

Kopie
Afgeleverd aan: arbeidsrechtbank te Brussel
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Repertoriumnummer 2014 / 2402
Datum van uitspraak 30 september 2014
Rolnummer 2013/AB/488

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000032861-0001-0015-01-01-1



ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
verzending naar de bijzondere rol

KEYWARE SMART CARD DIVISION NV, met maatschappelijke zetel te
1930 ZAVENTEM, Ikaroslaan 24,
appellante op hoofdberoep,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. VANDECASTEELE Antoon loco mr. VAN DE SIJPE Johan, advocaat
te 9473 WELLE, Kerkstraat 142

tegen

U

geïntimeerde op hoofdberoep,
appellant op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. VAN DER STICHELEN Virginie loco mr. CLAES Dominique,
advocaat te 1170 BRUSSEL, Terhulpesteenweg 166

*

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- de voor eensluidend verklaarde afschriften van de bestreden vonnissen, uitgesproken op tegenspraak op 17 januari 2012 en 19 februari 2013 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 11/15276/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 3 mei 2013,
- de conclusie voor de appellante,
- de conclusie voor de geïntimeerde,



- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 2 september 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 30 november 2009 ondertekenden de nv Keyware Smart Card Division (hierna afgekort tot *Keyware*) en de heer U een arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde tijd, waardoor de heer U met ingang van 1 december 2009 werd aangeworven als vertegenwoordiger.
In art. 7 van deze overeenkomst is een niet concurrentiebeding opgenomen.

In een bijlage werd de geografische sector bepaald (Waals Brabant) en werd een niet limitatieve taakomschrijving gegeven:

Het afsluiten van verhuurcontracten voor niet klanten van Keyware

Het afsluiten van up selling service contracten

Het verkopen van papierrollen

Het afsluiten van contracten voor Visa, Maestro en Mastercard acquiring

Tevens werd naast de vaste bezoldiging (€ 1.300/maand) een variabel loon afgesproken in de vorm van een premie naar gelang het aantal aangebrachte contracten.

Er volgden ook nog bijkomende overeenkomsten over de maaltijdscheques, de wagen met tankkaart en de GSM plus salesmap.





4. Bij brief van 16 september 2011 verbrak Keyware de arbeidsovereenkomst met aankondiging van betaling van een opzeggingsvergoeding van 3 maanden.
5. Op 7 november 2011 bracht de heer U dagvaarding uit voor de arbeidsrechtbank te Brussel en hij vorderde van Keyware betaling van een opzeggings- en uitwinningsvergoeding; een schadevergoeding wegens rechtsmisbruik, vervallen commissielonen en vakantiegeld, samen met de afgifte van sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom. Tevens werd de afgifte van een afrekening en de voorlegging van rechtvaardigingstukken commissieloon gevraagd.
6. Bij tussenvonnis van 17 januari 2012 werd het niet betwiste deel van de vordering ontvankelijk en gegrond verklaard ten belope van een provisionele opzeggingsvergoeding van € 4.616,71 en een pro rata eindejaarspremie van € 884,43.

Deze bedragen werden uitbetaald.

7. De resterende vordering had dan nog betrekking op:
 - Een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 2.269,12
 - Een uitwinningsvergoeding van € 6.885,83
 - Een schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht van € 10.000
 - € 1 provisioneel wegens achterstallige commissielonen
 - € 1 provisioneel wegens achterstallig vakantiegeld

Vermeerderd met intresten en kosten.

samen met de afgifte van sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom. Tevens werd de afgifte van een afrekening en rechtvaardigingstukken commissieloon gevraagd.

Keyware stelde een tegenvordering ten bedrage van € 586 wegens schade aan de wagen en terugbetaling verkeersboete.

