Components' en 'Spiegelverven' zou een overnemer worden gezocht, waarbij het gelet op de te voeren onderhandelingen onzeker was of deze afdelingen aan een zelfde koper zouden kunnen worden overgedragen.

3. Bij bedrijfs-cao van 9 september 2004 werden de afvloelingsmaatregelen voor de bedienden bij ontslag om economische redenen vastgelegd. De maatregelen golden volgens art. 2 voor de periode van 1 november 2004 tot 31 januari 2006.

Artikel 3 regelt de modaliteiten bij vrijwillig vertrek als volgt:

a) De opzeg wordt door de werkgever betekend en is niet te presteren.

b) Er wordt een verbrekingsvergoeding uitbetaald overeenkomstig de formule Claeys (nieuwe berekening) vermeerderd met 2 maanden. Dit onderstelt:

- 1. inbegrip 13^{de} maand en vakantiegeld*
- 2. doorbetaling persoonlijke en patronale premies groepsverzekering lastens de werkgever*
- 3. aansluiting titularis (+ eventuele partner) bij de hospitalisatieverzekering*
- 4. aansluiting titularis bij de privé-ongevallenverzekering*
- 5. inbegrip eventueel voordeel in natura*
- 6. hospitalisatie: kinderen kunnen aangesloten blijven onder gekende modaliteiten. Privé-ongevallen: partner (zo deze reeds aangesloten was) + kinderen kunnen aangesloten blijven onder gekende modaliteiten.*



7. *Er wordt voorzien in de uitbetaling van een afscheidspremie ter waarde van 300 €/bruto per effectief dienstjaar*
(...)

Artikel 4 regelt de modaliteiten bij gedwongen ontslag:

- a) *De opzeg wordt door de werkgever betekend en is niet te presteren.*
b) *De duur van de opzeg wordt berekend volgens de formule Claeys (vroegere berekening) + vermeerderd met 2 maanden. Dit veronderstelt de toepassing van de modaliteiten onder art. 3b) punten 1 t/m 6.*
c) *De verbrekingsvergoeding wordt aangevuld met volgende vergoedingen, steeds onder RSZ en gebruikelijk fiscaal regime:*
1. *200 Euro bruto per effectief dienstjaar*
 2. ** Zes maandsalarissen voor personeelsleden met minder dan 15 jaar anciënniteit*
** Tien maandsalarissen voor personeelsleden met een anciënniteit gelegen tussen 15 en 25 jaar*
** Twaalf maandsalarissen voor personeelsleden met meer dan 25 jaar anciënniteit*
 3. *Sluitingspremie volgens wettelijke modaliteiten:*
 1. *126,15 € per effectief dienstjaar met een max van 20 dienstjaren.*
 2. *126,15 € per leeftijdsjaar vanaf 45 jaar.*
 4. *Een jubileumpremie, zijnde een pro-rata van het max aantal dienstjaren hetgeen wat kan bereikt worden vóór 65 j - leeftijd (modaliteiten volgens nota 16/06/03) wordt uitgekeerd.*
(...)

4. Gelet op de herstructurering had de heer V. uitgekeken naar een alternatieve tewerkstelling.

Volgens een verklaring van de vakbondsvertegenwoordiger in de ondernemingsraad voorzag Akzo Nobel dat de heer V. zou afvloeien via brugpensioen op 50 jaar.

Hierin was hij niet geïnteresseerd zodat hij op 29 september 2004 een arbeidsovereenkomst afsloot met de nv. Eternit, die inging op 1 januari 2005.

Volgens zijn zeggen was dit een aanbod van Eternit en beschouwde hij deze arbeidsovereenkomst als een vangnet, indien hij niet zou worden overgenomen, wat ook zo was afgesproken met Eternit.

5. Eind november, begin december 2004 zag de heer V. naar zijn zeggen een lijst uithangen met de namen van 4 collega's, die zouden overgaan naar Fenzi, die de afdeling Building Components zou overnemen. Hijzelf stond naar zijn zeggen niet op die lijst.

