

rep.nr.

2012/1826

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 29 JUNI 2012

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

C

E

appellant,
vertegenwoordigd door de heer SOETEMANS Dieter, syndicaal
afgevaardigde en volmachtdrager van het ACV/Brussel, kantoorhoudend
te 1000 BRUSSEL, Pletinckxstraat 19..

Tegen:

CEGELEC NV, met maatschappelijke zetel te
1200 BRUSSEL, Woluwelaan, 60,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr SMOUT Hilde loco mr. DEBAERDEMAEKER
Robert, advocaat te 1170 BRUSSEL, Vorstlaan, 100.

*

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 8 april 2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23e kamer (A.R. 16233/05),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 4 juli 2011,
- de conclusies voor de appellant, neergelegd ter griffie op 29 februari 2012,

- de conclusie en de synthéseconclusie voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 25 november 2011 en 30 april 2012,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 1 juni 2012, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De heer E C kwam op 1 januari 1986 voltijds in dienst van de NV FOS-Montage (hierna aangeduid als FOS) als assistent technical manager met overname anciënniteit vanaf 17 juni 1985.

Deze vennootschap werd failliet verklaard bij vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 31 januari 1994 en de curator beëindigde de arbeidsovereenkomst op 1 februari 1994. De heer C betwist niet dat hij als gevolg van dit ontslag een opzeggingsvergoeding heeft ontvangen van de curator.

2. Op 7 februari 1994 heeft de NV Comsip Automation Benelux, rechtsvoorganger van de NV Cegelec (hierna aangeduid als *Cegelec*), aangeworven als bediende in de functie van zaakgelastigde Antwerpen en Brussel met een geschreven arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.

Deze aanwerving gebeurde in het kader van een door de curator onderhandelde overname van de NV FOS. In het verslag van de ondernemingsraad van de NV Cegelec van 22 maart 1995 wordt bevestigd dat dit meebrengt dat de anciënniteit verworven blijft.

Er bestond discussie of de heer C vanwege het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen nog uitbetaling had gekregen van een overbruggingsvergoeding, maar uit het antwoord van het fonds van 5 mei 2010 volgt dat het bij gebreke aan aanvraag geen tussenkomst had verleend.

3. Bij aangetekend schrijven van 29 september 2004 werd de heer C ontslagen door Cegelec met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding van 13 maanden.

Bij schrijven van de vakorganisatie van de heer C van 30 mei 2005 werd gewezen op artikel 14 van de CAO nr. 32bis van de NAR, waardoor voor de berekening van de opzeggingsvergoeding ook de anciënniteit verworven bij FOS moest in rekening worden gebracht, zodat ten onrechte slechts rekening werd gehouden met de anciënniteit vanaf 7 februari 1994.

Er werd een opzeggingsvergoeding op basis van 22 maanden gevraagd.

Op 8 juli 2005 antwoordde Cegelec dat ze zich aan de uitbetaalde opzeggingsvergoeding hielden, omdat de heer C ook bij FOS een dergelijke vergoeding had ontvangen.

4. De heer C dagvaardde daarop Cegelec in betaling van een saldo opzeggingsvergoeding van € 70.183,88, vermeerderd met intresten en kosten en in afgifte van aangepaste sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

5. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 8 april 2011 werd deze vordering afgewezen als ontvankelijk, doch ongegrond, omdat art. 14 van de CAO 32bis strijdig geacht werd met de art. 10 en 11 van de Grondwet.

6. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 4 juli 2011, tekende de heer C hoger beroep aan en hernam hij zijn oorspronkelijke vordering.

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 ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is daardoor ontvankelijk.

Art. 14 van de CAO nr. 32bis

2. In hoofdstuk III. van de CAO nr. 32bis van de NAR van 7 juni 1985 betreffende het behoud van 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, algemeen verbindend verklaard bij KB van 25 juli 1985 (BS 9 augustus 1985), zoals gewijzigd (hierna aangeduid als CAO 32bis) worden de rechten van de overgenomen werknemers geregeld bij een gehele of gedeeltelijke overname van activa van een failliete onderneming, op voorwaarde dat de overname geschiedt binnen een termijn van 6 maanden vanaf de datum van het faillissement (art. 11).