8. Bij eindvonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 19 februari 2013 werd Keyware veroordeeld tot betaling van volgende bedragen:
 - Een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 2.269,12
 - Een uitwinningsvergoeding van € 6.885,83



Hoewel de heer L een vordering stelt wegens achterstallig commissieloon, neemt hij voor de berekening van het variabel loon in de opzeggingsvergoeding vrede met de bedragen die Keyware op de loonfiches heeft vermeld. Hierop werd het gebruikelijke vakantiegeld aangerekend.

Terecht aanvaardde de eerste rechter dit.

Het privaatgebruik van bedrijfswagen met tankkaart en GSM moet op basis van de reële waarde in de berekening van de opzeggingsvergoeding worden opgenomen; gelet op de aard van de wagen (VW Passat), kunnen deze posten samen genomen op € 450 worden gewaardeerd, zoals door de heer U begroot.

Terecht heeft de eerste rechter een jaarloon van € 27.543,34 en derhalve een globale opzeggingsvergoeding van € 6.885,83 in acht genomen, zodat rekening houdend met het in het tussenvonnis reeds toegekende en uitbetaalde bedrag van € 4.616,71 nog een saldo van € 2.269,12 verschuldigd is.

Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

De uitwinningsvergoeding

12. Partijen zijn het erover eens dat de heer U als handelsvertegenwoordiger tewerkgesteld was, wat overigens ook bevestigd wordt in de arbeidsovereenkomst en de bijlagen hieraan.

Artikel 101 van de arbeidsovereenkomstenwet kent aan de handelsvertegenwoordiger een recht op de uitwinningsvergoeding toe, indien aan 4 voorwaarden cumulatief wordt voldaan:

- de arbeidsovereenkomst werd beëindigd door de werkgever zonder dringende reden,
- de handelsvertegenwoordiger heeft aan de werkgever een cliënteel aangebracht,
- hij is langer dan een jaar tewerkgesteld als handelsvertegenwoordiger,
- de werkgever toont niet aan dat de handelsvertegenwoordiger door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen nadeel heeft geleden.



Art.105 van deze wet voegt daaraan toe dat het concurrentiebeding ten behoeve van de handelsvertegenwoordiger een vermoeden schept dat hij een cliënteel heeft aangebracht; de werkgever kan hiervan het tegenbewijs leveren.

13. Niet betwist wordt dat de heer U handelsvertegenwoordiger was met een anciënniteit van meer dan één jaar. Zijn arbeidsovereenkomst werd door de werkgever beëindigd zonder dringende reden.

In art. 7 van de arbeidsovereenkomst is een niet concurrentiebeding opgenomen.

Het vermoeden van aanbreng van cliënteel wordt door Keyware niet weerlegd.

Gelet op art. 105 van de arbeidsovereenkomstenwet legt Keyware ten onrechte de initiële bewijslast op de heer U (vgl. Arbh. Brussel AR 2012/AB/1193 inzake Keyware/Wils).

14. Evenmin toont Keyware de afwezigheid van nadeel aan.

Ook hier wil Keyware ten onrechte de bewijslast op de heer L leggen (Arbh. Brussel AR 2012/AB/1193 inzake Keyware/Wils).

De handelsvertegenwoordiger heeft immers recht op een uitwinningsvergoeding, tenzij wanneer de werkgever erin slaagt aan te tonen dat de handelsvertegenwoordiger door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen nadeel lijdt.

De eventuele afwezigheid van nadeel moet beoordeeld worden op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (Cass., 20 maart 2000, *JTT* 2000, 225; Arbh. Brussel, 6 oktober 1996, *Ors.*, 1998, 1, noot G. Helin).

De werkgever moet daarbij aantonen dat de werknemer ofwel de cliënteel niet heeft verloren, ofwel dat de handelsvertegenwoordiger afziet van het verder valoriseren van de cliënteel.

De omstandigheid dat de handelsvertegenwoordiger na het einde van de arbeidsovereenkomst dezelfde cliënteel bezoekt voor een concurrerende onderneming, wil nog niet noodzakelijk zeggen dat hij geen nadeel heeft geleden. Uit deze omstandigheid kan slechts het ontbreken van nadeel worden afgeleid, indien de handelsvertegenwoordiger er in geslaagd is de cliënteel die hij aan zijn vorige werkgever had aangebracht, mee te nemen naar zijn volgende werkgever (Cass., 31



oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 258 ; *Cass.*, 26 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1254 ; *Cass.*, 21 december 1981, *JTT* 1982, 200).

