



Repertoriumnummer
2018/
Datum van uitspraak
8 januari 2019
Rolnummer
2017/AB/723
Beslissing waartegen beroep
16/1617/A

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

F. R.,
appellant,
vertegenwoordigd door mr. DESCAMPS Willem, advocaat te 3500 HASSELT, Kunstlaan 4 bus
1

tegen

ACTIVA SERVICES NV, met maatschappelijke zetel te 1130 BRUSSEL, Raketstraat 100,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. VERSCHAEVE Olivier loco mr. DENAMUR Bernard, advocaat te
1190 BRUSSEL, Brugmannlaan 60.

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit:

Gelet op de stukken van de rechtspleging, in het bijzonder op:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 2 mei 2017 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 1^e kamer (A.R. 16/1617/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 1 augustus 2017,
- de conclusies voor de appellant,
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- de voorgelegde stukken.

*

Met opmerkingen [t1]: opgelet

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 11 december 2018, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Niet betwist wordt dat de heer R. F. sedert 9 januari 1984 in dienst was bij de nv Sodexo en haar rechtsvoorgangers en tewerkgesteld werd op de site van de nv Solvay te Neder-Over-Heembeek als verantwoordelijke technische dienst.

De plaats van tewerkstelling maakte geen essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst uit. Hij was aangesloten bij een extra legale groepsverzekering en een collectieve verzekering 'Gezondheidszorgen'.

Hij mocht een deel van zijn werk thuis doen, waarvoor hij een pc ter beschikking had; hij kreeg ook een vergoeding voor zijn onkosten wegens thuiswerk, hij had maaltijdscheques en enkele loopbaanvoordelen (zie stukken 2 F.).

2. Vanaf 15 oktober 2015 was de arbeidsovereenkomst geschorst wegens ziekte.

3. Per 1 december 2015 vond er een overgang van onderneming plaats naar de nv Activa Services Company (hierna verkort aangeduid als *Activa*) ingevolge de cao 32bis van 7 juni 1985 van de NAR betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij 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 (KB 25 juli 1985, *BS* 9 augustus 1985, zoals gewijzigd, hierna aangeduid als *cao 32bis*). Sodexo meldde dit met brief van 20 november 2015.

4. Met aangetekende brief van 27 november 2015 informeerde Activa tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst naar de plannen van de heer F. in verband met mogelijk ander werk. Daar de tewerkstelling bij Activa op 1 december 2015 zou beginnen, werd hij uitgenodigd om die dag een arbeidsovereenkomst te komen ondertekenen en de uitvoeringsmodaliteiten te bespreken.

5. In antwoord op deze brief telefoneerde de heer F. met Activa op 1 december 2015, wat hij met aangetekende brief van 2 december 2015 bevestigde en vroeg dat men hem zou inlichten over zijn situatie (verderzetten lopend tijdskrediet, loonsimulatie, arbeidscontract en toelichting functie).

6. Op 8 februari 2016 vond er een bespreking plaats, waarbij Activa aan de heer F. een door haar reeds ondertekend ontwerp van arbeidsovereenkomst overhandigde voor een nieuwe functie van calculator. Tevens zou aan de heer F. een bedrijfswagen Skoda Octavia worden gegeven en maaltijdscheques; hij kon zijn lopend tijdskrediet (4/5) voortzetten tot zijn pensioen. Zijn functie was een vertrouwensfunctie, waardoor hij geen aanspraak op overloon zou kunnen maken.

7. Met brief van 12 februari 2016 aan Activa verwees de raadsman van de heer F. naar de toepassing van de *cao 32bis*; hij had geen bezwaar tegen de nieuwe functie van calculator, de bedrijfswagen en de voorgestelde wedde, maar hij wees er wel op dat een aantal voordelen vervielen, zoals de groepsverzekering, de hospitalisatieverzekering, de

lagere maaltijdscheques, de anciënniteitsdagen en trimestriële verlofdagen, enkele kosten eigen aan de werkgever wegens thuiswerk en het recht op overloon.

8. Met officiële antwoordbrief van de raadsman van Activa van 8 maart 2016 liet deze weten dat de vroegere functie van sitemanager bij Activa niet meer bestond en dat daarom een andere functie werd voorgesteld; wel werd een CV gevraagd om na te gaan of hij de vereiste kwalificaties had; indien dit niet het geval zou zijn, zou men op basis van de CV een andere functie voorstellen. De bedrijfswagen compenseerde als nieuw voordeel de vervallen voordelen. Toch zou men hem bij verplaatsingen buiten het bedrijf een voertuig ter beschikking stellen voor occasionele verplaatsingen; de voordelen voor thuiswerk vielen weg omdat hij dit niet meer moest doen.

