# Arbeidshof: Arrest van 8 Juni 2012 (Brussel). RG 2011/AB/1039

* Date : 08-06-2012
* Langue : Néerlandais
* Section : Jurisprudence
* Source : Justel N-20120608-4
* Numéro de rôle : 2011/AB/1039

rep.nr.

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 8 JUNI 2012

 3 e KAMER

 ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende

tegensprekelijk

definitief

In de zaak:

C. T.,

appellante,

vertegenwoordigd door mr. HECHTERMANS P. loco mr. BOES Olivier, advocaat te 2018 ANTWERPEN, Broederminstraat 9.

Tegen:

PERSGROEP NV (voorheen N.V AUREX), met maatschappelijke zetel te 1730 ASSE, Brusselsesteenweg 347,

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. JESPERS G. loco mr. VAN HOOGENBEMT Herman, advocaat te 2000 ANTWERPEN, Meir 24 bus 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 30 september 2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 02/26072/A),

- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 16 november 2011,

- de conclusie voor de appellante, neergelegd ter griffie op 1 maart 2012,

- de conclusie en de aanvullende en syntheseconclusie voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 20 januari 2012 en 4 april 2012,

- de voorgelegde stukken.

\*\*\*

\*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 11 mei 2012, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

\*\*\*

\*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 4 oktober 1999 ondertekenden mevrouw T. C. en de NV Hoste een voltijdse arbeidsovereenkomst voor bedienden van onbepaalde tijd, waardoor mevrouw C. met ingang van 6 oktober 1999 aangeworven werd als Junior Productmanager Nationale Themareclame.

De NV Hoste is de rechtsvoorganger van de NV Aurex, die op zijn beurt overging in de NV Persgroep Publishing. (hierna aangeduid als: Persgroep)

Mevrouw C. werd op 1 oktober 2000 Account Manager.

Ze was werkzaam op de advertentiedienst en verantwoordelijk voor het verwerven van reclame in het segment ‘lifestyle' voor de krant Het Laatste Nieuws.

2. Mevrouw C. werd door de Persgroep bij aangetekend schrijven van

26 oktober 2001 ontslagen met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding van

3 maanden of euro 8.771,84.

Dit ontslag werd betwist door haar raadsman op 31 oktober 2001, die erop wees dat ze tijdens een gesprek, juist voor het ontslag, melding gemaakt had van haar intentie om tijdskrediet aan te vragen, zodat dat volgens haar de reden van het ontslag was.

Ze formuleerde een aantal vorderingen, waaronder een opzeggingsvergoeding op basis van 4 maanden, becijferd op euro 12.985,61, een uitwinningsvergoeding van

 euro 9.746,70, een beschermingsvergoeding tijdskrediet van euro 19.493,41 en een morele vergoeding van euro 1.000 provisioneel.

Op 6 november 2001 reageerde de Persgroep door betaling van wat volgens hen nog verschuldigd was. De hierboven vermelde posten werden daarbij niet weerhouden, behoudens de voornoemde opzeggingsvergoeding van 3 maanden.

3. Mevrouw C. dagvaardde de Persgroep voor de arbeidsrechtbank te Brussel op 19 november 2001 en stelde meerdere vorderingen.

De Persgroep werd door de arbeidsrechtbank te Brussel bij vonnis van 8 februari 2002 bij verstek veroordeeld, waarna bij proces-verbaal van vrijwillige verschijning verzet werd aangetekend op 5 maart 2002. Volgende vorderingen bleven behouden:

- pro rata loon oktober 2001 of euro 120,03

- niet opgenomen compensatiedagen of euro 207,06

- aanvullende opzeggingsvergoeding op basis van 4 maanden of een saldo van

 euro 4.438,94

- uitwinningsvergoeding van euro 9.746,70

- schadevergoeding wegens misbruik van ontslagrecht of euro 19.493,41

te vermeerderen met intresten en kosten.