Er wordt door Keyware geen enkel concreet element aangebracht waaruit de afwezigheid van nadeel zou kunnen worden afgeleid.

15. De becijfering van de uitwinningsvergoeding wordt niet betwist.

Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

16. Het hof bevestigt tevens het bestreden vonnis wat betreft de afgifte van de bijhorende sociale documenten zowel wat betreft de opzeggings- als de uitwinningsvergoeding, en dit onder verbeurte van de dwangsom zoals door de eerste rechter bepaald.

Misbruik van ontslagrecht

17. Zoals van elk recht kan ook van het ontslagrecht misbruik worden gemaakt.

18. Anders dan voor werklieden, voor wie artikel 63 van de arbeidsovereenkomstwet geldt, bestaat voor bedienden geen vergelijkbare uitdrukkelijke wetsbepaling, maar dit verhindert niet dat het misbruik van ontslagrecht kan worden ingeroepen, wanneer er een kennelijk misbruik is waarbij de regel van artikel 1134,3de lid van het Burgerlijk Wetboek ernstig wordt geschonden; op basis van deze bepaling moeten overeenkomsten te goeder trouw worden uitgevoerd (cfr. *Cass.*, 19 september 1983, *RW* 1983-1984, 1480).

19. Rechtsmisbruik in verband met het ontslag vloeit dan ook voort uit de uitoefening van dit recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van het ontslagrecht door een voorzichtige en bedachtzame werkgever (*Cass.*, 12 december 2005, *JTT* 2006, 155).

Geoordeeld werd dat een represailleontslag als reactie op rechtmatige eisen en vorderingen van de bediende rechtsmisbruik kan uitmaken (*Arbh.* Luik, 24 december 2005, *JTT* 2006, 186; *Arbh.* Brussel 15 juni 2005, *Soc. Kron.* 2005/8, 453 met noot J.



JACQMAIN; D. CUYPERS, "Misbruik van ontslagrecht in hoofde van de werkgever", ATO-501-135, nr. 95).

20. De opzeggingsvergoeding heeft niettemin een forfaitair karakter en dekt de volledige schade die door het ontslag werd veroorzaakt, zowel de materiële als de morele schade (Cass., 7 mei 2001, JTT 2001, 410).

Gelet op het forfaitair karakter van de opzeggingsvergoeding kan een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht slechts worden toegekend voor andere schade dan deze die voortvloeit uit het verlies van de dienstbetrekking, m.a.w. voor schade die niet veroorzaakt is door het ontslag zelf, maar door met het ontslag gepaard gaande omstandigheden (Cass., 26 september 2005, Soc. Kron. 2006, 69).

21. Uit de chronologie van de gebeurtenissen, zoals beschreven in de randnummers 3 en 4, volgt dat Keyware onmiddellijk na het begin van een ziekte, zonder de heer U op enigerlei wijze te verwittigen, de bedrijfswagen bij hem heeft opgehaald, waardoor deze diefstal vreesde, politietussenkomen vroeg om hiervan aangifte te doen en dat zijn raadsman Keyware dringend en met aandrang in gebreke stelde om de wagen terug te geven.

Terecht wordt in de brief van de raadsman van 9 september 2011 gewezen op het feit dat het toegestaan privégebruik een loonvoordeel was dat tijdens de periode van gewaarborgd maandloon moest toegekend blijven (Zie J. HERMAN, "Bedrijfswagen en schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst", Or. 2001, 115).

