# Arbeidshof: Arrest van 11 Juni 2004 (Brussel). RG 43266

* Date : 11-06-2004
* Language : Dutch
* Section : Case law
* Source : Justel N-20040611-1
* Role number : 43266

Rep.Nr.

 ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

 ARREST

 OPENBARE TERECHTZITTING VAN ELF JUNI TWEEDUIZEND EN VIER.

 DERDE KAMER

 Bediendecontract

 Tegensprekelijk

 Definitief

 In de zaak:

 N.V. Computer Associates Belgium, rechtsopvolger van de N.V. Platinum Technology

 Da Vincilaan, 11 te 1935 Zaventem

 Appellant op hoofdberoep, geïntimeerde op incidenêteel hoger beroep, vertegenwoordigd door M° Jean-Pierre Migeal, advocaat te Brussel;

 Tegen:

 C. X. ,

 Geïntimeerde op hoofdberoep, appellant op incidenêteel hoger beroep, vertegenwoordigd door M° Rudolf Brugmans, advocaat te Antwerpen;

 &§61683;

 &§61683; &§61683;

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

 Gelet op de stukken der rechtspleging en ondermeer:

 het eensluidend verklaard afschrift van het vonnis uitgesproken op tegenspraak door de 12de kamer van de Arbeidsrechtbank te Brussel op 7 juli 2002 (AR nr. 10.273/99), alsmede het verzoekschrift tot hoger beroep ontvangen op de griffie van het Arbeidshof op 31.7.2002;

 de besluiten, aanvullende en tweede aanvullende besluiten voor dhr. C. , neergelegd ter griffie op 25.6.2003, 28.11.2003 en 13.2.2004;

 de besluiten en aanvullende besluiten voor N.V. Computer Associates Belgium, ontvangen ter griffie op 23.10.2003 en 11.3.2004;

 de beschikking van het Hof overeenkomstig art. 747,§2 van het Gerechtelijk Wetboek dd. 23.5.2003;

 Gehoord de partijen in hun middelen en verdediging ter openbare terechtzitting van 7.5.2004. Partijen legden hun bundel neer waarna de debatten gesloten werden en de zaak in beraad werd genomen.

 &§61683;

 &§61683; &§61683;

 I. De feiten

 De heer C. trad in dienst van de N.V. Platinum Technology op 15.2.1997 met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur waarin partijen onder art. 10 bedongen:

 "ln geval van overname van de vennootschap-werkgever, of van de moedermaatschappij Platinum Technology Inc. in de USA. vervalt het beding van de proefperiode, en wordt de werknemer geacht te zijn gebonden door een gewone arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur zonder enige vermelding van een proefperiode.

 ln geval van overname van de vennnootschap-werkgever, of van de moedermaatschappij Platinum Technology Inc. in de USA, heeft de werknemer de keuze, ofwel de arbeidsovereenkomst normaal verder te zetten, ofwel de arbeidsovereenkomst als minnelijk beëindigd te beschouwen, waarbij hem door de werkgever een uittredingsvergoeding gelijk aan 9 maal de laatst verschuldigde maandwedde dient te worden betaald.

 Als overname dient te worden beschouwd, iedere wijziging in de bestuurs- of aandeelhoudersstruktuur van hetzij de vennootschap-werkgever of van Platinum Technology lnc. in de USA (participatie, fusie, verkoop van aandelen, opslorping of anders genoemd) die voor gevolg heeft dat de kontrole over, of de blokkering van de vennootschap-werkgever of Platinum Technology Inc. (USA) overgaat op andere dan de huidige aandeelhouders.

 Indien de werknemer na een overname de nieuwe situatie heeft aanvaard dan blijft deze clausule van toepassing op de toekomstige overnames. "

 Einde maart 1999 doet COMPUTER ASSOCIATES een bod tot overname van PLATINUM TECHONOLOGY.

 Tijdens de voorbereiding van de geplande fusie, worden op 21/04/1999 alle werknemers van PLATINUM TECHNOLOGY verplicht een vragenlijst in te vullen. De vraag: "Wenst u te werken voor COMPUTER ASSOCIATES?" beantwoordt de heer C. categoriek met het antwoord : "Neen".

 Op 25 mei 1999 ziet de heer C. op de internetsite van COMPUTER ASSOCIATES dat het US Dept. of Justice toelating gaf aan laatstgenoemde om de overname van PLATINUM TECHNOLOGY af te ronden voor 3,5 miljard dollar.

