



Uitgifte

Repertoriumnummer 2019 /
Datum van uitspraak 2 juli 2019
Rolnummer 2018/AB/278
Beslissing waartegen beroep 16/1011/A

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

BMC SOFTWARE BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel te
1831 DIEGEM, Culliganlaan 2C, (KBO nr. 424.902.956)
appellante op hoofdberoep,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. DEVLOO Ellen loco mr. BURG Sebastian, advocaat te
1050 BRUSSEL, Louizalaan 149

tegen

V. R. H.,
geïntimeerde op hoofdberoep,
appellante op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mevrouw BOEHLEN Cynthia, afgevaardigde van een representatieve
organisatie van werknemers, houdster van een schriftelijke volmacht, kantoorhoudend te
3010 KESSEL - LO, Martelarenlaan 8

**

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit:
Gelet op de stukken van de rechtspleging, in het bijzonder op:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken door de arbeidsrechtbank Leuven op 26 oktober 2017, 1^{ste} B kamer (A.R. 16/1011/A)
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie op 21 maart 2018,
- de conclusie voor de appellante,
- de conclusie voor de geïntimeerde,

- de voorgelegde stukken.

**

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 18 juni 2019, waarna de debatten werden gesloten, voor uitspraak werd gesteld op 3 september 2019 en vervroegd uitgesproken op heden.

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 5 februari 2001 ondertekenden de nv BMC Software Belgium (hierna verkort aangeduid als *BMC*) en mevrouw H. V.H. een voltijdse arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd, waardoor mevrouw V.H. werd aangeworven als software ontwikkelaar.
2. Op 16 maart 2003 ondertekenden ze een nieuwe arbeidsovereenkomst waardoor de functie werd aangepast naar *Staff Product Developer*. Ze had een vast maandloon van € 3.978, aangevuld met variabel loon van 17% van het bruto jaarsalaris volgens de geldende bonusregeling, en dit laatste vanaf 1 april 2003.
3. Vanaf september 2011 werd de werkplaats van mevrouw V.H. opgeheven en er werd haar de mogelijkheid gegeven om van thuis uit te werken met de informaticamiddelen van de onderneming.
4. Met aangetekende brief van 3 september 2015 beëindigde BMC de arbeidsovereenkomst en kondigde betaling van een opzeggingsvergoeding aan. Mevrouw V.H. kreeg ook een aanbod van outplacement.
5. BMC wilde de ontslagafhandeling regelen via een dading, maar hierover kwam geen overeenstemming, daar mevrouw V.H. met bepaalde onderdelen niet akkoord kon gaan en het ontwerp niet tekende. Zodoende heeft BMC op 21 december 2015 een opzeggingsvergoeding uitbetaald, uitgaande van 13 maanden en 10 weken.
6. Op 27 juni 2016 verzond de vakbondssecretaris van mevrouw V.H. een e-mail aan BMC en vroeg betaling van intresten op de uitbetaalde opzeggingsvergoeding, een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 6.860,99 omdat het basisloon moest worden aangepast, een pro rata GPIC-bonus van € 5.287,35, een vergoeding voor de kosten van thuisarbeid van € 55.279,40 en cash unit awards van 13.000 US\$.
7. Met een gemotiveerde officiële brief van de raadsleden van BMC werden al deze vorderingen afgewezen.