Op de vraag van het arbeidshof aan Akzo Nobel om deze lijst voor te brengen werd niet ingegaan omdat die lijst niet werd gevonden. Men achtte het bestaan van die lijst ook niet plausibel omdat de werknemers aldus zouden kunnen afleiden wie zou worden ontslagen.



Gelet op de stelligheid waarmee de heer V. het bestaan van dit document ook ter zitting bevestigde, blijft het nog mogelijk dat de overnemer Fenzi een dergelijke lijst had opgesteld.

Alleszins wordt niet betwist dat de heer V. uiteindelijk niet werd overgenomen.

6. Bij brief van 22 december 2004 werd de arbeidsovereenkomst van de heer V. verbroken per 1 januari 2005 *gezien de herstructurering welke ons bedrijf doormaakt* mits betaling van een opzeggingsvergoeding van 30 maanden.

Aansluitend werden volgende uitbetalingmodaliteiten meegedeeld:

- een opzeggingsvergoeding van € 190.860,30
- een afscheidspremie van € 7.500
- een extra afscheidspremie van € 12.724,02
- doorstorting premies groepsverzekering
- behoud aansluiting hospitalisatie en privé ongevallen

Hierbij baseerde Akzo Nobel zich op de regeling van art. 3 van de bedrijfs-cao i.v.m. vrijwillig vertrek.

7. Bij brief van zijn raadsman van 17 augustus 2005 stelde de heer V. Akzo Nobel in gebreke en vroeg de toepassing van art. 4 van de bedrijfs-cao (gedwongen ontslag). Hij vroeg ook een uitwinningsvergoeding als handelsvertegenwoordiger.

8. De heer V. dagvaardde op 21 december 2005 Akzo Nobel voor de arbeidsrechtbank te Brussel en vorderde na aanpassing in besluiten betaling van:

- een saldo opzeggingsvergoeding van € 71.561,88
- een saldo afscheidspremie van € 84.081,97
- een uitwinningsvergoeding van € 64.272,21
- een jubileumpremie van € 1.000

vermeerderd met intresten en kosten.

Tevens vroeg hij de afgifte van de overeenstemmende sociale documenten en de overlegging van stukken voor verdere berekening van de jubileumpremie; in ondergeschikte orde deed hij een getuigenaanbod in verband met zijn activiteit als handelsvertegenwoordiger.

9. Bij vonnis van 15 februari 2013 van de arbeidsrechtbank te Brussel werd de herleide vordering als volgt ontvankelijk en gegrond verklaard:

- een saldo opzeggingsvergoeding van € 11.739,52
 - een saldo afscheidspremie van € 81.274,04
 - een jubileumpremie van € 1 provisioneel
- vermeerderd met intresten op basis van netto.



Akzo Nobel werd ook veroordeeld tot de afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten en de overlegging van stukken voor verdere berekening van de jubileumpremie.

De debatten werden heropend voor verdere uitwerking van de vordering tot betaling van de jubileumpremie.

10. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 28 mei 2013, tekende Akzo Nobel hoger beroep aan en vroeg dat de oorspronkelijke vordering integraal ongegrond zou worden verklaard; In ondergeschikte orde, deed ze een getulgenaanbod in verband met het vrijwillig vertrek van de heer V

De heer V tekende incidenteel beroep aan in verband met de onderdelen van zijn vordering die niet werden ingewilligd.

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. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De opzeggingsvergoeding

2. Partijen zijn het eens over de in acht genomen opzeggingstermijn van 30 maanden, te vermeerderen met twee maanden.

Er blijft wel betwisting over de samenstelling van het basisloon, met name het variabel loon en de waardering van het privégebruik van de bedrijfswagen Renault Espace.

3. Omwille van de pleidooien voor de eerste rechter, kwam het onderdeel van het variabel loon in eerste aanleg niet duidelijk ter sprake.

