

# Hof van Cassatie van België

## Arrest

Nr. S.18.0089.N

**HEWLETT-PACKARD BELGIUM bv**, met zetel te 1831 Machelen (Diegem),  
Hermeslaan 1A, ingeschreven bij de KBO onder het nummer 0402.220.594,

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Willy van Eeckhoutte, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 9051 Gent, Drie Koningenstraat 3, waar de eiseres woonplaats kiest,

**tegen**

**J.C.**,

verweerder.

### **I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF**

Het cassatieberoep is gericht tegen de arresten van het arbeidshof te Brussel van 13 oktober 2017 en 22 juni 2018.

Sectievoorzitter Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft geconcludeerd.

## **II. CASSATIEMIDDEL**

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

## **III. BESLISSING VAN HET HOF**

### ***Beoordeling***

#### *Eerste middel*

#### *Vierde onderdeel*

1. Krachtens artikel 1134, eerste lid, Oud Burgerlijk Wetboek strekken alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die deze hebben aangegaan tot wet.

Krachtens artikel 1134, derde lid, Oud Burgerlijk Wetboek moeten overeenkomsten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht.

2. De omstandigheid dat een partij een gevolg van de overeenkomst miskent en aldus de overeenkomst niet te goeder trouw uitvoert, laat de rechter niet toe te oordelen, in strijd met artikel 1134, eerste lid, Oud Burgerlijk Wetboek, dat de wederpartij als sanctie aanspraak kan maken op een voordeel uit de overeenkomst zonder vast te stellen dat aan de voorwaarden die de overeenkomst aan de toekenning van dat voordeel stelt, is voldaan.

3. Krachtens het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt dat voor overeenkomsten is neergelegd in artikel 1134, derde lid, Oud Burgerlijk Wetboek, kan de rechter die vaststelt dat een partij die een recht dat de overeenkomst haar toekent heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de uitoefening van dat recht door een bedachtzaam en voorzichtig persoon, het recht tot zijn normale uitoefening herleiden of het herstel opleggen van de schade die door het misbruik is teweeggebracht.

4. De appelrechters stellen vast en oordelen dat:
- binnen de eiseres een systeem van variabele wedde bestaat;
  - de algemene voorwaarden van dit systeem voor het boekjaar 2014 werden vastgelegd in een bonus plan, *FY14 ES Sales Compensation Sales Incentive Plan*, en de bijzondere voorwaarden voor de verweerder in een individuele *'sales letter'*;
  - de eiseres terecht stelt dat de toekenning van deze bonus onderworpen is aan een aantal voorwaarden en het algemene bonusplan in dit verband bepaalt dat om commissieloon te kunnen ontvangen, de werknemer actief betrokken moet zijn bij de deal en dat de betaling van het commissieloon gewijzigd kan worden op basis van het niveau van de bijdrage van de verkoper;
  - de eiseres het recht heeft te oordelen of aan die voorwaarden voldaan is;
  - de eiseres stelt dat zij eenzijdig heeft beslist om slechts 25% van de commissie uit te betalen na de vaststelling dat de bijdrage van de verweerder ondermaats zou zijn geweest;
  - uit de uiteenzetting van de feiten die hebben geleid tot de beslissing van de eiseres om het commissieloon te verminderen, zoals die ondersteund wordt door diverse verklaringen, inderdaad blijkt dat tijdens de uitvoering van het Bellucci project begin 2014 door de heer C. een bevraging werd gedaan van een aantal *'kernleden'* van het team, waarbij een *'algemeen negatief beeld voortkwam over de prestaties en de houding van de verweerder binnen het team'*;
  - in de verklaring van de heer C. te lezen is dat hij in de loop van februari 2014, enkele maanden voor de toewijzing van de opdracht aan de eiseres, gesprekken had met een aantal personen die naar zijn zeggen *'door hun functie een goed beeld hebben van de werking van het sales team voor Belucci'* en dat het beeld dat deze personen geschetst hebben of zouden hebben van de bijdrage van de verweerder aan het Bellucci project ronduit vernietigend is: *"hij doet niets, weet niets en kent niets"*;
  - een zelfde beeld naar voor komt uit de verklaring van de heer C.: *"[de verweerder] heeft geen kennis van de markt en het speelveld, heeft niet bijgedragen tot*

*het uitvouwen van een verkoopstrategie, heeft slechts op enkele zeldzame momenten gecommuniceerd met het team, vertoont geen leiderschap en levert geen werkproducten af*’;

- dat beeld wordt bevestigd in de verklaring van andere betrokkenen en door de nauwkeurige analyse van de aanwezigheid van de verweerder in de *data room* van het project;
- nadat was gebleken dat de bijdrage van de verweerder ondermaats was, een proces volgde dat uitmondde in de beslissing om de commissie te herleiden.

Zij oordelen vervolgens dat:

- het merkwaardig is dat de eiseres het niet nodig achtte om naar aanleiding van de evaluatie van de verweerder ook de betrokkene zelf toe te laten om zijn visie te geven, wat niet anders kan beschouwd worden dan als een schending van het meest elementaire recht van verdediging;
- men de verweerder minstens op de hoogte had moeten stellen van het feit dat zijn prestaties als ondermaats werden beoordeeld, wat hem dan de gelegenheid zou hebben gegeven om beterschap te vertonen indien de opmerkingen terecht waren, of de bevindingen te betwisten;
- de houding van de eiseres die de prestaties van de verweerder achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal zonder de verweerder te horen, beschouwd dient te worden als een miskennis van de verplichting tot goede trouw die op elke partij bij een overeenkomst rust;
- een aangepaste sanctie erin bestaat de verweerder het recht toe te kennen op het overeengekomen commissieloon.

5. De appelrechters die aldus,

- zonder vast te stellen dat de eiseres bij de uitvoering te goeder trouw zou hebben geoordeeld dat de verweerder dermate voldeed aan de voorwaarden van het bonusplan dat hem het maximumpercentage van het overeengekomen commissieloon moest worden toegekend, en

- zonder vast te stellen dat de eiseres haar recht om te oordelen in hoeverre aan de voorwaarden om het commissieloon te verkrijgen is voldaan en in het licht daarvan het toe te kennen percentage te bepalen, op een kennelijk onredelijke wijze heeft uitgeoefend en de normale uitoefening van dat recht de toekenning van het maximumpercentage van het overeengekomen commissieloon zou hebben geïmpliceerd,

oordelen dat aan de verweerder als sanctie voor de schending van de goede trouw het maximumpercentage van het overeengekomen commissieloon wordt toegekend, schenden zodoende artikel 1134, eerste en derde lid, Oud Burgerlijk Wetboek en miskennen het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt.

Het onderdeel is gegrond.

(...)

### *Dictum*

Het Hof,

Vernietigt de bestreden arresten in zoverre zij uitspraak doen over het commissieloon, de aanvullende opzeggingsvergoeding en de aanvullende uitwinningsvergoeding, en oordelen over de kosten.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde arresten.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het arbeidshof te Gent.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, derde kamer, samengesteld uit eerste voorzitter Beatrijs Deconinck, als voorzitter, sectievoorzitter Koen Mestdagh, en de raadsheren Antoine Lievens, Bart Wylleman en Ilse Couwenberg, en in openbare rechtszitting van 20 december 2021 uitgesproken door eerste voorzitter Beatrijs Deconinck, in aanwezigheid van advocaat-generaal Henri Vanderlinden, met bijstand van griffier Mike Van Beneden.

M. Van Beneden

I. Couwenberg

B. Wylleman

A. Lievens

K. Mestdagh

B. Deconinck

27530/W/04

VOORZIENING IN CASSATIE

Aan het Hof van Cassatie van België

geeft te kennen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HEWLETT-PACKARD BELGIUM, met zetel te 1831 Diegem, aan de Hermeslaan 1 a, en met ondernemingsnummer 0402.220.594, eiseres tot cassatie, vertegenwoordigd door de ondergetekende, Willy van Eeckhoutte, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 9051 Gent, aan de Drie Koningenstraat 3, waar keuze van woonplaats wordt gedaan,

wat volgt.

De eiseres, voornoemd, verklaart hierbij zich in cassatie te voorzien tegen de hieronder nader omschreven arresten en cassatieberoep aan te tekenen tegen de hieronder nader aangewezen partij.

**I. BESTREDEN UITSPRAKEN EN PARTIJ WAARTEGEN CASSATIEBEROEP WORDT AANGETEKEND**

Dit cassatieberoep is gericht tegen de arresten die respectievelijk op 13 oktober 2017 en 22 juni 2018 door de derde kamer van het arbeidshof te Brussel op tegenspraak werden gewezen in de zaak, ingeschreven op de algemene rol onder het nummer 2016/AB/667, van de eiseres, als appellante op hoofberoep en geïntimeerde op incidenteel beroep, tegen:

de heer J.C.,

verweerder in cassatie,

en tegen die verwerende partij.