Niet betwist wordt dat de overname van activa van FOS door Cegelec voldeed aan deze voorwaarde.

Art. 14 van de CAO 32bis bepaalt:

De anciënniteit, die de werknemer door zijn arbeidsprestaties bij zijn vorige werkgever heeft verworven, evenals de eventuele aan zijn nieuwe indienstneming voorafgaande periode tijdens welke de activiteit van de werknemer wordt onderbroken ingevolge faillissement, worden in aanmerking genomen voor de vaststelling van de opzeggingstermijn of van de opzeggingsvergoeding. Die bepaling is niet van toepassing ingeval een werknemer tijdens een proefperiode wordt ontslagen.

3. Gelet op de door de heer C ontvangen opzeggingsvergoeding in het kader van het faillissement van FOS, heeft de eerste rechter met verwijzing naar bepaalde rechtsleer aangenomen dat dit artikel strijdig is met het gelijkheidsbeginsel.

4. Aangezien het Hof van Justitie in de arresten van 7 februari 1985 (inz. 135/83, JTT 1985, 163; 179/83, en 186/83, JTT 1985, 166) de Richtlijn 77/187 van 14 februari

1977 inzake de overgang van ondernemingen niet toepasselijk achtte bij faillissement, heeft men in de CAO 32bis geopteerd om een aparte regeling uit te werken voor de overgang van onderneming krachtens overeenkomst (hoofdstuk II, waarbij deze richtlijn werd omgezet) en de overgang na faillissement (hoofdstuk III).

Beide situaties en regelingen verschillen grondig.

Bij overgang krachtens overeenkomst is het behoud van rechten en plichten (art 7) de kernbepaling, samen met de in solidum-regeling van art. 8, het ontslagverbod (art. 9) en de verbreking bij wijziging(art. 10).

Bij overgang na faillissement geldt art. 7 niet, maar wel het keuzerecht van de overnemer i.v.m. de over te nemen werknemers (art. 12) , het behoud van de collectief bedongen of toegepaste arbeidsvoorwaarden (art. 13) de anciënniteitsbepaling van art. 14 en de wijzigingsregeling van art. 15.

Weliswaar volgt uit de commentaar bij art. 2 van de CAO dat men tussen beide stelsels een vorm van gelijksoortigheid heeft nagestreefd, ook wat betreft de rechten, maar dit neemt niet weg dat er verschillende economische realiteiten zijn die in het ene en in het andere geval gelden.

Men heeft dus een zekere gelijksoortigheid nagestreefd door verschillende rechten te creëren in verschillende situaties. Een dergelijk opzet kadert volkomen binnen het gelijkheidsbeginsel.

Dit beginsel verzet zich er immers niet tegen dat ongelijke situaties ongelijk behandeld worden.

5. In de zaak die geleid heeft tot het Cassatiearrest van 17 september 1990 (A.C. 1990-91, 28 met conclusie Openbaar Ministerie; W. Van Eeckhoutte, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, arrest nr. 60, p. 373-378) werd het recht op opzeggingsvergoeding lastens het faillissement betwist op grond van art. 14 van de CAO 32bis, omdat de werknemer de anciënniteit geen tweede maal in aanmerking kan doen nemen om aanspraak te maken op een opzeggingsvergoeding.

Het Hof van Cassatie aanvaardde niet dat men zich op de CAO 32bis beriep om aan de werknemer het recht op opzeggingsvergoeding te ontfemen, en dit omwille van de wettelijke bepaling van art. 39 van de arbeidsovereenkomstenwet.

Anderzijds volgt uit art. 6 van deze wet dat gunstiger regels dan de wettelijke bepaling mogelijk zijn, zodat art. 14 van de CAO 32bis geldig is (Arbh. Luik, 15 februari 2000, JTT 2000, 235).