 Op 28 mei 1999 worden 109 miljoen aandelen (98% van het totaal pakket aandelen) van PLATINUM TECHNOLOGY ter beschikking gesteld voor overname.

 Op 28/05/1999 wordt de overname van alle ter beschikking gestelde aandelen door COMPUTER ASSOCIATES aanvaard en werd de betaling aangekondigd.

 Op 26 mei 1999 schrijft heer C. het volgende aan de her Bruno DENIJS van PLATINUM TECHNOLOGY:

 " Naar aanleiding van de definitieve overname van PLATINUM TECHNOLOGY door COMPUTER ASSOCIATES wens ik de bijzondere clausule i.v.m. overnames uit mijn arbeidscontract in te roepen. Daar ik niet voor COMPUTER ASSOCIATES wens te werken, wordt onze arbeidsovereenkomst onmiddellijk in minnelijke regeling beëindigd met in acht neming van de opzeggingsvergoeding zoals in mijn arbeidscontract overeengekomen."

 Op 4 juni betaalt Computer Associates alle aandelen en wordt de overname voltrokken.

 Op 4 juni beantwoordt Platinum Technology de brief dd. 28.5.1999 van de heer C. : "In afwachting van een definitieve afhandeling naar aanleiding van uw brief 28.5.99 en in het kader van de overname door Computer Associates zijn wij het volgende overeengekomen. X. blijft thuis beschikbaar en mag tot datum van afhandeling PC, GSM, de auto en dergelijke... zolang verder gebruiken.

 Op 16 juni 1999 schrijft PLATINUM TECHNOLOGY in een aangetekend antwoordschrijven aan dhr. C. :

 "Wij ontvingen uw aangetekende brief van 28 mei 1999 en nemen akte van uw beslissing om onze vennootschap definitief en onmiddellijk te verlaten.

 Wij zullen binnen de volgende dagen u ons standpunt mededelen aangaande de gevraagde vergoeding"

 Op 21 juni en 17 augustus 1999 herinnert de Heer C. aan zijn vraag om betaling van de bijzondere vergoeding (stuk 7 en stuk 8).

 Uiteindelijk antwoordt PLATINUM TECHNOLOGY per 23 september 1999, bij monde van haar raadsman, dat zij niet wenst in te gaan op het verzoek tot betaling van de uittredingsvergoeding aangezien betrokken clausule in de arbeidsovereenkomst nietig zou zijn.

 Op 22.11.1999 dagvaardt de heer C. de N.V. Computer Associates Belgium voor de eerste rechter en vordert haar veroordeling tot betaling van:

 - 2.622.291 Bef bruto (65.004, 90 EUR), als uittredingsvergoeding gelijk aan 9 maanden loon,

 - 58.558 Bef bruto (1.451, 61 EUR) als achterstallige vergoeding voor juni 1999, vermeerderd met de verwijlinteresten vanaf 1 juli 1999.

 II. Het vonnis a quo

 Verklaart zijn vordering ontvankelijk en deels gegrond als volgt:

 Veroordeelt NV Computer Associates Belgium tot betaling aan de heer C. van het nettobedrag op de som van 65.004, 90 EUR bruto vermeerderd met verwijlinteresten aan 7% alsook de kosten van het geding.

 De vordering van achterstallig loon voor de periode van 23 tot eind juni 99 verklaart de eerste rechter ongegrond daar de heer C. niet bewijst dat hij over deze periode nog gewerkt heeft voor appellante.

 Krachtens art. 10 van de arbeidsovereenkomst is appellante volgens de eerste rechter een vergoeding aan de heer C. verschuldigd gelijk aan 9 maanden loon.

 De eerste rechter oordeelt dat art. 10 van de arbeidsovereenkomst een rechtsgeldig beding bevat. Het beding bevat geen louter potestatieve voorwaarde zoals bedoeld in art. 1174 van het BurgerlijkWetboek maar een gemengde voorwaarde;

 Geen enkele dwingende ontslagregel verbiedt dat partijen een bepaalde toestand, in casu een overname van het bedrijf door een andere maatschappij, als een geval van minnelijke beëindiging beschouwen en hieraan bepaalde financiële gevolgen koppelen.

 Dit kan inderdaad niet als een eenzijdige beëindiging worden aangezien, nu de wijziging van de voorheen overeengekomen arbeidsvoorwaarden van beide partijen uitgaat.