Deze voorziening in cassatie is gesteund op de volgende middelen en conclusie.

## II. FEITEN EN RETROACTA VAN DE PROCEDURE

1. De verweerder trad op 25 februari 2005 op grond van een geschreven arbeids-overeenkomst als bediende in dienst van de nv Electronic Data Systems, later overgenomen door de eiseres.

Binnen de eiseres bestaat een systeem van variabele wedde. Voor het boekjaar 2014 werden de algemene voorwaarden van dit systeem vastgelegd in een bonusplan (omschreven als 'FY14 ES Sales Compensation Sales Incentive Plan'), terwijl de bijzondere voorwaarden voor de verweerder werden vastgelegd in een 'sales letter' (verkoopbrief).

Bij aangetekende en gewone brief van 2 september 2014 maakte de verweerder aanspraak op de betaling door de eiseres van een tekort aan commissieloon van 236.242,90 euro voor het zogenaamde 'Bellucci project', waarbij hij vaststelde dat voor dit project eenzijdig slechts 25 % van de voorziene vergoeding werd uitgekeerd.

Bij brief van 18 september 2014 antwoordde de eiseres dat zij het commissieloon voor het voornoemde project overeenkomstig de voorwaarden van het bonusplan had verminderd tot 100.000 USD om reden dat uit interne gesprekken met kernleden van het team dat betrokken was bij dat project, was gebleken dat de bijdrage van de verweerder bij de totstandkoming van het project beperkt was.

Bij aangetekende brief van 27 oktober 2014 beëindigde de eiseres de arbeidsovereenkomst met de verweerder met onmiddellijke ingang. De eiseres betaalde een opzeggingsvergoeding en een uitwinningsvergoeding aan de verweerder.

2. Bij gebreke van minnelijke regeling ging de verweerder op 20 november 2014 over tot *dagvaarding* van de eiseres voor de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te



Brussel. De vordering van de verweerder strekte ertoe de eiseres te horen veroordelen tot betaling van een bedrag van 236.424,90 euro als commissieloon, vermeerderd met de moratoire interest vanaf de datum van uitbetaling en met de kosten van het geding.

Bij conclusie neergelegd ter griffie op 22 juni 2015 breidde de verweerder zijn vordering uit. Hij bepaalde het als achterstallig commissieloon gevorderde bedrag op 274.161,33 euro en hij vorderde bijkomende betaling van een bedrag van 217.523 euro als provisioneel aangepaste opzeggingsvergoeding, uitwinningsvergoeding en vergoeding wegens "niet-concurrentiebeding".

Bij conclusie neergelegd ter griffie op 23 oktober 2015 bepaalde de verweerder het bedrag van de voormelde eisuitbreiding op 353.485,52 euro provisioneel als aangepaste opzeggingsvergoeding, uitwinningsvergoeding en vergoeding wegens 'niet-concurrentiebeding' en deed hij een bijkomende eisuitbreiding, waarbij hij bijkomend betaling vorderde van een bedrag van 124.127,28 euro als vergoeding wegens willekeurig ontslag en een bedrag van 165.503 euro als aangepaste uitwinningsvergoeding verminderd met het reeds als uitwinningsvergoeding betaalde bedrag.

De Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel verklaarde bij *vonnis* van 27 april 2016 de vordering van de verweerder ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond. Zij veroordeelde de eiseres tot betaling aan de verweerder van een brutobedrag van:

- 169.901,51 euro als achterstallig commissieloon,
- 260.137,32 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding,
- 89.374,28 euro als aanvullende uitwinningsvergoeding,

vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf de datum van dagvaarding.

De eiseres werd tevens veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding.

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 1 juli 2016 stelde de eiseres tegen het voormelde *vonnis hoger beroep* in bij het arbeidshof te Brussel. Dat hoger beroep strekte ertoe het eerste *vonnis* te horen vernietigen en, opnieuw recht sprekende, de vordering van de verweerder ongegrond te horen verklaren en hem te horen veroordelen tot betaling van de kosten van de twee instanties. In haar op 15 mei 2017 ter griffie van het arbeidshof neergelegde syntheseconclusie in hoger beroep vorderde de eiseres in ondergeschikte orde de vordering van de verweerder tot

betaling van een achterstallige commissie te verminderen tot 133.380,01 euro en de kosten te compenseren.

Bij conclusie neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 3 november 2016 stelde de verweerder *incidenteel beroep* in. Hij vorderde in hoofdorde dat het arbeidshof zijn volledige voor de arbeidsrechtbank gestelde vordering gegrond zou verklaren. Hij deed tevens een bijkomende eisuitbreiding op grond waarvan hij bijkomend de betaling vorderde van een vergoeding voor morele schade, forfaitair begroot op ten minste 124.127,28 euro. In ondergeschikte orde vorderde hij de eiseres te horen veroordelen tot betaling van 70 % van de commissie of 184.941,79 USD, om te zetten naar euro aan de wisselkoers op het ogenblik van de uitbetaling of op het ogenblik dat zij diende te worden betaald. De verweerder vorderde tevens hem akte te verlenen van zijn vordering wat betreft een aangepaste opzeggings- en uitwinningsvergoeding en een vergoeding wegens 'niet-concurrentiebeding' ingevolge correcte betaling van een hoger commissieloon.

De derde kamer van het arbeidshof te Brussel verklaart bij *tussenarrest* van 13 oktober 2017 het hoger beroep van de eiseres en het incidenteel beroep van de verweerder ontvankelijk.

Recht sprekende over de oorspronkelijke vordering van de verweerder tot betaling van achterstallig commissieloon, verklaart het arbeidshof het hoger beroep van de eiseres gedeeltelijk gegrond en het incidenteel beroep van de verweerder ongegrond. Het arbeidshof doet het eerste vonnis teniet in zoverre de vordering van de verweerder gegrond werd verklaard voor een bedrag van 169.901,51 euro als achterstallig commissieloon en veroordeelt de eiseres tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 133.387,52 euro als achterstallig commissieloon, vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf de datum van dagvaarding.

Recht sprekende over de vorderingen tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding en een aanvullende uitwinningsvergoeding, heropent het arbeidshof de debatten. Het arbeidshof beveelt de verweerder een berekening te maken van de aanvullende opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding die hem met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie nog verschuldigd zijn, en aan de hand van bewijskrachtige documenten aan te tonen welk bedrag hem reeds als opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding werd betaald.

Recht sprekende over de vordering tot betaling van een vergoeding wegens 'niet-concurrentiebeding', beveelt het arbeidshof de verweerder te verduidelijken op

welke rechtsgrond hij deze vordering steunt. Recht sprekende over de vordering tot betaling van een vergoeding wegens willekeurig ontslag, bevestigt het arbeidshof het eerste vonnis waarin die vordering werd afgewezen.

Recht sprekende over de vordering tot betaling van een morele schadevergoeding, verklaart het arbeidshof die vordering ontvankelijk maar ongegrond.

Recht sprekende over de vordering tot het verlenen van voorbehoud, verleent het arbeidshof dat voorbehoud niet. De beslissing over de kosten wordt aangehouden.

Bij *eindarrest* van 22 juni 2018 verklaart de derde kamer van het arbeidshof te Brussel, het arrest van 13 oktober 2017 verder uitwerkend, het hoger beroep van de eiseres verder "ontvankelijk" als volgt: het arbeidshof doet het eerste vonnis teniet in de mate dat dit de vordering van de verweerder tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding gegrond verklaarde ten belope van 260.137,32 euro en de vordering van de verweerder tot betaling van een aanvullende uitwinningsvergoeding gegrond verklaarde ten belope van 89.374,28 euro, vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de eisbaarheid en de gerechtelijke interest vanaf de datum van de dagvaarding, en tevens in de mate dat dit de eiseres veroordeelde tot betaling van de kosten van het geding. Opnieuw recht sprekende, verklaart het arbeidshof deze onderdelen van de oorspronkelijke vordering van de verweerder als volgt gegrond. Het arbeidshof

- veroordeelt de eiseres tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 172.399,22 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding en een bedrag van 76.096,80 euro als aanvullende uitwinningsvergoeding, deze brutobedragen vermeerderd met de wettelijke interest vanaf hun datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf 20 november 2014;
- verklaart de vordering van de verweerder tot betaling van een "niet-concurrentievergoeding" ongegrond. Het verwijst de eiseres in de kosten van de dagvaarding. Het verwijst voor het overige elke partij in de eigen kosten van het geding.

Tegen de arresten die respectievelijk op 13 oktober 2017 en 22 juni 2018 door de derde kamer van het arbeidshof te Brussel werden gewezen, voert de eiseres de volgende twee middelen tot cassatie aan.

