

rep.nr.

2013/1002

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 29 MAART 2013

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

N.V. MAN TRUCK & BUS, met maatschappelijke zetel te
1730 ASSE, Brusselsesteenweg 406,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. DAEMS Sebastien, advocaat te
1050 BRUSSEL, Louizalaan 240.

Tegen:

P **F**
geïntimeerde,
verschijnend in persoon en bijgestaan door mr. CARLIER Piet, advocaat
te 3500 HASSELT, Gouverneur Roppesingel 131.

*

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 31 maart 2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 24e kamer (A.R. 09/6878/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 29 maart 2012,
- de conclusie, de aanvullende en syntheseconclusie voor de appellante neergelegd ter griffie, respectievelijk op 29 augustus 2012 en 28 december 2012,

- de conclusie, de aanvullende conclusie en syntheseconclusie voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 29 juni 2012, 29 oktober 2012 en 28 januari 2013,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 1 maart 2013, 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 F P was van 1988 tot 1998 tewerkgesteld bij Renault Trucks Bielen te Heusden waar hij de verkopers van vrachtwagens leidde.
2. Op 1 augustus 1998 kwam hij in dienst bij de NV Man Truck & Bus (hierna afgekort als *Man*), wat bevestigd werd in een schrijven van Man van 18 mei 1998 dat de tewerkstellingsvoorwaarden als 'Key Accounts Manager' omschreef.

Er werd hem een anciënniteit, gelijkwaardig aan tien jaar dienst, toegekend. Hij had een vaste wedde van 130.000 BEF/maand (of € 3.222,62) en een vaste commissie van 95.000 Bef/maand (of € 2.354,99) op een omzet van 120 voertuigen per jaar en een bijkomende commissie van 0,50% voor supplementaire omzet boven deze 120 voertuigen.

3. Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de contractvoorwaarden was bepaald, erkennen beide partijen dat de commissielonen slechts werden uitgekeerd na betaling van de factuur door de klant. De opvolging gebeurde via lijsten opgemaakt met behulp van de secretaresse van de heer F (zie stuk A.36 van de heer P).

Tevens was de heer P de enige Key Account manager en zijn verkopen werden op de interne documenten aangemerkt met een 'key-nummer'.

Tot 2007 werkte dit systeem en werden de commissielonen op die wijze afgerekend en uitbetaald.

4. Op 11 maart 2008 werd de heer P door zijn toenmalige directeur, de heer S (G) geëvalueerd en werd vastgesteld dat hij de vooropgezette objectieven van 2007 had bereikt. Tevens werden de objectieven van 2008 bepaald.
5. Vanaf 1 mei 2008 wijzigde de directie en werd de heer B de nieuwe Managing Director.

De heer F informeerde in de loop van de maand juni 2008 bij de heer B naar de betaling van de openstaande commissielonen 2008. Deze antwoordde dat de voertuigen eerst betaald moesten worden en dat de uitbetaling na het zomerverlof zou volgen.

Via zijn secretaresse liet de heer P een lijst opmaken van de openstaande bestellingen. Hij merkte:

- in geel: de eerste 120 vrachtwagens, waarop geen recht op bijkomend commissieloon
- in rood: geleverde, maar niet betaalde vrachtwagens
- in blauw: geleverde en betaalde vrachtwagens
- in groen: vrachtwagens waarvoor commissieloon werd ontvangen.

Beide partijen verwijzen naar deze lijst; Man duidt met kruisjes links in de lijst enkele bestellingen aan waarvoor volgens haar geen commissieloon verschuldigd was.

6. Na een gesprek, verzonden de heer B en de verkoopdirecteur D op 25 augustus 2008 een aangetekende brief waarin aan de heer P werd gemeld dat zijn arbeidsovereenkomst wegens een onderzoek geschorst werd tot in principe 19 oktober 2008, en dit met behoud van loon en functie.

Wel diende hij ter beschikking te blijven op de zetel voor het beantwoorden van vragen in het kader van het onderzoek.

Tijdens deze periode werd een nieuw organigram opgemaakt, waarin de heer P niet vermeld werd.

Hoewel Man aan de heer P een ganse lijst onregelmatigheden wil aanwrijven, die worden opgelijst op het vijfde blad van het bestreden vonnis, worden na het onderzoek geen verwittigingen of waarschuwingen aan het adres van de heer P geformuleerd.

Op 21 oktober 2008 deelde de heer B per e-mail mee dat het zgn. *vierogenprincipe* moest worden toegepast, zodat de heer P niet meer alleen klanten kon bezoeken. De verkoopdirecteur moest beslissen wie hem zou vergezellen. Tevens was voor elke beslissing de schriftelijke goedkeuring van de heer B vereist.