Het variabel loon is een vergoeding voor de gepresteerde arbeid en maakt uiteraard deel uit van het lopend loon dat als basis dient om de opzeggingsvergoeding te berekenen.

Het feit dat dit variabel loon bij het einde van de tewerkstelling voor de verlopen periode werd uitbetaald, verhindert evident niet dat de bonus moet meegerekend worden in het lopende loon.

De bedrijfs-cao spreekt dit niet tegen, en indien dit zo zou zijn, dan werpt de heer V terecht op dat een CAO geen afbreuk kan doen aan een wettelijke regeling.



4. Het privaat gebruik van de bedrijfswagen is een voordeel verworven krachtens de overeenkomst, dat op zijn reële waarde moet worden begroot. De eerste rechter heeft het gebruik van een wagen Renault Espace oordeelkundig vastgesteld op € 450/maand.

5. De patronale bijdrage groepsverzekering moet in beginsel in het lopend loon voor de opzeggingsvergoeding worden opgenomen, maar wanneer de werkgever de premies doorbetaalt tijdens de opzeggingstermijn, zou dit leiden tot een dubbele betaling, zodat in dat geval de doorbetaling een alternatief is voor de opname van het voordeel in de berekening van de opzeggingsvergoeding (L. Sommerijns, "Werkgeversbijdrage aan een aanvullend pensioenplan: opnemen in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding", *Soc. Kron.* 2006, 69).

6. Hieruit vloeit voort dat het de door de eerste rechter berekende jaarloon van € 80.746,44 nog moet worden vermeerderd met het variabel loon of € 7.372,80 + (7.372,80 x 15,35%) = € 8.504,52 zodat het € 89.250,96 bedraagt.

Het saldo opzeggingsvergoeding komt dan op

€ 89.250,96/12 x 32 =	€ 238.002,56
- betaald	€ 190.860,30
- betaald als bijkomende 2 maanden	€ 12.724,02
Saldo	€ 34.418,24

Het hoger beroep is op dit punt ongegrond en het incidenteel beroep is in die mate gegrond.

De afscheids- en jubileumpremie op grond van art. 4 van de bedrijfs-cao

7. De toepassing van art. 3 dan wel art. 4 van de bedrijfs-cao is in wezen afhankelijk van de vraag of de heer V. vrijwillig vertrokken is dan wel gedwongen ontslagen werd.

In beide situaties wordt de opzeg door de werkgever betekend en dient hij niet te worden gepresteerd. (art. 3 a) en 4 a) van de bedrijfs-cao)

De voordelen van art. 3 b) 1 t/m 6 zijn in beide gevallen gegarandeerd (vgl. art. 4 b).

Bij gedwongen ontslag zijn de bijkomende voordelen van art. 4 c) van toepassing, waaronder de door de heer V. gevorderde afscheidspremie van 12 maandsalarissen, de sluitingspremie en de jubileumpremie.

8. De eerste rechter steunde zich op de mededeling aan het personeel over de herstructurering, de ontslagbrief van 22 december 2004 en de vermelding op het C4-formulier om het gedwongen karakter van het ontslag te aanvaarden.

9. Akzo Nobel wijst erop dat de heer V. op 29 september 2004 een arbeidsovereenkomst met Eternit had afgesloten en ze vraagt de voorlegging ervan.



Het arbeidshof heeft de heer V _____ uitgenodigd om deze arbeidsovereenkomst voor te leggen; tezelfdertijd werd aan Akzo Nobel gevraagd om de lijst voor te brengen die omstreeks november 2004 werd uitgehangen met de namen van de door de overnemer Fenzi behouden werknemers.

Hiertoe werd de zaak in voortzetting gesteld. De arbeidsovereenkomst werd voorgelegd, de lijst niet (zie randnummer I. 4 en 5).

10. Terecht echter heeft de eerste rechter gewezen op de formulering van de ontslagbrief van 22 december 2004.

Met verwijzing naar de herstructurering bevestigt Akzo Nobel dat *wij niet langer in staat zijn uw arbeidsovereenkomst te handhaven*.