### III. MIDDELEN

#### Eerste middel

##### MIDDEL

#### Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 1134, eerste en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek
- het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, zoals neergelegd in artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek
- het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging, zoals neergelegd o.m. in artikel 6, 1, van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, en in artikel 14, eerste lid, van het Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake burgerlijke en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981
- de artikelen 20, 3<sup>o</sup>, 39, 89, 90, 97 en 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten
- artikel 3*bis* van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers
- voor zoveel als nodig, artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek

#### Aangevochten beslissingen

In de bestreden beslissing van **13 oktober 2017** verklaart het arbeidshof, recht sprekende over de oorspronkelijke vordering van de verweerder tot betaling van achterstallig commissieloon, het hoger beroep van de eiseres slechts gedeeltelijk gegrond. Het arbeidshof doet het eerste vonnis teniet in zoverre de vordering van de verweerder gegrond werd verklaard voor een bedrag van 169.901,51 euro als achterstallig commissieloon en veroordeelt, opnieuw recht sprekende, de eiseres tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 133.387,52 euro als achterstallig commissieloon, vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf de datum van dagvaarding (p. 17, onderaan t.e.m. p. 18,

tweede alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017). Het neemt die beslissing op grond van alle vaststellingen en motieven waarop zij steunt en die hier beschouwd worden integraal te zijn hernomen en in het bijzonder de volgende:

**“1. De achterstallige veranderlijke wedde**

Het bonusplan en de voorwaarden om aanspraak te maken op betaling van commissieloon

[...]

17.-

*Dat de beslissing tot toekenning van een bonus behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de werkgever betekent niet dat de beslissing van de werkgever om al dan niet veranderlijke wedde uit te betalen, willekeurig mag zijn: ter zake heeft de rechter een redelijkheidstoezicht.*

*Hetzelfde geldt voor de bepaling van de voorwaarden zelf om van veranderlijke wedde te kunnen genieten, en voor de toepassing van deze voorwaarden.*

*Dergelijk redelijkheidstoezicht komt er in wezen op neer dat de rechter kan onderzoeken of de werkgever bij het opleggen en toepassen van voorwaarden om veranderlijke wedde te kunnen ontvangen, te goeder trouw te werk is gegaan.*

*Bepalingen die maken dat de werkgever door de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid willekeurig kan beslissen of een werknemer al dan niet recht heeft op betaling van commissieloon, kunnen dan door de rechter niet of niet geheel worden toegepast. Dit is dan het gevolg van de beperkende werking van de goede trouw.*

18.-

*Onder de beperkende werking van de goede trouw wordt verstaan dat het een contractpartij verboden is haar uit de overeenkomst voortvloeiende*

*rechten uit te oefenen op een manier die in strijd is met wat van een redelijke contractpartij mag worden verwacht.*

*Voor de vaststelling van de toepassingsvoorwaarden van de beperkende werking van de goede trouw komen uitsluitend de criteria inzake rechtsmisbruik in aanmerking. Deze criteria gelden eveneens om uit te maken of een schuldeiser misbruik pleegt jegens zijn debiteur bij het uitoefenen van een contractueel vorderingsrecht. Zij strekken er niet toe elke onbillijke wijze van uitoefening te verbieden, maar wel elke kennelijk onredelijke, onfatsoenlijke of evident onaanvaardbare uitoefening van schuldeisersrechten te beletten of te beperken.*

*Contractpartijen moeten de hen toekomende contractuele rechten bijgevolg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid uitoefenen; wanneer een schuldeiser zijn rechten op een kennelijk onredelijke manier of onaanvaardbare wijze uit, dan kan de rechter de wijze van rechtsuitoefening te matigen en ze binnen de perken van een normale rechtsuitoefening te brengen. Aldus blijft het recht van de schuldeiser bestaan, doch wordt uitoefening ervan beperkt.*

[...]

#### De toepassing van de bonusvoorwaarden

19.-

*De [eiseres] stelt dat zij eenzijdig heeft beslist om slechts 25 % van de commissie uit te betalen na de vaststelling dat de bijdrage van de [verweerder] ondermaats zou zijn geweest.*

*Uit de uiteenzetting van de feiten die hebben geleid tot de beslissing van de [eiseres] om het commissieloon te verminderen, zoals die ondersteund wordt door diverse verklaringen, blijkt dat inderdaad tijdens de uitvoering van het Bellucci project begin 2014 een bevraging door de heer C. werd gedaan van een aantal 'kernleden' van het team, waarbij een 'algemeen negatief beeld voortkwam over de prestaties en de houding van de [verweerder] binnen het team';*

*Kernverklaringen hierbij zijn deze van de heer C. en deze van de heer C..*

20.-

*In de verklaring van de heer C. lezen we dat hij in de loop van februari 2014 (enkele maanden voor de toewijzing van de opdracht aan de [eiseres]) gesprekken had met een aantal personen die naar zijn zeggen 'door hun functie een goed beeld hebben van de werking van het sales team voor Bellucci'. Het ging over de heren C. (transitie verantwoordelijke), S. (account executive voor het nieuwe contract met de Vlaamse overheid), V.B. (algemeen directeur met een goed zicht op de klantenrelatie met de Vlaamse overheid) en van Bosheide (bid manager).*

*Het beeld dat deze heren geschetst hebben / zouden hebben van de bijdrage van de [verweerder] aan het Bellucci project is ronduit vernietigend: hij doet niets, weet niets en kent niets.*

21.-

*Een zelfde beeld komt naar voor uit de verklaring van de heer C.: de [verweerder] heeft geen kennis van de markt en het speelveld, heeft niet bijgedragen tot het uitvouwen van een verkoopstrategie, heeft slechts op enkele zeldzame momenten gecommuniceerd met het team, vertoont geen leiderschap en levert geen werkproducten af.*

*Dit beeld wordt bevestigd in de verklaringen van andere betrokkenen en door de nauwkeurige analyse van de aanwezigheid van de [verweerder] in de data room van het project.*

22.-

*Nadat de interviews werden gevoerd en uit de evaluatie was gebleken dat de bijdrage van de [verweerder] ondermaats was, volgde een proces dat uitmondde in de beslissing om de commissie van de [verweerder] te herleiden:*

- de heer C. had de interviews gevoerd

- de heer O. (directe overste van de heer C.) heeft de conclusies uit de interviews gevalideerd en een aanbeveling gedaan aan de heren S. en Hugher om de bonus te reduceren (E-mail van 2 mei 2014) tot 100.000,00 USD.

- de uiteindelijke beslissing om de bonus te reduceren werd dan genomen door de heer S. (E-mail van dezelfde datum).

23.-

*De uitvoering van deze beslissing gebeurde nadat het Bellucci project was afgesloten, en resulteerde in de betaling van een commissieloon van 72.120,00 euro met de betaling van het loon voor de maand juni 2014.*

24.-

*Merkwaardig is dat de [eiseres] het niet nodig achtte om naar aanleiding van de evaluatie van de [verweerder] ook de betrokkene zelf toe te laten om zijn visie te geven: dit kan niet anders beschouwd dan als een schending van het meest elementaire recht van verdediging.*

*Minstens had men de [verweerder] op de hoogte moeten stellen van het feit dat zijn prestaties als ondermaats werden beoordeeld: dat zou hem dan de gelegenheid hebben gegeven om beterschap te vertonen indien de opmerkingen terecht waren, of de bevindingen te betwisten.*

*Het is verder verbazend dat pas op het ogenblik dat de deal met de Vlaamse overheid rond was aan de [verweerder] werd gemeld, klaarblijkelijk in een gesprek met de heer A.E. op 3 juni 2014, dat zijn commissie zou worden herleid tot 25 %.*

*Het verweer van de [eiseres], dat een en ander gebeurde om te vermijden dat de [verweerder] confidentiële informatie zou gaan verspreiden, wordt door geen enkel bewijskrachtig element of argument ondersteund. Deze stelling wordt niet ondersteund door de ter zake nietszeggende verklaring van de heer O. van 2 mei 2014.*

25.-

*Naar het oordeel van het arbeidshof dient de houding van de [eiseres] die de prestaties van de [verweerder] achter zijn rug evalueerde zonder hem*



*enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal zonder de [verweerder] te horen, beschouwd te worden als een miskennis van de verplichting tot goede trouw die op elke partij bij een overeenkomst rust.*

*Een aangepaste sanctie bestaat erin de [verweerder] het recht toe te kennen op het overeengekomen commissieloon.*

#### Het nog verschuldigde commissieloon

[...]

