

rep.nr 201212569

**ARBEIDSHOF TE BRUSSEL**

---

**ARREST**

**OPENBARE TERECHTZITTING VAN ZESTIEN OKTOBER  
TWEEDUIZEND EN TWAALF.**

**3e KAMER**

bediendecontract

tegenspraak

definitief

In de zaak :

**W S**

Appellant op hoofdberoep en geïntimeerde op incidenteel beroep, die op de openbare terechtzitting wordt vertegenwoordigd door meester Bollen Rudi, advocaat te Leuven,

tegen :

**CYBERTRUST BELGIUM N.V.**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 3001 Leuven, Philipssite 5;

Geïntimeerde op hoofdberoep en appellante op incidenteel beroep, die op de openbare terechtzitting wordt vertegenwoordigd door meester Boucique Ward loco meester Engels Chris, advocaat te Brussel.

\* \* \*  
\*

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

Gelet op de stukken van de rechtspleging en meer bepaald op :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van de bestreden vonnissen, uitgesproken op tegenspraak, door de 1<sup>ste</sup> B kamer van de arbeidsrechtbank te Leuven op 28 oktober 2010 en 3 maart 2011 ;
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 24 mei 2011;
- de conclusies en synthese conclusies voor de appellant neergelegd ter griffie op 9 december 2011 en 16 mei 2012;
- de conclusies, aanvullende en syntheseconclusie en synthese conclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 15 november 2011, 15 maart 2012 en 13 juli 2012;
- de voorgelegde stukken;

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van 18 september 2012, waarna de debatten werden gesloten en de zaak voor uitspraak werd gesteld op heden.

\* \*

\*

## **FEITEN EN RECHTSPLEGING**

De heer W trad op 17-7-2006 als security analyst in dienst van UBIZEN N.V., rechtsvoorganger van CYBERTRUST BELGIUM NV.

Hij stond in voor het beheer op afstand van kritische netwerkcomponenten, meer bepaald het verrichten van wijzigingen bij klanten van de vennootschap.

Bij brief van 30-9-2008, door de vennootschap voor ontvangst getekend, zegde de heer W de arbeidsovereenkomst op met

een opzegtermijn van 3 maanden die een aanvang nam op 1-10-2008 en deelde hij mee dat hij tijdens de laatste maand van de opzegtermijn zijn resterende vakantiedagen en recuperatiedagen zou opnemen. Volgens de heer W was dit daags voordien afgesproken tussen partijen, volgens de vennootschap betrof het een eenzijdige beslissing. De heer W beweert dat hij nog 15 vakantiedagen en 31,5 recuperatiedagen diende op te nemen.

Op 1-12-2008 ging de heer W als security analyst in dienst bij TELINDUS, een concurrerende vennootschap. Hij stond er eveneens in voor het beheer op afstand van kritische netwerkcomponenten, bij het cliënteel.

Bij aangetekende brief van 10-12-2008 beëindigde de vennootschap de arbeidsovereenkomst om dringende reden.

Toen de heer W op 8-12-2008 op kantoor was langs gekomen zou hij aan zijn collega's hebben meegedeeld dat hij in dienst was bij TELINDUS. Zo vernam zijn manager dat hij reeds sedert 1-12 in dienst was getreden bij die vennootschap, een rechtstreekse concurrent in een gelijkaardige functie. De vennootschap achtte dit onaanvaardbaar.

Als verzwarende omstandigheid verwees zij naar het beding in de arbeidsovereenkomst tussen partijen waarin duidelijk was bepaald dat elke andere activiteit tijdens de lopende overeenkomst het voorwerp moest uitmaken van een voorafgaande schriftelijke toestemming.

In dezelfde brief deelde ze mee afstand te doen van het niet concurrentiebeding daar het brutojaarloon van de heer W te laag was voor de geldigheid van het beding.

De heer W betwistte het ontslag om dringende reden omdat zijn functie bij TELINDUS niet concurrerend was met deze die hij bij geïntimeerde had uitgeoefend.

Hij betwistte niet dat hij sinds 1-12-2008 in dienst was van TELINDUS.

Met een op 4-12-2009 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd verzoekschrift spande de heer W een geding aan voor de arbeidsrechtbank.