4. Bij vonnis van 30 september 2011 acteerde de arbeidsrechtbank te Brussel dat een aantal eerdere vorderingen zonder voorwerp waren (feestdagenloon, vertrekvakantiegeld en beschermingsvergoeding tijdskrediet).

De Persgroep werd veroordeeld tot betaling van een aanvullende opzeggings-vergoeding op basis van 3 maanden of euro 774,25, te vermeerderen met intresten en tot afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten.

Het overige werd afgewezen en de kosten werden omgeslagen.

5. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 16 november 2011, tekende mevrouw C. hoger beroep aan en vroeg betaling van:

- een aanvullende opzeggingsvergoeding van euro 4.022,95, ondergeschikt

 euro 824,25

- een uitwinningsvergoeding van euro 9.596,10

- een schadevergoeding wegens misbruik ontslagrecht van euro 19.493,41

te vermeerderen met de kosten.

De Persgroep tekende incidenteel beroep aan met betrekking tot de door de eerste rechter toegekende aanvullende opzeggingsvergoeding van euro 774,25.

II. BEOORDELING.

1. Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidvereisten is voldaan. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

- De aanvullende opzeggingsvergoeding

2. Partijen hebben discussie over de samenstelling van het jaarloon en over de hoegrootheid van de toegekende opzeggingsvergoeding.

De betwiste onderdelen van het basisloon.

- De winstdeelname

3. De eerste rechter verwijst voor het bewijs van de winstdeelname naar de loonfiche van de maand juni 2001 en naar de bijhorende circulaire (stuk II/6 van mevrouw C. ).

Uit de circulaire blijkt echter dat deze winstdeelname werd uitgekeerd omwille van de prestaties tijdens het vorige jaar, zodat de Persgroep terecht opmerkt dat mevrouw C. niet aantoont dat ze op het ogenblik van het ontslag recht had op dit voordeel.

Ze formuleerde ook geen vordering om een winstdeelname 2001 te bekomen.

Dit onderdeel en het erop berekende vakantiegeld kan dan ook niet opgenomen worden in het basisloon.

- De hospitalisatieverzekering

4. Mevrouw C. gedraagt zich naar de wijsheid en toont niet aan dat ze buiten de in aanmerking genomen groepsverzekering nog bijkomend aanspraak kon maken op een hospitalisatieverzekering.

- Het krantenabonnement

5. Weliswaar houdt de Persgroep nog steeds voor dat dit geen voordeel is, maar een werkinstrument.

De eerste rechter heeft er nochtans terecht op gewezen dat de Persgroep dit voordeel zelf opnam in de berekening van het basisloon, zoals door haar toegelicht in de laatste bijlage bij de brief van 6 november 2001 (stuk II/14 mevrouw C. ).

Deze opname brengt natuurlijk met zich dat het geen tweede keer kan worden aangerekend.

- De comfortdiensten

6. Deze diensten worden beschreven in stuk II/4 van mevrouw C. .

Buiten de meeneemservice van het bedrijfsrestaurant betreffen het kortingen, die bij derden (Proximus, Budget Club, Seca, Mireille) kunnen worden bekomen.

Het is niet aangetoond dat het hier om voordelen gaat die door de werkgever worden toegekend.

Bij gebrek aan specificatie wordt niet aangetoond dat de prijzen van de meeneemschotels een voordeel uitmaken.

Bovendien moet men voor deze diensten inschrijven, zodat niet blijkt dat mevrouw C. hiervan effectief heeft genoten. Mevrouw C. erkent overigens in haar besluiten dat ze dit voordeel niet kan bewijzen.

Een ex aequo et bono begroting is maar mogelijk bij een zeker en reëel voordeel.

7. Hieruit vloeit voort dat de bijkomende posten, die door de eerste rechter voor het basisloon werden aangerekend, niet kunnen in rekening worden gebracht, zodat het incidenteel beroep op dit punt gegrond is.