27.-

*Wat voorafgaat betekent dat de [verweerder] recht had op betaling door de [eiseres] van een commissieloon van 407.059,70 USD x 70 % = 284.941,79 USD, waarvan reeds 100.000,00 USD werd betaald, zodat de verschuldigde commissie bepaald kan worden op 184.941.79 USD.*

*Partijen zijn het er over eens dat de omrekening van USD naar euro dient te gebeuren aan de hand van de wisselkoers op het ogenblik waarop de commissie verschuldigd is.*

*Hierin niet tegengesproken door de [verweerder] stelt de [eiseres] dat de wisselkoers van einde juni 2014 voor 1 euro 1,3865 USD bedroeg zodat de nog verschuldigde commissie 133.387,52 euro bedraagt, becijferd als volgt:*

*184.941,79 USD / 1,3865”*

(p. 6, punt “1. De achterstallige veranderlijke wedde” t.e.m. p. 11, nr. 27, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017)

In de bestreden beslissing van **13 oktober 2017** heropent het arbeidshof, recht sprekkende over de vorderingen tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding en een aanvullende uitwinningsvergoeding, de debatten alvorens verder recht te

spreken. Het arbeidshof beveelt de verweerder een berekening te maken van de aanvullende opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding die hem *met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie* nog verschuldigd zijn (en aan de hand van bewijskrachtige documenten aan te tonen welk bedrag hem reeds als opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding werd betaald) (p. 18, derde alinea t.e.m. zesde alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

In de bestreden beslissing van **22 juni 2018** doet het arbeidshof het eerste vonnis teniet in de mate dat dit de vordering van de verweerder tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding gegrond verklaarde ten belope van 260.137,32 euro en de vordering van de verweerder tot betaling van een aanvullende uitwinningsvergoeding gegrond verklaarde ten belope van 89.374,28 euro, vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de eisbaarheid en de gerechtelijke interest vanaf de datum van de dagvaarding. Opnieuw recht sprekende, verklaart het arbeidshof deze onderdelen van de oorspronkelijke vordering van de verweerder als volgt gegrond. Het arbeidshof veroordeelt de eiseres tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 172.399,22 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding en een bedrag van 76.096,80 euro als aanvullende uitwinningsvergoeding, deze brutobedragen vermeerderd met de wettelijke interest vanaf hun datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf 20 november 2014 (p. 8, eerste alinea t.e.m. vijfde alinea, van het bestreden arrest van 22 juni 2018).

### Grievens

In het bestreden arrest van 13 oktober 2017 stelt het arbeidshof vast en overweegt het dat

- de verweerder, zoals op basis van het algemene bonusplan 2014 en de individuele ‘sales letter’ (verkoopbrief) voor hem correct door de eiseres wordt uiteengezet, deel uitmaakte van het zogenaamde Bellucci team, dat tot doel had een belangrijk project voor de Vlaamse overheid (levering van exploitatiegebonden ICT-diensten) binnen te halen;
- aan het binnenhalen van dit project een commissieloon verbonden was dat maximaal 407.059,70 USD bedroeg;
- de eiseres evenzeer terecht stelt dat de toekenning van deze bonus onderworpen is aan een aantal voorwaarden, die er in essentie op neerkomen dat de ‘sales executive’ (verkoper) voldoende presteert om aanspraak te kunnen maken;

- het algemene bonusplan in dit verband voorziet dat om commissieloon te kunnen ontvangen, de werknemer actief betrokken moet zijn bij de deal en dat de betaling van het commissieloon gewijzigd kan worden op basis van het niveau van de bijdrage van de verkoper (p. 6, nrs. 13 en 14, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

### ***1.1. Eerste onderdeel***

1.1.1. Krachtens een algemeen rechtsbeginsel is het verboden misbruik te maken van een subjectief recht.

Krachtens artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, moeten overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer worden gebracht. Dat beginsel verbiedt een partij misbruik te maken van de rechten die een contract aan die partij toekent.

Discretionaire rechten zijn evenwel niet vatbaar voor rechtsmisbruik. Discretionaire rechten zijn immers rechten die de houder ervan naar eigen goeddunken kan uitoefenen zonder zich ook maar enigszins te bekommeren over de gevolgen voor anderen en voor de samenleving. De burger kan een dergelijk recht in volle vrijheid, ja zelfs naar willekeur, voor om het even welk doel en met om het even welk gevolg uitoefenen, zonder zich daarvoor te moeten verantwoorden. Van een dergelijk discretionair recht kan dan ook geen misbruik worden gemaakt. De rechter kan de uitoefening van een dergelijk discretionair recht niet controleren en dus ook niet in het kader van de leer van het rechtsmisbruik.

1.1.2. Uit de vaststellingen en overwegingen van het arbeidshof zoals weergegeven onder de nummers 15, 16 en 17 op de pagina's 7 en 8 van het bestreden arrest van 13 oktober 2017, blijkt dat het arbeidshof aanneemt dat de beslissing tot toekenning van een bonus of commissieloon tot de discretionaire bevoegdheid van de werkgever (de eiseres) behoort op grond waarvan aan die werkgever (de eiseres) het *discretionair recht* wordt toegekend te oordelen of aan de (voor de toekenning van de bonus of het commissieloon gestelde) voorwaarden voldaan is (zie inzonderheid p. 7, nr. 15, eerste alinea, nr. 16, eerste alinea, enige zin, eerste zinsdeel, nr. 16, derde alinea, enige zin, tweede zinsdeel, nr. 17, eerste alinea, enige zin, eerste zinsdeel,

en p. 8, tweede alinea, eerste zin, eerste zinsdeel, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

Het arbeidshof overweegt in het bestreden arrest van 13 oktober 2017 dat

- de omstandigheid dat de beslissing tot toekenning van een bonus behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de werkgever, niet betekent dat de beslissing van de werkgever om al dan niet veranderlijke wedde uit te betalen, willekeurig mag zijn; de rechter ter zake een redelijkheidstoezicht heeft;
- hetzelfde geldt voor de bepaling van de voorwaarden zelf om van veranderlijke wedde te kunnen genieten, en voor de toepassing van deze voorwaarden;
- dergelijk redelijkheidstoezicht er in wezen op neerkomt dat de rechter kan onderzoeken of de werkgever bij het opleggen en toepassen van voorwaarden om veranderlijke wedde te kunnen ontvangen, te goeder trouw te werk is gegaan;
- bepalingen die maken dat de werkgever door de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid willekeurig kan beslissen of een werknemer al dan niet recht heeft op betaling van commissieloon, dan door de rechter niet of niet geheel kunnen worden toegepast; dit dan het gevolg is van de beperkende werking van de goede trouw;
- onder de beperkende werking van de goede trouw wordt verstaan dat het een contractpartij verboden is haar uit de overeenkomst voortvloeiende rechten uit te oefenen op een manier die in strijd is met wat van een redelijke contractpartij mag worden verwacht;
- voor de vaststelling van de toepassingsvoorwaarden van de beperkende werking van de goede trouw uitsluitend de criteria inzake rechtsmisbruik in aanmerking komen; deze criteria eveneens gelden om uit te maken of een schuldeiser misbruik pleegt jegens zijn debiteur bij het uitoefenen van een contractueel vorderingsrecht; zij er niet toe strekken elke onbillijke wijze van uitoefening te verbieden, maar wel elke kennelijk onredelijke, onfatsoenlijke of evident onaanvaardbare uitoefening van schuldeisersrechten te beletten of te beperken;
- contractpartijen de hen toekomende contractuele rechten bijgevolg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moeten uitoefenen; wanneer een schuldeiser zijn rechten op een kennelijk onredelijke manier of onaanvaardbare wijze uit, de rechter dan de wijze van rechtsuitoefening kan matigen en ze binnen de perken van een normale rechtsuitoefening brengen; aldus het recht van de schuldeiser blijft bestaan, doch de uitoefening ervan wordt beperkt.

(p. 7-8, nrs. 17 en 18 van het bestreden arrest van 13 oktober 2017)

Het arbeidshof gaat er aldus van uit dat ook een discretionair recht (gesteund op een discretionaire bevoegdheid), zoals het recht van de werkgever (de eiseres) te beslissen over de toekenning van een bonus, over de bepaling van de voorwaarden om van dergelijke veranderlijke wedde te kunnen genieten en over de toepassing van deze voorwaarden, niet naar willekeur mag worden uitgeoefend en vatbaar is voor rechtsmisbruik als toepassing van de beperkende werking van de goede trouw en in het kader waarvan de rechter een redelijkheidstoezicht (toezicht op willekeurigheid) heeft.

Aangaande de toepassing van de bonusvoorwaarden oordeelt het arbeidshof dat de houding van de eiseres die de prestaties van de verweerder achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal zonder de verweerder te horen, beschouwd dient te worden als een miskenning van de verplichting tot goede trouw die op elke partij bij een overeenkomst rust. Volgens het arbeidshof bestaat een aangepaste sanctie erin de verweerder het recht toe te kennen op het overeengekomen commissieloon (p. 10, nr. 25, van het arrest van 13 oktober 2017).

