



## Uitgifte

Repertoriumnummer <b>2022 /</b>
Datum van uitspraak <b>19 april 2022</b>
Rolnummer <b>2021/AB/21</b>
Beslissing waartegen beroep <b>19/986/A</b>

Uitgereikt aan
op
€
JGR

# Arbeidshof te Brussel

derde kamer

## Arrest

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - fonds sluiting ondernemingen  
tegensprekelijk arrest  
definitief

**FSO**, ON 0427.732.584, met maatschappelijke zetel te 1000 BRUSSEL, Keizerlaan 7-9,  
appellante,  
vertegenwoordigd mr.

tegen

1. **A. S.**,  
eerste geïntimeerde,  
vertegenwoordigd mr.

2. **NBQ BVBA**, ON 0683.921.165, met maatschappelijke zetel te 1703 SCHEPDAAL,  
Brouwerijstraat 7,  
tweede geïntimeerde,  
vertegenwoordigd mr.

\*\*

\*

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 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel op 15 december 2020, 1<sup>ste</sup> kamer (A.R. 19/986/A)
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie op 12 januari 2021,
- de conclusies voor de appellant,

- de conclusies voor de geïntimeerden,
- de voorgelegde stukken.

\*\*

\*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 15 maart 2022, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

## **I. FEITEN**

1.-

Volgens de gegevens op het werkloosheidsbewijs C4, afgeleverd door de curator van het faillissement van de bvba AB Fuel op 4 april 2018, was mevrouw A. S. in dienst van deze bvba vanaf 15 januari 2017, met voltijdse arbeidsovereenkomst voor bediende. Haar taak werd omschreven als polyvalent bediende en bestond in het bedienen van de kassa en de uitbating van een broodjeszaak, in het benzinestation uitgebaat door de bvba AB Fuel.

2.-

Het benzinestation is eigendom van nv Kuwait Petroleum Belgium, die overeenkomsten sluit waarin zij de uitbating van het benzinestation toekent aan zelfstandige uitbaters.

3.-

De bvba AB Fuel werd op 17 januari 2018 failliet verklaard door de Franstalige rechtbank van koophandel te Brussel; als curator werd aangesteld mr. K., advocaat te Brussel.

Deze beëindigde de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op 17 januari 2018.

4.-

Op onbekende datum sloten de nv Kuwait Petroleum Belgium en de bvba NBQ een overeenkomst voor de zelfstandige uitbating van het benzinestation door laatstgenoemde. Op 19 januari 2018 trad mevrouw A. S. in dienst van de bvba NBQ met schriftelijke arbeidsovereenkomst van dezelfde datum voor bepaalde tijd tot 6 juli 2018. Mevrouw A. S.

kreeg dezelfde functie van polyvalent bediende. In de arbeidsovereenkomst werd voorzien dat de bvba NBQ de anciënniteit van mevrouw A. S. overnam vanaf 15 november 2017.

5.-

Het staat niet ter discussie dat mevrouw A. S. een schuldvordering indiende in het faillissement van de bvba AB Fuel en vervolgens een aanvraag tot tussenkomst bij het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen (hierna verder aangeduid als FSO).

Met brief van 28 september 2018 antwoordde het FSO geen tussenkomst te kunnen verlenen. Het was van oordeel dat op 16 januari 2018 een conventionele overgang van onderneming had plaatsgevonden naar de bvba NBQ, en mevrouw A. S. zich dus moest richten naar deze onderneming.

6.-

Met brief van 29 oktober 2018 vorderde de vakorganisatie van mevrouw A. S. betaling door de bvba NBQ van een bedrag van 7.230,87 euro bruto en 166,67 euro netto, onder aftrek van een voorschot van 500,00 euro netto.

Met brief van 5 december 2018 betwistte de raadsman van de bvba NBQ de gestelde vorderingen, en in het bijzonder dat een overgang van onderneming had plaatsgevonden.