7. Bij aangetekende brief van 18 december 2008 werd de heer P ontslagen met betaling van een opzeggingsvergoeding van 15 maanden of € 341.618,40, aangevuld met een uitwinningsvergoeding van € 136.647,20. Tevens werd hem outplacement aangeboden.

8. Op 6 mei 2009 legde de heer P een tegensprekelijk verzoekschrift neer bij de arbeidsrechtbank te Brussel en hij vorderde na aanpassing in besluiten betaling vanwege Man van volgende bedragen:

- een aanvullende opzeggingsvergoeding op basis van 26 maanden of € 188.041,03
- feestdagenloon van € 395,10 en het vakantiegeld hierop van € 60,61
- een uitwinningsvergoeding van € 3.953,42
- een vergoeding collectief ontslag van € 1 provisioneel
- commissieloon van € 151.583,94 provisioneel en het vakantiegeld hierop van € 23.252 provisioneel

vermeerderd met intresten waarvoor de kapitalisatie gevraagd wordt en met de kosten.

Tevens vroeg hij afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

Bij conclusie van 9 december 2009 stelde Man een tegenvordering in terugbetaling van:

- betaalde doch onverschuldigde commissielonen van € 22.546,05
- te veel betaalde uitwinningsvergoeding van € 39.042,06 vermeerderd met intresten en kosten.

9. Bij tussenvonnis van 31 maart 2011 verklaarde de arbeidsrechtbank te Brussel de hoofd- en tegenvordering ontvankelijk en verklaarde de hoofdvordering reeds gegrond ten belope van:

- een aanvullende opzeggingsvergoeding op basis van 24 maanden of € 99.048,72 provisioneel
- feestdagenloon van € 395,10 vermeerderd met wettelijke, minstens vergoedende intresten vanaf 18 december 2008
- commissieloon van € 93.490,20 provisioneel en vakantiegeld hierop van € 14.341,39 provisioneel met kapitalisatie van intresten.

Voor verdere instaatstelling m.b.t. het bewijs en de afrekening van de commissielonen werden de debatten heropend.

10. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 29 maart 2012, tekende Man hoger beroep aan en vroeg dat de hoofdeis zou worden afgewezen als ontvankelijk doch ongegrond. De tegenvordering werd hernomen en ze vroeg dat deze gegrond zou worden verklaard.

Bij wijze van incidenteel beroep en in het kader van de devolutieve kracht van het hoger beroep herformuleerde de heer P zijn vordering en vroeg nu betaling van:

- een aanvullende opzeggingsvergoeding van 26 maanden of € 512.889,28, minstens € 457.432,32
- feestdagenloon van € 3.130 en het vakantiegeld hierop of € 480,45, minstens € 2.458,61 en vakantiegeld van € 377,39
- een saldo uitwinningsvergoeding van € 93.412,56 of minstens € 78.481,84 vermeerderd met wettelijke, minstens vergoedende intresten vanaf 18 december 2008 en gerechtelijke intresten, berekend op bruto, behalve voor de vakantiegelden op netto
- achterstallig commissieloon van € 116.036,25
- achterstallig commissieloon op de bestellingen DD Trans of € 21.295
- achterstallig commissieloon (art. 92) of € 35.547,71 vermeerderd met wettelijke, minstens vergoedende intresten vanaf de eisbaarheid en de gerechtelijke intresten
- vertrekvakantiegeld op deze commissielonen of € 26.519,63 vermeerderd met gerechtelijke intresten op netto vanaf 9 februari 2010 met kapitalisatie betaling gerechtskosten

Hij vroeg dat de tegenvordering zou worden afgewezen als ongegrond.

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. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

Omdat de discussie over de commissielonen ook zijn belang heeft voor de becijfering van de overige onderdelen van de vordering en tegenvordering, zal het hof dit punt eerst behandelen.

Commissielonen - art. 90 en 91 arbeidsovereenkomstenwet

2. Art. 90 van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt:

Het commissieloon is verschuldigd voor iedere order die door de werkgever wordt aanvaard, zelfs indien op die order geen uitvoering volgt, behalve in geval van niet-uitvoering door de schuld van de handelsvertegenwoordiger.

Iedere order wordt vermoed aanvaard te zijn behoudens weigering of voorbehoud door de werkgever aan zijn handelsvertegenwoordiger schriftelijk medegedeeld binnen een in de overeenkomst bepaalde termijn. Is deze termijn niet bepaald, dan bedraagt hij een maand vanaf het doorgeven van de order.

In overeenstemming met art. 91 van de arbeidsovereenkomstenwet heeft de handelsvertegenwoordiger recht op commissieloon voor de orders die hij heeft aangebracht, zelfs als zij worden aanvaard na het einde van de overeenkomst.

