

rep.nr 2011/2529

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

---

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN VIER OKTOBER  
TWEEDUIZEND EN ELF.

3e KAMER

bediendecontract

op tegenspraak

definitief

In de zaak :

**N.V. EXACLAIR**, met maatschappelijke zetel gevestigd te  
1620 Drogenbos, Humaniteitslaan 249,

Appellante op hoofdberoep en geïntimeerde op  
incidenteel hoger beroep , die op de openbare  
terechtzitting wordt vertegenwoordigd door meester  
Ficher Jenny loco meester Magier Eric, advocaat te  
Brussel,

tegen :

**D V**

Geïntimeerde op hoofdberoep en appellante op  
incidenteel beroep, die op de openbare terechtzitting  
wordt vertegenwoordigd door de heer Soetemans  
Dieter volmachtdrager en syndicale afgevaardigde 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 vonnis, uitgesproken op tegenspraak, door de 23e kamer van de arbeidsrechtbank te Brussel op 26 maart 2010;

- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 16 juni 2010;

-de conclusies, eerste aanvullende en vervangende syntheseconclusies voor de appellante, neergelegd ter griffie op 24 januari 2011 en 30 mei 2011;

- de conclusies, aanvullende en syntheseconclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 22 oktober 2010 , 28 maart 2011 en 4 juli 2011 ;

- de voorgelegde stukken;

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van 6 september 2011, waarna de debatten werden gesloten en de zaak voor uitspraak werd gesteld op heden.

\*\*

\*

## FEITEN EN RECHTSPLEGING

Mevrouw D trad op 6-5-1993 als commercieel bediende in dienst van de NV EXACLAIR met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Zij was vanaf 16-6-2005 arbeidsongeschikt wegens ziekte.

Op 9-11-2005 besliste de adviserende geneesheer van de mutualiteit dat mevrouw D vanaf 28-11-2005 het werk diende te hervatten met de vermelding: "*definitief ongeschikt om haar huidige job uit te voeren*".

Daarop stelde de werkgever overmacht vast met een brief van 25-

11-2005 en beëindigde de arbeidsovereenkomst zonder opzegging noch vergoeding. Op het C4 document vermeldde hij als oorzaak van de werkloosheid: "definitief ongeschikt om haar eigen huidige job uit te voeren".

Met dagvaarding van 24-11-2005 spande mevrouw C een geding aan voor de arbeidsrechtbank. Zij vorderde de veroordeling van de vennootschap tot betaling van :

-36.442,28 euro als verbrekingsvergoeding en de wettelijke en gerechtelijke intresten op dat bedrag.

-de afgifte van de volgende aanvullende of verbeterde sociale en fiscale documenten:  
loonfiches, individuele rekening, vakantieattesten, fiscale loonfiches, werkloosheidsformulier C4, onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per ontbrekend document (met uitzondering van de fiscale loonfiche).

Met het bestreden vonnis verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk en gegrond in volgende mate:

Zij veroordeelde de vennootschap

-tot betaling van een bedrag van 33.741,81 euro als verbrekingsvergoeding gelijk aan 13 maanden loon, onder aftrek van de gebruikelijke sociale en fiscale inhoudingen, de wettelijke en gerechtelijke intresten op het brutobedrag vanaf 25-11-2005 tot de datum van volledige betaling.

-tot afgifte van een loonfiche, individuele rekening, vakantieattesten, fiscale loonfiches, werkloosheidsformulier C4, onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per ontbrekend document (met uitzondering van de fiscale loonfiche).

-tot de kosten van het geding, zijnde 111,41 euro dagvaardingskosten

De arbeidsrechtbank was van oordeel dat de vennootschap de arbeidsovereenkomst voorbarig had beëindigd wegens overmacht en dat er bovendien geen bewijs voorlag van een definitieve arbeidsongeschiktheid.

### **VORDERINGEN IN HOGER BEROEP**

De vennootschap is het niet eens met de uitspraak van de arbeidsrechtbank. Zij verzoekt het hof het bestreden vonnis te hervormen en de oorspronkelijke vordering van mevrouw D ontvankelijk doch ongegrond te verklaren met veroordeling van

mevrouw D tot de kosten van het geding.

Mevrouw D stelde bij conclusie incidenteel hoger beroep in dat ertoe strekt de vennootschap te veroordelen tot betaling van een verbrekingsvergoeding t.b.v. 36.442,28 euro en afgifte van de sociale documenten onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag vertraging en 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 vennootschap meent dat de arbeidsrechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij voorbarig overmacht heeft vastgesteld wegens blijvende arbeidsongeschiktheid van mevrouw D en daarvan het bewijs niet leverde.