Aangezien een discretionair recht niet vatbaar is voor rechtsmisbruik en de rechter de uitoefening van een dergelijk discretionair recht niet kan controleren op redelijkheid/willekeurigheid in het kader van die leer van het rechtsmisbruik als toepassing van de beperkende werking van de goede trouw, schendt het arbeidshof, door ervan uit te gaan dat ook een discretionair recht (gesteund op een discretionaire bevoegdheid), zoals het recht van de werkgever (de eiseres) te beslissen over de toekenning van een bonus, over de bepaling van de voorwaarden om van dergelijke veranderlijke wedde te kunnen genieten en over de toepassing van deze voorwaarden, niet naar willekeur mag worden uitgeoefend en vatbaar is voor rechtsmisbruik als toepassing van de beperkende werking van de goede trouw en in het kader waarvan de rechter een redelijkheidstoezicht (toezicht op willekeurigheid) heeft, en door aldus de uitoefening van het discretionair recht van de werkgever te beslissen over de toekenning van een bonus, over de bepaling van de voorwaarden om van dergelijke veranderlijke wedde te kunnen genieten en over de toepassing van deze voorwaarden te toetsen op goede trouw/redelijkheid/willekeurigheid, het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, evenals artikel 1134,

derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, welk beginsel en artikel niet toepasselijk zijn op discretionaire rechten.

### *Conclusie*

Het arbeidshof veroordeelt de eiseres in het bestreden arrest van 22 juni 2018 niet wettig tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 133.387,52 euro als achterstallig commissieloon, vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf de datum van dagvaarding (schending van het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, zoals neergelegd in artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, en van de artikelen 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek en 20, 3° van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten). Het arbeidshof veroordeelt dienvolgens in hetzelfde arrest evenmin wettig, met inachtneming van het bedrag van die achterstallige commissie, de eiseres tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 172.399,22 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding en een bedrag van 76.096,80 euro als aanvullende uitwinningsvergoeding, deze brutobedragen vermeerderd met de wettelijke interest vanaf hun datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf 20 november 2014 (schending van de artikelen 39 en 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten).

## ***1.2. Tweede onderdeel***

1.2.1. Krachtens artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek is de rechter verplicht de heropening van de debatten te bevelen alvorens de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen op grond van een exceptie die de partijen voor hem niet hadden ingeroepen.

De verplichte heropening van de debatten voorgeschreven door artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, is bedoeld als een bijzondere toepassing van het ruimere beginsel van de eerbiediging van de rechten van verdediging. De debatten dienen dan ook door de rechter te worden heropend telkens wanneer het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging dit vereist.

De rechter heeft weliswaar tot taak de geldende rechtsregels toe te passen op de gegevens die hem door de partijen worden voorgelegd om een rechtsvordering al dan niet ontvankelijk en/of gegrond te verklaren, maar hij moet daarbij ook het recht van verdediging in acht nemen.

Krachtens het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging dient de rechter die zijn beslissing steunt op een door partijen niet aangevoerd middel of op een ambtshalve aangevoerd middel, de partijen de gelegenheid te geven zich daarop te verdedigen.

De rechter mag derhalve geen rechtsvordering van een partij af- of toewijzen op grond van een middel dat voor hem niet is aangevoerd en waarover zij geen tegenspraak hebben kunnen voeren, in voorkomend geval doordat een heropening van de debatten werd bevolen.

1.2.2. In het bestreden arrest van 13 oktober 2017 overweegt het arbeidshof dat

- het merkwaardig is dat de eiseres het niet nodig achtte om naar aanleiding van de evaluatie van de verweerder ook de betrokkene zelf toe te laten om zijn visie te geven; dit niet anders kan beschouwd worden dan als een schending van het meest elementaire recht van verdediging;
- men minstens de verweerder op de hoogte had moeten stellen van het feit dat zijn prestaties als ondermaats werden beoordeeld, wat hem dan de gelegenheid zou hebben gegeven om beterschap te vertonen indien de opmerkingen terecht waren of de bevindingen te betwisten;
- het verder verbazend is dat pas op het ogenblik dat de deal met de Vlaamse overheid rond was aan de verweerder werd gemeld, klaarblijkelijk in een gesprek met de heer A.E. op 3 juni 2014, dat zijn commissie zou worden herleid tot 25 %;
- de houding van de eiseres die de prestaties van de verweerder achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal zonder de verweerder te horen, beschouwd dient te worden als een miskenning van de verplichting tot goede trouw die op elke partij bij een overeenkomst rust;
- een aangepaste sanctie erin bestaat de verweerder het recht toe te kennen op het overeengekomen commissieloon.

(p. 10, nrs. 24 en 25, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017)

Het arbeidshof steunt aldus zijn beslissing dat de verweerder recht heeft op het overeengekomen commissieloon, op het middel dat de houding van de eiseres die

de prestaties van de verweerder achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal *zonder de verweerder te horen*, beschouwd dient te worden als een miskenning van *de verplichting tot goede trouw* die op elke partij bij een overeenkomst rust.

De eiseres en de verweerder gingen evenwel nergens in hun respectievelijke (synthese)conclusies voor het arbeidshof in op het al dan niet bestaan van een hoorplicht en een verplichting tot goede trouw en een eventuele miskenning van die plichten.

De verweerder voerde aldus voor het arbeidshof niet, zelfs niet impliciet, aan dat de eiseres door haar houding de hoorplicht en de verplichting tot goede trouw heeft geschonden.

De eiseres heeft zich op het niet door de verweerder en dus ambtshalve door het arbeidshof ingeroepen middel dat haar houding erin bestaande de prestaties van de verweerder achter zijn rug te hebben geëvalueerd zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen en vervolgens eenzijdig te hebben beslist tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal *zonder de verweerder te horen*, beschouwd dient te worden als een miskenning van *de verplichting tot goede trouw* die op elke partij bij een overeenkomst rust, dan ook niet kunnen verdedigen.

### *Conclusie*

Door zijn beslissing in het bestreden arrest van 13 oktober 2017, dat de verweerder recht heeft op het overeengekomen commissieloon, te steunen op het door de partijen niet aangevoerde middel dat de houding van de eiseres die de prestaties van de verweerder achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal *zonder de verweerder te horen*, beschouwd dient te worden als een miskenning van *de verplichting tot goede trouw* die op elke partij bij een overeenkomst rust, zonder de eiseres de gelegenheid te geven zich daarop te verdedigen, miskent het arbeidshof het recht van verdediging van de eiseres (schending van het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging, zoals neergelegd o.m. in artikel 6, 1, van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van



13 mei 1955, en in artikel 14, eerste lid, van het Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake burgerlijke en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981, en artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

### ***1.3. Derde onderdeel***

1.3.1. Krachtens artikel 20, 3<sup>o</sup> van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, hieronder afgekort als de Arbeidsovereenkomstenwet, is de werkgever verplicht het loon aan de werknemer te betalen op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen.

Op grond van artikel *3bis* van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, hieronder afgekort als de Loonbeschermingswet, heeft de werknemer recht op de betaling, door de werkgever, van het hem verschuldigde loon.

Krachtens artikel 89 van de Arbeidsovereenkomstenwet kan het loon van de handelsvertegenwoordiger bestaan uit commissieloon.

Artikel 90 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat het commissieloon verschuldigd is 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.

Krachtens artikel 97 van de Arbeidsovereenkomstenwet verstrekt de werkgever maandelijks aan de handelsvertegenwoordiger de staat en de documenten betreffende het voor de vorige maand verschuldigde commissieloon.

Noch de voornoemde bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet en de Loonbeschermingswet noch enige andere wettelijke bepaling inzake (commissie)loon verplichten de werkgever de werknemer te horen (om hem toe te laten zijn visie te

geven en hem enige inspraak of verweer te gunnen) bij het evalueren van zijn prestaties en alvorens, op basis van die evaluatie, een beslissing te nemen omtrent een van die evaluatie afhankelijk (commissie)loon. De regeling inzake (commissie)loon waarin de voormelde wetsbepalingen voorzien, verplicht een werkgever met andere woorden niet een werknemer te horen alvorens een beslissing te nemen omtrent een van een evaluatie van de prestaties van de werknemer afhankelijk (commissie)loon. Aan die regeling kan geen afbreuk worden gedaan op grond van het algemeen beginsel van goede trouw zoals vervat in artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek of het algemeen (rechts)beginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging.

