



Repertoriumnummer 2015 /
Datum van uitspraak 14 april 2015
Rolnummer 2014/AB/228

Uitgifte

Uitgereikt aan

op

€

JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

KOI IMPORT BVBA, met zetel te 3290 DIEST, Beringsebaan 63,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. NOÉ Ann loco mr. VANDENREYT Bert, advocaat te
3583 PAAL, Paalsesteenweg 133

tegen

1. **V. J.-P.**,
eerste geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. VERMOORTELE Anouk, advocaat te 1540 HERNE, Ekkelenberg 36

2. **EL PATIO BVBA**, met zetel te 3060 BERTEM, Nijvelsebaan 193,
tweede geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. GEUVENS Stijn loco mr. OVERSTEYNS Bernadette, advocaat te
3001 HEVERLEE, Ambachtenlaan 6.

*

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 19 december 2013 door de arbeidsrechtbank te Leuven, 1^e B kamer (A.R. 12/1948/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 7 maart 2014,
- de conclusie voor de appellante,
- de conclusie voor de geïntimeerden,

- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 17 maart 2015, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 8 juni 2001 ondertekenden de bvba El Patio, vertegenwoordigd door haar zaakvoerster mevrouw I. M., en de heer J.-P. V. een deeltijdse (13 uren/week) arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd, waardoor de heer V. met ingang van 1 september 2001 werd aangeworven als bediende.

2. De arbeidsovereenkomst van de heer V. was wegens arbeidsongeschiktheid geschorst tussen 15 februari 2012 en 2 juli 2012.

3. Op 3 juli 2012 bood hij zich terug aan in de winkel waar hij werkte. Deze bleek uitgebaat door de bvba Koi Import Europe (hierna afgekort tot bvba Koi).

De nieuwe eigenaar stelde hem niet te werk en verwees hem terug naar de bvba El Patio.

4. Bij aangetekende brief van de vakorganisatie van de heer V. van 4 juli 2012 stelde deze de bvba El Patio en de bvba Koi in gebreke om hem werk te verschaffen.

De raadsman van de bvba El Patio antwoordde dat er omwille van de overname van het handelsfonds door de bvba Koi vanaf 1 maart 2012 een overgang van onderneming

ingevolge de cao 32bis had plaats gevonden, zodat de heer V. zich tot de overnemer diende te richten. Er werd verwezen naar de overname via de boekhouder, waarbij ook het origineel van de arbeidsovereenkomst aan de bvba Koi werd overgemaakt.

Om die reden heeft de vakorganisatie zich bij brieven van 10 en 20 juli 2012 naar de bvba Koi gericht eerst in werkverschaffing, vervolgens in betaling van een opzeggingsvergoeding.

Deze antwoordde via brief van haar raadsman van 24 juli 2012 dat ze geen handelsfonds had overgenomen, doch enkel een handelshuurovereenkomst had afgesloten, zodat ze opnieuw terug verwees naar de bvba El Patio.

Op 6 augustus 2012 betwistte de raadsman van de heer V. dit, waarna de vakorganisatie zonder resultaat beide bvba's is blijven aanschrijven.

5. Aangezien iedereen op zijn standpunt bleef, heeft de heer V. op 8 en 9 november 2012 beide vennootschappen gedagvaard in betaling, de ene bij gebreke aan de andere, van een opzeggingsvergoeding van 9 maanden of € 8.568, vermeerderd met intresten en gerechtskosten en in afgifte van de overeenstemmende sociale documenten, onder verbeurte van een dwangsom.

6. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven van 19 december 2013 werd de vordering ontvankelijk verklaard en als ongegrond afgewezen t.a.v. de bvba El Patio en als gegrond toegewezen t.a.v. de bvba Koi. Over de gevraagde dwangsom werd geen uitspraak gedaan.

Er wordt melding gemaakt van de betekening van dit vonnis door de heer V. op 10 februari 2014.

7. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 7 maart 2014, tekende de bvba Koi hoger beroep aan en vroeg in hoofdorde de oorspronkelijke vordering opzichts haer als ongegrond af te wijzen, in ondergeschikte orde een tussenvordering in vrijwaring ten aanzien van de bvba El Patio toe te kennen.