Volgens haar blijkt die definitieve arbeidsongeschiktheid voldoende uit:

-de beslissing van de geneesheer van de mutualiteit met vermelding dat mevrouw D "definitief ongeschikt was om haar huidige job uit te voeren, maar wel geschikt voor ander werk in haar beroepencategorie."

-de opeenvolgende verlengingen van de arbeidsongeschiktheid die een aanvang had genomen op 15-6-2005, de laatste maal tot 28-11-2005, voorafgaand aan de beslissing van de mutualiteit.

-het feit dat mevrouw D geen verhaal instelde tegen de beslissing van de mutualiteit.

-het advies van de arbeidsgeneesheer na onderzoek van mevrouw C op 30-1-2006 dat aangepast werk moest worden verstrekt met duidelijke hiërarchische structuur en zonder blootstelling aan

negatieve stress.

De vennootschap houdt voor dat zij mevrouw D onmogelijk nog verder kon tewerk stellen daar zij haar geen ander aangepast werk kon aanbieden en daar bovendien niet toe verplicht was.

Mevrouw D meent dat het bewijs van overmacht niet wordt geleverd en dat de vennootschap bovendien het koninklijk besluit van 28-5-2003 had moeten toepassen.

De vennootschap meent dat dit KB geen toepassing vindt daar het de werkomstandigheden viseert en geen betrekking heeft op de gedraging van de werkgever bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Zij merkt op dat een van de objectieven van dat KB erin bestaat de arbeidsgeneesheer een middel te verschaffen om de werkgever die geconfronteerd wordt met een werknemer die door ziekte is getroffen te adviseren teneinde een oplossing te vinden middels aangepast werk opdat er minder snel tot ontslag wegens overmacht zou worden overgegaan, wat gebeurt middels een verzoek tot re-integratie. Aangezien mevrouw D niet om re-integratie heeft verzocht; kan zij zich dan ook niet beroepen op de bepalingen van het KB van 28-5-2003, zo stelt zij.

Mevrouw D stelt dat haar de mogelijkheid tot re-integratie werd ontnomen gelet op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

### **Beoordeling door het hof**

#### **Overmacht**

Art 32,5° van de wet van 3-7-1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (WAO) stelt dat naast de algemene wijzen waarop verbintenissen teniet gaan, de verbintenissen die voortspuiten uit de arbeidsovereenkomst een einde nemen door overmacht.

Art 26, 1 WAO bepaalt dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst slechts geschorst is indien de overmacht tijdelijk is.

Overmacht zal dus slechts leiden tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op voorwaarde dat de uitvoering van de overeenkomst definitief onmogelijk is geworden.

Het begrip overmacht is ontleend aan het Burgerlijk Wetboek. De basistekst is opgenomen in art 1147 en 1148 BW.

Een overmachtsituatie wordt hierdoor gekenmerkt dat zij te wijten is aan een vreemde oorzaak, waaraan de schuldenaar van een verbintenis geen schuld heeft, die niet voorzienbaar was en die onoverkomelijk is.

De schuldenaar zal bijgevolg slechts bevrijd zijn van zijn verbintenis indien voldaan is aan volgende voorwaarden:  
-er is sprake van een vreemde oorzaak die hem niet toerekenbaar is.  
-zij maakt het hem volstrekt onmogelijk zijn verbintenis uit te voeren en niet enkel moeilijker. (Cass. 13-5-1996, JTT 1997, p 50)

De vreemde oorzaak omvat elk voorval waarop de debiteur van een verbintenis, of de persoon voor wie hij instaat geen vat hebben of behoren te hebben. (Cass. 9-10-1986, RW 1987-88, 778; Cass. 15-6-1995, RW 1995-96, 754)

Dat de gebeurtenis onoverkomelijk is moet zo worden begrepen dat de schuldenaar er geen aanleiding toe heeft gegeven, de gevolgen ervan niet heeft kunnen vermijden en er zich niet tegen kon behoeden.

Er is geen sprake van overmacht wanneer een normaal voorzichtig en bedachtzaam persoon de gebeurtenis had kunnen vermijden. (W. Verougstraete, overmacht als beëindigingmodaliteit van de arbeidsovereenkomst, Actuele problemen van het arbeidsrecht 1984)

Bij wederkerige overeenkomsten brengt de onmogelijkheid voor de ene partij om haar verbintenissen na te komen ook het verval mee van de tegenprestatie van de wederpartij.