De termijn voor de eisbaarheid van de commissielonen oefent geen invloed uit op het recht op commissieloon, maar stelt er slechts de eisbaarheid van uit (D. Ryckx, *Loon van de handelsvertegenwoordiger*, in *Actuele problemen arbeidsrecht 2*, Kluwer, 1987, 265, nr. 361).

3. In de arbeidsovereenkomst van 18 mei 1998 wordt geen termijn bepaald voor de schriftelijke mededeling door de werkgever van zijn weigering of voorbehoud van de aanvaarding van de orders.

Hierdoor is ten gevolge van art. 90 van de arbeidsovereenkomstenwet deze termijn een maand na het doorgeven van de order.

4. De door de heer P gevorderde commissielonen zijn vermeld in de lijst van zijn stuk A.7 en de orders werden gerangschikt op datum van de factuur. De laatste factuur is gedateerd op 27 november 2008.

Uiteraard gaat het doorgeven van de orders het opstellen van de factuur vooraf. M.b.t. de doorgegeven orders brengt Man geen weigering of voorbehoud voor dat zou geformuleerd zijn binnen een maand na het doorgeven van de order. Hierdoor worden ze vermoed aanvaard te zijn, zodat de heer P terecht aanspraak maakt op betaling van commissieloon.

Niet betwist wordt dat deze orders aan de werkgever zijn doorgegeven, want Man argumenteert in randnummer 31 van haar aanvullende syntheseconclusie, neergelegd op 28 december 2012, op basis van dezelfde lijst.

De huidige argumentatie van Man heeft enkel betrekking op redenen van weigering of voorbehoud die echter niet binnen de termijn van art. 90 van de arbeidsovereenkomstenwet werden geformuleerd.

Zo argumenteert Man dat de heer B na zijn aantreden op 1 mei 2008 het Keynummer, dat verwees naar verkopen van de heer P in vraag wilde stellen. De pagina's 1 tot en met 6 van stuk I.7 van Man vermeldt orders die gefactureerd zijn voor 1 mei 2008, zodat deze orders toen aanvaard waren – de heer P was overigens nog op 11 maart 2008 op basis van deze resultaten positief geëvalueerd. Het is dan ook duidelijk dat de heer B met een argumentatie achteraf de commissie-uitbetaling heeft willen terugschroeven.

In haar stuk I.8 verwijst Man als voorbeeld naar een key-bestelbon van 20 maart 2008, zijnde ook een datum van voor het aantreden van de heer B. Dit geldt ook voor de stukken I.9 tot I.11 (uitgenomen de facturen 08-1504725 en 08-1495116 van Banden de Condé). Dit betreffen dus alleszins aanvaarde orders.

Evenmin houdt Man voor, laat staan dat ze aantoonde dat de orders niet zouden zijn uitgevoerd door de schuld van de heer P.

De betwisting, die Man thans wil openen over de aanvaarding van de orders, die bij dealers zijn afgesloten, is dan ook niet meer terzake dienend, daar ze bij het doorgeven van de orders deze betwisting niet heeft laten gelden binnen de maand. In die zin is haar opmerking dat de heer P geen bestelbons voorlegt die zijn tussenkomst moet aantonen, niet relevant. Enerzijds zijn deze bons in haar bezit, zodat Man ze zelf gemakkelijk kan aanbrengen, maar anderzijds heeft ze bij het doorgeven ervan dit voorbehoud niet gemaakt.

Op grond van art. 90 van de arbeidsovereenkomstenwet maakt de heer P dan ook terecht aanspraak op commissieloon voor deze aanvaarde orders.

5. In dezelfde zin kan de tegenvordering van Man i.v.m. onterecht uitbetaalde commissielonen niet worden aanvaard. De betaling toont aan dat er geen weigering of voorbehoud binnen de maand na het doorgeven van deze orders was, temeer daar er binnen Man dan nog het gebruik was om deze commissielonen slechts uit te betalen na facturatie en betaling door de klant. De factuurdata en a fortiori de aanvaarde bestelbons dateren ook hier allen van voor 1 mei 2008.

Tot 2007 was er overigens geen enkele betwisting en werden de commissielonen volgens eenzelfde procedure uitbetaald. Terecht wijst de heer P erop dat hij nog maar pas voor het aantreden van de heer B positief geëvalueerd werd m.b.t. zijn bestellingen en werkzaamheden als Key account, en dit op 11 maart 2008.

6. Dit neemt niet weg dat, gelet op de commissieregeling en de forfaitaire vergoeding voor de eerste 120 contracten, de juiste toepassing hiervan moet worden nagegaan.

In de aanvankelijke afrekening was er dienaangaande een dubbeltelling, die door de eerste rechter werd gecorrigeerd en die door de heer P wordt aanvaard.

