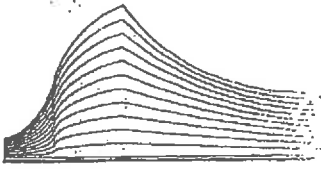


16 DEC. 2016

Kopie
Afgeleverd aan: Procureur-generaal
art. 1052 Ger. W.
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.



Repertoriumnummer
2016/ 3112
Datum van uitspraak
09 december 2016
Rolnummer
2015/AB/619

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

COVER 01-00000733073-0001-0024-03-01-1



ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

NV, met maatschappelijke zetel te

Appellante op hoofdberoep,
Geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. _____, advocaat te

tegen

_____, wonende te
Geïntimeerde op hoofdberoep,
Appellant op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. _____ advocaat, loco mr.
advocaat te .

*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, in bijzonder:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 29-04-2015 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 1e kamer (A.R. 13/7733/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 26 juni 2016,
- de conclusies voor de appellante, .
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie op 31 oktober 2016 door _____, substituut-generaal,



- de repliek op dit advies voor appellante,
- de opmerking omtrent de repliek voor appellante door de geïntimeerde,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 23 september 2016, waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie zijn schriftelijk advies ter griffie heeft neergelegd, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN

1.-

De heer [redacted] trad op 2 januari 1989 in dienst van de NV [redacted] rechtsvoorganger van de NV [redacted] (hierna genoemd de NV) als bedlende – handelsvertegenwoordiger, met schriftelijke arbeidsovereenkomst van 29 november 1988.

2.-

Volgens bijlagen 1 en 2 bij deze arbeidsovereenkomst kreeg de heer [redacted] een geografische sector (regio) toegewezen (Oost- en West-Vlaanderen, Brussel en 19 gemeenten) en een aantal specifieke grote klanten (major accounts).

Zowel de toegewezen klanten als de geografische sector werden enkele malen aangepast.

Met nota van 6 juli 2000 werd de geografische sector beperkt tot Oost- en West-Vlaanderen. Het is niet duidelijk of ook wijzigingen werden doorgevoerd in de toegewezen klanten.

Met E-mail van 8 januari 2007 maakte de NV een nieuwe account- en regioverdeling kenbaar aan onder andere de heer [redacted]. Vanaf 10 januari 2007 werd zijn regio Vlaams Brabant en Limburg, en kreeg hij een nieuwe lijst met voorbehouden klanten. Met E-mail van 15 november 2007 werd deze verdeling bevestigd.



Met E-mail van 1 februari 2011 volgde een nieuwe klanten- en regioverdeling vanaf 2011, waarbij de regio van de heer [redacted] ingrijpend werd gewijzigd (provincies Limburg, Luik, Waals-Brabant, Namen, Luxemburg en groothertogdom Luxemburg met partner Omnisecurity) en ook ingrijpende wijzigingen gebeurden in de hem toegewezen klanten (accounts).

Met E-mail van 16 april 2012 werden zowel de regio van de heer [redacted] (werd provincies Henegouwen, Namen, Waals Brabant, Luik en Luxemburg en groothertogdom Luxemburg) en de lijst van de toegewezen klanten andermaal gewijzigd.

3.-

Met E-mail van 1 februari 2013 meldde de NV dat vanaf dezelfde datum een nieuwe herverdeling van klanten (retail accounts) en regio's in voege zou treden. De heer [redacted] zou werkzaam zijn in de provincies Limburg, Henegouwen, Namen, Waals Brabant, Luik en Luxemburg) en zijn voorheen toegewezen klanten werden overgedragen aan de 'sales manager retail', mevrouw [redacted].

Met E-mail van dezelfde datum aan een aantal Spaanse contactpersonen nam de heer [redacted] kennis van het feit dat zijn 'accounts' (toegewezen klanten), waaronder [redacted], werden overgedragen aan mevrouw [redacted]. Hij drukte hij zijn verbazing uit, dankte hij de geadresseerden voor de fijne samenwerking en wenste hij mevrouw [redacted] veel zaken met haar nieuwe klanten.

Op dezelfde datum zond hij een gelijkaardige E-mail aan een aantal Nederlandse contactpersonen met een gelijkaardige inhoud.

4.-

Met aangetekende brief van 6 februari 2013 protesteerde de heer [redacted] tegen het feit dat al zijn accounts (klanten) werden afgenomen en overgedragen aan mevrouw [redacted] en dat hem het groothertogdom Luxemburg werd afgenomen. Hij schatte het verlies aan loon in op ongeveer 80 % van zijn commissieloon.

Hij stelde dat deze wijziging voor hem niet aanvaardbaar was en stelde de NV in gebreke om hem binnen de zeven dagen te bevestigen dat zijn accounts en de regio groothertogdom Luxemburg opnieuw zouden worden toegekend, bij ontstentenis waarvan hij zou dienen vast te stellen dat de NV de arbeidsovereenkomst eenzijdig op een essentieel punt had gewijzigd.



5.-

Met brief van 11 februari 2013 weigerde de NV om op deze vraag in te gaan. Zij stelde hierbij dat de accounts toebehoren aan de onderneming die deze naar goeddunken kon toewijzen, en dat aan de heer [redacted] een regio werd toegewezen in de nabijheid van zijn woonplaats en met een enorm potentieel aan nieuwe klanten, waarin hij met zijn capaciteiten op korte termijn wel een nieuwe en evenwaardige klantenportefeuille zou kunnen uitbouwen.