9. Met officiële antwoordbrief van de raadsman van de heer F. van 11 maart 2016 bevestigde deze de intentie om enkele wijzigingen te aanvaarden, maar beschouwde hij de voorstellen in de brief van 8 maart 2016 als een gevoelige vermindering in het nadeel van de heer F. ; hij wenste deze wijzigingen niet te aanvaarden en hij beschouwde deze als een tekortschieten aan de verplichtingen naar aanleiding van de overdracht van onderneming en als een éézijdige verbreking door de werkgever. Hij vroeg een eindafrekening met inbegrip van een opzeggingsvergoeding en outplacement.

10. Met officiële antwoordbrief van 22 maart 2016 reageerde de raadsman van Activa dat ze voorstellen had gedaan en geen enkele intentie had om een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst, zodat de interpretatie van de brief van 8 maart 2016 fout was.

11. Met aangetekende brief van 22 april 2016 vroeg Activa aan de heer F. om een verantwoording van zijn verdere afwezigheid te geven en bij ziekte een medisch attest te bezorgen.

12. Met officiële antwoordbrief van de raadsman van de heer F. verwees deze naar de eenzijdige verbreking van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, vastgesteld in de brief van 11 maart 2016 als antwoord op de aanmaning van 22 april 2016. Nadat Activa op 26 april 2016 een controlearts voor de vaststelling van de ziekte zond, herhaalde de raadsman van de heer F. met brief van 7 mei 2016 nogmaals zijn standpunt in verband met de eerdere verbreking van de arbeidsovereenkomst door de werkgever.

13. Op 18 mei 2006 vroeg Activa nogmaals een verantwoording van de afwezigheid, waarop opnieuw werd gereageerd met verwijzing naar de verbreking.

14. Met aangetekende brief van 1 juni 2016 bevestigde Activa de verbreking van de arbeidsovereenkomst maar dan door de heer F. zelf.

15. Op 9 juni 2016 legde de heer F. een tegensprekelijk verzoekschrift neer bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel en vorderde vanwege Activa betaling van:

- Een opzeggingsvergoeding van 30 maanden en 12 weken of € 114.437,94
- Een eindejaarspremie van € 774,84
- Vakantiegeld bij uitdiensttreding van € 1.455,59

Te vermeerderen met de toepasselijke intresten en de kosten.

Hij vroeg ook aflevering van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom en een veroordeling tot het toekennen van outplacementbegeleiding.

16. Met vonnis van 2 mei 2017 van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel werd deze vordering afgewezen als ontvankelijk, doch ongegrond. De arbeidsrechtbank argumenteerde daarbij alleen over de afwijzing van de opzeggingsvergoeding, die gebeurde omdat er geen contractbreuk door Activa werd aangetoond, deze werd voorbarig ingeroepen in een proces waarin men nog naar een consensus zocht.

II. BEOORDELING

17. Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van het vonnis, zodat het hoger beroep tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte werd ingesteld en het beroep ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist.

Het impliciet ontslag

18. Met de brief van 11 maart 2016 heeft de heer F. het impliciet ontslag ingeroepen lastens zijn werkgever. Hij verwijst daarbij naar *een aantal wijzigingen aan de voorwaarden van zijn arbeidsovereenkomst en naar het tekortschieten aan de verplichtingen die op haar {Activa} rusten naar aanleiding van de overdracht/overname van (een deel van) de activiteiten van N.V. SODEXO*.

19. Impliciet ontslag is mogelijk ingeval van een essentiële wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst of ingeval van wanprestatie met de bedoeling de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

20. Opdat er sprake kan zijn van een éézijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst die gelijk staat met een onregelmatige beëindiging, moet de heer F. aantonen dat er sprake is van:

- een effectieve wijziging, minstens een definitieve beslissing,
- een aanzienlijke wijziging van een essentieel bestanddeel,
- een éézijdige wijziging (vgl. Cass., 4 februari 2002, *JTT* 2002, 121; Cass., 23 juni 1997, *JTT* 1997, 333; Cass., 30 november 1998, *JTT* 1999, 150).

21. Op 11 maart 2016 vond er geen effectieve wijziging van de arbeidssituatie plaats. De heer F. was ziek en bleef ziek en daardoor was zijn overgegangene arbeidsovereenkomst geschorst.

22. Tijdens deze schorsing hebben partijen onderhandeld over de arbeidsvoorwaarden en de mogelijke aanpassing hiervan door het wegvallen van de functie van verantwoordelijke technische dienst. De functie van calculator werd voorgesteld en hiertegen had de heer F. mits de nodige ondersteuning geen bezwaar. Wel bleef er nog discussie over de voordelen, waarvoor Activa voorstelde deze deels te vervangen door het ter beschikking stellen van een bedrijfswagen. Daardoor verloor de heer F. wel het voor hem niet onbelangrijke voordeel van de groepsverzekering. De onderhandelingsposities werden uitgedrukt in de brief van de raadsman van de heer F. van 12 februari 2016 langs de ene zijde en door de brief van de raadsman van Activa van 8 maart 2016 langs de andere zijde.