Zijn vordering zoals aangepast in de loop van het geding beoogde de veroordeling van de vennootschap tot betaling van volgende bedragen:

-2.752,21 euro als "verbrekingsvergoeding"

-2.654,48 euro als pro rata eindejaarspremie

- 405,82 euro als vakantiegeld

de moratoire, wettelijke en gerechtelijke intresten op die bedragen -ondergeschikt, vorderde hij 500 euro als achterstallig loon voor overuren en het saldo aan niet opgenomen vakantiedagen, te vermeerderen met de intresten en de afgifte van sociale en fiscale documenten. Hij vorderde dat de vennootschap zou worden veroordeeld tot de kosten van het geding.

Via op 21-5-2010 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegde conclusie, breidde de heer W zijn vordering uit als volgt: Hij vorderde in ondergeschikte orde, indien de rechtbank zou oordelen dat geen aanvullende verbrekingsvergoeding verschuldigd was, de vennootschap te veroordelen tot betaling van volgende bedragen

-473,24 euro als vakantiegeld 2007-2008  
-1.859,95 euro als saldo achterstallig loon en overloon  
-285,32 euro als vakantiegeld

Met een vonnis van 28-10-2010, oordeelde de arbeidsrechtbank dat de heer W door in dienst te treden van een andere werkgever op 1-1-2012 zelf de arbeidsovereenkomst had beëindigd, zodat hem geen "verbrekingsvergoeding" verschuldigd was en hij evenmin aanspraak kon maken op een eindejaarspremie op basis van de CAO van 29-5-1989, afgesloten binnen paritair comité nr. 218, zoals gewijzigd bij CAO van 25-4-2001, daar hij geen 5 jaar dienst had.

De arbeidsrechtbank stelde vast dat de vordering zoals uitgebreid bij op 20-12-2010 neergelegde conclusie waarvan de vennootschap de verjaring had ingeroepen, virtueel begrepen was in het oorspronkelijk verzoekschrift en gesteund was op een misdrijf. Zij verklaarde deze vordering ontvankelijk, waarna ze de debatten heropende voor verdere in staatstelling.

Na heropening der debatten voegde de heer W aan zijn afrekening nog een vordering toe i.v.m. loon voor één feestdag in november 2008.

Met een navolgend vonnis van 3-3-2011 oordeelde de arbeidsrechtbank dat de vordering m.b.t. het loon voor de feestdag nog deel uitmaakte van de oorspronkelijke discussie en ontvankelijk was.

Zij achtte het materieel element van een misdrijf tot niet betaling van loon niet bewezen voor wat de gevorderde recuperatiedagen betrof. Aangezien de heer W zelf stelde dat hij 15 vakantiedagen en

31,5 recuperatiedagen zou opnemen door de laatste maand niet te presteren, meende zij dat hij impliciet afstand heeft willen doen van hetgeen die maand overschreed met akkoord van de werkgever. Zij stelde vast dat in ieder geval 7 dagen werden uitbetaald in juli en 6 in december zodat er geen recht op meer recuperatie was aangetoond.

Zij achtte geen verschil tussen ADV-dagen en effectief gepresteerde overuren aangetoond.

Zij stelde vast dat van 20 vakantiedagen er 8 werden opgenomen en 12 uitbetaald, zodat ook dit onderdeel niet bewezen voorkwam.

Zij achtte enkel nog een bedrag verschuldigd van 144,30 euro voor de feestdag en het vakantiegeld daarop van 22,13 euro en sloeg de kosten om.

### **VORDERINGEN IN HOGER BEROEP**

De heer W vordert dat het hof het bestreden vonnis zou vernietigen en opnieuw recht doende.

Zijn vordering ontvankelijk en gegrond zou verklaren en de vennootschap zou veroordelen tot betaling van:

#### In hoofdorde

- 3.711,12 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding
- 2.645,48 euro als pro rata eindejaarspremie voor 2008
- 405,82 euro als vakantiegeld op de pro rata eindejaarspremie
- 666 euro als extralegale vakantiedagen
- 4.195,77 euro als saldo achterstallig loon en overloon
- 643,63 euro als vakantiegeld op achterstallig loon en overloon.

In ondergeschikte orde, indien de rechtbank zou oordelen dat het ontslag om dringende reden regelmatig en gegrond was,

De vennootschap in ieder geval te veroordelen tot betaling van volgende bedragen:

- 666 euro als extralegale vakantiedagen
- 4.195,77 euro als saldo achterstallig loon en overloon
- 643,63 euro als vakantiegeld op achterstallig loon en overloon.