De opzeggingsvergoeding

8. De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereen-komstenwet wordt door de rechter bepaald met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van beëindiging van een overeenkomst bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden en dit rekening houdend met de anciënniteit, de leeftijd van de werknemer, de uitgeoefende functie en het loon volgens de gegevens eigen aan de zaak (Cass., 8 september 1980, Arr. Cass., 1980-1981, 17; Cass., 17 september 1975, TSR 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, JTT 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, RW 1990-1991, 1407) en met inachtneming van de wederzijdse belangen van partijen (Cass., 19 januari 1977, Arr. Cass. 1977,5 161; Cass., 9 mei 1994, Soc. Kron. 1994,2 153).

Mevrouw C. was op het ogenblik van het ontslag 25 jaar, zij had een anciënniteit van 2 jaar en ze was account manager. Deze functie kan ook buiten de perswereld worden uitgeoefend, zodat geen rekening moet worden gehouden met de positionering van de Persgroep binnen het medialandschap.

Het basisloon bedraagt euro 35.087,37.

Door een juiste evaluatie te geven aan deze elementen, werd de opzeggingstermijn door De Persgroep terecht begroot op 3 maanden, zodat mevrouw C. geen recht heeft op een aanvullende opzeggingsvergoeding.

Het hoger beroep tot het bekomen van een opzeggingsvergoeding op basis van 4 maanden is ongegrond.

De uitwinningsvergoeding

9. De Persgroep verwerpt de aanspraak van mevrouw C. op een uitwinningsvergoeding, omdat zij niet de hoedanigheid van handelsvertegen-woordiger had.

In artikel 4 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt de activiteit van een handelsvertegenwoordiger omschreven als volgt:

" De arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordiger is de overeenkomst waarbij een werknemer, de handelsvertegenwoordiger, zich verbindt tegen loon cliënteel op te sporen en te bezoeken met het oog op het onderhandelen over en het sluiten van zaken, verzekeringen uitgezonderd, onder het gezag, voor rekening en in naam van een of meer opdrachtgevers ".

Deze bepaling sluit in dat hij die als handelsvertegenwoordiger werkt, personen of inrichtingen bezoekt die klanten van de werkgever zijn of kunnen worden.

Het element bezoeken wijst erop dat de activiteit buiten de lokalen van de onderneming dient te gebeuren (Parl. St. Senaat 1962-63, nr. 185, 44).

De verkoper die zijn activiteiten uitoefent van op de zetel van de onderneming en die nagenoeg alleen telefonische contacten heeft met de klanten, wordt om die reden niet als handelsvertegenwoordiger beschouwd (H. Buyssens, De handelsvertegen-woordiging als hoofdactiviteit van de arbeidsovereenkomst, RW 2011-12, 150-151).

De vertegenwoordigingsactiviteit dient in hoofdzaak te worden uitgeoefend, wat volgt uit artikel 88 van de arbeidsovereenkomstenwet:

‘Op de bepalingen van deze titel kan zich alleen beroepen de handelsvertegenwoordiger die in dienst wordt genomen om op bestendige wijze zijn beroep uit te oefenen, zelfs indien hij door zijn werkgever wordt belast met bijkomstig werk dat van andere aard is dan de handelsvertegenwoordiging. Dat voordeel wordt... niet verleend aan de bediende die er af en toe mede wordt belast, samen met zijn arbeid binnen de onderneming, stappen te doen bij de cliëntele.'

Degene die zich op het bestaan van een arbeidsovereenkomst voor handels-vertegenwoordiger beroept, moet zijn hoedanigheid bewijzen (Arbh. Antwerpen, 13 februari 2004, JTT 2004, 361 met een omstandige analyse van de parlementaire voorbereiding in verband met de bewijslast en P. Leclercq, Het statuut van de handelsvertegenwoordiger, Kluwer, Sociale Praktijkstudies, 2006, 19; Arbh. Antwerpen 1 februari 2010, RW 2011-12, 248); de bediende wiens activiteiten zowel commerciële als andere aspecten vertoont, maar die niet bewijst welke van beide aspecten doorslaggevend is, kan zich niet beroepen op de hoedanigheid van handelsvertegenwoordiger (Arbh. Brussel, 27 januari 2004, AR 39.550).