Mits deze correctie heeft de eerste rechter terecht de achterstallige commissielonen aanvaard op € 116.036,25; dit bedrag werd provisioneel opgenomen, maar thans ten definitieve titel gevorderd.

In het kader van de provisionele opname heeft de eerste rechter hiervan de commissielonen van de tegenvordering afgetrokken. Omdat deze ongegrond is, dient deze aftrok niet te worden toegepast.

Commissielonen op gespreide levering DD Trans
art. 94 arbeidsovereenkomstenwet

7. Art. 94 van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat, indien de aanvaarde orders betrekking hebben op gespreide leveringen, de handelsvertegenwoordiger bij het einde van zijn arbeidsovereenkomst nog recht heeft op commissielonen voor de leveringen die gedurende zes maanden na het einde van de overeenkomst werden gedaan.

8. De heer P voegt aan zijn commissieafrekening het order van DD Trans van 27 september 2007 toe. Uit de stukken B.2 volgt dat het een order betrof dat de heer Philippens als handelsvertegenwoordiger had aangebracht. Hij deed zelfs met de klant een fabrieksbezoek.

De heer P vermeldt dat dit een gespreide levering over 2008 en begin 2009 betreft. Hij vraagt commissielonen op de laatste schijf van 50 voertuigen die volgens stuk B.2.1. over het ganse jaar 2009 zouden geleverd worden.

Het ontslag dateert van 18 december 2008, zodat de heer P recht heeft op commissielonen voor een periode van zes maanden, zijnde voor de leveringen tot 18 juni 2009.

Het schema van levering wordt gepreciseerd in stuk B.2.2. laatste blad en hieruit blijkt dat er van april tot juni 2009 per 14 dagen 4 vrachtwagens geleverd werden.

Tot 18 juni 2009 werden er dus 20 vrachtwagens geleverd, waarvoor aanspraak kan gemaakt worden op commissieloon bij gespreide levering.

Deze bedragen $\text{€ } 85.184 \times 20 = \text{€ } 1.703.680 \times 0,50\% = \text{€ } 8.518,40$.

In die mate is zijn vordering voor dit punt gegrond.

Commissielonen - art. 92 arbeidsovereenkomstenwet

9. Art. 92 van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de handelsvertegenwoordiger recht heeft op commissieloon voor de orders door de clientèle gegeven tijdens een periode van drie maanden volgend op het einde van de overeenkomst, wanneer hij bewijst dat hij gedurende de uitvoering van zijn overeenkomst met de klant rechtstreeks contact heeft tot stand gebracht dat gevolgd werd door feiten die tot de aanvaarding van de bedoelde orders heeft geleid.

10. De heer P verwijst dienaangaande naar de order van Essers voor de aankoop van 110 voertuigen dat de heer B op 10 maart 2009, zijnde binnen de drie maanden volgend op het einde van de overeenkomst, heeft ondertekend.

Uit de functieomschrijving van de heer P als Key account manager en uit de objectieven voor 2008 volgt dat hij belangrijke en grote Belgische klanten diende te

begeleiden en te sturen. Hierbij werd telkens E nominatim vermeld (zie ook het persartikel in stuk A.14 met foto van E).

In de rapportering van 23 oktober 2008 (stuk A.21 van de heer P) wordt verwezen naar een meeting met Essers op 22 oktober 2008.

Uit de e-mail van 23 oktober 2008 aan de heer S van het internationale Business Center Key Accounts volgt dat de heer P op 22 oktober 2008 inderdaad een bespreking had met de heren E , L en M over de bestelling 2009.

Een nieuwe afspraak was gepland voor 5 november 2008, waarna hij een offerte zou kunnen formuleren. Niettegenstaande de tussenkomst van de heer B werd de heer P op 14 november 2008 uitgenodigd om een voorontwerp van contract te bezorgen met hierin vermeld alle door u gemaakte afspraken, alle door München gemaakte afspraken. ...Als het ware de perfecte calculatie zoals we reeds een paar samen gemaakt hebben.

Ondertussen drong de heer P ook aan op afspraken voor verdere opvolging van het dossier.

Ten onrechte zegt Man dan ook dat de heer P niet bij de totstandkoming van dit contract betrokken was.

Hij bewijst dat hij i.v.m. het door de heer B op 10 maart 2009 ondertekende contract gedurende de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst met E rechtstreeks contact heeft tot stand gebracht dat gevolgd werd door feiten die tot de aanvaarding van de bedoelde orders heeft geleid.

Terecht maakt hij dan ook aanspraak op de commissielonen voor deze bestelling; de becijfering wordt niet betwist.