8. Met tegensprekelijk verzoekschrift neergelegd op de griffie van de arbeidsrechtbank te Leuven op 18 augustus 2016 vorderde mevrouw V.H. betaling door BMC van volgende sommen, na aanpassing van de bedragen:

- Netto intresten van € 1.170,68 wegens intresten op de opzeggingsvergoeding
- Een aanvullende opzeggingsvergoeding van € 4.643,57
- Een forfaitaire vergoeding voor huisarbeid van € 30.477,40 netto
- Een GPIC-bonus van € 4.585,52 en vakantiegeld hierop van € 703,42
- Cash Unit Awards van € 11.641,50 en vakantiegeld hierop van € 1.785,80

Alle bedragen te vermeerderen met de toepasselijke intresten en de gerechtskosten

Tevens vroeg mevrouw V.H. afgifte van de aangepaste sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

9. Met eindvonnis van 26 oktober 2017 van de arbeidsrechtbank te Leuven werden deze vorderingen ontvankelijk en in volgende mate gegrond verklaard; BMC werd veroordeeld tot betaling van € 1.170,68 wegens intresten op de opzeggingsvergoeding en tot € 1 provisioneel wegens forfaitaire vergoeding huisarbeid; de debatten werden heropend om dit laatste onderdeel nader te becijferen.

10. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 21 maart 2018, tekende BMC omdat de volledige vordering deels onontvankelijk, en voor het overige ongegrond moest worden verklaard.

Mevrouw V.H. tekende incidenteel beroep aan in de mate haar vordering werd afgewezen.

II. BEOORDELING

11. Het hoger beroep van mevrouw V.H. werd, gelet op het ontbreken van betekening van het bestreden vonnis, tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is. Dit wordt niet betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De intresten op de opzeggingsvergoeding

12. BMC legt uit dat de laattijdige betaling van de opzeggingsvergoeding aan mevrouw V.H. zelf te wijten was, doordat ze niet inging op het herhaalde aanbod om ten gepaste tijde de dadingovereenkomst te ondertekenen. Ze vraagt om die reden de afwijzing van dit onderdeel.

13. Art. 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers (*BS 30 april 1965, zoals gewijzigd – aangeduid als loonbeschermingswet*) bepaalt dat wanneer de dienstbetrekking een einde neemt, het nog verschuldigde loon onverwijld moet worden uitbetaald en uiterlijk op de eerste betaaldag die volgt op de datum waarop de dienstbetrekking eindigt. Dit beginsel wordt ook bevestigd in art. 102 van de arbeidsovereenkomstenwet.

14. Het feit dat BMC dit wilde regelen via een dading, waarmee mevrouw V.H. finaal niet wilde instemmen, doet hieraan geen afbreuk. Het hoger beroep is op dit punt ongegrond.

Vergoeding thuiswerk

15. Mevrouw V.H. steunt dit onderdeel van haar vordering op artikel 119.6 van de arbeidsovereenkomstenwet, dat bepaalt dat aan de huisarbeider – bij wijze van suppletieve regeling – een forfaitair bedrag van 10 % van het loon verschuldigd is als vergoeding van de kosten die aan de huisarbeid verbonden zijn, tenzij de werknemer met verantwoordingsstukken aantoont dat de werkelijke kosten hoger zijn dan 10 % van het 'loon'.

16. Artikel 119.1 van de Arbeidsovereenkomstenwet verstaat onder huisarbeiders: werknemers die onder het gezag van een werknemer in hun woonplaats of op elke andere door hen gekozen plaats, zonder dat zij onder het toezicht of de rechtstreekse controle van deze werkgever staan, tegen loon arbeid verrichten.

17. Artikel 119.1 § 2 eerste lid bepaalt verder dat de artikelen 119.3 tot 119.12 van de arbeidsovereenkomstenwet, en dus ook het artikel 119.6 waarop mevrouw V.H. haar vordering steunt, niet van toepassing zijn op werknemers op wie de collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de NAR betreffende het telewerk, van toepassing is. Dit art. 119.1 §2 eerste lid werd ingevoegd bij art. 241 van de wet van 20 juli 2006 (BS 28 juli 2006) met ingang van 28 juli 2006 (art. 244). De verwijzing van mevrouw V.H. naar de oorspronkelijke Memorie van Toelichting en naar rechtsleer van vóór deze invoeging, is daardoor irrelevant, omdat men met deze aanpassing de regeling huisarbeid heeft verfijnd ten aanzien van telewerk, rekening houdend met wat de cao van de NAR hierover bepaalde. Hiermee wordt bedoeld de cao nr. 85 van de NAR van 9 november 2005 betreffende het telewerk (KB 13 juni 2006, BS 5 september 2006), gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 85 bis van 27 februari 2008 (KB 19 maart 2008, BS 14 april 2008).