23. De heer F. diende het voorstel van Activa niet te aanvaarden en had de mogelijkheid verdere tegenvoorstellen te doen ofwel de voorstellen af te wijzen. In het laatste geval diende hij zich na zijn ziekte terug aan te bieden en dan kon hij zich beroepen op zijn vroegere situatie en de erbij horende voordelen.

24. Alleszins was er op 11 maart 2016 geen 'effectieve' wijziging en evenmin een 'definitieve' beslissing. Hierdoor kon hij zich niet beroepen op een éézijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst die gelijk staat met een onregelmatige beëindiging.

25. Behoudens wanneer een belangrijke wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst wordt ingeroepen, kan een impliciet ontslag ook aanvaard worden bij een wanprestatie met de bedoeling de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Wanneer een partij tekort komt aan de verplichtingen die voor haar voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, doet dat op zichzelf de arbeidsovereenkomst immers niet eindigen (Cass., 5 januari 1977, *Arr. Cass.* 1977,487; Cass., 14 april 1980, *RW* 1980 -81, 979 met conclusie Openbaar Ministerie; Cass., 27 oktober 1986, *Soc. Kron.*, 1987, 116; Cass., 4 februari 1991, *RW* 1990 -91, 1437; Cass., 1 februari 1993, *Soc. Kron.* 1993, 304 met noot).

Enkel wanneer de blijvende wil blijkt om de overeenkomst in haar geheel of voor een belangrijk deel niet meer uit te voeren kan er sprake zijn van een onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst (Cass., 26 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 973; Cass., 7 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 232).

Of de partij die aan een verplichting tekort komt, uiting geeft aan de wil om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, is een feitelijk gegeven waarover de feitenrechter oordeelt (Cass., 26 februari 1990, *Soc. Kron.* 1990, 273).

Deze wil moet afgeleid worden uit de concrete omstandigheden eigen aan de zaak (Arbh. Brussel 1 juni 1979, *JTT* 1980,143).

De werkgever kan daardoor slechts de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met goed gevolg invoeren wanneer hij naast de wanprestatie ook de blijvende wil bewijst om de arbeidsovereenkomst niet meer uit te voeren.

Impliciet ontslag veronderstelt dat de wederpartij zich hierop beroept (Cass. 7 mei 2007, *JTT* 2007, 336; *Soc. Kron.* 2008/1, 54 met noot).

26. In de brief van 11 maart 2016 beroept de heer F. zich ook op een wanprestatie i.v.m. de overdracht, die tot een eenzijdige verbreking zou leiden.

27. Hij verwijst daarvoor naar art. 10 van de cao 32bis, dat luidt:

Indien de arbeidsovereenkomst wordt verbroken omdat de overgang in de zin van artikel 1, 1°, een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, wordt de arbeidsovereenkomst geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever.

28. In de randnummers 21 tot 24 werd uitgelegd dat er op 11 maart geen aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden plaats vond, zodat de heer F. uit voornoemde bepaling geen contractuele wanprestatie kan afleiden. Bovendien volgt uit de uitnodigingsbrieven van Activa om de afwezigheid te verantwoorden dat deze geenszins de wil had om de

arbeidsovereenkomst te beëindigen, wat nog eens uitdrukkelijk gezegd werd in de brief van 22 maart 2016.

Evenmin kan aan Activa verweten worden dat ze een abnormale onderhandelingshouding zou hebben aangenomen.

29. Ook art. 9 van de cao 32bis werd niet geschonden, aangezien Activa naar aanleiding van de overgang de arbeidsovereenkomst niet beëindigde.

30. De hoge spanning en depressie van de heer F. kan aan deze beoordeling geen afbreuk doen, daar hij werd bijgestaan door een raadsman, die namens hem de onderhandelingen voerde en hem kon inlichten over een juiste afweging van de voorstellen en de gevolgen van afwijzing. Bij afwijzing kon de heer F. na zijn ziekte zijn vorige arbeidsvoorwaarden laten gelden.

31. Hieruit vloeit voort dat verkeerdelijk de eenzijdige contractbreuk lastens de werkgever werd ingeroepen, zodat de heer F. ten onrechte aanspraak maakt op een opzeggingsvergoeding. Dit onderdeel werd terecht door de eerste rechter afgewezen, zodat het hoger beroep op dit punt ongegrond is.