6.-

Met aangetekende brief van 15 februari 2013 noteerde de heer [redacted] e weigering van de NV om op zijn vragen in te gaan, wees hij op het belangrijke loonverlies dat hij hierdoor zou lijden en betwistte hij dat hij dit loonverlies in de nieuwe sector op korte termijn zou kunnen rechtzetten.

Hij stelde vast dat de NV de arbeidsovereenkomst eenzijdig beëindigd had en vroeg betaling van de eindafrekening, met inbegrip van opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding. Verder vroeg hij afgifte van sociale documenten en een detaillafrekening van het commissieloon voor de afgelopen twee jaar.

7.-

Met aangetekende brief van 21 februari 2013 nam de NV akte van de beslissing van de heer [redacted] om eenzijdig de uitvoering van de arbeidsovereenkomst stop te zetten, en betwistte zij de arbeidsvoorwaarden van de heer [redacted] eenzijdig gewijzigd te hebben.

In het bijzonder stelde zij contractueel het recht te hebben om de sector te wijzigen en betwistte zij dat de heer [redacted] loonverlies zou lijden, daar zijn basisloon en de voorwaarden voor toekenning van commissieloon onveranderd bleven.

Zij gaf aan de heer [redacted] de gelegenheid om te bevestigen dat zijn standpunt een foutieve inschatting was en het werk te hervatten, bij ontstentenis waarvan de NV ervan uitging dat de heer [redacted] de arbeidsovereenkomst eenzijdig en onrechtmatig had beëindigd en zij zich het recht voorbeheld een passende opzeggingsvergoeding te vorderen.

8.-

Met aangetekende en gewone brief van 26 februari 2013 betwistte de raadsman van de heer [redacted] uitvoerig het standpunt van de NV, waarbij werd herhaald dat de doorgevoerde wijzigingen voor de heer [redacted] zouden leiden tot verlies van ongeveer 80 % van het commissieloon, en werd aangedrongen op betaling van de verschuldigde vergoedingen.



II. RECHTSPLEGING

9.-

Met inleidende dagvaarding van 29 mei 2013 vorderde de heer dat de arbeidsrechtbank te Brussel de NV zou veroordelen tot betaling van:

1,00 euro provisioneel saldo commissieloon 2011
1.960,65 euro bruto saldo commissieloon 2012
1,00 euro provisioneel saldo commissieloon januari tot en met 19 mei 2013
1,00 euro provisioneel achterstallig vakantiegeld en feestdagenloon over commissieloon
5.161,03 euro bruto saldo vakantiegeld einde dienst 2012-2013
192.376,93 euro bruto opzeggingsvergoeding
51.377,12 euro bruto uitwinningsvergoeding

Te vermeerderen met de wettelijke intrest over de opzeggingsvergoeding en het achterstallig loon vanaf 19 februari 2013, de moratoire intrest over het vakantiegeld vanaf 7 februari 2013 en de gerechtelijke intrest over alle bedragen.

Hij vorderde tevens te zeggen voor recht dat de NV gehouden is tot uitkering van de maandelijkse aanvullende vergoedingen in het kader van het stelsel werkloosheid met bedrijfstoeslag, begroot op het te indexerende bedrag van 19 februari 2013 met opeisbaarheid vanaf de eerste maand niet meer gedekt door de door de rechtbank vast te stellen opzeggingsvergoeding tot en met de maand waarin hij de pensioengerechtigde leeftijd bereikt (oktober 2017) of tot er zich een andere reglementaire oorzaak voordoet waardoor deze vergoeding niet meer verschuldigd zal zijn.

Verder vorderde hij de NV te veroordelen tot afgifte van de aangepaste sociale documenten (eindafrekening, werkloosheidsattest C4 en formulier C17 brugpensioen, vakantieattesten 2012-2013 en 2013-2014, individuele rekening 2012 en 2013, fiche 281.10 voor 2013) binnen de 30 dagen na het te vellen vonnis en onder verbeurte van een dwangsom van 25,00 euro per dag vertraging en per ontbrekend document.

Alvorens verder recht te doen vorderde hij de veroordeling van de NV tot het overleggen van de detailafrekeningen commissieloon voor 2011 en 2012, de maandstaten met betrekking tot de orders geplaatst door zijn klanten in de periode januari tot en met 19 mei 2013 en de betalingsbewijzen van de werkgeversbijdragen groepsverzekering en hospitalisatieverzekering, binnen de 30 dagen na het te vellen vonnis en onder verbeurte van een dwangsom van 25,00 euro per dag vertraging en per ontbrekend document.

PAGE 01-00000733073-0006-0024-01-01-4



Tenslotte vorderde hij de veroordeling van de NV tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, op datum van dagvaarding begroot op 5.500,00 euro, en de voorlopige uitvoerbaarheid van het tussen te komen vonnis zonder enig voorbehoud.

In zijn aanvullende en syntheseconclusie, neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank op 30 juni 2014, bepaalde de heer het bedrag van de gevorderde opzeggingsvergoeding op 209.951,86 euro en dat van de gevorderde uitwinningvergoeding op 56.525,51 euro bruto.

Verder breidde hij zijn vordering uit en vorderde hij eveneens 1,00 euro provisioneel als beschermingsvergoeding antidiscriminatie.

