

Rep.Nr.

2012/3126

# ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

## ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 7 DECEMBER 2012.

3DE KAMER

Bediendecontract  
Tegensprekelijk  
Definitief

In de zaak:

S. E

Appellant op hoofdberoep en geïntimeerde op incidenteel beroep, vertegenwoordigd door Mr. A. COOPMAN loco Mr E. VERGAUWEN, advocaat te Heverlee.

Tegen:

**PIRMATECH BVBA**,  
met maatschappelijke zetel gevestigd te  
3001 HEVERLEE, Ambachtenlaan 30.

Geïntimeerde op hoofdberoep en appellante op incidenteel beroep, vertegenwoordigd door Mr A. VERLINDEN, advocaat te Leuven.

★

★

★

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

Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer bepaald:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het vonnis gewezen op tegenspraak door de Arbeidsrechtbank van Leuven op 20 oktober 2011;
- het verzoekschrift in hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 28 maart 2012;

- de conclusies van de partijen en de syntheseconclusie van geïntimeerde partij;

Gelet op de door partijen neergelegde stukken.

Gehoord de partijen in hun middelen en verdediging ter openbare terechtzitting van 9 november 2012 waarna de debatten gesloten werden, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

★

★ ★

### I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 26 december 1984 ondertekenden de heer V F en de heer S B een arbeidsovereenkomst voor werklieden van onbepaalde tijd, waardoor de heer S vanaf die datum werd aangeworven als draaier - frezer.

Op 1 januari 1989 liet de heer V zijn zaak over aan de bvba Pirmatech. De heer S werd ontslagen door de heer V, maar hij werd op 3 januari 1989 met dezelfde arbeidsvoorwaarden en behoud van zijn eerdere anciënniteit terug aangeworven door Pirmatech.

Op 31 december 1992 beëindigde Pirmatech deze arbeidsovereenkomst als arbeider, maar partijen sloten onmiddellijk een nieuwe arbeidsovereenkomst als bediende, waarbij de anciënniteit als arbeider behouden bleef.

2. Op 5 oktober 2010 verbrak Pirmatech deze arbeidsovereenkomst wegens economische en organisatorische redenen. Voor de verdere afhandeling werd doorverwezen naar de raadsman van de firma.

Bij brief van 26 oktober 2010 meldde Pirmatech dat, gelet op de verbreking, de opzeg gebeurde met vrijstelling van prestaties. Het loon van oktober zou worden uitbetaald. De opzegging van 15 maanden zou ingaan op 1 november 2010.

3. Bij aangetekende brief van de raadsman van de heer S van 4 november 2010 werd Pirmatech gewezen op de verbreking en beëindiging op 5 oktober 2010, zodat op 26 oktober 2010 geen opzegging meer kon worden gegeven. Er werd een opzeggingsvergoeding gevraagd van 26 maanden of € 133.404,19 vermeerderd met intresten,

samen met achterstallig loon oktober en pro rata eindejaarspremie. Ook de afgifte van sociale documenten werd gevorderd. Tenslotte werd er op gewezen dat de anciënniteit inging op 26 december 1984, zodat ze 25 jaar en 9 maanden bedroeg.

4. Op 7 december 2010 dagvaardde de heer S Pirmatech voor de arbeidsrechtbank te Leuven en hij vorderde betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van 26 maanden of € 131.552,63
- een pro rata eindejaarspremie van € 2.552,39 vermeerderd met intresten en kosten

Tevens vroeg hij afgifte van sociale en fiscale documenten.

5. Bij tussenvonnis van 20 januari 2011 van de arbeidsrechtbank te Leuven werd deze vordering ontvankelijk en provisioneel gegrond verklaard ten belope van

- een pro rata eindejaarspremie van € 2.552,39
  - een bruto opzeggingsvergoeding van 15 maanden of € 70.840, waarvan het netto wordt gemensualiseerd op basis van art. 39 bis arbeidsovereenkomstenwet.
- Voor het overige van de vordering werd de zaak naar de rol gezonden.

De opzeggingsvergoeding van 15 maanden betrof het minimum (enkel rekening houdend met de anciënniteit bij Pirmatech); de mensualisering was door Pirmatech gevraagd bij conclusie van 16 december 2010.

6. Pirmatech stelde nog een tegenvordering om de verbreking van 5 oktober 2010 om te zetten in een ontslag om dringende reden. Tevens vroeg ze een concurrentieverbod voor 2 jaar en een schadevergoeding wegens oneerlijke concurrentie van € 10.000/maand.