18. Artikel 2 eerste lid eerste gedachtestreepje van deze cao bepaalt dat onder telewerk wordt verstaan, *een vorm van organisatie en/of uitvoering van het werk waarin, met gebruikmaking van informatietechnologie, in het kader van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden die ook op de bedrijfslocatie van de werkgever zouden kunnen worden uitgevoerd, op regelmatige basis en niet incidenteel buiten de bedrijfslocatie worden uitgevoerd.*

19. Artikel 4 eerste lid van deze cao voegt hieraan toe *dat het telewerk kan worden verricht in de woning van de telewerker of in elke andere door hem gekozen plaats.*

20. Het essentiële verschil tussen een huisarbeider en een telewerker ligt hierin dat bij telewerk het gebruik van moderne telecommunicatie noodzakelijk is en bij huisarbeid is dit niet zo (L. HELLEMANS en E. KARREMAN, *Telewerk en huisarbeid* in Reeks Sociale Praktijkstudies,

Kluwer, Mechelen, 2018, 8, nr. 10 met verwijzing naar een gelijkloidend advies van de FOD Waso).

21. Uit stuk 14 van BMC blijkt dat deze noodzakelijke informatietechnologie gebruikt werd door mevrouw V.H.; ze werkte enkel van bij haar thuis en stond onder gezag van haar werkgever die door deze technologie haar werkzaamheden kon opvolgen; ze stond also onder het toezicht van BMC.

22. Art. 5 van de cao nr. 85 bepaalt als algemeen principe dat het telewerk voor beide partijen enkel op vrijwillige basis kan gebeuren. Ook hieraan is voldaan. Mevrouw V.H. werkte oorspronkelijk vanuit haar kantoor te Heverlee; toen dit gesloten werd, kon ze muteren naar Vilvoorde, maar ze verkoos gebruik te maken van de haar aangeboden mogelijkheid om haar vroeger werk van thuis uit te verrichten met de haar ter beschikking gestelde informaticamiddelen.

23. De eerste rechter stelde dat ze alle facetten van haar functie van Staff Product Controller vanuit haar thuis vervulde, wat ruimer is dan de informatica-onderdelen van haar functie. Dit criterium wordt echter nergens vermeld in de cao nr. 85 en voegt aldus aan de regelgeving een element toe dat er niet in terug te vinden is.

24. Ook voor het telewerk was overigens in een onkostenregeling voorzien via art. 8 van de arbeidsovereenkomst.

25. Aangezien mevrouw V.H. telewerker was, is de regeling van huisarbeid niet op haar van toepassing, zodat ze zich niet kan beroepen op art. 119.6 van de arbeidsovereenkomstenwet. Het hoger beroep is voor dit onderdeel gegrond.

Het incidenteel beroep

De aanvullende opzeggingsvergoeding

26. Partijen zijn het eens over een vergoeding op basis van een opzeggingstermijn van 13 maanden en 10 weken, maar twisten over de samenstelling van het jaarloon. De discussie herleidt zich tot de vraag of het bedrag van € 2.931,77 wegens RSU Conversion mee in aanmerking mag worden genomen.

27. Aanvaard wordt dat dit voordeel werd uitbetaald in november 2014 als compensatie voor het stopzetten van een vroegere regeling. Dit was het gevolg van het van de beurs gaan van het moederbedrijf, waardoor er geen beursgenoteerde aandelen meer waren.

28. Deze stopzetting vond plaats in 2013 en de overgangsregeling had ook betrekking op een éénmalige regeling voor dit jaar. Enkel de uitbetaling gebeurde in november 2014.