10.-

Met conclusie, neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank op 25 (telefax) en 26 (brief) september 2013, stelde de NV een tegeneis en vorderde zij betaling door de heer i van 44.360,18 euro opzeggingsvergoeding, te vermeerderen met de gerechtelijke intrest vanaf 29 mei 2013 tot de datum van volledige betaling.

Zij vorderde tevens de veroordeling van de heer tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 5.500,00 euro, en de voorlopige uitvoerbaarheid van het tussen te komen vonnis zonder enig voorbehoud.

In haar syntheseconclusie, neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank op 30 september 2014, bepaalde de NV het bedrag van de gevorderde opzeggingsvergoeding op 42.859,68 euro.

11.-

Met vonnis van 29 april 2015 verklaarde de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel de vordering van de heer ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Zij veroordeelde de NV tot betaling aan de heer van volgende bedragen:

2.188,0 euro provisioneel saldo commissieloon 2011

1.960,65 euro bruto saldo commissieloon 2012

3.000,00 euro provisioneel saldo commissieloon januari tot en met 19 mei 2013

1.096,60 euro provisioneel achterstallig vakantiegeld en feestdagenloon over commissieloon

5.161,03 euro bruto saldo vakantiegeld einde dienst 2012-2013



185.725,25 euro bruto opzeggingsvergoeding
50.002,95 euro bruto uitwinningsvergoeding

te vermeerderen met de wettelijke intrest vanaf de eisbaarheid en de gerechtelijke intrest vanaf de dagvaarding op voormelde bruto bedragen.

Zij zegde verder voor recht dat de NV gehouden is tot uitkering van de maandelijkse aanvullende vergoedingen in het kader van het stelsel werkloosheid met bedrijfstoeslag, begroot op het te indexerende bedrag van 19 februari 2013 met opeisbaarheid vanaf de eerste maand niet meer gedekt door de door de rechtbank vast te stellen opzeggingsvergoeding tot en met de maand waarin hij de pensioengerechtigde leeftijd bereikt (oktober 2017) of tot er zich een andere reglementaire oorzaak voordoet waardoor deze vergoeding niet meer verschuldigd zal zijn.

Zij veroordeelde de NV verder tot afgifte van de aangepaste sociale documenten (eindafrekening, werkloosheidsattest C4 en formulier C17 brugpensioen, vakantieattesten 2012-2013 en 2013-2014, individuele rekening 2012 en 2013, fiche 281.10 voor 2013) binnen de twee maanden na betekening van het vonnis en onder verbeurte van een dwangsom van 10,00 euro per dag vertraging en per ontbrekend document, met een maximum van 500,00 euro.

De tegenvordering van de NV werd ontvankelijk doch ongegrond verklaard.

De NV werd tenslotte veroordeeld tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 5.500,00 euro en de dagvaardingskosten, begroot op 193,80 euro.

12.-

Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van dit vonnis.

13.-

Met verzoekschrift, neergelegd op de griffie van het arbeidshof te Brussel op 26 juni 2015, tekende de NV hoger beroep aan tegen het vonnis dat op 29 april 2015 werd geveld door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

Zij vorderde dat het arbeidshof de vorderingen van de heer onontvankelijk, minstens ongegrond zou verklaren.



Zij vorderde verder dat de heer : veroordeeld zou worden tot betaling van 42.859,68 euro opzeggingsvergoeding, gelijk aan zes maanden loon wegens de eenzijdige en onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Zij vorderde tevens het vonnis van de eerste rechter te bevestigen in de zin dat de kostenvergoeding geen loon uitmaakt vermits niet de tegenprestatie is van arbeid maar slechts de vergoeding van een uitgave, en dat niet aangetoond wordt dat er discriminatie was op grond van leeftijd wegens geïntimeerde.

Tenslotte vorderde zij de heer : te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen in eerste aanleg (5.500,00 euro) en hoger beroep (5.500,00 euro).

14.-

Met conclusie, neergelegd op de griffie van het arbeidshof op 8 december 2015, tekende de heer : incidenteel beroep aan tegen het reeds bestreden vonnis.

Hij vorderde dat het arbeidshof de verschuldigde opzeggingsvergoeding zou bepalen op 203.449,72 euro bruto en de verschuldigde uitwinningsvergoeding op 54.774,92 euro bruto; tevens dat ook zijn vordering tot betaling van een beschermingsvergoeding antidiscriminatie gegrond zou worden verklaard voor een bedrag van 1,00 euro provisioneel.

Hij herhaalde zijn vordering om alvorens verder recht te doen, en vorderde de veroordeling van de NV tot het overleggen van de detailafrekeningen commissieloon voor 2011 en 2012, de maandstaten met betrekking tot de orders geplaatst door zijn klanten in de periode januari tot en met 19 mei 2013 en de betalingsbewijzen van de werkgeversbijdragen groepsverzekering en hospitalisatieverzekering, binnen de 30 dagen na het te vellen vonnis en onder verbeurte van een dwangsom van 25,00 euro per dag vertraging en per ontbrekend document.

Tenslotte vorderde hij de veroordeling van de NV tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 5.500,00 euro per aanleg.

In zijn tweede syntheseberoepsconclusie, neergelegd op de griffie van het arbeidshof op 19 juli 2016, beperkte hij zijn vordering alvorens verder recht tot de maandstaten met betrekking tot de orders geplaatst door zijn klanten in de periode januari tot en met 19 mei 2013.



III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

15.-

Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is.

IV. BEOORDELING

A. De oorspronkelijke hoofdvordering

1. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Enkele principes

16.-

Aan de orde is de vraag of de heer terecht de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de NV vaststelde op grond van een eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.