De vennootschap te veroordelen tot betaling van de moratoire, wettelijke en gerechtelijke intresten op die bedragen en tot afgifte van volgende sociale en fiscale documenten: aangepast formulier C4, loonfiche, individuele rekening, fiscale fiche 281.10, vakantieattest en bij niet afgifte ervan binnen de maand na de betekening van het uit te spreken vonnis, haar te veroordelen tot betaling van een dwangsom van 25 euro per dag en per ontbrekend document.

Voor het overige het bestreden vonnis te bevestigen.

De vennootschap stelde incidenteel hoger beroep in.

Zij vordert  
In hoofdorde

Nopens de vorderingen in hoofdorde van de heer W  
-deze vorderingen ongegrond te verklaren  
-de heer W te veroordelen tot de kosten van het geding.

Nopens de in ondergeschikte orde ingestelde vorderingen bij  
conclusie van 21-5-2010  
-deze onontvankelijk te verklaren  
-de heer W te veroordelen tot de kosten van het geding.

In ondergeschikte orde

-de gevorderde opzeggingsvergoeding te herleiden tot 2.596,73 euro  
-wat betreft de intresten: voor recht te zeggen dat voor wat betreft  
het vakantiegeld op de eindejaarspremie, de intresten pas beginnen  
lopen vanaf 4-12-2009 en berekend moeten worden op het  
overeenstemmend nettobedrag  
-de heer W te veroordelen tot de kosten van het geding.

## **BEOORDELING**

### **I. ONTVANKELIJKHEID**

Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd,  
kan worden aangenomen dat het hoger beroep dat regelmatig is  
naar vorm, binnen de wettelijke termijn werd ingesteld. Aan de  
andere ontvankelijkheidsvereisten is eveneens voldaan. Het is  
derhalve ontvankelijk.

Dit geldt eveneens voor het incidenteel hoger beroep.

### **II. TEN GRONDE**

Standpunt van partijen

De heer W is het niet eens met de beslissing van de  
arbeidsrechtbank dat hij zelf de arbeidsovereenkomst heeft  
beëindigd.

Hij meent dat het in strijd zou zijn met het principe van vrijheid van  
arbeid dat men hem zou verbieden zijn beroepswerkzaamheid vrij uit

te oefenen buiten deze die het voorwerp uitmaakt van zijn arbeidsovereenkomst, met als enige beperking dat hij zijn werkgever geen concurrentie mag aandoen en dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst er niet onder mag lijden.

Bovendien meent hij dat dit niet kan beschouwd worden als een eenzijdige rechtshandeling die een einde stelt aan de bestaande arbeidsovereenkomst.

In ieder geval meent hij het recht te hebben gehad om gelet op het akkoord over vrijstelling van prestaties tijdens de resterende duur van de opzegtermijn, een bezoldigde beroepsactiviteit uit te oefenen zonder dat hiermee de initiële arbeidsovereenkomst als beëindigd moet worden beschouwd.

Hij houdt voor dat de vennootschap de arbeidsovereenkomst om een onregelmatige dringende reden verbrak.

Hij is van oordeel dat de vennootschap niet aantoont dat hij haar concurrentie zou hebben aangedaan daar zij niet aantoont

- dat hij over enige bijzondere knowhow beschikte die hij bij haar had opgedaan en die bij TELINDUS zou kunnen aanwenden
- hij één van de klanten zou hebben benaderd of een klant zou zijn overgegaan naar TELINDUS
- enig nadeel dat zij zou kunnen lijden als gevolg van zijn tewerkstelling bij die vennootschap.

De heer W wijst erop dat hij bij TELINDUS een louter uitvoerende taak vervulde die erin bestond deficiënties bij de klanten te detecteren en te rapporteren, dat hij geen substantiële contacten met de klanten onderhield en er geen wijzigingsactiviteiten mocht uitvoeren.

Bijgevolg acht hij een aanvullende opzeggingsvergoeding verschuldigd gelijk aan 21 dagen loon, de eindejaarspremie en het vertrekvakantiegeld daarop.

In ieder geval meent hij aanspraak te kunnen maken op het vakantiegeld en het nog niet betaalde loon en overloon.

Hij bevestigt dat de niet opgenomen wettelijke vakantiedagen werden betaald doch niet de extralegale verlofdagen waarvan er volgens hem nog 5 onbetaald zijn gebleven en het loon voor 31,5 recuperatiedagen.

De vennootschap betoogt dat de ingeroepen dringende reden gegrond is.