7. Bij eindvonnis van 20 oktober 2011 werd Pirmatech bijkomend veroordeeld tot betaling van een opzeggingsvergoeding van 5 maanden of € 25.300, vermeerderd met intresten + kosten en verder te mensualiseren.

De tegenvordering werd afgewezen als ongegrond.

8. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 23 maart 2012, tekende de heer S hoger beroep aan tegen het tussenvonnis van 20 januari 2011 en het eindvonnis van 20 oktober 2011.

Hij handhaafde hierbij zijn oorspronkelijke vordering onder aftrek van de reeds gedane betalingen.

In ondergeschikte orde, voor zover de mensualisering zou worden aanvaard, vroeg hij de indexatie van de te mensualiseren bedragen.

Hij breidde zijn eis uit in graad van hoger beroep tot afgifte van de loonfiches m.b.t. opzeggingsvergoeding en pro rata eindejaarspremie.

Pirmatech stelde incidenteel beroep in en vroeg de opzeggingsvergoeding te herleiden tot 18 maanden i.p.v. 20 maanden, waarvan 16 maanden betaald.

Ze vroeg het behoud van de mensualiteiten en wenste de rechtsplegingsvergoeding beperkt te zien tot het minimum.

Er is geen betwisting over de verschuldigdheid en de berekening van de pro rata eindejaarspremie; op dit punt is er geen hoger beroep.

Er is ook geen incidenteel beroep in verband met het afwijzen van de tegenvordering.

## II. BEOORDELING.

1. Er worden geen betekeningaktes voorgelegd van de bestreden vonnissen.

Pirmatech werpt wel op dat de heer S in deze vonnissen zou hebben berust omwille van de briefwisseling over het tussenvonnissen en de onderhandeling over het eindvonnis.

2. Berusten in een beslissing is afstand doen van de rechtsmiddelen die een partij tegen alle of sommige punten van die beslissing kan aanwenden of reeds heeft aangewend. (art. 1044 Ger. W.)

Bij gebreke aan een uitdrukkelijke berusting kan de stilzwijgende berusting alleen worden afgeleid uit bepaalde en met elkaar overeenstemmende akten of feiten waaruit blijkt dat de partij het vaste voornemen heeft haar instemming te betuigen met de beslissing. (art. 1045 Ger. W.)

Het hoort aan de bodemrechter om op onaantastbare wijze de feiten vast te stellen waarop hij zijn beslissing over de stilzwijgende berusting grondt. (Cass. 2 juni 1994, A.C. 1994,569)

3. Pirmatech verwijst naar de betalingen die ze zelf heeft gedaan als gevolg van het tussenvonnissen en ze brengt onder haar stuk 13 een van haar uitgaand

overzicht van deze betalingen voor. Dit is geen feit of akte die in hoofde van de heer S de basis kan zijn voor een berusting, ook niet stilzwijgend.

Dit is evenmin het geval in verband met het navragen rond de verdere uitvoering in de brief van 8 april 2011. De raadsman van de heer S vroeg hierover verder bericht zonder inhoudelijk standpunt in te nemen.

In de brief van 2 november 2011 na het eindvonnis meldt de raadsman van de heer S uitdrukkelijk dat hij overweegt hoger beroep aan te tekenen, maar dat hij voorafgaandelijk nog een gesprek wilde.

In de daaropvolgende briefwisseling wordt verwezen naar de niet uitgevoerde toezeggingen van de kant van Pirmatech na deze gesprekken. Er wordt nergens beweerd dat deze gesprekken tot een akkoord of een berusting hebben geleid.

Gelet op de uitdrukkelijke aankondiging in de brief van 2 november 2011 dat de gesprekken niets afdeden aan het voorgenomen hoger beroep, was er geen berusting, alleszins wordt dit niet aangetoond door Pirmatech.

Bij gebreke aan berusting, werd het hoger beroep tegen beide vonnissen tijdig ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

#### **De opzeggingsvergoeding**

4. Terecht heeft de eerste rechter vastgesteld dat Pirmatech op 5 oktober 2010 de arbeidsovereenkomst verbroken heeft. De heer S heeft daardoor 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, 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).

Partijen hebben geen discussie meer over het jaarloon van € 60.720 en over de volledige anciënniteit van 25 jaar en 9 maanden, dit rekening houdend met de conventionele overnames, beschreven in randnummer I.1.