Ook al voorziet de bedrijfs-cao ook in een opzeg door de werkgever bij vrijwillig vertrek, toch kan de bevestiging dat Akzo Nobel zelf niet langer in staat was om de arbeidsovereenkomst te handhaven niet anders begrepen worden dan dat de heer V _____ niet vrijwillig vertrokken is, maar gedwongen ontslagen werd.

Immers de brief verwijst verder naar gesprekken zonder dat daarbij enige melding wordt gemaakt van een verzoek van de heer V _____ om vrijwillig te mogen weggaan. Gelet op art. 3 van de bedrijfs-cao was dit zeker vermeld indien de heer V: _____ zelf om zijn ontslag had gesolliciteerd.

In die omstandigheden wijst de verwijzing naar het niet langer kunnen handhaven van de arbeidsovereenkomst op een gedwongen ontslag.

Het is dan ook overbodig om over dit punt na bijna 10 jaar nog een getuigenverhoor te houden. De feiten blijken immers uit de eigen bewoordingen van Akzo Nobel, die bovendien tot 31 december 2004 loon uitbetaalde (zie individuele rekening 2004 – stuk 5 Van den Bergh).

11. Dit is nog meer zo, daar uit de mededeling aan het personeel blijkt dat men zoveel mogelijk naakte ontslagen wilde vermijden en uit de verklaring van de heer Jos Hendrickx volgt dat men de heer V _____ omwille van zijn leeftijd van meer dan 50 jaar op brugpensioen wilde laten gaan, wat hij gewelgerd heeft daar hij zijn beroepsloopbaan wilde voortzetten.

12. De verwijzing in het C4-formulier naar de herstructurering is weinig zeggend, omdat dit zowel bij toepassing van art. 3 als van art. 4 van toepassing kan zijn.

13. Ten onrechte wil Akzo Nobel de gedwongen ontslagregeling slechts van toepassing zien vanaf 1 januari 2005 omwille van de verwijzing in de preambule van de bedrijfs-cao. Met de



heer V kan aangenomen worden dat dit verwijst naar de limietdatum voor de overname.

In art. 2 van de bedrijfs-cao wordt immers vermeld dat de CAO van toepassing is vanaf 11 november 2004, wat dus ook geldt voor art. 4 m.b.t. het gedwongen ontslag.

14. Hieruit vloeit voort dat de heer V i terecht aanspraak maakt op de afscheidspremies van art. 4 c) van de bedrijfs-cao.

Hij berekent echter de vergoeding van art. 4. c) 2) op basis van het lopend loon, terwijl deze afscheidsvergoeding niet beschouwd wordt als deel van de opzeggingsvergoeding.

Deze vergoeding is gebaseerd op het 'maandsalaris' en moet dan ook beperkt worden tot 12 x € 5.350,74 of € 64.208,88

Dit resulteert in:

- € 200/ dienstjaar of	€ 5.000,00
- 12 maandsalarissen of 12 x € 5.350,74	€ 64.208,88
- Een sluitingspremie van: € 126,15 x 20 of	€ 2.523,00
€ 126,15 x 4 of	€ 504,60
Totaal	€ 72.236,48
- reeds betaald	€ 7.500,00
Blijft	€ 64.736,48

15. Voor de jubileumpremie werd nog steeds geen opheldering gegeven over de berekeningswijze, zodat de maatregel alvorens recht te doen van de eerste rechter kan worden bevestigd.

Het hoger beroep is hierdoor gedeeltelijk gegrond.

Uitwinningsvergoeding

16. De heer V vordert als account manager een uitwinningsvergoeding.

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

17. 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 cliëntele.’

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).

18. De heer V betwist niet dat zijn functie aanvankelijk voornamelijk van technische aard was, maar hij houdt voor dat ze gaandeweg geëvolueerd is naar een commerciële functie. Hij brengt dienaangaande enkele dossiers en evaluatieverslagen voor.