De overname van anciënniteit (wat ook soms gebeurt in individuele arbeidsovereenkomsten) leidt voor de werknemer tot een gunstiger situatie dan de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomstenwet.

De ondertekenaars van de CAO 32bis konden deze overname aan voorwaarden verbinden, zoals de overname binnen de 6 maanden na faillissement. In het kader van het evenwicht dat ze bij de regeling voorstonden, dienden ze daarbij niet uit te sluiten dat de overname van anciënniteit ook gold, wanneer de overdrager al een opzeggingsvergoeding had betaald. Het niet opnemen van deze voorwaarde is geen schending van het gelijkheidsbeginsel. Het is aan de sociale partners om de opportuniteit van de onderhandelde bepalingen te beoordelen.

Cegelec wist overigens bij de overname van het FOS-personeel dat dit gebeurde met behoud van de anciënniteit, zoals volgt uit het verslag van de ondernemingsraad van 22 maart 1995, waarin dit behoud werd bevestigd. De heer C mocht er dan ook van uitgaan dat deze garantie te goeder trouw zou worden nageleefd.

Voor de goede orde, de rechtsgrond voor het behoud van anciënniteit ligt niet in deze verklaring in de ondernemingsraad, maar wel in art. 14 van de CAO 32bis, waarvan de verklaring de correcte bevestiging is.

6. Ook in de wettelijke opzeggingsregeling van art. 82 van de arbeidsovereenkomstenwet is het niet steeds helemaal uitgesloten dat – bv. bij een ononderbroken tewerkstelling bij een zelfde werkgever – de anciënniteit tweemaal kan worden aangerekend. De rechter mag de opzeggingsvergoeding die hij aan een werknemer toekent, immers niet verminderen met de opzeggingsvergoeding die aan de werknemer is uitbetaald wegens een vroegere beëindiging van een andere arbeidsovereenkomst door een andere werkgever, ook al bleef de werknemer ondanks de beëindiging feitelijk ononderbroken in dienst van dezelfde onderneming (Cass. 19 december 1983, A.C. 1983-84, 451; vgl. Cass. 6 november 1989, RW 1989-90, 1029; Cass. 29 oktober 1990, RW 1990-91, 917).

Een opzeggingsvergoeding vergoedt immers niet de reële schade, maar is in wezen een forfaitaire vergoeding die op grond van de wettelijke criteria de ontslagschade vergoedt.

Dit verhindert niet dat, met inachtnaam van de minimum opzeggingstermijn, de rechter in het kader van art. 82 §3 van de arbeidsovereenkomstenwet voor het bepalen van de termijn niet enkel rekening kan houden met de anciënniteit, maar ook met de leeftijd, de functie, de gegevens eigen aan de zaak en de wederzijdse belangen van partijen bij het ramen van de bestaande kans om een gelijkwaardige betrekking te vinden (zie ook randnummer 9 en 11).

7. De zwakke positie van een bij een faillissement ontslagen werknemer en de zorg voor het behoud van een zo groot mogelijke tewerkstelling bij overdracht van activa, mochten de sociale partners ertoe leiden om bij onderbreking van de anciënniteit toch het behoud ervan te garanderen, ongeacht de rechten die de werknemer nog lastens het faillissement kon laten gelden. Deze maatregel kadert immers in een evenwicht, dat in randnummer 4 werd geschetst, zodat art. 14 van de CAO 32bis in de samenhang met het volledige hoofdstuk III moet worden gezien. De regeling is gelet op het nagestreefde globale evenwicht, niet disproportioneel.

Omwille van het oogmerk van bescherming van de werknemer en van het zo groot mogelijk behoud van de tewerkstelling aanvaardde ook het arbeidshof te Luik in het arrest van 15 februari 2000 dat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond voor art. 14 van de CAO 32bis, waarbij de middelen in verhouding staan tot het gestelde doel. De strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel werd niet aanvaard (Arbh. Luik, 15 februari 2000, JTT 2000, 233-236).