17.-

Uit artikel 1134 BW en 20, 1° van de Arbeidsovereenkomstenwet volgt dat de werkgever de overeengekomen voorwaarden niet eenzijdig kan wijzigen of herroepen, zonder tekort te komen aan zijn contractuele verplichtingen. Hierbij is het zonder belang of de wijziging onbelangrijk is of betrekking heeft op een bijkomstig element van de overeenkomst. (vgl. Cass. 13 oktober 1997, R.W. 1998-99, 502)

Het zgn. *ius variandi* van de werkgever is beperkt tot de niet overeengekomen arbeidsvoorwaarden, en de onmogelijkheid om eenzijdig de overeengekomen voorwaarden te wijzigen geldt ook voor onbelangrijke wijzigingen en wijzigingen van bijkomstige elementen van de overeenkomst.

18.-

Niets belet dat partijen in de arbeidsovereenkomst bedingen dat een bestanddeel ervan niet als essentieel wordt aangezien, door de wijzigbaarheid ervan in de overeenkomst zelf te bepalen.

Wanneer in de arbeidsovereenkomst een clause is ingebouwd waarbij aan de werkgever



het recht wordt gegeven om de expliciet geformuleerde arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen, is er inderdaad sprake van een contractueel bindende partijbeslissing.
(vgl. P. Humblet, *Ius dominandi* of *Ius variandi* : what's in a name ?, R.W. 1994-1995, 241)

Artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet staat hieraan niet in de weg.

In zijn arrest dd. 14 oktober 1991 heeft het Hof van Cassatie inderdaad geopteerd voor een niet absolute interpretatie van dit artikel, door te oordelen dat artikel 25 enkel de bedingen viseert die een eenzijdige wijziging van een essentiële arbeidsvoorwaarde veronderstellen, doch niet de bedingen die volgens de gesloten overeenkomst geen essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst uitmaken.
(vgl. Cass. 14 oktober 1991, R.W. 1991-1992, 809, concl. proc-gen. H. Lenaerts)

19.-

Enkel wanneer een partij eenzijdig een belangrijke wijziging aan een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst aanbrengt, beëindigt deze partij de arbeidsovereenkomst onregelmatig.
(vgl. Cass. 4 februari 2002, J.T.T. 2002, 121, noot C. Wantiez)

Het felt dat het zou gaan om een tijdelijke wijziging staat hieraan niet in de weg: zelfs een tijdelijke belangrijke eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst komt neer op impliciet ontslag.
(vgl. Cass. 22 maart 1982, Arr. Cass. 1981-82, 906; Cass. 17 maart 1986, Soc. Kron. 1986, 201; Cass. 30 november 1998, R.W. 1999-2000, 570)

De werkgever beëindigt bijgevolg de arbeidsovereenkomst onregelmatig wanneer hij eenzijdig een belangrijke wijziging aanbrengt aan een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.

Als constitutieve bestanddelen van dergelijke onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden aldus weerhouden:

- de wijziging van de arbeidsvoorwaarden moet eenzijdig zijn
- zij moet betrekking hebben op een essentieel of een overeengekomen bestanddeel van de overeenkomst
- zij moet belangrijk zijn
- zij moet zeker zijn
- zij kan tijdelijk of definitief zijn.



(vgl. L. Dear, *La sanction de la modification unilatérale – l'acte équipollent à rupture ou la résolution judiciaire : avantages et inconvénients*, in: S. Gilson (coord. scient.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Anthémis, Louvain-la-Neuve 2010, 81-90)

20.-

Alleen de aanzienlijke wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst staat gelijk met de onmiddellijke onregelmatige beëindiging van deze overeenkomst.

(vgl. Cass. 15 januari 1979, Arr. Cass. 1978-79, 544; Cass. 1 december 1980, Arr. Cass. 1980-81, 361; Cass. 7 februari 1983, Arr. Cass. 1982-83, nr. 324)

Of een bestanddeel van een arbeidsovereenkomst al dan niet een essentieel bestanddeel is, kan op de eerste plaats worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van de arbeidsovereenkomst zelf.

Het essentieel karakter van een bepaling van de arbeidsovereenkomst kan ook blijken uit de wijze waarop partijen zelf de arbeidsovereenkomst uitvoeren.

Uit het feit dat een werknemer reeds enkele malen de wijziging van een bepaald bestanddeel van de overeenkomst heeft aanvaard, kan worden afgeleid dat voor hem dit bestanddeel van de overeenkomst niet (langer) een essentieel bestanddeel is.

Tenslotte moet bij de beoordeling van het al dan niet essentieel karakter van een bestanddeel van de arbeidsovereenkomst, gestreefd worden naar een evenwicht tussen het persoonlijk belang van de werknemer en het economisch belang van de werkgever.

Zo moet de werkgever de mogelijkheid hebben om in het belang van de onderneming en het personeel, zijn organisatie aan te passen door rationalisatiemaatregelen te treffen die wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden met zich mee kunnen brengen.

Hierbij mogen de rechten en belangen van de werknemer niet uit het oog worden verloren, en dient de werkgever bij het gebruik van zijn prerogatieven blijk te geven van voorzichtigheid en gematigdheid.

Deze belangenafweging maakt duidelijk wat, de concrete omstandigheden van ieder geval in acht genomen, al dan niet als essentieel bestanddeel mag worden aangezien.