De heer S had de functie van meester-gast en had de leeftijd van 45 jaar.

Ten onrechte wil Pirmatech de opzeggingsvergoeding beperkt zien tot de minimumvergoeding van 18 maanden. Rekening houdend met bovenvermelde elementen, de gegevens eigen aan de zaak en de belangen van beide partijen kan de kans van de heer S om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden worden geschat op 25 maanden.

Noch de financiële economische situatie van Pirmatech, (Arbh. Brussel 16 mei 2008, JTT 2008, 334) noch de concrete plannen van de heer S na zijn ontslag, (Arbh. Brussel 22 april 2008, JTT 2008, 335) kunnen hieraan afbreuk doen.

De opzeggingsvergoeding wordt op forfaitaire wijze bepaald op het ogenblik van het ontslag en de situatie van Pirmatech heeft geen relevantie voor de kans van de heer S om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden.

5. Uiteraard dient het reeds uitbetaalde deel van de opzeggingsvergoeding in mindering te worden gebracht.

De heer S zegt de bewering van Pirmatech dat al 16 maanden werden uitbetaald, niet te kunnen controleren, daar hij enkel de netto-uitbetalingen kent en er geen loonfiches werden afgeleverd.

Terecht vraagt de heer S dan ook afgifte van het vakantieattest, C4-formulier en loonfiches in verband met opzeggingsvergoeding en eindejaarspremie, zodat partijen tot volledig nazicht en afrekening kunnen overgaan.

Bij gebreke aan vrijwillige afgifte binnen de 14 dagen na betekening van het arrest, wordt de afgifte opgelegd onder verbeurte van een dwangsom van € 25 per

ontbrekend document en per dag vertraging met een maximum van € 3.000

De opzeggingsvergoeding bedraagt € 60.720/12 x 25 = € 126.500 te vermeerderen met wettelijke intresten vanaf 5 oktober 2010 en de gerechtelijke intresten en onder aftrek van de in de loop van de procedure reeds gedane betalingen.

### De mensualisering

6. Art.39bis van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de werkgever de bij art. 39 §1 bedoelde opzeggingsvergoeding in maandtermijnen kan betalen, wanneer het ontslag wordt gegeven door een onderneming in moeilijkheden of die uitzonderlijk ongunstige economische omstandigheden kent.

De Koning bepaalt bij in Ministerraad overlegd besluit, na advies van de Nationale Arbeidsraad, wat moet worden verstaan onder onderneming in moeilijkheden of die uitzonderlijk ongunstige economische omstandigheden kent.

Hieraan werd uitvoering gegeven door het KB van 29 augustus 1985.

Niet betwist wordt dat Pirmatech aan de bepaling van art. 1 van dit besluit voldoet.

Art.2 zegt verder:

*Om te genieten van de bepalingen van art. 39bis van voormelde wet van 3 juli 1978, moet de werkgever schriftelijk aan de ontslagen werknemer de bepaling(en) van artikel 1 ter rechtvaardiging van het feit dat de onderneming in moeilijkheden is of die uitzonderlijk ongunstige economische omstandigheden kent ter kennis brengen.*

In een arrest van het arbeidshof te Brussel van 3 mei 1995 (JTT 1996, 294; zie eveneens Arbrb. Charleroi 11 april 1994, JTT 1995, 13) werd geoordeeld dat deze kennisgeving moet gebeuren voor de betaling van het eerste maandelijkse bedrag. Een latere kennisgeving kan die onregelmatigheid niet dekken.

7. Pirmatech gaf slechts kennis van het feit dat ze in moeilijkheden verkeerde of dat ze uitzonderlijk ongunstige economische omstandigheden kende, bij conclusie voor de eerste rechter van 16 december 2010. Ze gaf daarbij aan dat oktober 2010 door haar reeds was betaald.

Hierbij moet worden opgemerkt dat tot 5 oktober 2010 loon verschuldigd was en pas het gedeelte dat betrekking heeft op de periode na die datum, als deel van de opzeggingsvergoeding kan worden gekwalificeerd.

Zonder daarin te worden tegengesproken, houdt de heer S voor dat ook in november nog een betaling gebeurde.

Hieruit vloeit voort dat de kennisgeving van art. 2 van het KB van 29 augustus 1985 pas gebeurde nadat een aanvang werd genomen met de betalingen, zodat Pirmatech niet voldeed aan de bepalingen van dit KB.