Bij wijze van impliciet incidenteel beroep vroeg de heer V. opnieuw dat hetzij de bvba Koi, hetzij de bvba El Patio zou worden veroordeeld tot zijn volledige oorspronkelijke vordering, waarbij hij ook verwees naar zijn vraag tot het toekennen van een dwangsom.

II. BEOORDELING

8. Gelet op de voorgehouden betekening van het bestreden vonnis op 10 februari 2014, werd het hoger beroep op 7 maart 2014 tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, wat niet wordt betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

9. In essentie gaat de discussie over de vraag wie als werkgever de opzeggingsvergoeding moet betalen na de weigering om de heer V. op 3 juli 2012 verder tewerk te stellen na zijn ziekteperiode.

Deze vraag hangt af van de omstandigheid of er al dan niet een overgang van onderneming plaats vond in de zin van de cao 32bis.

Overgang van onderneming in de zin van de cao 32bis

10. De cao 32 bis, afgesloten binnen de Nationale Arbeidsraad op 7 juni 1985 en algemeen verbindend verklaard bij KB van 25 juli 1985 (BS 9 augustus 1985) betreft het behoud van rechten van werknemers bij de wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement. Zij werd gewijzigd bij cao 32ter van 2 december 1986 (KB 2 december 1986, BS 28 januari 1987) en cao 32quater van 19 december 1989 (KB 6 maart 1990, BS 21 maart 1990) en de cao 32quinquies van 13 maart 2002 (KB's van 25 juli 1985, 19 januari 1987 en 6 maart 1990, gepubliceerd in het BS van 9 augustus 1985, 28 januari 1987 en 21 maart 1990).

Deze cao was de uitwerking naar Belgisch recht van de richtlijn 77/187 van 14 februari 1977 van de Raad van de Europese Gemeenschap, thans de Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2000.

De bepalingen ervan dienen daarom richtlijnconform te worden geïnterpreteerd.

11. De rechtspraak van het Hof van Justitie hanteert voor de toepassing van de richtlijn een zeer ruime interpretatie. Het Hof laat zich vooral leiden door het doel dat de richtlijn beoogde nl. de continuïteit van de arbeidsovereenkomst veilig stellen in het raam van een bepaalde economische entiteit.

Onder wijziging van werkgever wordt bedoeld dat er een wijziging is opgetreden in de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming of een gedeelte ervan uitbaat. (HvJ 17 december 1987, C-287/86, Landsorganisationen i Danmark, Jur. 1987, 5465 nr. 12)

In het arrest Merckx herhaalt het Hof dit in een zaak waar de overgang zelfs niet gebeurde krachtens een uitdrukkelijke overeenkomst. (HvJ 7 maart 1996, C-171/94 en C-172/94,

Merckx, *Jur.* 1996, 1253, nr.30) Het Hof geeft daarbij aan het begrip overgang een uitlegging die ruim genoeg is om het doel van de richtlijn - bescherming van werknemers bij overdracht van een onderneming - tot zijn recht te laten komen. Het is voor de toepassing van de richtlijn volgens het Hof van Justitie daarom niet vereist dat er rechtstreekse contractuele betrekkingen bestaan tussen vervreemder en verkrijger.

Gelet op de noodzakelijke richtlijnconforme interpretatie, sluit de rechtspraak zich voor de toepassing van de CAO 32 bis bij deze uitlegging aan. (C. ENGELS, "Outsourcing. De individuele en collectieve rechten van de werknemers bij overgang van onderneming", *JTT* 1999, 131) Ook het Hof van Cassatie oordeelde dat de cao nr. 32bis van 7 juni 1985 de omzetting is van de richtlijn nr. 2001/12/EG, en dat aldus het begrip 'overgang krachtens overeenkomst', niet anders wordt opgevat dan in de richtlijn aangeduid. (Cass. 16 september 2013, *RABG* 2013/3, 193 met noot V. DOOMS, "Over het begrip "overeenkomst" bij de overgang van een onderneming")

12. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is dus beslissend of de economische eenheid wordt bewaard. (HvJ 19 september 1995, *JTT* 1996, 175 ro 15 met verwijzing naar het arrest Spijkers van 18 maart 1986, C-24/85, *Jur* 1986, 1119. ro. 11) Bepalend hiervoor zal zijn of de exploitatie van die entiteit door de verkrijger wordt voortgezet met dezelfde of een analoge economische activiteit (*ibidem*).