10. Mevrouw C. werd aangeworven als bediende.

Ook op de loonfiches en de documenten bij uitdiensttreding wordt ze steeds als bediende aangeduid.

11. Nochtans moet rekening gehouden worden met de daadwerkelijk uitgeoefende activiteit, die ze in hoofdzaak uitoefende.

Mevrouw C. brengt onder haar stuk IV/1 een zelf opgemaakte functiebeschrijving voor, waarvan de inhoud door De Persgroep wordt betwist.

Als bijlage bij haar stukken IV/4 is er een e-mail van 25 april 2001 uitgaande van haarzelf aan haar overste Frank Bell en aan mevr. C. Sanders met een functiebeschrijving, waarbij ze haar taken op het einde samenvat als

Door de markt te leren kennen de klanten beter te kunnen adviseren.

Dit wijst op een hoofdtaak van advies.

Onder de hoofding Prospectie wordt vermeld dat dit zowel telefonisch als via bezoeken gebeurt. Hieruit kan niet afgeleid worden wat doorslaggevend is.

Alleszins waren er naast prospectie nog andere taken, met name de consolidatie van de bestaande klanten, public relations en productmanagement.

12. Mevrouw C. beroept zich erop dat ze een essentiële bijdrage heeft geleverd in het verwerven van de Rexona-reclame. Ze maakt dit concreet door het dossier IV/5.

Hieruit blijkt dat ze eerst meewerkte aan de voorbereidende fase met een startvergadering op 6 maart 2001 en dan interne besprekingen tijdens de weken 12 en 14.

Vervolgens werd een gids opgemaakt met een voorstel op 4 april en een bespreking op 6 april.

Pas daarna komt er een vergadering bij de klant (Unilever) op 18 april, waarna er op 23 april over de prijs onderhandeld wordt. Er heeft dan nog een vergadering plaats maar niet bij de klant, doch bij de Persgroep zelf.

Vervolgens zegt men:

Na deze vergadering is eigenlijk alles via mail en telefoon verlopen.

Uiteindelijk is er nog een vergadering bij Unilever voor een bijkomende wedstrijd op 12 juni.

Hieruit kan afgeleid worden dat er gedurende 3 maanden gewerkt werd met amper 2 vergaderingen bij de klant, waarvan dan nog 1 voor een bijkomende wedstrijd.

Het feit dat deze vergaderingen bij de klant plaatsvonden is niet essentieel, want ze gebeurden evengoed bij de Persgroep zelf en nadien werd alles afgehandeld via mail en telefoon.

Een dergelijke werkwijze staat ver af van het verwerven van klanten via bezoeken.

Zelfs indien men met enige goedwil de externe vergaderingen als bezoeken buitenshuis zou beschouwen, dan nog blijkt uit dit overzicht dat dit zeker niet de hoofdtaak van mevrouw C. was.

13. Maar ook uit de andere stukken blijkt dat mevrouw C. heel veel vanuit haar bureau telefonisch afhandelde:

- stuk IV/6; brief 25 juli 2001: Zoals beloofd tijdens ons telefoongesprek...

- stuk IV/7; fax 17 november 2001: Naar aanleiding van mijn telefoongesprek met uw collega... idem fax aan Deboigne, aan A.-M. De Wilde, aan Mertens, aan Joppen, aan Robbays, aan Initiative media, aan Vandekerchove & Devos, aan Insight Publicitas,....voorstel 29 februari 2000 aan Noppen.