Samenvatting commissielonen en vakantiegeld hierop:

11. De heer P kan dan ook aanspraak maken op betaling van volgende commissielonen:

- commissielonen art. 90	€ 116.036,25
- DD Trans art. 94	€ 8.518,40
- Essers art. 92	€ 35.547,71
Totaal	€ 160.102,36

Op grond van art. 98 van de arbeidsovereenkomstenwet is, bij ontstentenis van contractuele bepalingen, het commissieloon eisbaar 15 dagen na de afgifte van de staat en eventueel van de in art. 97 bedoelde documenten.

De heer P bepaalt in zijn vordering de opeisbaarheid van de commissielonen 2008 op een maand na de factuurdatum van de verkoop; de intresten op het bedrag van € 116.036,25 kunnen dus worden toegekend zoals door de heer P gevraagd.

Voor gespreide leveringen en commissielonen na het einde van de overeenkomst moet toepassing worden gemaakt van art. 99 van de arbeidsovereenkomstenwet dat bepaalt dat de in art. 92 en 94 bedoelde commissielonen moeten worden uitbetaald voor het einde, respectievelijk van de vierde en van de zevende maand volgend op het einde van de overeenkomst.

Het vakantiegeld bedraagt: € 160.102,36 x 15,34% = € 24.559,70

Terecht stelt Man dat vakantiegeld geen loon is in de zin van art. 2 van de loonbeschermingswet, zodat de intresten slechts op netto verschuldigd zijn vanaf 9 februari 2010.

In die mate is de hoofdvordering gegrond; de tegenvordering is m.b.t. de commissielonen ongegrond.

Opzeggingsvergoeding

12. 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).

13. Bij het bepalen van de opzeggingstermijn dient enkel rekening te worden gehouden met de kans van de werknemer om een gelijkwaardige betrekking te vinden, zodat de houding van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst niet relevant is (Cass., 23 februari 1987, *JTT* 1987, 265).

Het is dan ook op geen enkele wijze relevant dat het zonder resultaat gebleven onderzoek met schorsing van de arbeidsovereenkomst mogelijks wel wijst op wrevelpunten, doch alleszins niet op een foutieve houding van de werknemer

14. Partijen hebben een andere interpretatie van de knelpuntberoepenlijst m.b.t. de functie van handelsvertegenwoordiger. Het hof houdt hierbij rekening met de specifieke vaardigheden en functie van de heer P die actief was in de kleine niche van vrachtwagenverkoop bij grote firma's en de functie uitoefende van Key account.

Hij was hiertoe overgenomen van Renault Trucks Bielen.

In zijn arbeidsovereenkomst was om die reden een conventionele anciënniteit gelijkwaardig aan 10 jaar dienst toegekend.

15. Wat betreft het jaarloon, kan het hof zich aansluiten bij de evaluatie door de eerste rechter van de voordelen van de bedrijfswagen Audi A6 op € 550/maand en GSM en laptop op € 25/maand en dit gelet op de verstrekte gegevens en rekening houdend met de reële waardering van het voordeel van privaat gebruik, dat door Man niet uitgesloten was.

16. Partijen zijn het erover eens om het gemiddelde van het veranderlijk loon te becijferen op basis van de laatste 12 maanden voor het ontslag.

De opzeggingsvergoeding krachtens artikel 39 van de arbeidsovereenkomstenwet wordt bepaald met inachtneming van het lopend loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst;

Deze bepaling bedoelt met de term « lopend » dat de opzeggingsvergoeding moet worden berekend met inachtneming van het loon en de vermelde voordelen waarop de bediende aanspraak heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag. Commissielonen, die betrekking hebben op de periode die voorafging aan de laatste twaalf maanden die aan het ontslag voorafgingen zijn geen bedragen die de heer P voor de opname van zijn veranderlijk loon in het jaarloon kan doen gelden (Cass. 3 februari 2003, *JTT* 2003, 262).

Het in 2008 uitbetaalde commissieloon ten bedrage van € 133.969,79, dat echter verdiend werd in 2007, kan dan ook niet in het jaarloon worden opgenomen.

Het order DD Trans dateert van 27 september 2007 (stuk B.2.1 F) zodat het eveneens buiten de referentieperiode van 12 maanden valt om het gemiddelde veranderlijk loon te becijferen.

Deze periode loopt immers van 18 december 2007 tot 18 december 2008.

De lijst van stuk A.7 van de heer P verantwoordt commissielonen voor een bedrag van € 116.036,25 maar vangt aan op 1 januari 2008.

Deze kan voor de periode van 18 december 2007 tot 31 december 2007 worden aangevuld met de orders Eurolines, Essers, Ginis en Renting Car, vermeld op de blz. 14 en 15 van stuk A.36. Dit betreft een gezamenlijk bedrag van € 810.656 x 0,50% = € 4.053,28

Dit geeft volgend totaal:

- commissielonen lijst A.7	€ 116.036,25
- commissielonen 18/12/ 2007 tot 31/12/ 2007	€ 4.053,28
- commissieloon voor de eerste 120 voertuigen	€ 28.259,88
Totaal	€ 148.349,41

Uit de loonfiche december 2008 kan inderdaad afgeleid worden dat Man voor de eindejaarspremie zich niet baseerde op de CAO van 29 mei 1989 over de arbeids- en beloningsvoorwaarden, zoals van toepassing in het PC 218, maar dat een hoger bedrag werd toegekend, met name € 18.635,28.