29. Op grond van het derde lid van art. 39 van de arbeidsovereenkomstenwet, zoals gewijzigd door de W.E.S., moet voor het veranderlijk loon enkel rekening gehouden worden met het gemiddelde van de uitbetalingen voor de prestaties van de laatste 12 maanden vóór het ontslag.

30. Het loon betaald in de twaalf maanden voorafgaand aan het ontslag maar dat betrekking heeft op een voorafgaande periode is geen loon waarop de bediende nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag (Cass. 3 februari 2003, *JTT* 2003, 263 met noot; *RW* 2003-04, 499 met noot G. VAN LIMBERGHEN). Ook indien men de uitbetaling van november zou willen beschouwen als enkel een voordeel verworven krachtens de overeenkomst, dan nog heeft dit betrekking op een overgangsregeling voor een in 2013 stopgezette regeling, zodat mevrouw V.H. hierop geen recht meer kon laten gelden op het ogenblik van haar ontslag.

31. Hieruit vloeit voort dat de eerste rechter terecht geen rekening heeft gehouden met deze uitbetaling; niet betwist wordt dat er alsdan geen saldo opzeggingsvergoeding kan gevraagd worden, zoals door de eerste rechter correct cijfermatig werd ontwikkeld. Het incidenteel beroep is op dit punt ongegrond.

Pro rata GICP-bonus en het vakantiegeld hierop

32. Deze bonus wordt toegekend op basis van een Engelstalig plan (stuk 16 BMC) dat zegt dat, indien de tewerkstelling van de werknemer om het even welke reden eindigt vóór de afloop van de relevante prestatieperiode, de werknemer geen recht heeft op de bonusuitbetaling voor de periode waarin de tewerkstelling een einde neemt. Hierdoor is er een aanwezigheidsvoorwaarde opgenomen in het plan.

33. De bonus heeft betrekking op de prestatieperiode van 1 april tot en met 30 september 2015, zodat in beginsel de pro rata bonus niet verschuldigd is.

34. Mevrouw V.H. beroept zich echter op de nietigheidssanctie van art. 10 van het Nederlandstalige taaldecreet van 19 juli 1973 om enkel deze aanwezigheidsvoorwaarde terzijde te schuiven, maar zich voor het overige wel te bedienen van de Engelstalige tekst.

35. Dergelijke verstrekkende toepassing van de nietigheidssanctie wordt door rechtsleer en rechtspraak terecht niet aanvaard. Ze leidt er immers toe dat de bescherming die aan de werknemer wordt toegekend, wordt omgebogen naar een verrijkmogelijkheid van de werknemer die hij nooit zou hebben kunnen bekomen, wanneer het plan wel volgens het taaldecreet was opgesteld. Het kan niet dat de werknemer slechts bepaalde gedeelten van een beding in aanmerking zou nemen; een beding moet in zijn geheel worden beschouwd, waardoor bepaalde tekstdelen die één geheel uitmaken niet van elkaar kunnen geïsoleerd

worden (C. ENGELS, “Het taalgebruik in de onderneming tweede deel”, *JTT* 2014, 371 – die een toepassing maakt op stock option plans; Arbh. Brussel 15 april 2008, AR 50098).

36. Hieruit vloeit voort dat mevrouw V.H. zich wel op de nietigheid kan beroepen, maar dat deze dan het geheel treft en dat ze door dit beroep op de nietigheid geen voordelen kan bekomen waarover partijen nooit overeenstemming hebben bekomen.

Het incidenteel beroep is voor dit onderdeel ongegrond.

De cash unit awards en het vakantiegeld hierop

37. Met mevrouw V.H. kan aangenomen worden dat het gegeven dat de cash units award zijn toegekend door het moederbedrijf irrelevant is (Arbh. Brussel 21 september 2004, *Soc. Kron.* 2006,82); de toekenning gebeurde omwille van de dienstbetrekking ten laste van de werkgever.