Op eenzelfde wijze verwijzen de faxen van 15 november 2001 bijna systematisch naar voorstellen volgend op een telefonisch gesprek. (2de kaft)

Ook de bestelling ivm Suisse sluit af met: Bel me eens, Nadine.

Het is dan ook duidelijk dat de hoofdtaak van mevrouw C. niet bestond in het bezoeken van klanten, maar dat ze vanuit haar bureau voornamelijk telefonische contacten had.

Minstens toont ze niet aan dat ze in hoofdzaak handelsvertegenwoordiger was.

Ze kan dan ook geen aanspraak maken op een uitwinningsvergoeding, zodat ook op dit punt haar hoger beroep ongegrond is.

Misbruik van ontslagrecht

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

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, R.W. 1983-1984, 1480).

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).

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).

15. Op het C4 formulier wordt als reden van werkloosheid vermeld: evaluatie.

De werkgever brengt de competentiefiche van 9 januari 2001 voor (stuk 4) waaruit een aantal vaardigheden blijken, maar bij de werkmotivatie wordt een gebrek aan gedrevenheid vermeld.

De verkoopsefficiëntie wordt omschreven als chaotisch.

Bij communicatie wordt aangegeven dat ze eerst dient na te denken voor ze spreekt. Bij planning wordt aangegeven dat ze beter moet structureren en dat dit beter kan.

Uit de e-mail van de heer Frank Bell van 6 december 2001 volgt dat men na de evaluatie moeite heeft gedaan om te remediëren, maar dat dit onvoldoende resultaat gaf, zodat reeds op 24 oktober 2001 tot ontslag beslist werd.

Dit laatste wordt bevestigd door de verklaring van de secretaresse van de personeelsdienst en van de bediende van de loonadministratie, die aangeven dat het ontslag reeds sedert 23 en 24 oktober 2001 in voorbereiding was.

Mevrouw C. wil deze verklaringen weliswaar in twijfel trekken, maar ze veronachtzaamt daarbij dat de bewijslast voor een kennelijk misbruik bij haar ligt en het louter ontkennen van de draagkracht van de stukken van de wederpartij bewijst nog niet de eigen bewering.

De redenen, vermeld in de competentiefiche, mochten de Persgroep ertoe leiden tot ontslag over te gaan, zonder dat het ontslagrecht uitgeoefend werd op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van het ontslagrecht door een voorzichtige en bedachtzame werkgever.

Bovendien blijkt uit bovenvermelde verklaringen dat de ontslagbeslissing reeds omstreeks 23 en 24 oktober 2001 in voorbereiding was voordat mevrouw C. melding gemaakt had van haar intentie om tijdskrediet te nemen; ze deed dit slechts op 26 oktober 2001 (zie haar stukken II/9).

Het beweerde verband tussen deze melding en het ontslag is dan ook niet aangetoond en ten onrechte bestempelt mevrouw C. haar ontslag als een represailleontslag.

Bovendien toont ze geen bijzondere schade aan, die nog niet door de opzeggingsvergoeding zou zijn vergoed.

Ook op dit punt is het hoger beroep ongegrond.

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 doende op tegenspraak;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, maar ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en gegrond;

Hervormt het bestreden vonnis wat betreft de toegekende aanvullende opzeggingsvergoeding, vermeerderd met intresten en de afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten en

verklaart deze vorderingen ontvankelijk, doch ongegrond.

Veroordeelt mevrouw C. tot de gerechtskosten van het hoger beroep deze aan de zijde van beide partijen begroot op:

Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep euro 2.200.

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

Lieven LENAERTS, raadsheer,

Marcel VAN AKEN, raadsheer in sociale zaken, werkgever,

Koen DRIES, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

bijgestaan door :

Kelly CUVELIER, griffier.

Lieven LENAERTS, Kelly CUVELIER,

Marcel VAN AKEN, Koen DRIES.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 8 juni 2012 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,

bijgestaan door

Kelly CUVELIER, griffier.

Lieven LENAERTS, Kelly CUVELIER.