Als indicieën kunnen onder meer in aanmerking worden genomen:

-de aard van de betrokken onderneming of vestiging,

- het feit dat de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen al dan niet worden overgedragen,
- de waarde van de overgenomen immateriële activa,
- de overname van het personeel,
- de overname van cliënteel,
- de mate waarin de activiteiten voor en na de overdracht overeenkomen,
- de duur van een eventuele onderbreking van de activiteit.

(HvJ C-24/85, 18 maart 1986, Spijkers, ro. 13).

13. Het is geenszins vereist dat alle activa worden overgenomen. (HvJ arrest Spijkers ro 13; arrest Bork 15 juni 1988 Rec. 88 3057 ro 15; P.CRAHAY, "La convention collective 32bis et le transfert d'entreprise", Soc. Kron. 91, 124)

Evenmin is noodzakelijk dat de economische eenheid belangrijke materiële en immateriële activa omvat. (HvJ 14 april 1994 Christel Schmidt JTT 1994, 282, noot GOSSERIES) De overdracht van materiële en/of immateriële activa is zelfs niet steeds noodzakelijk.

(HvJ 7 maart 1996, C-171/94, Merckx en Neuhuys, JTT 1996, 165).

14. Hierdoor is er sprake van overgang van onderneming, wanneer het handelsfonds met personeel worden overgenomen. (Arbeidshof Brussel, 16 april 2002, A.R. 41.710; Arbeidshof Luik, 28 maart 1984, JTT 1984, 364, noot TAQUET en WANTIEZ; PELTZER L., Conventionele overdracht van ondernemingen, Sociale praktijkstudies 7010, Mechelen, Kluwer, 2007, 105)

Opdat de overgang binnen het toepassingsgebied van de richtlijn en van de cao nr. 32bis zou vallen, is het niet noodzakelijk dat het gaat om de verkoop van een onderneming waarbij een eigendomsrecht wordt overgedragen. Ook de huur van een onderneming met voortzetting van exploitatie kan in aanmerking komen. (C. Engels, "Het toepassingsgebied van de CAO nr. 32bis nogmaals bekeken", Or. 2014/5, 122-140, p. 128; Arbh. Antwerpen 23 februari 1989, JTT 1989, 236)

15. Op grond van art. 7 van CAO 32bis die de tekst overneemt van art. 3 van de richtlijn, gaan de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten, door deze overgang over op de verkrijger. Deze overgang gebeurt van rechtswege. (HvJ 14 november 1996, C. Rotsart de Hertaing, JTT 1996, 496)

16. Uit de artikelen 1, 1°, 7 en 8 cao 32bis, 7 juni 1985 volgt dat in de regel alleen de verkrijger gehouden is tot betaling van de schulden die na het tijdstip van de overgang van de onderneming zijn ontstaan. (Cass. 10 november 2014, www.juridat.be)

Toepassing

17. Volgens de boekhouder van de bvba El Patio heeft haar cliënte met de bvba Koi onderhandelingen gevoerd over de overname van het gehele handelsfonds met inbegrip van het personeel, dat volgens de uitleg ter zitting op het ogenblik van de overname enkel bestond uit de heer V. . Hiertoe werd een ontwerp van overeenkomst van overdracht van

handelsfonds tussen beide vennootschappen opgemaakt, dat in art. 4 verwees naar de overname van de heer V. .

18. Ook al wordt geen getekend exemplaar van deze overeenkomst voorgebracht, toch vindt men hiervan de neerslag in de tussen de bvba Koi en mevrouw I. M. (zaakvoester van de bvba El Patio) ondertekende handelshuurovereenkomst. Deze verwijst in art. 17 naar de overname van het handelsfonds, waarbij de oude stock zonder enige vergoeding in het gehuurde goed wordt gelaten met de verbintenis om bij verkoop de verkoopsom aan de verhuurster te geven, en dit op basis van een inventaris. Naar gelang de resultaten wordt door de bvba Koi een vergoeding van € 10.000 betaald voor de overname van het handelsfonds.