De hardnekkigheid van Keyware ten aanzien van de heer U wordt verder aangetoond door haar schrijven van 8 september 2011, waar ze haar zieke werknemer onmiddellijk in gebreke stelt wegens de vuile staat van de wagen, terwijl de heer U moeilijk de wagen gekuist kon inleveren, nu hij onverhoeds bij hem werd opgehaald. Evenmin werden zijn persoonlijke zaken in de wagen onmiddellijk teruggegeven.

De verbreking van de arbeidsovereenkomst op 16 september 2014 kan dan ook niet los gezien worden van dit door Keyware veroorzaakte incidentrijk parcours, waarbij de heer U via zijn raadsman een terechte vraag opwierp, die door Keyware ten gronde niet werd beantwoord, behoudens de ontslagbeslissing.



22. Weliswaar voorziet art. 59.1 van het arbeidsreglement dat de werknemer zijn auto ter beschikking moet willen stellen van een collega voor korte verplaatsingen, maar het is niet vanuit die noodzaak dat de wagen werd opgehaald, want het ging om een definitieve afname tijdens de ziekte, wat blijkt uit de melding van Keyware dat de persoonlijke goederen slechts na de ziekte zouden worden teruggegeven.

Overigens heeft Keyware zich ook nooit op deze bepaling beroepen.

23. Terecht wijst de heer U er op dat de reden op het C4-formulier – *voldoet niet meer* – in deze door de werkgever gecreëerde context niet kan aangenomen worden, omdat hij nog maar net op 2 mei 2011 van Keyware een oorkonde gekregen had van *Quality of the year award* (stuk 10 de heer U

Een getuigenaanbod dat niet verwijst naar concrete objectiveerbare feiten, is over dit onderdeel dan ook niet ter zake dienend.

24. In die omstandigheden toont de heer U het rechtsmisbruik wegens represailleontslag aan, maar terecht heeft de eerste rechter de schade herleidt en billijk begroot, omdat enkel de schade voor de met het ontslag gepaard gaande omstandigheden in aanmerking kan worden genomen (zie randnummer 19).

25. Het hoger beroep en het incidenteel beroep zijn voor dit onderdeel beiden ongegrond.

Commissielonen

26. Wat betreft de afrekening van de commissielonen moet rekening gehouden worden met de art. 90 tot 100 van de arbeidsovereenkomstenwet.

Art. 97 bepaalt:

De werkgever verstrekt maandelijks aan de handelsvertegenwoordiger de staat en de documenten betreffende het voor de vorige maand verschuldigde commissieloon.

Art. 99 voegt daaraan toe:

Ingeval de overeenkomst een einde neemt, is de werkgever gehouden, binnen de termijn van dertig dagen volgend op het einde van de overeenkomst, aan de



handelsvertegenwoordiger het volledige bedrag van het commissieloon op alle aanvaarde orders uit te betalen.

Het in de artikelen 91 en 93, tweede lid, bedoelde commissieloon moet worden uitbetaald binnen dertig dagen volgende op de aanvaarding van de order.

Het in de artikelen 92 en 94 bedoelde commissieloon moet uiterlijk worden uitbetaald voor het einde, respectievelijk van de vierde en van de zevende maand volgende op het einde van de overeenkomst.

27. Keyware verwijst voor de afrekening van de commissielonen naar de loonbrieven en de individuele rekening.

Deze geven enkel het uitbetaalde (commissie)loon weer.

Uit art. 97 volgt echter dat Keyware daarmee niet volstaat, maar dat ze haar commissieafrekening ook moet kunnen verantwoorden en controleerbaar maken.

Al de termijnen die in art. 99 bepaald zijn, zijn verstreken, zodat deze verantwoording reeds lang had moeten zijn gegeven.

Bij gebreke hieraan, heeft de eerste rechter over de afrekening niet kunnen beslissen, maar heeft hij terecht de voorlegging van stukken bevolen.

Gelet op de devolutieve kracht van het hoger beroep, zal het hof dit onderdeel verder moeten beslechten, zodat de door de eerste rechter bevolen maatregel dient te worden bevestigd.