(vgl. W. van Eeckhoutte, *Het belang van de werkgever*, T.S.R. 1994, 44)



21.-

Kleine eenzijdige wijzigingen aan essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst komen niet neer op een onrechtmatige beëindiging ervan.
(vgl. Cass. 15 januari 1979, Arr. Cass. 1978-79, 544)

Als belangrijke wijzigingen worden door de rechtspraak beschouwd, die wijzigingen die een aanzienlijke morele of materiële schade teweegbrengen voor de werknemer.
(vgl. P. Crahay, Modification des conditions de travail et résiliation du contrat de travail, J.T.T. 1985, 21)

Ook hier ligt een belangenafweging aan de basis van het criterium dat moet worden gehanteerd om uit te maken wanneer een eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst belangrijk is. Enkel wanneer het belang dat een werknemer blijkt te hebben bij een integraal behoud van een essentieel bestanddeel van zijn arbeidsovereenkomst kennelijk opweegt tegen het belang dat de werkgever heeft bij een eenzijdige wijziging daarvan, kan er sprake zijn van een belangrijke eenzijdige wijziging.
(vgl. W. van Eeckhoutte, o.c., T.S.R. 1994, 46)

Toepassing

22.-

Met betrekking tot de elementen van de contractbeëindigende wijzigingen van de arbeidsovereenkomst, zoals hiervoor bepaald, stelt het arbeidshof vast dat tussen partijen discussie bestaat over volgende vragen:

- zijn de doorgevoerde wijzigingen eenzijdig doorgevoerd?
- betreffen zij een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst?
- zijn ze belangrijk?
- zijn ze definitief of slechts tijdelijk?

23.-

Met betrekking tot de vraag of de wijzigingen van de arbeidsovereenkomsten van de heer door de NV *eenzijdig* zijn, argumenteert de NV dat dit niet het geval is daar artikel 3 van de arbeidsovereenkomst tussen partijen bepaalt dat de werkgever zich het recht voorbehoudt de toegewezen sector te verkleinen of meerdere vertegenwoordigers aan te werven voor de bestaande producten.



Indien reeds aanvaard zou kunnen worden dat de werkgever in de arbeidsovereenkomst een bepaling zou kunnen opnemen dat hij zich het recht voorbehoudt de sector waarin de handelsvertegenwoordiger zijn activiteiten uitoefent te wijzigen, stelt het arbeidshof op de eerste plaats vast dat de NV de bepaling van artikel 3 van de arbeidsovereenkomst selectief leest.

Volgens dit artikel kon de NV de activiteitensector van de heer [redacted] verkleinen wanneer aan twee voorwaarden wordt voldaan, met name dat deze wijziging commercieel verantwoord is (derde alinea, laatste zin) en dat de wijziging de werknemer geen financieel nadeel berokkent.

Ter zake stelt zich het probleem dat de NV zelf aangeeft dat de heer [redacted] door de wijzigingen aan zijn sector wel degelijk financieel nadeel lijdt.

In haar brief van 11 februari 2013 geeft de NV immers aan dat aan de heer [redacted] een regio werd toegewezen in de nabijheid van zijn woonplaats en met een enorm potentieel aan nieuwe klanten, waarin hij met zijn capaciteiten op korte termijn wel een nieuwe en evenwaardige klantenportefeuille zou kunnen uitbouwen.

Aldus erkent de NV minstens impliciet dat de heer [redacted] door de wijziging van de sector financieel nadeel zou lijden.

Volledigheidshalve merkt het arbeidshof op dat de NV bovendien niet en alleszins niet op afdoende wijze aantoont dat de wijziging van de sector commercieel verantwoord zou zijn.

24.-

Verder dient te worden opgemerkt dat artikel 3 van de arbeidsovereenkomst tussen partijen wel de mogelijkheid voorziet om de sector te verkleinen of er andere vertegenwoordigers in te werk te stellen, maar niet dat de NV het recht heeft de toegewezen klanten af te nemen.

Dit onderdeel van de wijziging van de arbeidsvoorwaarden van de heer [redacted] : is bijgevolg alleszins eenzijdig door de werkgever beslist en bijgevolg niet toegelaten.

Het in briefwisseling door de NV ontwikkelde argument dat zij over de toewijzing van klanten beslist wat zij wil omdat deze klanten haar toebehoren, is niet ter zake en miskent het feit dat deze klanten voor de heer [redacted] inkomen genereren.



25.-

Met betrekking tot de vraag of de wijzigingen die de NV doorvoerde aan de geografische sector waarin de heer [redacted] werd tewerkgesteld en aan de toegewezen klanten wijzigingen zijn van een *essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst*, argumenteert de NV in essentie dat dit niet het geval is vermits de heer [redacted] in het verleden enkele malen aanvaard heeft dat zijn sector werd gewijzigd en dat hem klanten werden afgenomen.

Naar het oordeel van het arbeidshof faalt ook dit argument.

Indien het juist is dat de heer [redacted] in het verleden wijzigingen heeft aanvaard aan de geografische sector waarin hij was tewerkgesteld en aan de klanten die hem werden toegewezen (zie relaas der feiten nr. 2) is de situatie van wijziging der arbeidsvoorwaarden die aan het arbeidshof wordt voorgelegd anders, vermits bij vorige wijzigingen wel klanten werden afgenomen, maar deze werden vervangen door andere klanten, terwijl bij de wijziging die werd doorgevoerd in februari 2013, de toegewezen klanten eenvoudigweg allemaal werden overgedragen aan een collega van de heer [redacted].