1.3.2. In het bestreden arrest van 13 oktober 2017 overweegt het arbeidshof dat

- het merkwaardig is dat de eiseres het niet nodig achtte om naar aanleiding van de evaluatie van de verweerder ook de betrokkene zelf toe te laten om zijn visie te geven; dit niet anders kan beschouwd worden dan als een schending van het meest elementaire recht van verdediging;
- men minstens de verweerder op de hoogte had moeten stellen van het feit dat zijn prestaties als ondermaats werden beoordeeld, wat hem dan de gelegenheid zou hebben gegeven om beterschap te vertonen indien de opmerkingen terecht waren of de bevindingen te betwisten;
- het verder verbazend is dat pas op het ogenblik dat de deal met de Vlaamse overheid rond was aan de verweerder werd gemeld, klaarblijkelijk in een gesprek met de heer A.E. op 3 juni 2014, dat zijn commissie zou worden herleid tot 25 %;
- de houding van de eiseres die de prestaties van de verweerder achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal zonder de verweerder te horen, beschouwd dient te worden als een miskenning van de verplichting tot goede trouw die op elke partij bij een overeenkomst rust;
- een aangepaste sanctie erin bestaat de verweerder het recht toe te kennen op het overeengekomen commissieloon.

(p. 10, nrs. 24 en 25, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017)

Uit die overwegingen van het arbeidshof blijkt dat het arbeidshof oordeelt dat de eiseres (werkgever) op grond van het recht van verdediging en de verplichting tot goede trouw die op elke partij bij een overeenkomst rust, verplicht was de verweerder (werknemer) *te horen* bij het evalueren van zijn prestaties en alvorens eenzijdig

te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde en dat om hem toe te laten zijn visie te geven en hem enige inspraak of verweer te gunnen.

Door op de grond dat de eiseres (werkgever) de prestaties van de verweerder (werknemer) achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal zonder de verweerder (werknemer) te horen, te beslissen tot een miskennis van de verplichting tot goede trouw (die op elke partij bij een overeenkomst rust) in hoofde van de eiseres, en er aldus van uit te gaan dat de eiseres (werkgever) verplicht was de verweerder (werknemer) te horen bij het evalueren van zijn prestaties en alvorens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, schendt het arbeidshof artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, de artikelen 20, 3°, 89, 90 en 97 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en artikel 3bis van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, evenals het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging, die de werkgever niet verplichten de werknemer te horen (om hem toe te laten zijn visie te geven en hem enige inspraak of verweer te gunnen) bij het evalueren van zijn prestaties en alvorens, op basis van die evaluatie, een beslissing te nemen omtrent een van die evaluatie afhankelijk (commissie)loon.

*Conclusie*

Het arbeidshof veroordeelt de eiseres in het bestreden arrest van 22 juni 2018 niet wettig tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 133.387,52 euro als achterstallig commissieloon, vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf de datum van dagvaarding (schending van de artikelen 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, 20, 3°, 89, 90 en 97 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en *3bis* van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, evenals van het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging, zoals neergelegd o.m. in artikel 6, 1, van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, en in artikel 14, eerste lid, van het Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake burgerlijke en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981). Het arbeidshof veroordeelt dienvolgens in hetzelfde arrest evenmin wettig, met inachtneming van het bedrag van die achterstallige commissie, de eiseres tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 172.399,22 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding en een bedrag van 76.096,80 euro als aanvullende uitwinningvergoeding, deze brutobedragen vermeerderd met de wettelijke interest vanaf hun datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf 20 november 2014 (schending van de artikelen 39 en 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten).

#### ***1.4. Vierde onderdeel***

1.4.1.1. Artikel 1134, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die deze hebben aangegaan, tot wet strekken. Krachtens die bepaling heeft een overeenkomst die wettig is aangegaan, bindende kracht.

De bindende kracht van een overeenkomst wordt geschonden wanneer de rechter weigert of nalaat rekening te houden met een wettig beding dat erin voorkomt en toepasselijk is.

1.4.1.2. Krachtens een algemeen rechtsbeginsel is het verboden misbruik te maken van een subjectief recht.

Krachtens artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, moeten overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer worden gebracht. Dat beginsel verbiedt weliswaar een partij misbruik te maken van de rechten die een contract aan die partij toekent, maar is daartoe niet beperkt en kent een ruimere draagwijdte.

De sanctie van het misbruik bij de uitoefening van een (contractueel) recht bestaat in het opleggen van de normale uitoefening ervan of in het herstel van de schade die het gevolg is van dat misbruik. Wanneer de abusieve rechtsuitoefening (van een contractueel recht) betrekking heeft op de toepassing van een contractueel beding, kan het herstel van de door het misbruik veroorzaakte schade erin bestaan dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd op dat beding een beroep te doen.

De rechter kan uiteraard enkel toepassing maken van die sanctie gesteld op rechtsmisbruik indien hij het bestaan vaststelt van een misbruik van recht. Een door de rechter vastgestelde miskennis van de verplichting tot goede trouw die (op grond van artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek) op elke partij bij een overeenkomst rust, houdt op zich nog geen vaststelling in van het bestaan van een misbruik van recht.

1.4.2. Uit de vaststellingen van het arbeidshof zoals hierboven weergegeven in de aanhef van het middel (zie p. 6, nrs. 13 en 14, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017), blijkt dat de toekenning van de bonus (het “commissieloon”) onderworpen is aan een aantal voorwaarden, die er in essentie op neerkomen dat de ‘sales executive’ (verkoper) voldoende presteert om daarop aanspraak te kunnen maken, en dat het algemene bonusplan in dit verband bepaalt dat om “commissieloon” te kunnen ontvangen, de werknemer actief betrokken moet zijn bij de deal en dat de betaling van het “commissieloon” gewijzigd kan worden op basis van het niveau van de bijdrage van de verkoper (zie p. 7 t.e.m. p. 17 van het algemene bonusplan: *“Specialist needs to be actively involved in the deal to receive commission and be nominated on the CRF. Commission payment can be modified based on the contribution level of the ES SE”* - vrije vertaling: “Specialist moet actief betrokken zijn in de transactie om commissie te ontvangen en genomineerd worden op het CRF [= Commission Request Form – vrije vertaling: commissie aanvraagformulier]. Betaling van commissie kan worden gewijzigd op basis van het niveau van de bijdrage van de ES SE [= sales executive of verkoper] -, waarvan een eensluidend verklaard afschrift als stuk 1 bij deze voorziening is gevoegd). Dat algemene bonusplan kent aldus aan de eiseres (werkgever) het recht toe het commissieloon te wijzigen, en dus ook te verminderen, op basis van het niveau van de bijdrage van de verkoper (de verweerder).

Na aangaande de toepassing van de bonusvoorwaarden vastgesteld en overwogen te hebben

- dat de eiseres stelt dat zij eenzijdig heeft beslist slechts 25 % van de commissie uit te betalen na de vaststelling dat de bijdrage van de verweerder ondermaats zou zijn geweest,
- dat uit de uiteenzetting van de feiten die hebben geleid tot de beslissing van de eiseres het commissieloon te verminderen, zoals die ondersteund wordt door diverse verklaringen, blijkt dat inderdaad tijdens de uitvoering van het Bellucci project begin 2014 een bevraging door de heer C. werd gedaan van een aantal 'kernleden' van het team, waarbij een 'algemeen negatief beeld voortkwam over de prestaties en de houding van de [verweerder] binnen het team',
- dat kernverklaringen hierbij deze van de heer C. en deze van de heer C. zijn,
- dat in de verklaring van de heer C. te lezen staat dat hij in de loop van februari 2014 (enkele maanden voor de toewijzing van de opdracht aan de eiseres) gesprekken had met een aantal personen die naar zijn zeggen 'door hun functie een goed beeld hebben van de werking van het sales team voor Bellucci', dat het ging over de heren C. (transitie verantwoordelijke), S. (account executive voor het nieuwe contract met de Vlaamse overheid), V.B. (algemeen directeur met een goed zicht op de klantenrelatie met de Vlaamse overheid) en van Bosheide (bid manager) en dat het beeld dat deze heren geschetst hebben/zouden hebben van de bijdrage van de verweerder aan het Bellucci project ronduit vernietigend is in die zin dat hij niets doet, niets weet en niets kent,
- dat eenzelfde beeld naar voren komt uit de verklaring van de heer C. in die zin dat de verweerder geen kennis heeft van de markt en het speelveld, niet heeft bijgedragen tot het uitvouwen van een verkoopstrategie, slechts op enkele zeldzame momenten gecommuniceerd heeft met het team, geen leiderschap vertoont en geen werkproducten aflevert,
- dat dit beeld wordt bevestigd in de verklaringen van andere betrokkenen en door de nauwkeurige analyse van de aanwezigheid van de verweerder in de data room van het project,
- dat nadat de interviews werden gevoerd en uit de evaluatie was gebleken dat de bijdrage van de verweerder ondermaats was, een proces volgde dat uitmondde in de beslissing om de commissie van de verweerder te reduceren, dat de uitvoering van deze beslissing gebeurde nadat het Bellucci project was afgesloten en resulteerde in de betaling van een commissieloon van 72.120,00 euro met de betaling van het loon voor de maand juni 2014 (p. 8, nr. 19 t.e.m. p. 10, nr. 23 van het bestreden arrest van 13 oktober 2017),