 De eerste rechter meent dat de werknemer een fundamenteel recht heeft om zijn werkgever te kiezen: het steunt zowel op het wederzijds karakter van de arbeidsovereenkomst als op artikel 23 van de Grondwet, krachtens welk eenieder recht heeft op arbeid en op de vrije keuze van een beroepsactiviteit. Bijgevolg dient ook het recht van de werknemer te worden erkend om niet voor een nieuwe werkgever-overnemer verder te moeten werken en om de financiële gevolgen van deze beslissing op voorhand met zijn werkgever te willen regelen.

 Ook de Europese richtlijn 77/187, omgezet in Belgisch recht in de CAO 32bis verplicht een werknemer niet de arbeidsbetrekkingen met een overnemer verder te zetten.

 III. De beroepsgrieven

 A)Het hoofdberoep ingesteld door N.V. Computer Associates Belgium:

 Appellante verzoekt ons Hof het vonnis a quo nietig te verklaren wegens schending van artikel 43, ,§ 5 van de Taalwet in Gerechtszaken.

 Vervolgens op grond van artikel 1068 Ger. W. de zaak naar zich te trekken en het artikel 10, voorlaatste lid, van de arbeidsovereenkomst van 8 januari 1997 nietig te verklaren en de oorspronkelijke vordering van geïntimeerde gericht op de betaling van een opzeggingsvergoeding ongegrond te verklaren.

 De oorspronkelijke vordering van geïntimeerde gericht op de veroordeling van appellante tot betaling van een bedrag van EUR 1.451, 91 als achterstallige betaling voor de maand juni, ongegrond te verklaren.

 Geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen.

 Appellante stelt dat het vonnis a quo uitgesproken werd door een kamer, voorgezeten door een magistraat met een Franstalig diploma van doctoraat in de rechten zodat het overeenkomstig art. 43 ,§ 5 van de taalwet in gerechtszaken, dat de openbare orde raakt, moet worden vernietigd.

 Wat de grond van de zaak betreft, meent zij dat art. 10 van de arbeidsovereenkomst van 8.1.97 nietig is;

 daar dit een overeenkomst bevat, gesloten op het ogenblik van de aanwerving van de werknemer aangaande het bedrag van de door de werkgever verschuldigde opzeggingsvergoeding in geval van ontslag door een werknemer moet het geding krachtens art. 82 ,§ 3 van de arbeidsovereenkomstwet en art. 39 van de arbeidsovereenkomstwet nietig worden verklaard, zoals recent werd bevestigd door ons Hof dat een gelijkaardige clausule in een C.A.O. nietig heeft verklaard want strijdig met art. 82 ,§3 alsook met art. 39 van de arbeidsovereenkomstwet, nl AH Brussel 27.1.99, JTT 99, 342.

 Appelante benadrukt dat overeenkomstig de tekst van art. 10 laatste lid van de arbeidsovereenkomst de beslissing om de arbeidsovereenkomst al dan niet verder te zetten uitsluitend op de werknemer rust zodat het beding de modaliteiten betreft van de eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door de werknemer.

 Van een beëindiging in gemeen akkoord kan er volgens appellante geen sprake zijn.

 Artikel 1134, lid 2 B.W. stelt dat overeenkomsten kunnen herroepen worden met wederzijdse toestemming:

 de partijen bij een overeenkomst moeten aldus een nieuwe overeenkomst sluiten, waardoor zij een einde stellen aan alle of sommige verbintenissen die door hun oorspronkelijke overeenkomst in het leven werden geroepen. Die overeenkomst heeft m.a.w. als voorwerp de uitdoving van reeds bestaande conventionele verbintenissen.

 Voor het overige moet die overeenkomst aan alle geldigheidsvoorwaarden voldoen en zijn alle besproken rechtsregels m.b.t. verbintenissen uit rechtshandeling op haar toepasselijk (Cornelis, L., Algemene theorie van de verbintenis, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 803, nr. 622; van Eeekhoutte, W., o.c., p. 1244, nr. 5001 e.v.).

 Er is dus een wilsovereenstemming nodig van beide partijen. Van zodra aldus een overeenkomst wordt herroepen door de wil van één enkele partij, kan er volgens appellante geen sprake zijn van een beëindiging in onderling akkoord.

 Platinum Technology kon terzake dan ook slechts kennis nemen van de beslissing van de werknemer en heeft op geen enkele wijze haar wil moeten kenbaar maken m. b. t. de beëindiging.