26.-

Vervolgens is er de vraag of de wijzigingen die in februari 2013 werden opgelegd door de NV *belangrijke wijzigingen* aan een *essentieel bestanddeel* van de arbeidsovereenkomst waren.

Dit is ongetwijfeld het geval, daar de doorgevoerde wijzigingen onmiskenbaar een onmiddellijke invloed hadden op het inkomen van de heer [redacted].

Of het loonverlies nu 80 % van zijn commissielonen bedroeg, zoals de heer [redacted] voorhoudt, of een door de toekenning van een andere sector gering of snel in te halen bedrag aan commissielonen, is ter zake niet van belang.

Het staat niet ter discussie dat de heer [redacted] commissie ontving op de zaken die werden gerealiseerd met de klanten die hem werden toegekend, zodat niet betwist kan worden dat hij door het afnemen van deze klanten loonverlies leed.

Het vaststaande feit van loonverlies maakt dat de doorgevoerde wijzigingen wel degelijk als belangrijk moeten worden beschouwd.

27.-

Ten onrechte argumenteert de NV dat uit E-mails van 1 februari 2013 van de heer [redacted] aan een aantal Spaanse en Nederlandse contactpersonen zou moeten blijken dat hij het met



het afnemen van de toegewezen klanten eens was.

Uit deze berichten kan niet en alleszins niet ondubbelzinnig worden afgeleid dat de heer het inderdaad eens was met het afnemen van de toegewezen klanten. In deze berichten drukte hij zijn verbazing uit over de beslissing, dankte hij de geadresseerden voor de fijne samenwerking en wenste hij mevrouw veel zaken ('business') met haar nieuwe klanten.

Dat de heer het met de beslissing van de NV eens zou zijn geweest wordt overigens tegengesproken door zijn aangetekende brief van 6 februari 2013 aan de NV, waarin hij onmiskenbaar duidelijk maakte dat hij het met de beslissing van de NV niet eens was.

28.-

Verder is het ten onrechte dat de NV zich beroept op het – overigens niet en alleszins niet afdoende wijze bewezen – feit dat de doorgevoerde wijzigingen slechts tijdelijk zouden zijn.

Zoals hiervoor aangegeven, komt ook een tijdelijke belangrijke eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst komt neer op impliciet ontslag.

(vgl. Cass. 22 maart 1982, Arr. Cass. 1981-82, 906; Cass. 17 maart 1986, Soc. Kron..1986, 201; Cass. 30 november 1998, R.W. 1999-2000, 570)

29.-

Tenslotte is het ten onrechte dat de NV argumenteert dat uit de doorgevoerde wijzigingen de wil van de NV om de arbeidsovereenkomst te beëindigen niet blijkt.

Opdat de arbeidsovereenkomst een einde neemt, vereist een belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst niet de wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van degene die de wijziging doorvoert.

(vgl. Cass. 27 juni 1988, R.W. 1988-89, 846; Cass. 23 juni 1997, J.T.T. 1997, 333, noot C. Wantiez)

30.-

Samengevat betekent dit dat het arbeidshof van oordeel is dat de heer terecht de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de NV vaststelde op grond van een belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.

2. De gevorderde vergoedingen

PAGE 01-00000733073-0016-0024-01-01-4



2.1. Opzeggingsvergoeding

31.-

Met toepassing van artikel 39 § 1 eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet dient de partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt zonder dringende reden en zonder inachtneming van een (voldoende) opzeggingstermijn, aan de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het loon dat overeenstemt met de (eventueel resterende) duur van de opzeggingstermijn.

Voor de toepassing van deze regel dient bijgevolg onderzocht te worden welk loon de heer -
verdiende en welke opzeggingstermijn nageleefd diende te worden.

32.-

Artikel 39 §1 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de opzeggingsvergoeding niet enkel het lopend loon behelst maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Terecht bepaalde de arbeidsrechtbank het jaarloon van de heer - waarmee rekening gehouden dient te worden voor de berekening van de hem toekomende opzeggingsvergoeding op 85.719,35 euro.

Ten onrechte stelt de heer - dat de hem toegekende forfaitaire kostenvergoeding mee opgenomen dient te worden in dit jaarloon.

Een kostenvergoeding is geen loon, aangezien zij niet de tegenprestatie is van arbeid, maar wel de vergoeding van een uitgave. Zij is evenmin een verdienste verworven krachtens de arbeidsovereenkomst en komt derhalve niet in aanmerking voor opname in de opzeggingsvergoeding.

(vgl. Arbh. Luik 6 mei 1998, J.T.T. 1999, 156; Arbh. Gent 25 september 1998, T.G.R. 1998, 236)

Wanneer de kostenvergoeding geen werkelijke kosten dekt vormt zij gewoon vast loon en dient zij in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding te worden opgenomen.

(vgl. Arbh. Antwerpen 20 november 1978, J.T.T. 1979, 348; Arbh. Gent 25 september 1998, T.G.R. 1998, 236)

De heer - toont niet aan dat de hem toegekende forfaitaire kostenvergoeding geen werkelijke kosten dekt; dit bewijs wordt in het bijzonder niet geleverd door het feit dat deze



vergoeding ook betaald werd tijdens de jaarlijkse vakantie, vermits niets belet dat de werkgever de kosten op jaarbasis bepaalt en ze vervolgens op maandbasis betaalt.