Vertrekvakantiegeld

28. Ook op dit punt heeft de eerste rechter moeten vaststellen dat bij gebreke aan vakantieattest geen nazicht mogelijk is.

Dit heeft er Keyware niet toe geleid om in graad van hoger beroep wel dit noodzakelijk document voor te leggen.

Gelet op de devolutieve kracht van het hoger beroep, zal het hof ook hier dit onderdeel verder moeten beslechten, zodat de door de eerste rechter bevolen maatregel dient te worden bevestigd.



Het hof nodigt de partijen dringend uit om op een efficiënte wijze te regelen wat in de randnummers 27 en 28 werd aangehouden.

De tegenvordering

29. Keyware beantwoordt niet de pertinente overweging van de eerste rechter dat de heer U bezwaarlijk kan worden veroordeeld tot betaling van een verkeersboete van 9 april 2010, terwijl het voertuig VW Passat pas vanaf 22 april 2010 aan de heer U werd toegekend; voordien reed hij met een Peugeot 207 nummerplaat 708BIF; dit blijkt uit stuk 7 van Keyware.

Aangenomen mag worden dat het voertuig bij teruggave in een ordentelijke staat is.

In dit geval werd het voertuig echter buiten medeweten van de heer U door Keyware opgehaald, zodat men hem bezwaarlijk kan ten laste leggen dat het niet volledig ordelijk was, temeer daar de heer L ziek was.

Bovendien werd de voorgelegde staat van het voertuig niet opgemaakt bij het ophalen, maar nadien, zodat er geen zekerheid is dat de schade aan de heer U toe te schrijven is. Deze is alleszins niet bewezen, ongeacht het laattijdige PV van vaststelling van een gerechtsdeurwaarder d.d. 20 september 2011, zijnde 12 dagen na het ophalen.

De tegeneis werd terecht ongegrond verklaard, zodat het hoger beroep op dit punt eveneens 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 reeds in volgende mate ongegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis, behoudens de veroordeling tot betaling van telkens € 1 bruto provisioneel voor vertrekvakantiegeld en vervallen commissies.

Trekt de beoordeling van deze onderdelen aan zich, doch houdt ze aan in afwachting dat Keyware de door de eerste rechter bevolen voorlegging van stukken zal hebben gedaan.

Legt de voorlegging van deze stukken (vakantieattest en stukken commissielonen) op ten laatste op 28 november 2014.

Beveelt de partijen aan om op basis hiervan tot een onderlinge oplossing te komen, waarvan ze de griffie van het hof kunnen verwittigen en zegt dat ze bij gebreke daaraan een vaststelling kunnen vragen na verdere instaatstelling.

Verzendt ten dien einde de zaak naar de bijzondere rol.

Houdt de kosten aan.

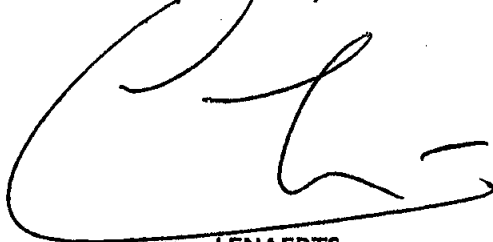


Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel,
samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Simone ALAERTS,
Hugo ENGELEN,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

kamervoorzitter,
raadsheer in sociale zaken, zelfstandige,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

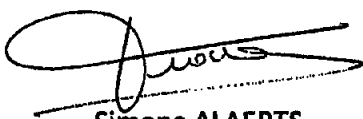
griffier.



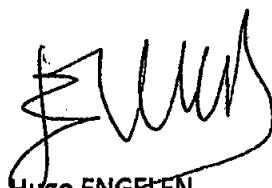
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



Simone ALAERTS,



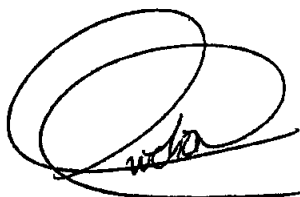
Hugo ENGELEN.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 30 september 2014 door:

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



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.