 Dit blijkt trouwens voldoende uit haar schrijven van 16 juni 1999 (stuk 4):

 "Wij ontvangen uw aangetekende brief van 28 mei 1999 en nemen akte van uw beslissing onze vennootschap definitief en onmiddellijk te verlaten."

 In ondergeschikte orde stelt appellante dat de in de overeenkomst bepaalde vergoeding overeenkomstig art.

 10 gelijk is aan negen maal het bedrag van de laatste verschuldigde maandwede; de laatste maandwedde bedroeg 210.371,- BEF of 5214,96 EUR zodat appellante maximaal een brutobedrag van 9 x 5214,96 of 46.934,64 EUR verschuldigd kan zijn.

 B)Het incidenteel hoger beroep ingesteld door de heer C. bij beroepsbesluiten dd. 25.6.2003:

 De heer C. verzoekt ons Hof het vonnis a quo te hervormen voor zover de eerste rechter naliet de datum te bepalen vanaf wanneer de moratoire intresten aan 7 % verschuldigd zijn en opnieuw rechtdoende de N.V.

 Computer Associates Belgium te veroordelen tot betaling van een bedrag ad. 2.622.291,- BEF of 65.004,90 EUR meer de verwijlintresten a rato van 7 % sedert 28 mei 1999, beide bedragen te vermeerderen met de gerechtelijke intresten.

 Met betrekking tot de exceptie van nietigheid in verband met de taalwetten gedraagt hij zich naar de wijsheid van het Hof. Hij meent dat het Hof ingeval het het vonnis zou vernietigen omwille van een vormgebrek de zaak in ieder geval aan zich dient te trekken overeenkomstig art. 1068 van het Gerechtelijk Wetboek en verzoekt in dit geval het Hof appellante te veroordelen tot betaling van 2.622.291,- BEF of 65.004,90 EUR meer de verwijlintresten aan 7 % sedert 28 mei 1999, beide bedragen te vermeerderen met de gerechtelijke intresten.

 IV. Beoordeling door het Hof

 Overwegende dat het hoger beroep en incidenteel hoger beroep naar vorm en tijd ontvankelijk voorkomen.

 Over de exceptie van nietigheid wegens schending van art. 43 ,§5 van de wet van 15.6.1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken.

 Overwegende dat overeenkomstig art. 43 ,§5 van genoemde wet van 15.6.1935 de Nederlandse respectief Franse rechtsplegingen voor de arbeidsrechtbank te Brussel steeds dienen gevoerd te worden voor magistraten die door hun diploma bewijzen dat zij de examens van het doctoraat in de rechten in het Nederlands respectief in het Frans hebben afgelegd;

 Overwegende dat deze bepaling de openbare orde raakt (AH Brussel, 19.6.2003, www.cass.be , AR 43.290) Cass. 5.2.1982, arr. Cass. 81-82, 731.

 Ons Hof beaamt het arrest van haar 7de Kamer dd. 19.6.2003 waar dit stelt: "Uit de samenlezing van art.

 322 al.2 van het Gerechtelijk Wetboek en art. 43 ,§5, lid 2, 2e zinsnede van genoemde wet van 15.6.1935 volgt dat de voorzitter van de rechtbank een verhinderde rechter die in een Nederlandstalige kamer zitting houdt enkel kan vervangen indien hij zijn rechtsdiploma in die taal behaalde."

 In onderhavige zaak werd het vonnis a quo gewezen door een Nederlandstalige kamer van de arbeidsrechtbank te Brussel die was voorgezeten door de voorzitter van deze rechtbank die zijn diploma in de rechten in de Franse taal behaalde;

 Het vonnis dient derhalve te worden vernietigd wegens schending van art. 43 ,§5 van genoemde wet van 15.6.1935;

 Het Hof trekt de zaak krachtens art. 1068 van het Gerechtelijk Wetboek in haar geheel tot zich;

 Over de grond van de zaak.

 Gezien de door partijen neergelegde stukken;

 Gezien de uiteenzetting van de feiten hoger in dit arrest onder I, in het bijzonder de tekst van het beding voorzien in de arbeidsovereenkomst onder art. 10;

 Overwegende dat beide partijen volgende bewoordingen onderschrijven: In geval van overname, ... heeft de werknemer de keuze ofwel ... ofwel de arbeidsovereenkomst als minnelijk beëindigd te beschouwen.