Ten onrechte heeft de eerste rechter dan ook geoordeeld dat de voorwaarden voor mensualisering vervuld waren.

Hieruit vloeit tevens voort dat de heer S geen aanspraak kan maken op de indexering, voorgeschreven in art. 39bis §2 van de arbeidsovereenkomstenwet.

#### De gerechtskosten

8. Als in het ongelijk gestelde partij moeten de gerechtskosten ten laste worden gelegd van Pirmatech.

Gelet op haar moeilijke financiële situatie vraagt ze terecht om de rechtsplegingsvergoedingen te beperken tot het minimumbedrag.

★

★

★

**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 sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond,

Vernietigt de bestreden vonnissen op het punt van de opzeggingsvergoeding, de mensualisering, de afgifte van de sociale en fiscale documenten, in zoverre daarover



niet werd beslist en de gerechtskosten en hierover opnieuw recht doende,

Veroordeelt de bvba Pirmatech tot betaling aan de heer S van een opzeggingsvergoeding van 25 maanden of € 126.500 te vermeerderen met wettelijke intresten vanaf 5 oktober 2010 en de gerechtelijke intresten en onder aftrek van de in de loop van de procedure reeds gedane betalingen.

Wijst de vraag tot mensualisering en indexering van de maandtermijnen af.

Veroordeelt de bvba Pirmatech tot afgifte aan de heer S van een vakantieattest, C4-formulier en loonfiches in verband met opzeggingsvergoeding en eindejaarspremie, en bij gebreke aan vrijwillige afgifte binnen de 14 dagen na betekening van het arrest, legt de afgifte op onder verbeurte van een dwangsom van € 25 per ontbrekend document en per dag vertraging met een maximum van € 3.000

Bevestigt, voor zover als nodig, de vonnissen van de eerste rechter wat betreft de eindejaarspremie en de afwijzing van de tegenvordering

Veroordeelt de bvba Pirmatech tot betaling aan de heer S van de gerechtskosten van beide aanleggen, deze aan de zijde van de heer S vereffend op

Dagvaarding	€ 150,20
Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg minimumbedrag	€ 1.100,00
Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep minimumbedrag	€ 1.100,00
Totaal	€ 2.350,20

★

★

★

Aldus gewezen door de 3de kamer van het Arbeidshof te Brussel en ondertekend door:

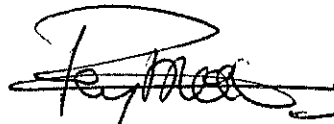
L. LENAERTS: Raadsheer,

L. REYBROECK: Raadsheer in Sociale Zaken als werkgever,

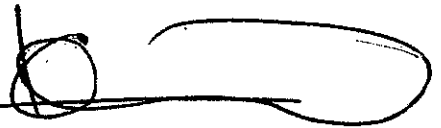
R. VANDENPUT: Raadsheer in Sociale Zaken als werknemer-bediende,

En bijgestaan door:

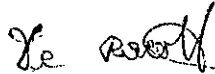
D. DE RAEDT: Griffier,



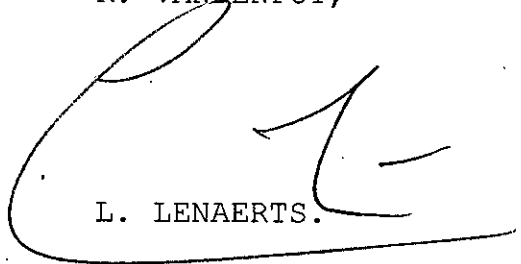
L. REYBROECK,



R. VANDENPUT,

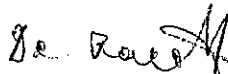


D. DE RAEDT,

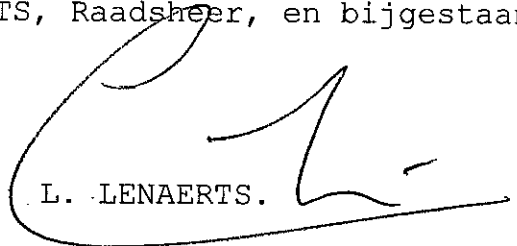


L. LENAERTS.

En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 3de kamer van het Arbeidshof te Brussel op 7 december 2012 door de heer L. LENAERTS, Raadsheer, en bijgestaan door D. DE RAEDT, Griffier,



D. DE RAEDT,



L. LENAERTS.