Zij meent dat een concurrerende activiteit tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst hoe dan ook ongeoorloofd is en dit is volgens haar ontegensprekelijk het geval: nu de heer W. in dienst is getreden bij een concurrent in een gelijkaardige activiteit. Volgens haar bevindt TELINDUS zich op een identieke markt als zichzelf en dit specifiek via de zogenaamde Security Solutions.

Als verzwarende omstandigheid verwijst zij naar het in de arbeidsovereenkomst opgenomen niet- concurrentie en exclusiviteitsbeding aangezien hieruit het belang blijkt dat de vennootschap daaraan hechtte.

Zij merkt op dat uit de door de heer W. laattijdig medegedeelde arbeidsovereenkomst duidelijk blijkt dat hij bij TELINDUS werd aangeworven in dezelfde functie.

Bij geïntimeerde had hij voornamelijk als taak : het monitoren en security instant handling en onderzoek van bepaalde inbreuken, slechts occasioneel had hij contact bij klanten.

Wat de in ondergeschikte orde ingestelde vorderingen betreft, meent zij dat er geen rechtsgeldige uitbreiding is geweest van de oorspronkelijke eis zodat geen toepassing kan worden gemaakt van art 807 Gerechtelijk Wetboek en dat die nieuwe vorderingen zijn verjaard. Ondergeschikt meent zij dat die vorderingen moeten worden afgewezen wegens gebrek aan rechtsgrond

Volgens haar kan er geen sprake zijn van een misdrijf nu noch een materieel noch een moreel bestanddeel wordt aangetoond.

Zij merkt op dat er over het jaar 2008 slechts 11 ADV dagen (wegens arbeidsduurverkorting in een 40 uren week) werden verworven, pro rata de geleverde prestaties, nl.: 1 recuperatiedag per maand, uit te betalen aan het gewoon loon.

Zij stelt vast dat de heer W. geen bewijs levert van gepresteerde overuren en trouwens geen aanspraak maakt op "overloon".

Zij wijst erop dat de heer W. pas een betwisting heeft gevoerd anderhalf jaar nadat zij in december 2008 te goeder trouw het effectief openstaand saldo aan vakantiedagen en compensatiedagen had uitbetaald.



Beslissing van het hof1. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Beide partijen zijn het erover eens dat de vennootschap de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd om een dringende reden nadat zij had vernomen dat de heer W. bij een concurrerend bedrijf in dienst was getreden en dat dit gebeurde gedurende de door de heer W. gegeven opzeggingstermijn.

Mocht de handelswijze van de heer W. gelijk kunnen worden gesteld met een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dan diende de vennootschap deze vast te stellen, wat zij nooit heeft gedaan. Zij heeft daarentegen zelf de overeenkomst beëindigd. De arbeidsrechtbank kon derhalve niet oordelen dat de heer W. de arbeidsovereenkomst eenzijdig had beëindigd door in dienst te treden van een concurrerend bedrijf.

De misvatting is er kennelijk gekomen doordat de heer W. beweerde dat de arbeidsovereenkomst in feite al geëindigd was daar hij tijdens de laatste maand van de opzegtermijn was vrijgesteld van prestaties en dat die periode diende om nog openstaande vakantiedagen en recuperatiedagen op te nemen.

Het is inderdaad juist dat de heer W. was vrijgesteld van prestaties, wat op zijn verzoek gebeurde, doch dat betekent niet dat de arbeidsovereenkomst had opgehouden te bestaan. Bepaalde verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiden bleven bestaan, o.m. de loyauteitsplicht die voortvloeit uit art 1134 Burgerlijk Wetboek en het aan de werknemer door art 17,3° WAO opgelegde verbod om zijn werkgever zowel tijdens de arbeidsovereenkomst als erna oneerlijke concurrentie aan te doen.

De heer W. betoogt dat het algemeen principe van vrijheid van arbeid, zoals verwoord in het decreet d'Allarde eraan in de weg staat dat hem verbod kon worden opgelegd om een andere activiteit uit te oefenen, vooral nu hij vrijgesteld was van prestaties, zodat die activiteit geen invloed kon hebben op de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst.

Het hof meent op die argumentatie niet verder te moeten ingaan, nu aan de heer W. niet zozeer wordt verweten een andere activiteit te hebben uitgeoefend, maar bij een concurrerende onderneming in dienst te zijn getreden en nog wel in dezelfde functie.

Het principe van vrijheid van arbeid moet gedurende de

arbeidsovereenkomst wijken voor het principe van "goede trouw" bij de uitvoering van die overeenkomst.