Inzake arbeidsovereenkomsten, wordt de onmogelijkheid om de overeenkomst verder uit te voeren beoordeeld op grond van de overeengekomen arbeid. (Cass. 12-1-1987, JTT 87,428; Cass. 1-6-1987, JTT 87,427; Cass. 2-10-2000, JTT 2000, 476)

Art 17,1° WAO bepaalt immers dat de verbintenis van de werknemer erin bestaat zijn taak uit te voeren volgens tijd, plaats en wijze zoals overeengekomen en art 20 WAO bepaalt dat de werkgever de verplichting heeft de werknemer te laten werken volgens de voorwaarden, tijd en plaats zoals overeengekomen. (Cass. 15-2-1982, JTT '83, 246)

De beoordeling moet gebeuren op het ogenblik dat overmacht wordt ingeroepen.

Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat blijvende arbeidsongeschiktheid tot uitvoering van de overeengekomen arbeid overmacht kan uitmaken. (Cass. 5-1-1981, AC '80-'81,480; Cass. 8.10.1984, AC '84-'85,217)

Pas bij wet van 27-4-2007 houdende diverse bepalingen werd een nieuw art 34 in de arbeidsovereenkomstenwet ingevoerd. Daarin wordt bepaald dat arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte of ongeval, waardoor de werknemer het overeengekomen werk niet meer kan verrichten, niet meer volstaat om de arbeidsovereenkomst op grond van overmacht te beëindigen zonder opzeggingstermijn noch vergoeding.

Die nieuwe bepaling legt ook de basiselementen vast van de procedure die moet worden gevolgd vooraleer de werkgever de arbeidsovereenkomst wegens definitieve arbeidsongeschiktheid kan beëindigen zonder opzeggingstermijn noch –vergoeding.

Die bepaling bestond nog niet op het ogenblik van de contractbeëindiging in voorliggende zaak en is tot op heden overigens nog niet in werking getreden.

De daarin beschreven herinschakelingsprocedure sluit aan bij deze die reeds bij KB van 28-5-2003 was voorgeschreven dat op het ogenblik van de contractbeëindiging wel in voege was.

Het KB van 28-5-2003 beantwoordde echter niet de vraag of de werkgever de arbeidsovereenkomst wegens overmacht kon beëindigen indien de daarin voorgeschreven procedure niet was gevolgd. In ieder geval kan een Koninklijk Besluit niet ingaan tegen de wettelijke regeling van overmacht.

#### Toepassing op voorliggend geschil

Aangezien appellante overmacht heeft vastgesteld dient zij aan te tonen dat zij bevrijd is van haar verbintenis tot het leveren van arbeid, wegens een blijvende onmogelijkheid van mevrouw Darras om de bedongen arbeid uit te voeren.

De vennootschap heeft zich op het bestaan van overmacht beroepen na kennisname van de beslissing van de mutualiteit van mevrouw Darras, daterend van 9-11-2005. Daarin werd beslist dat mevrouw D. definitief ongeschikt was om haar "huidige" job uit te voeren, maar wel geschikt was voor ander werk in haar beroepencategorie.

Deze beslissing van de mutualiteit die pas uitwerking had op 28-11-

2005, en die bovendien niet definitief was, daar de termijn voor het instellen van een verhaal niet verstreken was is geen afdoende bewijs van een blijvende arbeidsongeschiktheid van mevrouw D; die als overmacht geldt.

Dat mevrouw D: tegen die beslissing geen verhaal heeft ingesteld, acht het hof niet relevant daar de vennootschap de beëindiging van de arbeidsovereenkomst had ingeroepen voor de verhaalstermijn daartoe verstreken was. Hierdoor had een procedure om haar in haar "huidige job" niet blijvend arbeidsongeschikt te horen verklaren geen zin meer.

Er ligt geen enkel attest voor van de behandelende geneesheer waarin een blijvende arbeidsongeschiktheid wordt geattesteerd. Dat de arbeidsongeschiktheid reeds een aantal maanden werd verlengd betekent nog niet dat het om een blijvende arbeidsongeschiktheid ging.

Aangezien de behandelende geneesheer van mevrouw D geen blijvende arbeidsongeschiktheid had vastgesteld, was er voor haar geen reden om het initiatief te nemen tot de re-integratieprocedure voorzien bij KB van 28-5-2003, zodat de vennootschap mevrouw D niet kan verwijten daartoe geen stappen te hebben ondernomen.

Art 39 van dat KB voorziet immers dat de werknemer de aanvraag tot re-integratie kan indienen op basis van een attest van zijn behandelend geneesheer waarin een blijvende arbeidsongeschiktheid wordt geattesteerd.