33.-

Zoals terecht vastgesteld door de arbeidsrechtbank zijn partijen het er over eens dat de na te leven opzeggingstermijn 26 maanden bedraagt.

34.-

Met als uitgangspunten een jaarloon van 85.719,35 euro en een na te leven opzeggingstermijn van 26 maanden bedraagt de aan de heer [redacted] verschuldigde opzeggingsvergoeding 185.725,25 euro, zoals correct bepaald door de arbeidsrechtbank.

2.2. Uitwinningsvergoeding

35.-

Met toepassing van artikel 101 eerste en tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet heeft de handelsvertegenwoordiger recht op betaling door de werkgever van een uitwinningsvergoeding wanneer aan volgende vier voorwaarden cumulatief wordt voldaan:

- de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd door de werkgever zonder dringende reden of door de handelsvertegenwoordiger om een dringende reden
- de handelsvertegenwoordiger toont aan een cliënteel te hebben aangebracht, eventueel via het vermoeden van artikel 105 van de Arbeidsovereenkomstenwet
- de werkgever toont niet aan dat de handelsvertegenwoordiger door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen nadeel heeft geleden
- de handelsvertegenwoordiger was ten minste één jaar in dienst van de werkgever.

In de aan het arbeidshof voorgelegde betwisting betwist de NV enkel dat de arbeidsovereenkomst door haar zou zijn beëindigd.

Zoals hoger werd geoordeeld, stelde het arbeidshof vast dat de heer [redacted] terecht de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de NV vaststelde op grond van een belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst had ingeroepen.

36.-

Artikel 101 derde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de uitwinningsvergoeding gelijk is aan het loon van drie maanden voor de



handelsvertegenwoordiger die bij dezelfde werkgever was tewerkgesteld gedurende een periode van één tot vijf jaar, en verhoogd wordt met het loon van één maand bij het ingaan van elke bijkomende vijfjaarlijkse dienstperiode bij dezelfde werkgever.

Artikel 101 vijfde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt verder dat de uitwinningsvergoeding niet alleen het lopend loon maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst.

Met als uitgangspunten een jaarloon van 85.719,35 euro (zie nr. 33) en een dienstperiode van meer dan 20 en minder dan 25 jaar bij de NV bedraagt de aan de heer verschuldigde uitwinningsvergoeding zeven maanden loon, of 50.002,95 euro, zoals terecht geoordeeld door de arbeidsrechtbank.

2.3. Saldo commissieloon 2011, 2012 en januari tot en met 19 mei 2013

37.-

Deze onderdelen van de vordering worden door de NV enkel betwist door voor te houden dat zij nooit opmerkingen heeft ontvangen over mogelijke tekorten, en dat deze steeds correct werden betaald. Deze enkele bevestiging zonder gedetailleerd verweer is onvoldoende om de vordering van de heer ongegrond te verklaren.

Hierin verder niet tegengesproken door de NV, bepaalde de arbeidsrechtbank de verschuldigde bedragen aan achterstallig commissieloon correct, aan de hand van de door de heer bijgebrachte stukken.

38.-

Het arbeidshof is van oordeel dat niet moet ingegaan worden op de vraag van de heer om overlegging te bevelen van de detailafrekeningen commissieloon voor 2011 en 2012, de maandstaten met betrekking tot de orders geplaatst door zijn klanten in de periode januari tot en met 19 mei 2013.

2.4. Vakantiegeld op achterstallig vakantiegeld en feestdagenloon over commissieloon

39.-

Deze onderdelen van de oorspronkelijke vordering van de heer worden door de NV cijfermatig noch principieel betwist en door de arbeidsrechtbank terecht gegrond verklaard.



2.5. Bruto saldo vakantiegeld einde dienst 2012-2013

40.-

Ook dit onderdeel van de oorspronkelijke vordering van de heer wordt door de NV cijfermatig noch principieel betwist en door de arbeidsrechtbank terecht gegrond verklaard.

2.6. Maandelijks aanvullende vergoedingen in het kader van het stelsel werkloosheid met bedrijfstoeslag

41.-

Dit onderdeel van de oorspronkelijke vordering van de heer wordt door de NV evenmin cijfermatig of principieel betwist en door de arbeidsrechtbank terecht gegrond verklaard.

2.7. Beschermingsvergoeding wegens discriminatie

42.-

De heer argumenteert dat de 'major accounts' (belangrijke klanten) werden afgenomen omwille van het feit dat hij volgens de NV te oud was geworden. Hij acht zich hierdoor gediscrimineerd op grond van zijn leeftijd.

43.-

Artikel 14 van de Antidiscriminatiewet verbiedt elke vorm van discriminatie, waarbij onder discriminatie wordt verstaan, de directe en indirecte discriminatie, de opdracht tot discrimineren, intimidatie en een weigering redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.

Discriminatie heeft te maken met ongelijke behandeling op basis van een aantal beschermde criteria waaronder de leeftijd (artikel 4, 4° Antidiscriminatiewet) en is van toepassing op alle personen met betrekking tot onder ander de arbeidsbetrekkingen (artikel 5 § 1, 5° Antidiscriminatiewet), in het bijzonder de bepalingen en praktijken inzake de arbeidsbetrekking, zoals de ontslagbeslissing en de bepaling van voorwaarden voor ontslag en vergoedingen bij ontslag (artikel 5 § 2, 3° Antidiscriminatiewet).