Art 1134 BW legt aan partijen bij een overeenkomst op deze te goeder trouw uit te voeren. Dit houdt in dat zij zich laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de tegenpartij. Op partijen rust bijgevolg een loyaliteitsplicht die inhoudt dat de werknemer zich onthoudt van alles wat zijn werkgever kan schaden. Een concurrerende activiteit is vanzelfsprekend niet in overeenstemming met het belang van de werkgever. (AH Gent 22-10-1986, TGR, '86, 91; M. Jamouille, Le contrat de travail, II, Luik 1986, nr 115 ; E.Carlier, concurrentie tijdens en na de arbeidsovereenkomst, sociale praktijkstudies nr. 30, Kluwer 2006, p 5)

De loyaliteitsverplichting blijft bestaan zolang de arbeidsovereenkomst duurt en dus ook tijdens een periode van schorsing en tijdens de opzegperiode. (AH Gent 11-2-2011, JTT 2011, 305; AH.Br. 13-4-1990, JTT 1990, 441)

Overeenkomstig art 17,3° van de wet van 3-7-1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (WAO) dient de werknemer zich ervan te onthouden zowel tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst als erna daden van oneerlijke concurrentie te verrichten of daaraan mee te werken.

Concurrentiële activiteiten tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst worden anders beoordeeld dan erna en worden in het licht van de bepaling van art 1134 BW niet toelaatbaar geacht. (AH. Bergen 13-9-2005, JTT 2006, 14; W.Van Eekchoutte, Sociaal Compendium arbeidsrecht 20)

In de arbeidsovereenkomst van de heer W was een niet-concurrentiebeding opgenomen. Daaruit bleek welk belang de vennootschap hechtte aan het concurrentieverbod, nu zij zelfs meende dat de heer W zich na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst moest onthouden van concurrerende activiteiten. Dergelijk beding maakt een verzwarende omstandigheid uit bij de beoordeling van de dringende reden. (arb rb.Gent 18-1-1991, RW 199-92, 336)

De heer W beweert dat hij geen concurrerende activiteit uitoefende.

Bij de beoordeling van de vraag of het een concurrerende activiteit betreft, kan te rade worden gegaan bij de bepalingen m.b.t. het concurrentiebeding. Volgens art 65§1 en 86 §1 WAO kan het concurrentiebeding na het einde van de arbeidsovereenkomst slechts uitwerking hebben voor soortgelijke activiteiten uitgeoefend in

het raam van een eigen onderneming of in dienst van een concurrerende werkgever waardoor de betrokkene de mogelijkheid heeft de onderneming die hij verlaten heeft nadeel te berokkenen door de kennis die eigen is aan de onderneming en die hij op industrieel of handelsgebied in de onderneming heeft verworven voor zichzelf of ten voordele van een concurrerende onderneming aan te wenden. Er is bijgevolg een dubbele gelijksoortigheid vereist. (zie o.m. AH Luik, 8-1-2004, JTT 2004, 331)

Zowel de activiteit van de werknemer zelf als deze van de onderneming is bijgevolg relevant. De activiteit van de opvolgende onderneming moet gelijk zijn aan deze van de onderneming waarin de werknemer voordien was tewerkgesteld.

Een concurrentiebeding kan slechts gelden voor werknemers die rechtstreeks of onrechtstreeks in de uitoefening van hun functie een bijzondere inhoudelijke kennis verwerven op industrieel of commercieel gebied, kennis die eigen is aan de onderneming en die wanneer zij buiten de onderneming wordt benut voor haar nadelig kan zijn.

De termen "op industrieel en handelsgebied" worden ruim opgevat. Daaronder valt o.m. de "know how", dit is de kennis om iets te doen functioneren of te vervaardigen die verwant is aan intellectuele eigendom doch niet dezelfde bescherming geniet

De informatie indien bekend kan de werkgever een concurrentieel nadeel toebrengen en de beneficiaris een voordeel.

In tegenstelling tot intellectuele eigendomsrechten geeft die kennis de onderneming geen monopolie noch exclusieve exploitatierechten indien zij door een derde worden gebruikt. ( De Visscher F. La protection des inventions et du savoir, Le entreprise et les droits intellectuels. Nr.1590)

#### Toepassing op voorliggend geval

Het staat vast dat de heer W. in dienst is getreden bij TELINDUS op 1-12-2010. De arbeidsovereenkomst met die vennootschap werd al op 6-10-2010 ondertekend.