## **II. RECHTSPLEGING**

7.-

Met inleidende dagvaarding van 5 juli 2019 vorderde mevrouw A. S. in hoofdde dat de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel de bvba NBQ zou veroordelen tot betaling van volgende bedragen:

1.570,01 euro bruto loon december 2017

927,73 euro bruto loon januari 2018

897,81 euro bruto eindejaarspremie 2017

87,11 euro bruto sectorale premie

166,67 euro netto ecocheques

155,68 euro bruto vakantiegeld uit dienst 2017-2018

1.020,32 euro bruto enkelvoudig vakantiegeld

2.572,22 euro bruto opzeggingsvergoeding

Te vermeerderen met de wettelijke en de gerechtelijke intrest en met de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 1.080,00 euro.

Zij vorderde tevens de afgifte van de overeenstemmende sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom van 25,00 euro per dag vertraging en per document bij gebreke aan aflevering binnen de acht dagen na betekening van het vonnis.

In ondergeschikte orde vorderde zij te zeggen voor recht dat het vonnis tegenstelbaar is aan het FSO, en dat het FSO dient tussen te komen in de betaling van de hiervoor opgesomde bedragen.

Zij vorderde de voorlopige uitvoerbaarheid van het tussen te komen vonnis zonder enige beperking.

8.-

Met vonnis van 15 december 2020 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering van mevrouw A. S. tegen de bvba NBQ ontvankelijk maar ongegrond. Mevrouw A. S. werd veroordeeld tot de kosten van het geding, door de bvba AB Fuel (lees NBQ) begroot op 1.080,00 euro rechtsplegingsvergoeding.

Zij verklaarde haar vordering tegen het FSO ontvankelijk en als volgt gegrond: zij veroordeelde het Fonds tot tussenkomst voor mevrouw A. S. voor volgende bedragen:

1.570,01 euro bruto loon december 2017  
927,73 euro bruto loon januari 2018  
897,81 euro bruto eindejaarspremie 2017  
87,11 euro bruto sectorale premie  
166,67 euro netto ecocheques  
155,68 euro bruto vakantiegeld uit dienst 2017-2018  
1.020,32 euro bruto enkelvoudig vakantiegeld  
2.572,22 euro bruto opzeggingsvergoeding

Te vermeerderen met de gerechtelijke intrest vanaf 5 juli 2019 tot de datum van volledige betaling. Het FSO werd tevens veroordeeld tot de kosten van het geding, begroot op 262,37 euro rechtsplegingsvergoeding.

9.-

Partijen bevestigen ter zitting dat dit vonnis niet werd betekend.

10.-

Met verzoekschrift, neergelegd op de griffie van het arbeidshof te Brussel op 12 januari 2021, tekende het FSO hoger beroep aan tegen het vonnis dat op 15 december 2020 werd gewezen door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel. Het vorderde dat het arbeidshof dit vonnis zou vernietigen en opnieuw recht doende,

In hoofdorde, de vordering van mevrouw A. S. ten opzicht van het FSO onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren;

In ondergeschikte orde, indien het hof zou oordelen dat er geen overgang van onderneming in de zin van de cao nr. 32 bis is, de vordering van mevrouw A. S. te herleiden.

Tevens vordert het FSO te zeggen voor recht dat de rechtsplegingsvergoeding aan de zijde van mevrouw A. S. begroot moet worden op 262,37,65 (lees: 262,37) euro eerste aanleg en 349,80 euro hoger beroep.

11.-

Met conclusie, neergelegd op de griffie van het arbeidshof op 20 april 2021, tekende mevrouw A. S. hoger beroep aan tegen het reeds bestreden vonnis. Zij vorderde dat het arbeidshof dit vonnis zou vernietigen en opnieuw recht doende, haar oorspronkelijke vordering in hoofdorde tegen de bvba NBQ en in ondergeschikte orde tegen het FSO, ontvankelijk en gegrond te verklaren.

### **III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP**

12.-

Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat ze ontvankelijk zijn.