Terecht stelt R. Parijs vast dat werknemers die overgenomen worden na onderbreking in het kader van een faillissement zich in een andere feitelijke situatie bevinden dan andere werknemers die na een onderbreking worden overgenomen (R. Parijs, *De arbeidsrechtelijke gevolgen van het faillissement en het gerechtelijk akkoord. T.a.v. de individuele arbeidsverhouding. In geval van voortzetting van de activiteiten door wijziging van werkgever - De overname van werknemers in geval*

van overname van activa na faillissement in: *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, V.A.31.9, 2007 en ATO-T-870).

Met verwijzing naar de arresten van het arbeidshof Brussel van 27 april 1994 en 9 januari 1995, aangehaald in V.A. 31 -12, voetnoot 4, aanvaardt ook deze auteur de rechtsgeldigheid van art. 14 omdat een werknemer van een failliete onderneming doorgaans uitsluitend beschikt over een hypothetisch recht op betaling van een opzeggingsvergoeding zonder enige waarborg en waarop hij in elk geval ettelijke maanden zal moeten wachten, waardoor hij niet geprivilegieerd wordt door een beding van verplichte anciënniteitsovername in hoofde van de verkrijger m.b.t. de vaststelling van de verschuldigde opzeggingsvergoeding.

Het hof sluit zich bij de analyse van deze rechtspraak en rechtsleer aan.

8. Waar bij een overgang krachtens overeenkomst, de heer C aanspraak had kunnen maken op het behoud van zijn rechten en plichten, werd door Cegelec in de nieuwe arbeidsovereenkomst een proefbeding van 6 maanden ingelast en waren de arbeidsvoorwaarden minder gunstig, meer bepaald was er een loonverlies van rond de 10%.

Evenmin gold voor de heer C de in solidumregel van art. 8.

Gelet op de verschillende situaties bij faillissement en bij overgang krachtens overeenkomst, konden dus verschillende regelingen worden ingevoerd, zodat de heer C in de gegeven omstandigheden aanspraak kan maken op art. 14 van de CAO 32 bis.

Hieruit vloeit voort dat rekening moet worden gehouden met zijn anciënniteit vanaf 17 juni 1985. Immers het C4-formulier van FOS vermeldt dat hij van 17 juni 1985 tot 1 februari 1994 voltijds tewerkgesteld was.

De opzeggingsvergoeding

9. De heer C heeft dan ook recht op een opzeggingsvergoeding die gelijk is aan het lopende loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn.

De opzeggingstermijn bij toepassing van artikel 82 § 3 van de arbeidsovereenkomstenwet 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, T.S.R. 1976, 14; Cass., 3 februari 1986, JTT 1987, 58; Cass., 4 februari 1991, R.W. 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).

10. Cegelec betwist de opname van een uitzonderlijke premie van € 3.450 in het lopende jaarloon.

Een bonus, die is toegekend naar aanleiding van een specifieke eenmalige gebeurtenis, zoals een eenmalig uitzonderlijk resultaat, dient niet te worden opgenomen in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding, ook al is deze betaald in de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van de

arbeidsovereenkomst (Cass. 3 februari 2003, JTT 2003, 262; Arbh. Brussel 30 mei 2000, JTT 2000, 318; J. Hebbelinck en O. Rijckaert, *Variabel loon en aandachtspunten bij de toekenning van bonussen binnen de onderneming*, TPR 2010, 272, nr. 7).

Op de individuele rekening 2003 wordt deze bonus vermeld als uitzonderlijke premie; de heer C toont niet aan dat deze premie deel uitmaakt van het lopende loon.

In het schrijven van Cegelec van 3 februari 2005 wordt het privaat gebruik van de wagen geraamd op € 500, waarvan de persoonlijke tussenkomst van € 133,75 moet worden afgetrokken.