Dit bedrag kan dan ook weerhouden worden, mits het vaste maandloon vermenigvuldigd wordt met 12,92 in plaats van 13,92.

Rekening houdend met al het voorgaande, kan het jaarloon worden vastgelegd als volgt:

- vast loon € 3.950,99 x 12,92 =	51.046,79
- veranderlijk loon	148.349,41
- vakantiegeld op veranderlijk loon	11.373,45
- eindejaarspremie	18.635,28
- privaat gebruik bedrijfswagen, GSM en laptop	6.900,00
- premie groepsverzekering	2.974,71
- premie hospitalisatieverzekering	108,24
Totaal	239.387,88

17. Rekening houdend met dit jaarloon, de leeftijd van 57 jaar, de anciënniteit van 20,3 jaar, de functie van key account manager alsook de gegevens eigen aan de zaak en de belangen van beide partijen kan de kans van de heer P om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden worden geschat op 24 maanden.

De aanvullende opzeggingsvergoeding begroot zich dan op:	
- € 239.387,88/12 x 24 =	478.775,76
Min uitbetaald	<u>341.618,40</u>
Blijft	€ 137.157,36

Uitwinningsvergoeding

18. Ten onrechte betwist Man het recht van de heer P op een uitwinningsvergoeding, omdat hij geen cliënteel zou hebben aangebracht.

Het tegendeel wordt aangetoond door de lijsten van de stukken A.7 en A.36 van de heer F en door de evaluatie 2007 (stuk A.9).

Op grond van art. 101 van de arbeidsovereenkomstenwet is een uitwinningsvergoeding niet verschuldigd wanneer de werkgever bewijst dat uit de beëindiging van de overeenkomst geen nadeel volgt voor de handelsvertegenwoordiger.

Ten onrechte wil Man de bewijslast verleggen naar de heer P. terwijl ze zelf het ontbreken van nadeel niet aantoont.

19. Uit de arbeidsovereenkomst volgt dat Man aan de heer P een conventionele anciënniteit als Key Account Manager heeft toegekend; niet betwist wordt dat dit de functie van handelsvertegenwoordiger betreft.

Gelet op de anciënniteit van meer dan 20 jaar, heeft de heer P recht op een uitwinningsvergoeding van 7 maanden of

€ 239.387,88/12 x 7 =	139.642,93
Min uitbetaald	<u>136.647,20</u>
Blijft	€ 2.995,73

De tegenvordering is daardoor ongegrond.

Feestdagenloon en vakantiegeld daarop

20. Op grond van art. 14 van het feestdagenbesluit van 18 april 1974 heeft de werknemer recht op betaling van feestdagenloon voor de feestdagen die vallen in de periode van 30 dagen die volgt op het einde van de arbeidsovereenkomst, behalve wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt om dringende reden of wanneer de werknemer reeds is begonnen werken voor een nieuwe werkgever.

Uit zijn niet tegengesproken toelichting ter zitting blijkt dat de heer F in de periode van 30 dagen na 18 december 2008 werkloos is gebleven, zodat hij aanspraak kan maken op feestdagenloon voor 25 december 2008 en 1 januari 2009.

21. Artikel 14 van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen en artikel 8 van het KB van 18 april 1974 tot uitvoering van de feestdagenwet bepalen dat de bedienden die geheel of gedeeltelijk met commissielonen worden betaald, voor de feestdag recht hebben op hun eventueel gewoon vast loon en op een dagelijks gemiddelde van het veranderlijke loon dat ze hebben verdiend bij de werkgever die het loon voor de feestdag moet betalen.

Het vast loon in de zin van art. 2 van het feestdagenbesluit kan worden bepaald op € 3.950,99/23 = € 171,78.

Het veranderlijk loon in de vijfdagenweek moet in overeenstemming met art. 8, 2^o derde lid worden vermeerderd met 20%.

Het gemiddelde dagelijkse bedrag wordt bekomen door het gemiddelde maandelijks bedrag van het veranderlijk loon dat gedurende dat jaar is verdiend, te delen door 25. (art. 8, 1^o feestdagenbesluit).

Dit bedraagt dan € 148.349,41 x 20% = 178.0129,29/12 = € 14.834,94/25 = € 539,40

Het feestdagenloon voor 2 dagen bedraagt dan
(€ 171,78 + € 539,40) x 2 = € 1.422,36.