Aangezien de werkgever de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door overmacht heeft ingeroepen vooraleer de behandelende geneesheer een blijvende arbeidsongeschiktheid had vastgesteld, kreeg mevrouw D niet de gelegenheid haar re-integratie aan te vragen.

Het advies van de arbeidsgeneesheer waarnaar de vennootschap verwijst dateert van twee maanden na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en kadert bijgevolg niet in een re-integratieprocedure als voorzien in het KB van 28-5-2003. Op het ogenblik dat de arbeidsgeneesheer mevrouw D : onderzocht, hadden partijen immers niet meer de hoedanigheid van werkgever en werknemer.

Niettemin adviseerde de arbeidsgeneesheer dat mevrouw D definitief zou worden overgeplaatst naar een werkpost of activiteit die beantwoordde aan volgende aanbevelingen:

*"Aangepast werk met duidelijke hiërarchische structuur en zonder*



*blootstelling aan negatieve stress."*

Uit de samenlezing van deze aanbeveling en de beslissing van mutualiteit kan worden afgeleid dat de ongeschiktheid van mevrouw D verband hield met de arbeidsomstandigheden en niet zozeer met de aard van de functie.

De beslissing van de mutualiteit stelt immers dat de ongeschiktheid betrekking heeft op de "huidige job" en niet op de categorie van beroepen waartoe die behoort.

De aanbeveling van de arbeidsgeneesheer verwijst naar concrete arbeidsomstandigheden die te maken hebben met een onduidelijke hiërarchische structuur en met blootstelling aan negatieve stress. Het is niet uitgesloten dat deze arbeidsomstandigheden te wijten zijn aan de werkgever.

De vennootschap toont niet aan dat zij geen schuld had aan die arbeidsomstandigheden en dat zij hieraan niet kon verhelpen.

Het hof besluit hieruit dat geen overmacht voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan worden ingeroepen wegens blijvende arbeidsongeschiktheid.

De arbeidsrechtbank heeft bijgevolg terecht beslist dat de vennootschap de arbeidsovereenkomst onrechtmatig heeft beëindigd en een opzeggingsvergoeding verschuldigd is.

#### Opzeggingsvergoeding

Mevrouw C stelde incidenteel hoger beroep in omdat de arbeidsrechtbank de opzeggingstermijn waarop de opzeggingsvergoeding moest berekend worden op 13 maanden heeft bepaald, i.p.v. op 14 maanden zoals gevorderd.

De vennootschap van haar kant is van oordeel dat de opzeggingsvergoeding maximaal op 9 tot 12 maanden kan worden bepaald.

Zij meent uit de omstandigheden van de zaak te kunnen afleiden dat mevrouw D voorgoed de vergoedingen wegens arbeidsongeschiktheid wenste te blijven genieten. Dit leidt zij o.m. af uit het feit dat zij geen beroep instelde tegen de beslissing van de mutualiteit.

Het hof meent dat daaruit precies het tegendeel moet worden afgeleid aangezien die beslissing een beslissing tot werkhervatting inhield vanaf 28-11-2005. Indien mevrouw D arbeidsongeschikt wenste te blijven had zij eerder stappen ondernomen om een

invaliditeit te horen erkennen voor elke job, wat zij niet heeft gedaan. Bovendien wordt die stelling tegengesproken door het feit dat mevrouw D nadien opnieuw aan het werk is gegaan.

Voor bedienden met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, wier jaarloon het in art 82§3 van de WAO bepaalde bedrag overschrijdt, wordt de opzeggingstermijn, bij gebreke aan een overeenkomst daarover tussen partijen, bepaald door de rechter. Volgens de constante rechtspraak van het Hof van Cassatie houdt deze daarbij rekening met de voor de bediende op het ogenblik van het ontslag of opzegging bestaande kans om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden.

Anciënniteit, leeftijd, aard van de functie, en het genoten loon worden daarbij relevante criteria geacht.

Cass. 17-september 1975, *TSR* 1976, 14; Cass. 8 september 1980, *Arr. Cass.* 1980-1981, 17; Cass. 3 februari 1986, *JTT* 1987, 58; Cass. 4 februari 1991, *RW* 1990-1991, 1407; Cass. 9 mei 1994, *Soc. Kron.* 1994, 253).

Gelet op de in aanmerking te nemen criteria, de anciënniteit van 12 jaar, 6 maanden, de leeftijd van mevrouw D op het ogenblik van het ontslag: 57 jaar, de aard van haar functie: administratiecommercieel bediende en het genoten loon, zoals hierna bepaald, is het hof van oordeel dat de arbeidsrechtbank de passende opzeggingstermijn terecht op 13 maanden heeft bepaald.