### **IV. BEOORDELING**

#### **1. De in hoofdorde gestelde vordering van mevrouw A. S. tegen de bvba NBQ**

13.-

In hoofdorde vordert mevrouw A. S. betaling van achterstallige lonen en vergoedingen bij het einde van de arbeidsovereenkomst met de bvba AB Fuel ten laste van de bvba NBQ. Zij steunt zich hiervoor op de bepalingen van hoofdstuk II van de cao nr. 32 bis van 7 juni 1985, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende het behoud van de rechten van de

werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens de overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement (hierna: cao nr. 32bis).

14.-

Artikel 6 eerste lid van cao nr. 32bis bepaalt dat hoofdstuk II ('de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst') van toepassing is bij iedere wijziging van werkgever die het gevolg is van om het even welke overgang van een onderneming of van een gedeelte van een onderneming krachtens overeenkomst, met uitsluiting van de gevallen bedoeld bij hoofdstuk III van deze cao.

Artikel 11 van cao nr. 32bis bepaalt dat hoofdstuk III ('de rechten van de werknemers die overgenomen worden in geval van overname na activa van faillissement') van toepassing is bij overname van werknemers ingevolge de gehele of gedeeltelijke overname van activa van een failliete onderneming, op voorwaarde dat de overname geschiedt binnen een termijn van zes maanden na de datum van het faillissement.

15.-

Artikel 5 van de richtlijn van de Raad van de Europese Unie van 12 maart 2001 inzake de aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna: richtlijn 2001/23), die de basis vormt voor cao nr. 32 bis, bepaalt dat tenzij de lidstaten anders bepalen, de artikelen 3 en 4 van de richtlijn niet van toepassing zijn op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of een vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

Het voornoemde artikel 3.1 van de richtlijn 2001/23 bepaalt dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten, door deze overgang op de verkrijger overgaan. Deze bepaling werd omgezet in de Belgische wetgeving door het gelijkkluidende artikel 7 van cao nr. 32bis.

16.-

De samenlezing van voornoemde bepalingen maakt duidelijk dat in geval van faillissement, de bepaling van artikel 3.1 van de richtlijn 2001/23 en van artikel 7 van cao nr. 32bis niet van

toepassing zijn bij overgang van de gehele of gedeeltelijke overname van activa van een failliete onderneming.

17.-

Wanneer er sprake is van overname van activa na faillissement, gaan de rechten en verplichtingen die rusten op de (gefaillieerde) vorige werkgever niet over op de onderneming die de activa van de failliete onderneming geheel of gedeeltelijk overneemt. Met toepassing van de artikelen 12, 13 en 14 van cao nr. 32bis genieten de werknemers die overgenomen worden bij gehele of gedeeltelijke overname van activa van een failliete onderneming slechts beperkte rechten ten aanzien van de verkrijger van de activa van de gefaillieerde.

Met toepassing van artikel 12 heeft de kandidaat-werkgever de keuze ten aanzien van de werknemers die hij wenst over te nemen, en is er geen automatische overgang van alle werknemers van de gefaillieerde onderneming.

Met toepassing van artikel 13 dient de nieuwe werkgever enkel de bij de vorige werkgever bestaande collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden te behouden, en niet de individuele arbeidsvoorwaarden, die door partijen kunnen worden vastgesteld.

Artikel 14 tenslotte bepaalt dat de anciënniteit die de werknemer door zijn arbeidsprestaties bij zijn vorige werkgever heeft verworven in aanmerking genomen voor de vaststelling van de opzeggingstermijn of –vergoeding, na te leven door de nieuwe werkgever.

18.-

Ten onrechte argumenteren mevrouw A. S. en het FSO dat toepassing dient te worden gemaakt van de bepalingen van hoofdstuk II van cao nr. 32bis, waarbij in het bijzonder het FSO gewag maakt van een overdracht van onderneming op 16 januari 2018, dit is voorafgaand aan het faillissement van de bvba AB Fuel.

Het FSO verwijst hierbij naar de datum van beëindiging van de arbeidsovereenkomst van mevrouw A. S., zoals die blijkt uit de Dimona-gegevens, en naar diverse elementen die erop wijzen dat de bvba NBQ minstens een gedeelte van de activiteiten van de bvba AB Fuel heeft voortgezet.