overweegt het arbeidshof dat

- het merkwaardig is dat de eiseres het niet nodig achtte om naar aanleiding van de evaluatie van de verweerder ook de betrokkene zelf toe te laten om zijn visie te geven; dit niet anders kan beschouwd worden dan als een schending van het meest elementaire recht van verdediging;
- men minstens de verweerder op de hoogte had moeten stellen van het feit dat zijn prestaties als ondermaats werden beoordeeld, wat hem dan de gelegenheid zou hebben gegeven om beterschap te vertonen indien de opmerkingen terecht waren of de bevindingen te betwisten;
- het verder verbazend is dat pas op het ogenblik dat de deal met de Vlaamse overheid rond was aan de verweerder werd gemeld, klaarblijkelijk in een gesprek met de heer A.E. op 3 juni 2014, dat zijn commissie zou worden herleid tot 25 %;
- de houding van de eiseres die de prestaties van de verweerder achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot herleiding van het commissieloon tot één vierde, andermaal zonder de verweerder te horen, beschouwd dient te worden als *een miskenning van de verplichting tot goede trouw* die op elke partij bij een overeenkomst rust;
- een aangepaste *sanctie* erin bestaat de verweerder het recht toe te kennen op het overeengekomen commissieloon.

(p. 10, nrs. 24 en 25, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017)

Het arbeidshof beslist aldus enkel tot een miskenning van de verplichting tot goede trouw en oordeelt dat een aangepaste sanctie op die miskenning erin bestaat de verweerder het recht toe te kennen op het overeengekomen commissieloon.

Bij de weergave van de toepasselijke beginselen overweegt het arbeidshof, na gewezen te hebben op de leer van het rechtsmisbruik, dat de rechter, wanneer een schuldeiser zijn rechten op een kennelijk onredelijke manier of onaanvaardbare wijze uitoefent, de wijze van rechtsuitoefening kan matigen en ze binnen de perken van een normale rechtsuitoefening kan brengen, evenals dat aldus het recht van de schuldeiser blijft bestaan, maar de uitoefening ervan wordt beperkt (p. 8, nr. 18, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

Het arbeidshof stelt met geen van zijn vaststellingen en overwegingen vast dat de in het algemene bonusplan voor de verschuldigheid van het "commissieloon" ge-

stelde voorwaarde dat de werknemer voldoende moet presteren en actief betrokken moet zijn bij de deal, vervuld was. Het stelt evenmin het bestaan vast van rechtsmisbruik. De loutere vaststelling van een miskening van de verplichting tot goede trouw, houdt immers nog geen vaststelling in van het bestaan van rechtsmisbruik.

Het arbeidshof past dan ook niet wettig de sanctie gesteld op rechtsmisbruik toe erin bestaande dat het recht slechts op een normale wijze mag worden uitgeoefend of dat de schade ten gevolge van dat misbruik moet worden hersteld, welk herstel, wanneer de abusieve rechtsuitoefening (van contractuele rechten) betrekking heeft op de toepassing van een contractueel beding, erin kan bestaan dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd op dat beding een beroep te doen (en dat, toegepast op deze zaak, de eiseres zich dus niet kan beroepen op haar recht het commissieloon te verminderen op basis van het niveau van de bijdrage van de verkoper en de verweerder dus recht heeft op het (volledige) overeengekomen commissieloon) zonder het bestaan van rechtsmisbruik vast te stellen.

Het arbeidshof miskent tevens de in artikel 1134, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek neergelegde bindende kracht van het algemene bonusplan (waarvan een eensluidend verklaard afschrift als stuk 1 bij deze voorziening is gevoegd) door de verweerder het recht toe te kennen op het erin bepaalde overeengekomen commissieloon zonder rekening te houden met, en het vervuld zijn vast te stellen van, de erin voor de verschuldigdheid van het commissieloon bedongen voorwaarde dat de werknemer voldoende moet presteren en actief betrokken moet zijn bij de deal en aldus zonder rekening te houden met een beding dat erin voorkomt.

Door op grond van een loutere miskening van de verplichting tot goede trouw die op elke partij bij een overeenkomst rust, en dus zonder het vervuld zijn vast te stellen van de in het algemene bonusplan voor de verschuldigdheid van het commissieloon gestelde voorwaarde dat de werknemer voldoende moet presteren en actief betrokken moet zijn bij de deal en dus zonder het bestaan vast te stellen van rechtsmisbruik, te beslissen dat de verweerder als aangepaste sanctie op die miskening van die verplichting tot goede trouw recht heeft op het overeengekomen commissieloon,

schenkt het arbeidshof



- artikel 1134, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, door na te laten rekening te houden met een in de overeenkomst voorkomend beding, waarin de bindende kracht is neergelegd van het algemene bonusplan dat als voorwaarde voor de toekenning van het commissieloon stelt dat de werknemer voldoende moet presteren en actief betrokken moet zijn bij de deal, en zonder het vervuld zijn van die voorwaarde vast te stellen;
- het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, op grond waarvan de rechter slechts als sanctie kan opleggen dat het recht op een normale wijze moet worden uitgeoefend of dat de schade ten gevolge van dat misbruik moet worden hersteld, welk herstel, wanneer de abusieve rechtsuitoefening (van contractuele rechten) betrekking heeft op de toepassing van een contractueel beding, erin kan bestaan dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd om op dat beding een beroep te doen, wanneer hij het bestaan van rechtsmisbruik (en dus niet louter de miskening van de verplichting tot goede trouw die op elke partij bij een overeenkomst rust) vaststelt;
- artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, waarin de verplichting tot goede trouw is neergelegd die op elke partij bij een overeenkomst rust, die een ruimere draagwijdte heeft dan het verbod op rechtsmisbruik en waarvan de loutere miskening niet kan leiden tot de toepassing van de op rechtsmisbruik gestelde sanctie erin bestaande dat het recht op een normale wijze moet worden uitgeoefend of dat de schade ten gevolge van dat misbruik moet worden hersteld, welk herstel, wanneer de abusieve rechtsuitoefening (van contractuele rechten) betrekking heeft op de toepassing van een contractueel beding, erin kan bestaan dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd om op dat beding een beroep te doen.

### *Conclusie*

Het arbeidshof veroordeelt de eiseres in het bestreden arrest van 22 juni 2018 niet wettig tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 133.387,52 euro als achterstallig commissieloon, vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf de datum van dagvaarding (schending van de artikelen 1134, eerste en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, en 20, 3°, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, zoals neergelegd in artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek). Het arbeidshof veroordeelt dienvolgens in hetzelfde arrest evenmin wettig, met inachtneming van het bedrag van die achterstallige commissie, de eiseres tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 172.399,22 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding en een bedrag van 76.096,80 euro als aanvullende uitwinningsvergoeding, deze brutobedragen vermeerderd met de wettelijke interest vanaf hun datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf 20

november 2014 (schending van de artikelen 39 en 101 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten).

## TOELICHTING

### *1. Met betrekking tot het eerste onderdeel*

1.1. Algemeen wordt aangenomen dat discretionaire rechten niet vatbaar zijn voor rechtsmisbruik (zie o.m. J. VELAERS, "Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit", in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 14-17, nrs. 22-26).

Volgens Velaers zijn discretionaire rechten rechten die de houder ervan naar eigen goeddunken kan uitoefenen zonder zich ook maar enigszins te bekommeren over de gevolgen voor anderen en voor de samenleving. In de mate dat het duidelijk is dat de wetgever of de partijen beoogden een dergelijk discretionair recht toe te kennen (de wetgever of de partijen kunnen dit uitdrukkelijk bevestigen of het kan ook stilzwijgend uit de heersende rechtsovertuiging volgen: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, 1973, 170), is de leer van het rechtsmisbruik niet toepasselijk. De rechter kan de uitoefening van een dergelijk discretionair recht niet controleren. De burger kan het immers in volle vrijheid, ja zelfs naar willekeur, voor om het even welk doel en met om het even welk gevolg uitoefenen. Hij hoeft zich daarvoor niet te verantwoorden.