Nochtans blijkt uit deze stukken evenzeer dat het technische onderzoeksaspect bewaard bleef, maar ook dat hij een leidinggevende functie had en dat hij hoofd van het labo was. Hij begeleidde vanuit deze functie belangrijke klanten.

Hij houdt voor dat vanaf een zeker ogenblik niet meer met handelsvertegenwoordigers gewerkt werd, maar hij preciseert niet welke concrete nieuwe organisatiestructuur daarvoor in de plaats gekomen is.

Gelet op de technische, leidinggevende en labo functies, blijkt niet dat de heer V dermate commerciële taken in de zin van handelsvertegenwoordiging zou vervullen dat voldaan wordt aan de omschrijving van art. 4 en 88 van de arbeidsovereenkomstenwet.

Immers, de begeleiding van klanten omvatte voor een groot deel ook studie- en technische invulling.

Hierdoor toont hij geenszins aan dat zijn vertegenwoordigingswerk een hoofdzakelijk karakter had en dat dit onderdeel doorslaggevend was in zijn taak.



19. Het getuigenaanbod is te weinig concreet en vraagt om subjectieve invulling door de getuigen, terwijl de vraag of het handelsvertegenwoordigingwerk 'hoofdzakelijk' is tot een juridische evaluatie noopt die aan de arbeidsgerechten en niet aan de getuigen toekomt.

De eerste rechter heeft terecht op basis van de analyse van de evaluatieformulieren en de functieomschrijving vastgesteld dat de hoedanigheid van handelsvertegenwoordiger niet aangetoond is.

Hierdoor werd terecht geen uitwinningsvergoeding toegekend, zodat het incidenteel beroep op dit punt ongegrond 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,

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis met die wijzigingen dat:

- het saldo opzeggingsvergoeding wordt bepaald op € 34.418,24 en
- het saldo afscheidsvergoeding wordt bepaald op € 64.736,48.

Bevestigt aldus eveneens de beslissing tot voorlegging van stukken ter berekening van de jubileumpremie; zegt dat deze stukken moeten worden voorgelegd voor 15 juli 2014 en heropent vervolgens de debatten.

Geeft aan de heer V de mogelijkheid om bijkomende conclusie te nemen over de jubileumpremie, die moet neergelegd worden ter griffie van het arbeidshof ten laatste op 29 augustus 2014.

Geeft aan Akzo Nobel de mogelijkheid om bijkomende conclusie te nemen over de jubileumpremie, die moet neergelegd worden ter griffie van het arbeidshof ten laatste op 30 september 2014.

Stelt de zaak voor verdere behandeling vast op de openbare terechtzitting van de 3de kamer van dit Hof (zaal 0.6), Poelaertplein, 3 te 1000 Brussel op dinsdag 18 november 2014 om 14 u.

Om nadien verder te oordelen als naar recht;

Houdt de beslissing met betrekking tot de kosten aan.



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

Lieven LENAERTS,
Jan LINDEMANS,
Steven MARCHAND,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

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



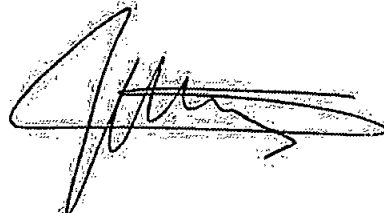
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



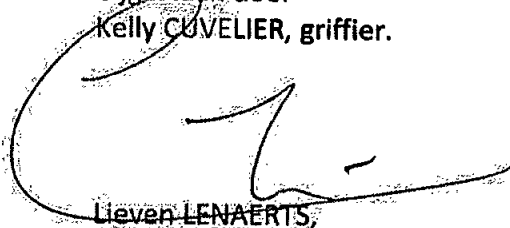
Jan LINDEMANS,



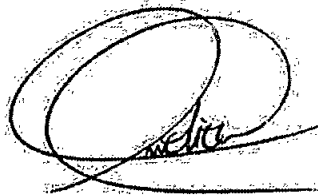
Steven MARCHAND.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 10 juni 2014 door:

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.