 Het Hof meent dat ook de werkgever met het ondertekenen van dit beding duidelijk zijn wil uitdrukt dat in geval van overname ... de arbeidsovereenkomst ofwel zal worden voortgezet, ofwel als minnelijk beëindigd zal worden beschouwd, wat betekent als beëindigd met wederzijds akkoord van partijen;

 Overeenkomsten strekken partijen tot wet en moeten te goeder trouw worden uitgevoerd (art. 1134 BW); overeenkomstig art. 1175 van het Buergerlijk Wetboek moet iedere voorwaarde worden uitgevoerd zoals partijen het gewild en verstaan hebben;

 Het is volgens het Hof aan de hand van de tekst van art. 10 van de arbeidsovereenkomst duidelijk de GEMEENSCHAPPELIJKE bedoeling van beide partijen dat ingeval van overname van de onderneming van de werkgever aan de werknemer de keuze wordt gelaten tussen ofwel de overeenkomst verder zetten met de overnemer ofwel de overeenkomst met het wederzijds akkoord van de partijen als beëindigd te beschouwen.

 Volgens het Hof verbindt de werkgever er zich door de ondertekening van dit beding uitdrukkelijk toe de overeenkomst als bij wederzijds akkoord beëindigd te beschouwen indien zijn onderneming wordt overgenomen door een derde en indien de werknemer de overeenkomst niet wenst voort te zetten met de overnemer.

 Dit beding is derhalve geen overeenkomst zoals bedoeld in art. 83 ,§ 3 van de arbeidsovereenkomstwet noch strijdig met art. 39 van de arbeidsovereenkomstwet; deze beide bepalingen hebben betrekking op opzeggingstermijn en vergoeding bij eenzijdige beëindiging van een arbeidsovereenkomst of m.a.w. in geval van ontslag door één der partijen, NIET op beëindiging bij wederzijds akkoord.

 Dit beding bevat inderdaad zoals de N.V. stelt, een ontbindende voorwaarde, d.w.z. een toekomstige maar onzekere gebeurtenis -Cass. 2O.12.1883, Pas. 1884, I, 14- waarvan partijen het tenietgaan van een verbintenis laten afhangen (art. 1168 BW).

 Een potestatieve voorwaarde is die welke de uitvoering van een overeenkomst doet afhangen van een gebeurtenis die de ene of de andere van de contracterende partijen vermag te doen plaatshebben of verhinderen (art.

 1170 BW).

 Overeenkomstig art. 1174 B.W. is iedere verbintenis, aangegaan onder een potestatieve voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt nietig.

 Een potestatieve voorwaarde zoals bedoeld in art. 1174 B.W. is de louter potestatieve voorwaarde d.w.z.

 de voorwaarde waarvan de vervulling uitsluitend afhangt van de wil van hem die zich verbindt (Cass. 13.10.83, arr. Cass. 84, 163).

 Een gemengde voorwaarde is die welke afhangt tegelijk van de wil van één van de contracterende partijen en van de wil van een derde (art. 1171 B.W.).

 Overwegende dat art. 10 van de arbeidsovereenkomst een GEMENGDE VOORWAARDE bevat:

 "ingeval van overname" - dit is een onzekere toekomstige gebeurtenis die afhangt van de wil van een derde (overnemer) en van de wil van één der contracterende partijen, nl. van de N.V. Platinum Technology;

 "heeft de werknemer de keuze: ofwel ... ofwel ..." de minnelijke beëindiging van de overeenkomst of de beëindiging bij wederzijds akkoord is een onzekere gebeurtenis die afhangt van de keuze of de wil van de werknemer.

 Doch art. 10 geeft aan de werknemer uitdrukkelijk deze keuzemogelijkheid voor zover de voorwaarde van de overname vervuld is.

 Samenvattend dient te worden gesteld dat de werkgever zich in art. 10 van de arbeidsovereenkomst heeft verbonden jegens de heer C. tot betaling van een bepaalde som geld, uittredingsvergoeding genaamd indien de twee volgende voorwaarden zich vervullen:

 1)overname, gebeurtenis afhankelijk van een derde en van de werkgever zelf doch zeker niet van de werknemer;

 2)de keuze van de werknemer om de overeenkomst als minnelijk beëindigd te beschouwen, gebeurtenis afhankelijk van de keuze van de werknemer, een recht dat de werkgever hem met hetzelfde art. 10 toekent.