44.-

Artikel 4, 7° van de Antidiscriminatiewet omschrijft directe discriminatie als een direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op



grond van de bepalingen van titel II; artikel 4, 7° van de Antidiscriminatiewet definieert het direct onderscheid als de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, of zou worden behandeld op basis van een van de beschermde criteria.

45.-

Naar het oordeel van het arbeidshof voert de heer [redacted] geen elementen aan waaruit zou moeten blijken dat hij gediscrimineerd werd omwille van zijn leeftijd.

Zoals terecht opgemerkt door de arbeidsrechtbank in het bestreden vonnis, blijkt uit de bijgebrachte gegevens dat niet enkel van de heer [redacted], doch ook van twee jongere collega-handelsvertegenwoordigers klanten werden afgenomen.

Vast staat hierbij dat in geen van de brieven van de NV met betrekking tot het afnemen van klanten werd gerefereerd aan het feit dat het prestatieniveau van de heer [redacted] daalde en dat dit toe te schrijven zou zijn aan zijn leeftijd.

De enkele verwijzing naar een passage uit een conclusie genomen in eerste aanleg en niet hernomen in de verdere procedure naar een mogelijk verband tussen leeftijd en prestaties, is onvoldoende om gewag te kunnen maken van een ongelijke behandeling op grond van leeftijd.

46.-

Ook met betrekking tot dit onderdeel van de oorspronkelijke vordering van de NV dient het bestreden vonnis te worden bevestigd.

3. De vordering tot afgifte van sociale documenten

47.-

De NV betwist dit onderdeel van de vordering van de heer [redacted] door te stellen dat deze documenten reeds in juni 2013 werden overgemaakt.

De vordering heeft echter betrekking op de vergoedingen die werden gevorderd voor de arbeidsrechtbank.

48.-

De rechter kan ter uitvoering van de met toepassing van artikel 21 van de Arbeidsovereenkomstenwet aan de werkgever opgelegde verplichting tot afgifte van sociale



documenten bij het einde van de arbeidsovereenkomst, een dwangsom opleggen.
(vgl. Cass. 30 november 1998, R.W. 1998-99, 1388)

De bedoeling van de dwangsom is te vermijden dat problemen zouden ontstaan door de niet-afgifte van de vereiste documenten; dat de werkgever voorheen steeds tijdig de nodige sociale documenten heeft afgeleverd, is op zich onvoldoende om geen dwangsom toe te kennen.

De afgifte van sociale documenten is vooreerst van belang voor de werknemer zelf, die deze documenten kan gebruiken om zijn rechten ten opzichte van de werkloosheidsdiensten te doen gelden (werkloosheidsbewijs C4) of te controleren of de juiste inhoudingen werden verricht en betaald (loonafrekeningen).

De afgifte van deze is ook van belang voor derden: bijvoorbeeld voor de werkloosheidsdiensten, die kunnen oordelen of provisioneel toegekende werkloosheidsuitkeringen moeten worden teruggevorderd, voor de RSZ die kan nagaan of de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen werden betaald of voor de fiscus die kan nagaan of de ingehouden bedrijfsvoorheffing werd doorgestort.

Bovendien betekent het feit dat aan de veroordeling tot afgifte van sociale documenten een dwangsom wordt gekoppeld, niet dat de dwangsom ook effectief verbeurd zal worden; dit gebeurt enkel wanneer de werkgever de op hem rustende verplichting tot afgifte van sociale documenten niet zou naleven.

49.-

Met toepassing van artikel 1385ter Ger.W. is het aan de rechter om de dwangsom te bepalen, hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of overtreding, waarbij in deze laatste gevallen de rechter een bedrag kan bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt.

In het bestreden vonnis heeft de arbeidsrechtbank het bedrag van de dwangsom oordeelkundig bepaald op 10,00 euro per dag en per ontbrekend document, en het bedrag waarboven geen dwangsom meer verbeurd even oordeelkundig bepaald op 500,00 euro.

B. De oorspronkelijke tegenvordering

50.-

De tegenvordering van de NV, gesteld met conclusie, neergelegd op de griffie van de

PAGE 01-00000733073-0022-0024-01-01-4



arbeidsrechtbank op 25 (telefax) en 26 (brief) september 2013, strekt ertoe betaling te bekomen door de heer van 44.360,18 euro opzeggingsvergoeding, te vermeerderen met de gerechtelijke intrest vanaf 29 mei 2013 tot de datum van volledige betaling.

51.-

Deze vordering is gesteund op het argument dat de heer ten onrechte de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de NV vaststelde, en bijgevolg zelf de arbeidsovereenkomst onrechtmatig beëindigde.

Zoals hoger werd geoordeeld, stelde het arbeidshof vast dat de heer : terecht de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de NV vaststelde op grond van een belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst had ingeroepen.

De tegenvordering van de NV werd door de arbeidsrechtbank terecht ongegrond verklaard.

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;

Gezien het schriftelijk advies van mevrouw , dd. advocaat-generaal;

De repliek op dit advies door appellante;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis in alle beschikkingen;

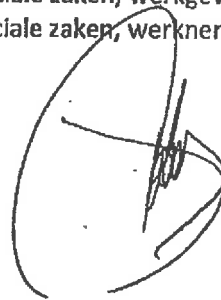
Verwijst de NV tot de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van beide partijen vereffend op 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.



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

bijgestaan door :

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



en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 9 december 2016 door:

raadsheer,
voorzitter,
griffier.