Het is niet betwist dat die vennootschap een rechtstreekse concurrent is van geïntimeerde.

De heer W. oefende er precies dezelfde functie uit als deze die hij bij geïntimeerde uitoefende: nl. deze van "security analyst". Uit niets blijkt dat die taak verschillend was van deze die hij bij

geïntimeerde uitoefende. Het is overigens niet vereist dat de activiteiten volkomen identiek zijn om de vroegere werkgever te kunnen benadelen.

Bij zijn aanwerving bij TELINDUS werd drie jaar relevante beroepservaring vereist, zodat de taak die de heer W bij geïntimeerde uitoefende er wel degelijk toe deed om zijn aanwerving te faciliteren en zijn nieuwe functie naar behoren uit te oefenen.

Dat de heer W niet rechtstreeks in contact stond met de klanten is geen determinerend aspect. Door de kennis die hij verworven had bij geïntimeerde kon hij de klanten van zijn nieuwe werkgever gespecialiseerde diensten aanbieden die tot voordeel strekten van zijn nieuwe werkgever.

Dat hij in zijn functie kennis verwierf waarmee hij zijn werkgever kon benadelen indien hij deze zou uitoefenen bij een concurrerende vennootschap moge blijken uit het feit dat TELINDUS evenzeer een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst inlaste.

De heer W beschikte bovendien nog steeds over de toegangscode van geïntimeerde.

Er is dus wel degelijk sprake van dubbele gelijksoortigheid, kenmerkend voor concurrentie.

De heer W voert aan dat hij reeds eerder toelating had gekregen voor een nevenactiviteit voor de bvba PNCS. De vennootschap betwist dit niet doch wijst erop dat de heer W hiervoor toestemming had gevraagd. Dat gaf haar de gelegenheid te beoordelen of die activiteit haar kon benadelen en dat achtte zij niet het geval.

Anders dan PNCS merkt zij op dat TELINDUS net zoals zij zelf een multinational is met wereldwijde netwerken waarvan de diensten bestaan in het beheren van security devices en troubleshooting ervan aangevuld met het monitoren van devices met proactieve acties en analyse van inbraakmogelijkheden op de netwerken. Het monitoren werd 24u op 24 en 7 dagen op 7 gewaarborgd.

De vennootschap wijst erop dat het monitoren en security instant handling en onderzoek van bepaalde inbreuken precies de sterke punten waren van de heer W die hij ten voordele van TELINDUS kon aanwenden.

Dergelijke activiteit was onmogelijk voor PNCS merkt ze op.

Het hof is van oordeel dat de heer W door in dienst te treden van een concurrerende onderneming voor de uitoefening van dezelfde functie als deze die hij reeds bij geïntimeerde uitoefende, in weerwil van het beding in zijn arbeidsovereenkomst waarbij hij er zich toe verbond "zowel tijdens als na de arbeidsovereenkomst zich te onthouden van elke daad van oneerlijke concurrentie of eraan mee te werken" een ernstige tekortkoming heeft begaan waardoor verdere samenwerking tussen partijen onmiddellijk en definitief onmogelijk was geworden.

Het ontslag om dringende reden is bijgevolg gegrond. De vennootschap is bijgevolg geen opzeggingsvergoeding verschuldigd noch een dertiende maand.

Vorderingen in ondergeschikte orde ingesteld tot het bekomen van achterstallig loon en vakantiegeld

- Ontvankelijkheid

Het hof treedt de beslissing van de arbeidsrechtbank bij dat die vorderingen virtueel begrepen waren in de oorspronkelijke dagvaarding.

In de dagvaarding was immers vermeld dat de heer W vrijstelling van prestaties tijdens de opzegtermijn had gevraagd en bekomen om nog resterende vakantiedagen en recuperatiedagen te kunnen opnemen. Dit impliceert dat hij nog voor een aantal dagen, overeenstemmend met de nog resterende opzegtermijn meende vergoed te moeten worden.

Het ontslag om dringende reden heeft hem verhinderd nog openstaande dagen op te nemen. Dit stelt de vennootschap niet vrij van betaling van het loon en vakantiegeld dat er betrekking op heeft. De heer W kon bijgevolg zijn vordering uitbreiden op grond van art 807 Gerechtelijk Wetboek.