32. Door het ten onrechte inroepen van het impliciet ontslag wordt de heer F. zelf geacht de arbeidsovereenkomst op 11 maart 2016 onmiddellijk te hebben beëindigd (Cass. 15 juni 1981, *Pas.* 1981, I, 1172; N. GUNDT en W. RAUWS, “De wijziging van de arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht”, *TSR* 2010, 255; vgl. de conclusie van advocaat-generaal DE SWAEF voor Cass. 7 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 551).

33. Doordat het ontslag uitging van de heer F. , diende Activa geen outplacement aan te bieden; dit dient op grond van art. 3 §1 van de cao nr. 82bis van de NAR van 17 juli 2007 (KB 3 oktober 2007, *BS* 21 november 2007) enkel te gebeuren wanneer de werknemer ontslagen wordt (behalve om dringende reden).

Eindejaarspremie

34. Volgens de individuele rekening valt de onderneming van Activa onder het toenmalige paritair comité 218. Art. 5 van de cao van 29 mei 1989 (KB 6 augustus 1990, *BS* 31 augustus 1990 zoals gewijzigd door de cao van 25 april 2001), afgesloten in dit paritair comité bepaalt dat de bedienden die in de loop van het jaar zelf ontslag hebben genomen en voor zover zij een anciënniteit in het bedrijf van minstens vijf jaar kunnen bewijzen, recht hebben op een eindejaarspremie naar rato van de prestaties van het lopende werkjaar.

35. De heer F. voldoet aan deze voorwaarde. Art. 5 van de cao van 29 mei 1989 bepaalt tevens dat het recht op de premie slechts wordt toegekend naar rato van de volledig gepresteerde of gelijkgestelde kalendermaand, wat voor de maand maart 2016 niet het geval was.

36. Hij heeft daardoor recht op een eindejaarspremie van € 2.656,58/12 x 3 maanden = € 664,15. Het hoger beroep is op dit punt gegrond.

Vakantiegeld bij uitdiensttreding

37. Tevens heeft de heer F. recht op vakantiegeld bij uitdiensttreding, door hem becijferd op € 1.455.59. Deze berekening wordt niet betwist.

Ook op dit punt is het hoger beroep gegrond.

Sociale en fiscale documenten

38. Voor de wegens eindejaarspremie en vakantiegeld toegekende bedragen maakt de heer F. terecht aanspraak op afgifte van de aangepaste sociale documenten. Het is niet nodig dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom, daar uit de stukken blijkt dat Activa zijn sociale administratie op een normale wijze voert.

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 en deels gegrond.

Hervormt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de oorspronkelijke vordering ontvankelijk en in hierna bepaalde mate gegrond.

Veroordeelt de nv Activa Services tot betaling aan de heer F. R. van volgende bedragen:

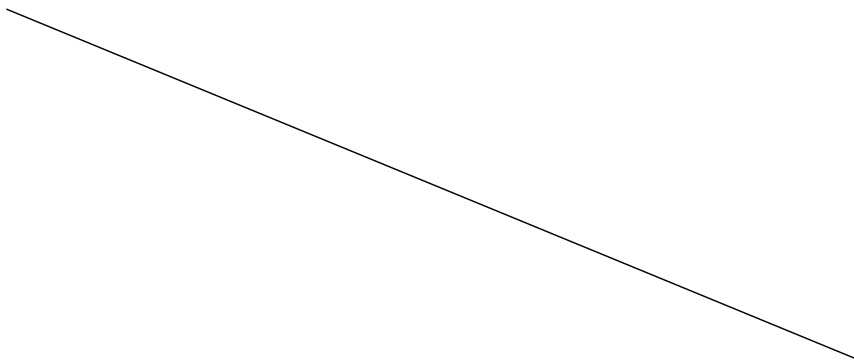
- Een eindejaarspremie van € 664,15, te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 11 maart 2016 en de gerechtelijke intresten op bruto

- Vakantiegeld bij uitdiensttreding van € 1.455,59, te vermeerderen met de
verwijlsintresten vanaf 11 maart 2016 en de gerechtelijke intresten op netto

Veroordeelt de nv Activa Services tot afgifte aan de heer F. R. van de met deze bedragen
overeenstemmende sociale documenten.

Legt de gerechtskosten van beide aanleggen ten laste van de heer F. , deze aan de zijde van
Activa vereffend op:

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg	€ 6.000
Rechtsplegingsvergoeding beroep	<u>€ 6.000</u>
Totaal	€12.000



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

L. LENAERTS,	kamervoorzitter,
R. WAEYAERT,	raadsheer in sociale zaken, werkgever,
S. MARCHAND,	raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
bijgestaan door :	
K. CUVELIER,	griffier.

L. LENAERTS,	K. CUVELIER,
--------------	--------------

R. WAEYAERT,	S. MARCHAND.
--------------	--------------

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 8 januari 2019 door:

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
K. CUVELIER, griffier.

L. LENAERTS,	K. CUVELIER.
--------------	--------------