38. Maar dit doet niets af aan het feit dat bij het einde van de tewerkstelling deze ‘awards’ nog niet verworven waren (zgn. unvested), zodat ze er geen aanspraak kan op maken.

39. Ook hier geldt i.v.m. de nietigheid wegens het taaldecreet wat hierboven ontwikkeld werd in de randnummers 35 tot 36.
De vordering is dus alleszins ongegrond.

OM DEZE REDENEN,

HET ARBEIDSHOF,

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken, in het bijzonder op het artikel 24,

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk en enkel in de hierna bepaalde mate gegrond;

Omwille van de devolutieve kracht van het hoger beroep, trekt de zaak volledig aan zich,

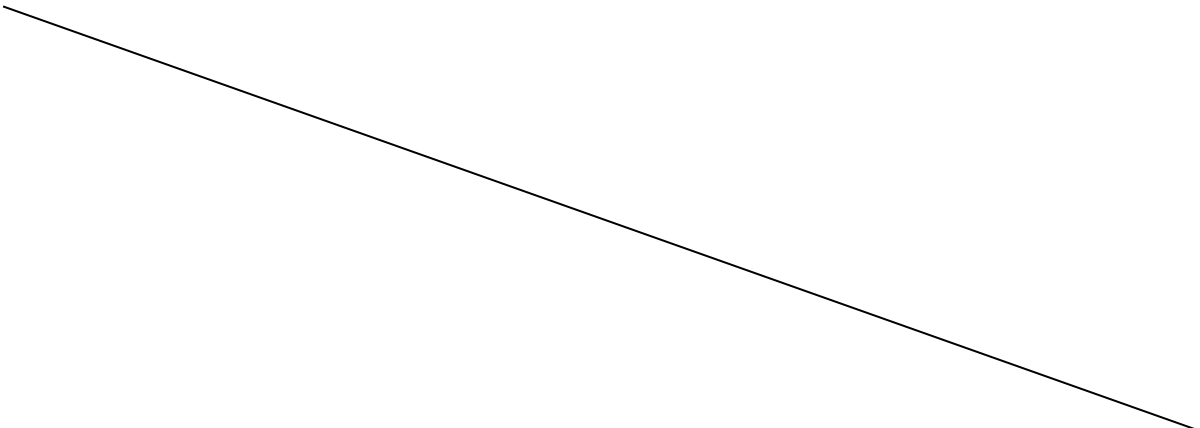
Hervormt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Verklaart de oorspronkelijke vordering ontvankelijk en in hierna bepaalde mate gegrond;

Veroordeelt de nv BMC Software Belgium tot betaling aan mevrouw V.H. van het bedrag van € 1.170 netto wegens intresten op de laattijdig uitbetaalde opzeggingsvergoeding;

Wijst al het overige af als ongegrond.

Veroordeelt mevrouw V.H. tot de gerechtskosten van beide aanleggen, deze aan de zijde van BMC begroot op € 3.000 rechtsplegingsvergoeding per aanleg.



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

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
H. VERMEULEN, raadsheer in sociale zaken, werkgever,
J. VERCAMST, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
Bijgestaan door K. CUVELIER, griffier

K. CUVELIER,

J. VERCAMST,

H. VERMEULEN,

L. LENAERTS.

De heer VERMEULEN, raadsheer in sociale zaken, als werkgever, die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen.

Overeenkomstig artikel 785 Gerechtelijk Wetboek wordt het arrest ondertekend door L. LENAERTS, kamervoorzitter en J. VERCAMST, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende.

K. CUVELIER, griffier.

en uitgesproken op de buitengewone openbare terechtzitting van 2 juli 2019 door

L. LENAERTS, kamervoorzitter,

K. CUVELIER, griffier

K. CUVELIER,

L. LENAERTS.