Mocht blijken dat inderdaad nog loon en vakantiegeld verschuldigd is, dan kan de niet betaling ervan gesteund worden op een misdrijf op grond van art 42 van de loonbeschermingswet (nu art. 162,1<sup>e</sup> Sociaal Strafwetboek) en art. 54 van de jaarlijkse vakantiewet ( nu art. 162,3<sup>e</sup> van het Sociaal Strafwetboek).

Uit de stukken blijkt dat van de 20 dagen wettelijke vakantie, er reeds 8 waren opgenomen voor de aanvang van de opzegtermijn (1 in juli 2008 en 7 in augustus 2008). De vennootschap heeft er nog 12 betaald tijdens de maand december 2009. Alle wettelijke vakantiedagen werden bijgevolg betaald.

Dat de heer W nog aanspraak zou kunnen maken op aanvullende vakantiedagen wordt door de vennootschap betwist en blijkt uit geen enkel stuk.

Wat het resterende gedeelte van de vordering betreft merkt de vennootschap terecht op dat de heer W de betwisting pas heeft opgeworpen anderhalf jaar na de beëindiging van de arbeidsrelatie en na betaling van een aantal achterstallige bedragen door de vennootschap.

De heer W meent dat de vennootschap zich door het ondertekenen van de opzegbrief van 30-9-2008 akkoord verklaard heeft met de daarin vermelde openstaande saldo: hetzij 15 vakantiedagen en 31,5 recuperatiedagen. Het hof deelt deze zienswijze niet. De vennootschap ondertekende de opzegbrief voor ontvangst. Zij stelt op dat ogenblik niet te hebben kunnen nagaan of de vermelding van openstaande saldi correct was. Bovendien stemde het gedeelte van de opzegtermijn waarvoor de heer W vrijstelling van prestaties vroeg om de resterende dagen te kunnen opnemen slechts overeen met 21 werkdagen. (In december was er nog één feestdag)

Het is bovendien niet duidelijk waarop die vordering precies slaat. In de brief van 30-9 is er sprake van recuperatiedagen. Zijn vordering in conclusie heeft eveneens betrekking op recuperatiedagen.

De heer W beweert dat het om loon voor overuren gaat, doch vordert slechts betaling van het gewone loon en niet van overloon. Er blijkt niet dat in de onderneming een flexibele arbeidsregeling gold.

Aangezien er gepresteerd werd in een arbeidsregeling van 40 uur per week, gaf dit recht op een recuperatiedag per maand. De vennootschap merkt terecht op dat dit slechts 11 recuperatiedagen opleverde voor de prestaties tot eind november 2008. Voor de totale duur van de tewerkstelling, komt men maar aan 29 dagen.

De loonfiche voor juli 2008 vermeldt 7 inhaalrustdagen naast 1 vakantiedag, deze van augustus, 1 inhaalrustdag, 7 vakantiedagen. Op het moment dat de heer W vrijstelling van prestatie vroeg (30/9) tijdens de laatste maand opzegtermijn ter compensatie van vakantiedagen en inhaalrust: was er bijgevolg nog een saldo van 12 vakantiedagen en 3 inhaalrustdagen voor 2008 (15) op te nemen.

Volgens de loonfiche van oktober werd er tijdens die maand nog 1 inhaalrustdag betaald en volgens deze van december nog 2

inhaalrustdagen in die maand.

Dit brengt de teller van de inhaalrustdagen voor 2008 op nul.

Volgens de loonfiches van 2007 zouden tijdens dat jaar maar 1,5 inhaalrustdagen zijn betaald, zodat er nog een saldo open stond van 10,5 inhaalrustdagen.

In december werden nog 6 compensatiedagen uitbetaald. Er bleef bijgevolg nog een saldo te betalen van 4,5 compensatiedagen.

De heer W kon die vorderingen op een misdrijf steunen. Er is wel degelijk een materieel element dat uit de loonfiches blijkt. Wanneer de inhaalrust niet kan worden toegekend voor het einde van de opzeggingstermijn of wanneer zonder opzegging een einde wordt gemaakt aan een overeenkomst voor onbepaalde tijd, moet het loon overeenkomstig art 11 van de loonbeschermingswet worden vastgesteld als loon dat verschuldigd is of zou geweest zijn op het einde van de arbeidsovereenkomst (art 9bis§1, derde lid loonbeschermingswet. 'J.Petit, De arbeidstijdregeling, Die Keure, 2001 nr. 114).

Art. 42 van de loonbeschermingswet (nu art. 162, 1° Soc.SWB.) bestraft inbreuken op o.m. art. 9 tot 9 quinquies en 11 van diezelfde wet.