Men heeft dus klaarblijkelijk het door de boekhouder voorgestelde ontwerp van overdracht van handelsfonds niet ondertekend, maar de afspraken de facto weggemoffeld in de handelshuurovereenkomst.

19. Ten aanzien van Atos Worldline werd op 29 februari 2012 een kennisgeving van overname handelszaak opgemaakt. Uit de screen-prints van de website van de winkel blijkt dat op 17 januari 2013 de naam El Patio nog gebruikt werd met reclame voor de verkoop van koi-vissen en met als ondertitel 'Paradise of koi'.

Op 20 en 21 april 2013 werden onder de naam El Patio opnieuw open deurdagen georganiseerd. Op 21, 22 en 23 juni 2013 maakte men op de Egenhovenfeesten reclame onder de naam El Patio met de op continuïteit wijzende slogan Reeds jaren de specialist in de verkoop van kois (eigen onderlijning).

Ook de foto's, berichten op Facebook en een filmpje op You-tube ondersteunen de overname na 1 maart 2012 door de bvba Koi van El Patio als specialist in koi-vissen.

Het is logisch dat de bvba El Patio gelet op de overgang op 29 februari 2012 een uitschrijvende Dimona-melding deed. Het feit dat de bvba Koi onder de naam 'Dani Koi & Vijvercentrum' ook nog activiteiten had te Diest, doet aan bovenvermelde vaststellingen geen afbreuk.

De hierboven beschreven elementen tonen aan dat de economische entiteit werd bewaard, zodat de arbeidsovereenkomst van de heer V. overging, zoals overigens in het ontwerp van overeenkomst overname handelsfonds uitdrukkelijk was voorzien, overname die nadien werd geïntegreerd in de handelshuurovereenkomst.

20. Terecht heeft de vakorganisatie van de heer V. na het einde van zijn ziekte eerst aangedrongen op verdere tewerkstelling om nadien op 20 juli 2012 met rappel op 7 augustus 2012 een opzeggingsvergoeding te vragen, wanneer duidelijk werd dat Koi als overnemer zijn tewerkstellingsverplichting niet wilde nakomen en ook duidelijk de wil demonstreerde om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. (vgl. Arbh. Antwerpen 23 februari 1989, JT 1989, 236)

21. Omtrent de becijfering van de gevorderde opzeggingsvergoeding bestaat geen betwisting. Tevens dienen de overeenstemmende sociale documenten te worden afgeleverd. Deze afgifte kan opgelegd worden onder verbeurte van de gevraagde dwangsom, doch beperkt tot een maximum van € 1.000, daar uit het dossier blijkt dat de bvba Koi zich aan haar sociaalrechtelijke verplichtingen heeft willen onttrekken.

Gelet op wat gezegd werd in de randnummers 15 en 16, is de vordering in vrijwaring van de bvba Koi ongegrond.

Hierdoor is het hoofdberoep, zowel in hoofdorde als in ondergeschikte orde ongegrond en het incidenteel beroep deels gegrond.

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 maar ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis, met deze toevoeging dat de gebeurlijke niet tijdige afgifte van de overeenstemmende loondocumenten na een termijn van 15 dagen na betekening van het arrest, wordt opgelegd onder verbeurte van een dwangsom van € 25 per document en per dag vertraging, doch beperkt tot een maximum van € 1.000 .

Legt de kosten van het hoger beroep ten laste van de bvba Koi Import Europe,

Deze aan de zijde van de heer V. en aan de zijde van de bvba El Patio telkens vereffend op rechtsplegingsvergoeding hoger beroep € 990.

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

Lieven LENAERTS,
Paul CLERINX,
Steven MARCHAND,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

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

Lieven LENAERTS,

Kelly CUVELIER,

Paul CLERINX,

Steven MARCHAND.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 14 april 2015 door:

Lieven LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Dirk VAN DEN BROECKE, griffier.

Lieven LENAERTS,

Dirk VAN DEN BROECKE.