19.-

Geen van de door het FSO bijgebrachte elementen wijst er echter op dat hier sprake zou zijn van een overgang van onderneming in de zin van hoofdstuk II van cao nr. 32bis. De essentie van de regeling die werd uitgewerkt in hoofdstuk III van dezelfde cao bestaat er immers in



dat een regeling wordt gevonden voor de werknemers die na het faillissement van een werkgever worden tewerkgesteld bij een onderneming die de activa of een gedeelte ervan van de gefailleerde vennootschap heeft overgenomen.

Doch het bestaan van het faillissement sluit zoals hoger aangegeven de toepassing van hoofdstuk II van cao nr32bis en de hieraan verbonden gevolgen uit.

Het feit dat de bvba NBQ de activiteiten die de bvba AB Fuel uitoefende in het benzinestation waar mevrouw A. S. werkte heeft overgenomen staat hieraan niet in de weg: wat dat betreft is het enige verschil tussen de regelingen van hoofdstuk II en hoofdstuk III van cao nr. 32bis dat in het laatste geval de gehele of gedeeltelijke overname van activa gebeurt na faillissement.

20.-

Ook de datum van beëindiging van de arbeidsovereenkomst van mevrouw A. S., met name 16 januari 2018, zoals die zou blijken uit de Dimona-gegevens, is niet relevant. Noch afgezien van het merkwaardige feit dat de arbeidsovereenkomst van mevrouw A. S. dan de dag daarna nog eens beëindigd zou zijn door de curator, wijst het enkele feit van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag die voorafgaat aan het faillissement, er niet op dat het ontslag van mevrouw A. S. gegeven werd met het oog op het faillissement.

Volledigheidshalve moet hierbij verder worden opgemerkt dat het ontslagverbod (artikel 4 van de richtlijn 2011/23 en artikel 9 van de cao nr. 32bis) met toepassing van artikel 5 van de richtlijn niet van toepassing is bij faillissement.

21.-

In tegenstelling uit wat het FSO lijkt voorhoudt, blijkt uit geen enkel gegeven dat mevrouw A. S. voorafgaand aan 19 januari 2018 in dienst zou zijn getreden van de bvba NBQ. De arbeidsovereenkomst en de andere sociale documenten wijzen op een aanvang van de tewerkstelling van mevrouw A. S. bij de bvba NBQ op 19 januari 2018.

22.-

Terecht zouden mevrouw A. S. en het FSO kunnen argumenteren dat het principe van artikel 5 van de richtlijn 2001/23 niet absoluut is.

Met arrest van 22 juni 2017 oordeelde het Hof van Justitie immers dat artikel 5 eerste lid van de richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in de situatie van een overgang van onderneming die plaatsvindt na de faillietverklaring in de context van een voor

de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde 'beoogd curator' de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken.

(HvJ, 22 juni 2017, C-126/16, FNV / Smallsteps)

Doch dan dient het bestaan van een dergelijk voorafgaand onderzoek door een door de rechtbank aangestelde mandataris te worden aangetoond, minstens aannemelijk gemaakt, wat in deze niet het geval is.

23.-

Samengevat betekent dit dat het arbeidshof vaststelt dat er tussen de bvba AB Fuel en de bvba NBQ geen wijziging van werkgever ingevolge de overgang van onderneming krachtens overeenkomst heeft plaatsgevonden, doch enkel een overname van werknemers in geval van overname van activa na faillissement.

Mevrouw A. S. kan zich bijgevolg niet beroepen op de bepalingen van de artikels 7 en 9 van de cao nr. 32 bis. Haar vordering ten opzichte van de bvba NBQ dient dan ook als ongegrond te worden afgewezen.