 Deze verbintenis tot uitbetaling van een uittredingsvergoeding is geen verbintenis aangegaan onder de louter potestatieve voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt (de werkgever) zoals bedoeld in art. 1174 B.W.

 Zij is zeker geen verbintenis aangegaan onder de louter potestatieve voorwaarde van de zijde van de werknemer maar onder een gemengde voorwaarde die afhangt van de wil van een derde en de werkgever (nl. de overname) enerzijds en de wil van de werknemer (nl. zijn keuze in geval van overname) anderzijds.

 Enkel een louter potestatieve ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst leidt tot nietigheid (Cass.

 18.1.93, JTT 93, 141).

 Bovendien stelt het hof vast dat de general manager van N.V. Platinum Technology na het ontvangen van de brief van de heer C. dd. 28.5.99 waarin deze duidelijk stelt "wordt onze overeenkomt onmiddellijk in minnelijke regeling beëindigd" deze brief schriftelijk beantwoordt op 4.6.99 en de inhoud ervan impliciet maar zeker beaamt en met de heer C. een overeenkomst sluit waarmee de arbeidsbetrekkingen effectief worden stopgezet: "X. blijft thuis beschikbaar en mag P.C., GSM en auto tot datum van afhandeling verder gebruiken".

 N.V. Platinum Technology verzocht de heer C. duidelijk niet dat hij zou komen werken en betwist ook niet dat de arbeidsovereenkomst ingevolge de overname als minnelijk beëindigd wordt beschouwd. Ook in de daaropvolgende brief dd. 21.6.99 van de personeelsdirecteur betreffende de teruggave van het werkmateriaal wordt de heer C. niet aangemaand om te komen werken en handhaaft Platinum dat zij eerstdaags haar standpunt zal meedelen over de vergoeding.

 Pas op 23.9.99 of bijna vier maanden na het aangetekend schrijven van de heer C. (26.5.99) roept N.V.

 Platinum Technology voor het eerst de nietigheid in van het beding vervat in art. 10 van de arbeidsovereenkomst en weigert de uittredingsvergoeding te betalen;

 Het Hof meent dat de werkgever door zijn brief dd. 4.6.99 en door de daadwerkelijke beëindiging van de arbeidsbetrekkingen gevolgd door zijn stilzwijgen tot 23.9.99 zijn akkoord bekrachtigt met de minnelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 28.5.99;

 De door N.V. Computer Associates Belgium aangevoerde rechtspraak van ons Hof betreffende nietigheid van sommige clausules in CAO's wegens strijdigheid met art. 82 ,§3 van de arbeidsovereenkomstwet (arresten van 27.1.99 en 6.3.2002, JTT 1999, p. 342 en JTT 2002, p. 484) zijn niet dienend ter beoordeling van onderhavige zaak daar zij betrekking hebben op de opzeggingsvergoeding bij eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, nl. ontslag van de werknemer door de werkgever terwijl onderhavige zaak een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds akkoord van de partijen betreft; dat de vergoeding die bij beëindiging in wederzijds akkoord wordt betaald geen opzeggingsvergoeding is (Cass. 10.11.1980, JTT 81, 9);

 De bepalingen van de arbeidsovereenkomstwet betreffende de opzeggingsvergoeding vinden derhalve geen toepassing (AH Gent, 23.5.90, JTT 91, 73) in onderhavige zaak waar partijen de arbeidsovereenkomst in onderling akkoord beëindigen en overeenkomen dat de ene partij aan de andere een vergoeding verschuldigd is;

 Over de door de N.V. Computer Associates Belgium aangevoerde nietigheid van art. 10 van de arbeidsovereenkomst wegens beweerde schending van de bepalingen van de CAO 32 bis.

 N.V. Computer Associates Belgium stelt dat de weigering van een werknemer om na overdracht van onderneming voor de overnemende werkgever verder te werken onwettelijk zou zijn en beroept zich ter staving hiervan op een arrest van het Hof van Cassatie dd. 6.6.73 (JTT 73, 203) waarin beslist wordt dat een werknemer er zich niet kan tegen verzetten "dat de schuldvordering van arbeid die de werkgever jegens hem bezit wordt overgedragen aan een derde, voor zover de eerste schuldenaar blijft van het loon."