Het niet betalen van loon op het daarvoor bepaalde tijdstip en ten laatste op het einde van de arbeidsverhouding geeft minstens blijk van een schuldige nalatigheid, wat volstaat als moreel element voor een loonmisdrijf. De vordering van de heer W komt bijgevolg gegrond voor tot beloop van:

$2.885,98 \times 3/65 \times 4,5 = 599,39$  euro

Het vertrekvakantiegeld daarop maakt eveneens deel uit van de opgelopen schade:

$599,39 \times 15,38\% = 92,18$  euro.

De heer W geeft geen nadere verklaring voor het meer gevorderde en heeft de vordering slechts anderhalf jaar nadien ingesteld. Een bewijs van overuren wordt niet geleverd.

Het hof acht die vordering ongegrond bij gebreke aan enige precisering of bewijs en gelet op de betwisting vanwege de vennootschap.

Wat de vordering m.b.t. het feestdagenloon voor 1 feestdag in de maand november 2008 betreft merkt de vennootschap terecht op dat de heer W zijn oorspronkelijke vordering hiermee niet kon

uitbreiden op grond van art 807 Gerechtelijk Wetboek. Deze vordering is immers niet terug te voeren tot een feit of akte in de dagvaarding vermeld. Er is nooit sprake geweest van niet betaling van loon voor feestdagen.

**OM DEZE REDENEN;**

**HET ARBEIDSHOF;**

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het bijzonder op het artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis in de mate het de vordering tot het bekomen van een saldo opzeggingsvergoeding en een dertiende maand afwijst en de uitbreiding van de vordering bij op 21-5-2010 ter griffie neergelegde conclusie ontvankelijk verklaart;

Hervormt het voor het overige;

Verklaart de vordering ingesteld bij op 20-12-2010 ter griffie neergelegde conclusie met betrekking tot het loon voor een feestdag in november 2008 onontvankelijk.

Verklaart de vordering, gesteund op het misdrijf van niet betaling van loon en vakantiegeld daarop gegrond ten belope van een bedrag van 599,39 euro plus 92,18 euro als schadevergoeding overeenstemmend met het loon voor 4,5 inhaalrustdagen en het vertrekvakantiegeld daarop, vermeerderd met de wettelijke intresten op het bedrag van 599,39 euro overgaand in de gerechtelijke intresten vanaf 21-5-2010 en de gerechtelijke intresten op 91,96 euro vanaf diezelfde datum.

Slaat de kosten om tussen partijen.

De proceskosten werden door partijen begroot op:

In hoofde van de appellant op:

- 990 euro als rechtsplegingvergoeding voor het arbeidshof;

In hoofde van de geïntimeerde op:

- 990 euro als rechtsplegingvergoeding voor het arbeidshof.



Aldus gewezen door de derde kamer en ondertekend door:

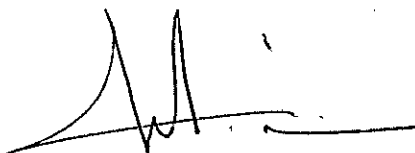
G. Balis, kamervoorzitter;

E. Van Laer, raadsheer in sociale zaken, als werkgever;

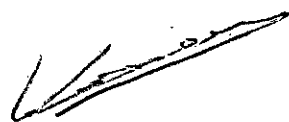
A. Leurs, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-  
bediende;

Bijgestaan door

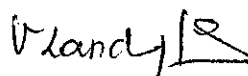
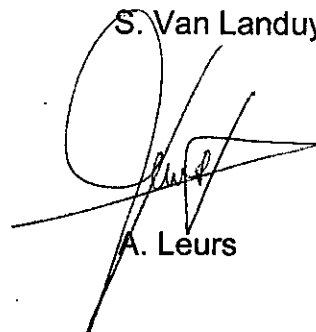
S. Van Landuyt, afgevaardigd griffier.



G. Balis



E. Van Laer

S. Van Landuyt

A. Leurs

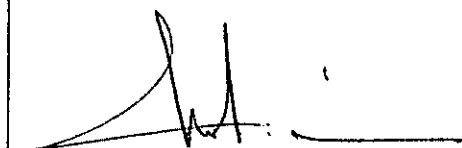
en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer  
van het arbeidshof te Brussel op 16 oktober tweeduizend en twaalf  
door :

G. Balis

kamervoorzitter

Bijgestaan door  
S. Van Landuyt

afgevaardigd griffier.



G. Balis

  
S. Van Landuyt