22. Voor het vakantiegeld moet elk loonbestanddeel in arbeidsrechtelijke zin (of m.a.w. elk voordeel door de werkgever toegekend als tegenprestatie voor de arbeid verricht ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst) in aanmerking worden genomen, tenzij wanneer op dit voordeel geen sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd zijn (art. 38bis en 46 van het KB van 30 maart 1967 tot uitvoering van de vakantiewet werknemers; Cass.26 september 2005, *Soc Kron.* 2006, 70).

Het loon voor feestdagen na het einde van de arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd als tegenprestatie voor arbeid, daar zonder voorafgaande prestatie van arbeid geen feestdagenloon verschuldigd is.

Aangezien op feestdagenloon sociale zekerheidsbijdragen moeten worden betaald, is dit loon in de zin van art. 38bis en 46 van dit uitvoeringsbesluit (Arbh.Brussel, 3 februari 2012, AR. 2011AB229).

De heer P heeft daardoor recht op vakantiegeld op dit feestdagenloon a rato van € 1.422,36 x 15,34% = € 218,19.

Sociale en fiscale documenten

23. De heer P heeft recht op de aangepaste sociale en fiscale bescheiden m.b.t. de toegekende bedragen, zoals individuele rekening, fiscale fiche, vakantieattesten, loonfiches, verbeterd C4-formulier.

Er is geen reden om dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom, daar uit het dossier niet blijkt dat Man op dit punt in het verleden nalatig is geweest.

De kapitalisatie van intresten

24. De heer P vraagt de kapitalisatie van de intresten.
Opdat kapitalisatie van intresten mogelijk zou zijn, moeten drie voorwaarden samen vervuld zijn:

1. het moet gaan om vervallen interest van kapitalen;
2. over een heel jaar verschuldigd;
3. er moet een gerechtelijke aanmaning zijn, die bij elke jaarlijkse vervalddag hernieuwd moet worden (J. Petit, *Interest, APR*, p. 194, nr. 207).

25. Wat betreft de eerste voorwaarde, mag de term kapitalen niet beperkt worden uitgelegd in de zin van geleende kapitalen, doch dit betreft ook sommen verschuldigd als gevolg van een rechterlijke beslissing (J. Petit, a.w., p. 194, nr. 208).

Aldus kan artikel 1154 B.W. toepassing krijgen betreffende wettelijke intrest van een vergoeding die wordt toegekend wegens de onregelmatigheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (Cass., 13 april 1987, *Arr. Cass.* 1986 –87, 1094 met conclusie Openbaar Ministerie).

De kapitalisatie kan niet geweigerd worden op grond van het argument dat het bedrag van de hoofdschuld nog betwist wordt, omdat men anders aan artikel 1154 B.W. een voorwaarde toevoegt (A. Van Oevelen, *Interesten*, syllabus C.B.R. 9 december 2008, 29 met verwijzing naar Cass., 30 januari 1896, *Pas.* 1896, I, 79 met conclusie O.M.; Cass., 16 december 2002, *JTT* 2003, 89, *RW* 2004-05, 1500, noot A. Van Oevelen.).

De kapitalisatie is dan ook mogelijk voor zover de vervallen intresten over een heel jaar verschuldigd zijn (tweede voorwaarde).

26. Wat betreft de derde voorwaarde, kan de gerechtelijke aanmaning gebeuren in een dagvaarding (Cass. 7 september 1978, *RW* 1978-79, 2223) of in een neergelegde conclusie (Cass. 18 juni 1981, *JT* 1981, 672, *RW* 1982-83, 383; Cass. 26 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1285; Cass. 17 januari 1992, *TBH* 1993,237).

Opdat een dergelijke gerechtelijke aanmaning kan worden beschouwd als een ingebrekestelling in de zin van art. 1154 BW is echter vereist dat in deze procedureakte in het bijzonder de aandacht gevestigd wordt op de kapitalisatie van intresten (A Van Oevelen, o.c., 32). Een vermelding in algemene bewoordingen volstaat daartoe niet (Antwerpen 9 november 1999, *AJT* 2000-01, 571 met noot).

De heer P heeft de kapitalisatie voor de eerste maal gevraagd voor de eerste rechter in de synthesebesluiten, neergelegd op 8 september 2010.

In graad van hoger beroep wordt de kapitalisatie vermeld in het beschikkend gedeelte van de beroepsbesluiten, neergelegd op 2 juli 2012, maar enkel in algemene woorden zonder dat de aandacht gevestigd wordt op de kapitalisatie van intresten. Dit geldt niet als een uitdrukkelijke ingebrekestelling.