 Overwegende dat art. 7 van de CAO 32 bis van 7.6.85 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingeval van overgang van ondernemingen identiek is aan art. 3, eerste lid, eerste alinea van de Richtlijn 77/187 van de Raad van de Europese Unie van 14.2.77 waarvan zij uitvoering geeft in het Belgisch recht.

 Dat de bepalingen van de CAO 32 bis derhalve dienen te worden geïnterpreteerd in licht van dezelfde richtlijn en van de interpretatie ervan door het Hof van Justitie;

 Zowel de CAO 32 bis als de Richtlijn 77/187 bevatten dwingende bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken.

 De Richtlijn 77/187 mag evenwel volgens constante rechtspraak van het Hof van Justitie niet worden geïnterpreteerd als zou zij de werknemer in geval van overdracht van onderneming verplichten de arbeidsrelatie verder te zetten met de overnemer. De Richtlijn verzet er zich niet tegen dat een werknemer in dienst op het ogenblik van de overdracht weigert dat zijn arbeidsovereenkomst aan de overnemer wordt overgedragen. (H.v.J.

 16.12.92 Katsikas Konstantiniaris, Skreb en Schroll/ P.C.O. Stauerereibetrieb Paetz & Co Nachfolger Gmbh, Soc. Kron. 1993, 105; H.v.J. 7.3.96 Merckx en Neuhuys / Ford Motors Company Belgium, JTT 96, 165; H.v.J.

 24.1.2002 Temes Services Industries s.a. / Samir o.a., JTT 2002, 185);

 Het is volgens ditzelfde Hof van Justitie de werknemer en de overdrager toegestaan overeen te komen dat de werknemer niet mee overgaat (H.v.J. 11.7.1985, Mikkelsen / Inventar, JTT 86, 332).

 De CAO 32 bis van 7.6.1985 beoogt zoals haar titel het zegt het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever in geval van overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst;

 Zowel de CAO 32 bis als de Richtlijn 77/187 bevatten regelen die van dwingende aard zijn doch die zijn uitgevaardigd ter bescherming van de rechten van de werknemers;

 Het Hof meent dat art. 7 van de CAO 32bis dient te worden geïnterpreteerd in het licht van de zopas geciteerde rechtspraak van het Hof van Justitie en dat art. 7 van de CAO 32bis niet in de weg staat dat een werkgever en een werknemer in de arbeidsovereenkomst overeenkomen dat de werknemer in geval van overname niet mee overgaat naar de overnemer zo de werknemer zich hiertegen verzet;

 Zo oordeelde ook het arbeidshof te Luik dat wanneer de arbeidsovereenkomst op een datum die zich situeert vlak vóór de overname in onderling akkoord wordt beëindigd, de werknemer geldig verzaakt heeft aan het behoud van zijn overeenkomst zodat hij niet meer voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van art. 7 van de CAO 32bis (AH Luik 16.3.2000 Soc Kron. 2001, 37);

 Ook in onderhavige zaak blijkt de effectieve overname pas te hebben plaatsgevonden in de tweede helft van juni, terwijl de arbeidsovereenkomst in wederzijds akkoord effectief werd beëindigd op 28.5.1999, zodat zij niet meer bestond op het ogenblik van de daadwerkelijke overname;

 Overwegende dat art. 10 een rechtsgeldig beding bevat, zodat N.V. Computer Associates Belgium die in alle rechten en plichten treedt van haar rechtsvoorganger N.V. Platinum Technology gehouden is een uittredingsvergoeding te betalen aan de heer C. , gelijk aan 9 maal het bedrag van de laatst verschuldigde maandwedde, aldus art. 10;

 Bedrag van de uittredingsvergoeding.

 Art. 10 van de arbeidsovereenkomst voorziet betaling van een bedrag, gelijk aan 9 maal het bedrag van de laatst verschuldigde maandwedde.

 Art. 5 van de arbeidsovereenkomst voorziet een maandelijks brutosalaris van 145.000,- BEF; dit basisbedrag blijkt in maart 1999, 190.000,-BEF te bedragen;

 De heer C. vordert evenwel 9 maanden loon of 2.622.291,- BEF en voordelen, hierin inbegrepen de hem in 1998 toegekende bonus, 15.000,- BEF per maand als waarde van het voordeel van het privé gebruik van de bedrijfswagen, dubbel vakantiegeld en dertiende maand

 of brutomaandloon: 210.371

 alsook waarde voordeel wagen: + 15.000

 225.371

 alsook dertiende maand en

 dubbel vakantiegeld x 13,85

 3.121.388

 alsook bonus verdiend in het

 jaar voor de beëindiging + 375.000

 3.496.388,- BEF of 86.673,20 EUR.