Het basisloon kan dan ook worden begroot op:

Loon	5019,41 x 13,92	69.870,19
Groepsverzekering	444,95 x 12	5.339,40
Hospitalisatieverzekering	10,04 x 12	120,48
Maaltijdcheques	4,46 x 20 x 11	981,20
Bedrijfswagen privé	500 - 133,75 = 366,25 x 12	4.395,00
Totaal		€ 80.706,27

11. Rekening houdend met dit jaarloon, de leeftijd van 51,92 jaar, de anciënniteit van 19,25 jaar, de functie van zaakvoerder Brussel en Antwerpen, het wederzijds belang van de partijen en de gegevens eigen aan de zaak, kan de kans van de heer C om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden, worden geraamd op 18 maanden.

Er is dan ook recht op een saldo opzeggingsvergoeding van

€ 80.706,27 x 18/12 =	€ 121.059,40
- uitbetaald	€ 86.562,35
Blijft	€ 34.497,05

12. De wettelijke en gerechtelijke intresten op dit bedrag dienen te worden aangerekend op de nettobedragen, gelet op artikel 10 van de loonbeschermingswet van 10 april 1965, zoals gewijzigd door artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen en de artikelen 1 en 2 van het K.B. van 3 juli 2005, zoals bekrachtigd door de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen. Het ontslag werd gegeven op 29 september 2004, zijnde voor 1 juli 2005.

Het Grondwettelijk Hof bevestigde in antwoord op een prejudiciële vraag van het Arbeidshof Gent van 12 juni 2009 in haar arrest 26/2010 van 17 maart 2010 dat het gewijzigde artikel 10 van de loonbeschermingswet geen schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet inhield.

13. Tevens heeft hij recht op afgifte van de aangepaste sociale documenten, maar er worden geen afdoende redenen aangebracht om dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom.

De overige elementen die partijen aanbrengen, kunnen aan deze beoordeling geen afbreuk doen.

Enkel in bovenvermelde mate is het hoger beroep 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 doende op tegenspraak;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de oorspronkelijke vordering ontvankelijk en in volgende mate gegrond:

Veroordeelt de NV Cegelec tot betaling aan de heer C_i van een saldo opzeggingsvergoeding van € 34.497,05, te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 29 september 2004, de gerechtelijke intresten telkens op netto;

Veroordeelt de NV Cegelec tot afgifte aan de heer C_i van de nodige aangepaste sociale en fiscale documenten, zoals loonfiche, individuele rekening, fiscale fiche en aangepast C4-formulier in verband met bovenstaande veroordeling.

Wijst al het meergevorderde af.

Veroordeelt de NV Cegelec tot de gerechtskosten van beide aanleggen, deze aan de zijde van de heer C tot op heden vereffend op dagvaardingskosten € 131,62, geen rechtsplegingsvergoedingen verschuldigd zijnde, daar hij niet werd bijgestaan door een advocaat.

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

Lieven LENAERTS,
Marcel VAN AKEN,
Koen DRIES,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

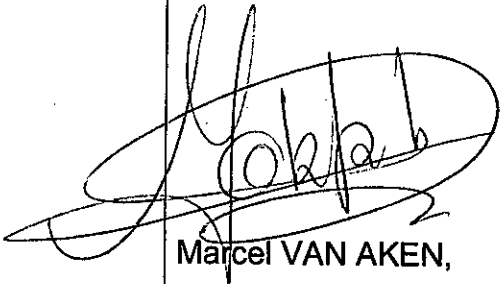
griffier:



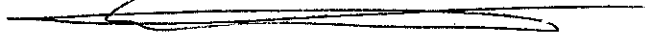
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



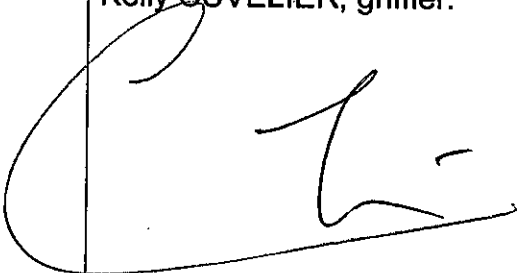
Marcel VAN AKEN,



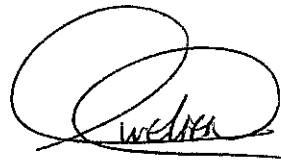
Koen DRIES.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 29 juni 2012 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.