In de beroepsbesluiten, neergelegd op 30 oktober 2012 en op 28 januari 2013 wordt opnieuw de kapitalisatie gevraagd, ditmaal met een uitdrukkelijke en duidelijke ingebrekestelling. Tussen beide besluiten ligt minder dan één jaar.

De kapitalisatie kan aldus toegestaan worden zoals in het beschikkend gedeelte bepaald.

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 ontvankelijk doch ongegrond;
Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Gelet op het hoofd en incidenteel beroep en gelet op de devolutieve kracht van het hoger beroep, doet het hof uitspraak over de volledige vordering en tegenvordering;
Vernietigt aldus het bestreden vonnis en opnieuw recht doende;

Verklaart de hoofdvordering ontvankelijk en in volgende mate gegrond;

Veroordeelt de NV Man Truck & Bus tot betaling aan de heer P van
volgende bedragen:

- een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 137.157,36
- een saldo uitwinningsvergoeding van € 2.995,73
- feestdagenloon van € 1.422,36

deze bedragen telkens te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 18 december 2008 en de gerechtelijke intresten te berekenen op bruto

- achterstallig commissieloon 2008 van € 116.036,25

te vermeerderen met wettelijke intresten vanaf de datum van eisbaarheid, zijnde 1 maand na de factuurdatum van de respectievelijke verkoop, zoals opgenomen in de lijst A.7 en met de gerechtelijke intresten op bruto

- commissieloon gespreide levering van € 8.518,40

te vermeerderen met gerechtelijke intresten vanaf 18 juli 2009 op bruto

- commissielonen na einde tewerkstelling van € 35.547,71

te vermeerderen met wettelijke intresten vanaf 18 april 2009 en de gerechtelijke intresten op bruto

- vakantiegeld op commissielonen van € 24.559,70

te vermeerderen met gerechtelijke intresten op netto vanaf 9 februari 2010

- vakantiegeld op feestdagenloon van € 218,19

te vermeerderen met gerechtelijke intresten op netto

Staat per 8 september 2010 de kapitalisatie toe van de vervallen intresten die op dat ogenblik reeds meer dan één jaar opeisbaar zijn en zegt voor recht dat de aldus gekapitaliseerde intrest bij de hoofdsom wordt gevoegd en vanaf 9 september 2010 opnieuw intresten afwerpt.

Staat per 30 oktober 2012 de kapitalisatie toe van de vervallen intresten die op dat ogenblik reeds meer dan één jaar opeisbaar zijn en zegt voor recht dat de aldus gekapitaliseerde intrest bij de hoofdsom wordt gevoegd en vanaf 31 oktober 2012 opnieuw intresten afwerpt.

Veroordeelt de NV Man Truck & Bus tot afgifte aan de heer P van hieraan
aangepaste sociale en fiscale bescheiden.

Verklaart de tegenvordering ontvankelijk, doch ongegrond.

Wijst het meergevorderde af.

Veroordeelt de NV Man Truck & Bus tot de gerechtskosten van beide aanleggen.

Deze aan de zijde van beide partijen begroot op:

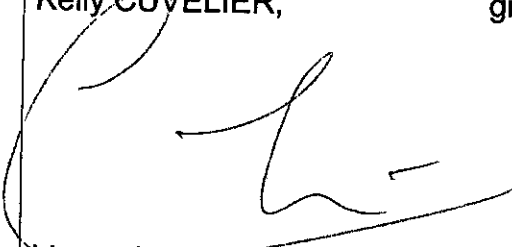
Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg € 11.000

Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep € 11.000.

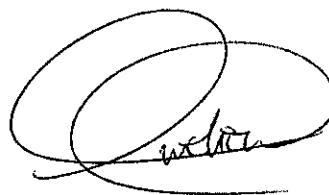
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Georges JACOBS,
Daniël HEYVAERT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

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



Lieven LENAERTS



Kelly CUVELIER



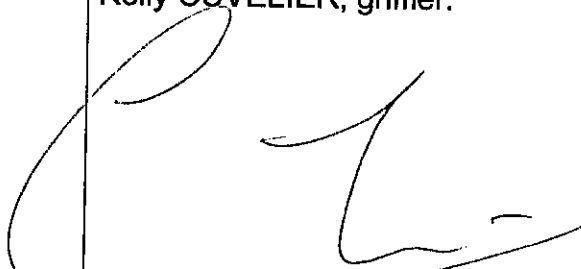
Georges JACOBS



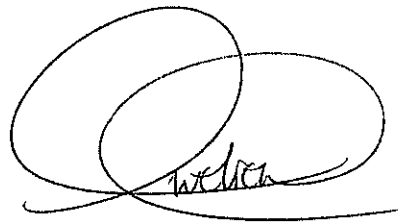
Daniël HEYVAERT

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 29 maart 2013 door:

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



Lieven LENAERTS



Kelly CUVELIER