 De N.V. Computer Associates Belgium stelt dat de vergoeding dient te worden beperkt tot de bruto maandwedde van 210.371,- BEF x 9 = 1.893.339,- BEF of 46.934, 64 EUR.

 Het Hof stelt vast aan de hand van loonfiche maart 99 dat het bedrag van de bruto maandwedde van 210.371, BEF waarover partijen het eens zijn benevens de vaste wedde (190.000,- BEF) tevens het voordeel van het privé-gebruik van de bedrijfswagen omvat (3.570,- BEF + 3.213,- BEF) alsook beroepskosten (10.000,- BEF) en tussenkomst middagmaal (3.588,- BEF);

 De in art. 10 van de arbeidsovereenkomst gebruikte bewoordingen "9 x het bedrag van de laatst verschuldigde maandwedde" zijn volgens het Hof duidelijk en bedoelen 9 x het bedrag van de laatst verschuldigde bruto maandwedde zonder dat daarmee wordt bedoeld het dubbel vakantiegeld, de eindejaarspremie en andere voordelen zoals een productiviteitspremie die niet iedere maand worden betaald;

 De vergoeding dient aldus te worden bepaald op 9 x het bedrag van de laatst verschuldigde niet betwiste vaste bruto maandwedde of 9 x 210.371,- BEF = 1.893.339,- BEF of 46.934, 65 EUR;

 De heer C. maakt terecht aanspraak op moratoire intresten aan wettelijke intrestvoet vanaf 28.5.1999, datum van ingebrekestelling;

 Overwegende dat de vordering van de heer C. van 58.558,- BEF achterstallige loonbedragen m.b.t tot de periode vanaf 23.6.1999 niet gegrond is daar hij geen arbeid meer verrichtte vanaf 23.6.1999; de arbeidsovereenkomst was reeds eerder minnelijk en definitief beëindigd;

 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,

 Verklaart hoger beroep en incidenteel beroep ontvankelijk en hoger beroep deels gegrond nl. voor zover het de vernietiging van het vonnis a quo beoogt;

 Vernietigt het vonnis a quo wegens schending van art. 43 ,§5 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

 Verklaart het incidenteel hoger beroep dientengevolge zonder voorwerp geworden.

 Trekt de zaak in haar geheel tot zich en opnieuw rechtdoende over de oorspronkelijke vordering van de heer C. ;

 Verklaart deze ontvankelijk en deels gegrond in hierna vermelde mate;

 Veroordeelt de N.V. Computer Associates Belgium tot betaling aan de heer C. X. van het bedrag van 1.893.339 ,- BEF of 46.934, 65 EUR (zesenveertig duizend negenhonderd vierendertig EURO en vijfenzestig cent) ten titel van uittredingsvergoeding te vermeerderen met moratoire intresten aan wettelijke intrestvoet vanaf 28.5.1999 en met de gerechtelijke intresten vanaf 22.11.99, zijnde de datum van dagvaarding in eerste aanleg;

 Legt de kosten van het geding in eerste aanleg ten laste van de Staat;

 Veroordeelt appellant tot de kosten van het hoger beroep, tot op heden als volgt begroot:

 voor appellant:

 - rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg EUR 200, 79

 - rechtsplegingsvergoeding hoger beroep EUR 273, 67

 voor geïntimeerde:

 - dagvaardingskosten in eerste aanleg EUR 122, 71

 - rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg EUR 191, 87

 - rechtsplegingsvergoeding hoger beroep EUR 261, 78

 Aldus gewezen en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel op elf juni tweeduizend en vier.

 Waren aanwezig:

 M. VERMAELEN: Raadsheer.

 R. WAEYAERT: Raadsheer in Sociale Zaken als werkgever.

 R. DE LEEUW: Raadsheer in Sociale Zaken als werknemer-

 bediende, aangeduid bij bevelschrift van heden, ter vervanging van de heer J. AZIJN, Raadsheer in Sociêale Zaken als werknemer-beêdiende, die de debatten heeft bijgewoond en heeft deelgenomen aan het beraad van onderhavig arrest, maar wettig verhinderd is om de uitspraak ervan bij te wonen (art. 779 van het Gerechêtelijk Wetboek).

 J-M. MICHIELS: Hoofdgriffier.