## **2. De in ondergeschikte orde gestelde vordering van mevrouw A. S. tegen het FSO**

24.-

Artikel 35 § 1 van de Sluitingswet bepaalt dat wanneer de werkgever zijn geldelijke verplichtingen tegenover zijn werknemers niet nakomt bij sluiting van onderneming in de zin van de artikelen 3, 4 en 5, of bij overname van de activa die niet onderworpen is aan afdeling 4 van dit hoofdstuk, het Fonds als opdracht heeft hen te betalen:

1° de lonen verschuldigd krachtens de individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten;

2° de vergoedingen en voordelen verworven krachtens de wet of krachtens individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten.

25.-

Het arbeidshof stelt vast dat het FSO de door mevrouw A. S. gevorderde en door de arbeidsrechtbank toegekende bedragen principieel noch cijfermatig betwist.

26.-

Terecht stelt het FSO, hierin gevolgd door de eerste rechter, dat het enkel gehouden kan zijn tot betaling van de gerechtelijke intrest. De vergoedingen die door het FSO moeten worden betaald zijn immers geen loon.

(vgl. Cass. 19 juni 1989, J.T.T. 1989, 424)

Ten onrechte stelt het FSO echter dat de verschuldigde intrest dient te worden berekend op de aan mevrouw A. S. toegekende netto bedragen.

### **3. Kosten van het geding**

#### *In hoofde van de bvba NBQ ten laste van mevrouw A. S.*

27.-

Artikel 1022 derde lid Ger.W. bepaalt dat de rechter op verzoek van één van de partijen of na hen hierover ondervraagd te hebben en op een met bijzondere redenen omklede beslissing het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan verminderen of verhogen, rekening houdend met de financiële draagkracht van de verliezende partij, de complexiteit van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij of het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

Het arbeidshof is van oordeel dat in deze betwisting rekening kan worden gehouden met de financiële draagkracht van mevrouw A. S., zodat het minimumbedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan worden toegekend.

28.-

De rechtsplegingsvergoeding wordt bepaald aan de hand van het bedrag van de vordering zoals door de eiser wordt bepaald. In deze vordert mevrouw A. S. tussen de 5.000 en 10.000 euro, zodat het minimumbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bepaald wordt op 700,00 euro.

#### *In hoofde van mevrouw A. S. ten laste van het FSO*

29.-

Artikel 1022 derde lid Ger.W. bepaalt dat de rechter op verzoek van één van de partijen of na hen hierover ondervraagd te hebben en op een met bijzondere redenen omklede beslissing het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan verminderen of verhogen, rekening houdend met de financiële draagkracht van de verliezende partij, de complexiteit

van de zaak, de contractueel bepaalde vergoedingen voor de in het gelijk gestelde partij of het kennelijk onredelijk karakter van de situatie.

Het arbeidshof is van oordeel dat geen van deze hypothesen in voorliggende betwisting voorhanden is, zodat het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding kan worden aangehouden.

30.-

Tussen partijen bestaat geen betwisting over het feit dat de rechtsplegingsvergoeding in de betwisting tussen mevrouw A. S. en het FSO bepaald moet worden met toepassing van artikel 1017 tweede lid van het Ger.W..

De rechtsplegingsvergoeding wordt bepaald aan de hand van het bedrag van de vordering zoals door de eiser wordt bepaald. In deze vordert mevrouw A. S. meer dan 2.500,00 euro, zodat het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding bepaald wordt op 408,10 euro.

**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;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep van het FSO en het incidenteel beroep van mevrouw A. S. ontvankelijk doch ongegrond; bevestigt het bestreden vonnis in alle beschikkingen;

Verwijst mevrouw A. S. in de kosten van de beroepsprocedure in hoofde van de bvba NBQ; begroot deze op 700,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep;

Verwijst het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers in de kosten van de beroepsprocedure in hoofde van mevrouw A. S.; begroot deze op 408,10 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep;

Legt de bijdrage van 22,00 euro voor het Fonds juridische tweedelijnsbijstand ten laste van het Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers.

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

, kamervoorzitter,  
 , raadsheer in sociale zaken, werkgever,  
 , raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,  
Bijgestaan door , griffier

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van 19 april 2022 door

, kamervoorzitter,  
 , griffier