Wat de samenstelling van het basisloon ter berekening van de verschuldigde vergoeding betreft is er betwisting met betrekking tot volgende punten:

- de dertiende maand;

Deze moet volgens de vennootschap enkel worden berekend op het maandsalaris en niet op het commissieloon, volgens mevrouw D op het vast en op het variabel loon.

Mevrouw D steunt zich op de CAO van 29-5-1989, afgesloten binnen het ANPCB.

Volgens art 5 van de CAO is de premie gelijk aan het maandloon van de bediende.

Voor de handelsvertegenwoordigers waarvan de wedde geheel of gedeeltelijk veranderlijk is wordt zij berekend op het maandgemiddelde van het vast en veranderlijk loon.

Mevrouw D had als commercieel bediende niet de

hoedanigheid van handelsvertegenwoordiger, doch aangezien zij eveneens commissieloon ontving, is het hof van oordeel dat dit deel uitmaakt van haar maandloon, zodat de eindejaarspremie ook op dat variabel loon moet worden berekend.

- het aantal in aanmerking te nemen maaltijdcheques

Mevrouw D berekent het aantal maaltijdcheques op 5 dagen per week en 52 weken per jaar onder aftrek van 4 weken verlof.

De arbeidsrechtbank nam 220 maaltijdcheques per jaar in aanmerking.

De vennootschap meent dat ook de ziekte-dagen die onvermijdelijk worden opgenomen in aanmerking moeten worden genomen.

Het hof meent dat er geen reden is tot een aftrek wegens ziekte-dagen, echter wel voor feest-dagen, zodat de patronale bijdrage maaltijdcheques op 231 dagen moet berekend worden:

hetzij:

4,50 euro x 231 = 1039,50 euro.

Het jaarloon bedraagt bijgevolg

-vast loon + commissieloon laatste 12 maanden	30.156,29 euro
-maaltijdcheques	1.039,00 euro
Totaal	31.195,79 euro

De verschuldigde opzeggingsvergoeding bedraagt bijgevolg: 33.794,89 euro.

**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 principaal en het incidenteel hoger beroep beide ontvankelijk.

Verklaart het principaal hoger beroep ongegrond, het incidenteel hoger beroep zeer gedeeltelijk gegrond in de hierna bepaalde mate:

Hervormt het bestreden vonnis slechts wat het bedrag van de opzeggingsvergoeding betreft en bepaalt dit op 33.794,89 euro. Veroordeelt de NV EXACLAIR tot betaling van dat bedrag en de wettelijke en gerechtelijke intresten daarop.

Bevestigt het bestreden vonnis voor het overige.

Legt de kosten van het hoger beroep ten laste van de NV EXACLAIR

Aan de zijde van N.V. Exaclair op :

-2.200 euro als rechtsplegingvergoeding voor het Arbeidshof (geïndexeerd bedrag);

Aldus gewezen door de derde kamer van het arbeidshof en ondertekend door:

G. Balis, kamervoorzitter;

P. Kessels, raadsheer in sociale zaken, als werkgever;

R. Vandenput, raadsheer in sociale zaken, als werknemerbediende;

Bijgestaan door

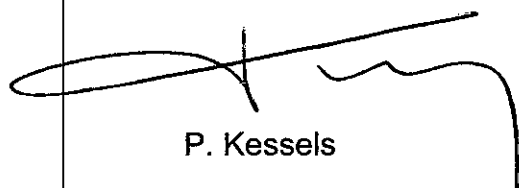
S. Van Landuyt, afgevaardigd griffier.



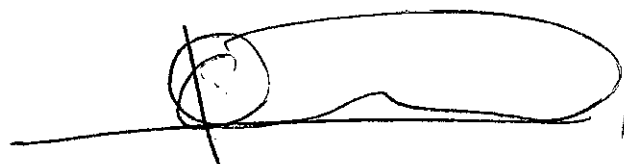
G. Balis



S. Van Landuyt



P. Kessels



R. Vandenput

En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer van het arbeidshof te Brussel op 4 oktober tweeduizend en elf door :

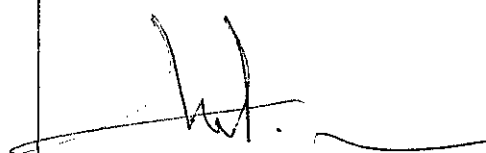
G. Balis

kamervoorzitter

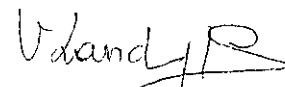
Bijgestaan door

S. Van Landuyt

afgevaardigd griffier



G. Balis



S. Van Landuyt