1.2. Het arbeidshof overweegt dat de omstandigheid dat de beslissing tot toekenning van een bonus behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de werkgever, niet betekent dat de beslissing van de werkgever om al dan niet veranderlijke wedde uit te betalen, willekeurig mag zijn, evenals dat de rechter ter zake een redelijkheidstoezicht heeft (wat eveneens geldt voor de bepaling van de voorwaarden zelf om een veranderlijke wedde te kunnen genieten, en voor de toepassing van deze voorwaarden). Volgens het arbeidshof komt dergelijk redelijkheidstoezicht er in wezen op neer dat de rechter kan onderzoeken of de werkgever bij het opleggen en toepassen van de voorwaarden om een veranderlijke wedde te kunnen ontvangen, te goeder trouw te werk is gegaan. Bepalingen die maken dat de werkgever door de uitoefening van zijn discretionaire bevoegdheid willekeurig kan beslissen of een werknemer al dan niet recht heeft op betaling van commissieloon,

kunnen dan door de rechter niet of niet geheel worden toegepast, aldus het arbeidshof. Dit is dan het gevolg van de beperkende werking van de goede trouw, vervolgt het arbeidshof. Het geeft vervolgens aan dat voor de vaststelling van de toepassingsvoorwaarden van de beperkende werking van de goede trouw uitsluitend de criteria inzake rechtsmisbruik in aanmerking komen (p. 7, nr. 17 t.e.m. p. 8, nr. 18, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

Uit die overwegingen van het arbeidshof blijkt dat volgens het arbeidshof ook een discretionair recht (een discretionaire bevoegdheid) in aanmerking komt voor rechtsmisbruik als toepassing van de beperkende werking van de goede trouw en in het kader waarvan de rechter een redelijkheidstoezicht (toezicht op willekeurigheid) kan uitoefenen. Zoals reeds gezegd, is een discretionair recht (of een discretionaire bevoegdheid) evenwel niet vatbaar voor rechtsmisbruik. Het arbeidshof acht dan ook niet wettig de leer van het rechtsmisbruik (gesteund op een algemeen rechtsbeginsel en de (in artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek neergelegde) beperkende werking van de goede trouw) toepasselijk op een discretionaire bevoegdheid (een discretionair recht), waarvan het bestaan door hem in deze zaak wordt aangenomen.

## *2. Met betrekking tot het tweede onderdeel*

2.1. Overeenkomstig artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek is de rechter verplicht de heropening van de debatten te bevelen, vooraleer de vordering geheel of gedeeltelijk af te wijzen op grond van een exceptie die de partijen voor hem niet hadden ingeroepen.

De verplichte heropening van de debatten voorgeschreven door artikel 774, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek is een bijzondere toepassing van het ruimere beginsel van de eerbiediging van de rechten van verdediging in het privaatrechtelijk geding (E. KRINGS en B. DE CONINCK, “Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden”, *T.P.R.* 1982, 674, nr. 25; A. FETTWEIS, “Da mihi factum, dabo tibi jus”, noot onder Rb. Luik 12 november 1982, *Jur. Liège* 1983, 179-184). De debatten dienen dan ook heropend te worden telkens het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging dat vereist.

De rechter heeft weliswaar tot taak de geldende rechtsregels toe te passen op de gegevens die hem door de partijen worden voorgelegd, maar hij moet daarbij het recht van verdediging in acht nemen (zie o.m. Cass. 11 juni 1992, *Arr. Cass.* 1992, nr. 532). De rechter moet de juridische aard van de door partijen aangevoerde feiten onderzoeken en kan, ongeacht de omschrijving die zij daaraan hebben gegeven, de voor hem aangevoerde rechtsgronden ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt die partijen in hun conclusies hebben uitgesloten, hij enkel steunt op regelmatig aan zijn beoordeling voorgelegde feiten en stukken en hij niet het voorwerp van de vordering wijzigt; het beginsel van de rechten van de verdediging vereist dan wel dat de heropening van de debatten wordt bevolen (zie o.m. Cass. 20 juni 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1446; Cass. 22 januari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 652; Cass. 26 maart 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 990; Cass. 19 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 326; zie ook Cass. 14 april 2005, *P&B.* 2005, 300; Cass. 16 maart 2006, *Pas.* 2006, afl. 3, 615; Cass. 9 mei 2008, *J.T.* 2008, 721, noot J.F. VAN DROOGHENBROECK).

Het recht van verdediging wordt door de rechter miskend wanneer hij zijn beslissing steunt op een door partijen niet aangevoerd middel of op een ambtshalve aangevoerd middel, zonder hen de gelegenheid te geven zich daarop te verdedigen (o.m. Cass. 10 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, nr. 14; Cass. 8 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 131; Cass. 26 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 326; Cass. 21 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 391; Cass. 22 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 266; Cass. 28 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, nr. 74; Cass. 20 november 2000, *Arr. Cass.* 2000, nr. 632; Cass. 12 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, nr. 82; Cass. 28 juni 2001, *Arr. Cass.* 2001, nr. 409; Cass. 9 november 2001, C.00.0162.F; Cass. 6 februari 2009, *J.T.* 2009, 181; Cass. 2 juni 2016, C.14.0029.N, [www.cass.be](http://www.cass.be)).

In sommige arresten hanteert uw Hof in het kader van de beoordeling van de eerbiediging van het recht van verdediging bij een door de rechter ambtshalve ingeroepen element, het verrassingseffect en het verwachtingspatroon als criterium: wanneer de partijen er zich niet aan konden verwachten dat de rechter met dat element rekening zou houden en dus op dat punt door de rechter verrast werden, is schending van hun recht van verdediging voorhanden (zie o.m. Cass. 29 september 2011, C.10.0349.N, concl. Adv.-Gen. VANDEWAL; Cass. 5 december 2014, *RABG* 2015, 397; Cass. 27 februari 2015, C.14.0336.N, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 2 maart 2015, C.14.0229.F, [www.cass.be](http://www.cass.be); Cass. 17 maart 2017, C.16.0165.N).

2.2. Het arbeidshof steunt zijn beslissing dat de verweerder recht heeft op het overeengekomen commissieloon, op het motief dat de houding van de eiseres die de prestaties van de verweerder achter zijn rug evalueerde zonder hem enige inspraak of verweer te gunnen, om vervolgens eenzijdig te beslissen tot een reductie van het commissieloon tot één vierde, andermaal *zonder de verweerder te horen*, beschouwd dient te worden als een miskennis van *de verplichting tot goede trouw* die op elke partij bij een overeenkomst rust (p. 10, nr. 25, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

De eiseres en de verweerder gingen evenwel nergens in hun respectievelijke (synthese)conclusies voor het arbeidshof in op het al dan niet bestaan van een hoorplicht en een verplichting tot goede trouw en een eventuele miskennis van die plichten. De verweerder voerde aldus voor het arbeidshof niet, zelfs niet impliciet, aan dat de eiseres door haar houding de hoorplicht en de verplichting tot goede trouw heeft geschonden.

De eiseres werd dan ook compleet verrast door het door het arbeidshof ambtshalve ingeroepen element aangaande de hoorplicht en de verplichting tot goede trouw. Zij kon er zich helemaal niet aan verwachten dat het arbeidshof dat element zou inroepen. Het betreft immers een volledig nieuw element dat geen aansluiting vindt bij de wel door de partijen gedane aanvoeringen.

Aangezien het arbeidshof de eiseres niet de gelegenheid heeft gegeven zich te verdedigen op het ambtshalve ingeroepen element betreffende de hoorplicht en de plicht tot goede trouw, miskent het haar recht van verdediging.

### *3. Met betrekking tot het derde onderdeel*

3.1. In een arrest van 12 oktober 2015 (S.13.0026.N, *JTT* 2016, afl. 1236, 27, concl. adv.-gen. H. VANDERLINDEN, noot G. LEMAIRE en *RABG* 2016, afl. 13, 943, verklarende noot V. DOOMS) overweegt uw Hof:

*“Tweede middel*

*4. Artikel 32, 3°, Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat behoudens de algemene wijzen waarop de verbintenissen teniet gaan, de verbintenissen voortspuitende uit de door deze wet geregelde overeenkomsten een einde*

*nemen door de wil van een der partijen, wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd werd gesloten.*

*Krachtens artikel 37, § 1, eerste lid, Arbeidsovereenkomstenwet heeft ieder der partijen het recht om de arbeidsovereenkomst te beëindigen door opzegging aan de andere wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd gesloten is.*

*Artikel 39, § 1, eerste lid, Arbeidsovereenkomstenwet, zoals te dezen van toepassing, bepaalt dat indien de overeenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten, de partij die de overeenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de opzeggingstermijn vastgesteld in de artikelen 59, 82, 83, 84 en 115, gehouden is de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn.*

*5. De regeling inzake de beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde duur waarin de voormelde wetsbepalingen voorzien, verplicht een werkgever niet om een werknemer te horen alvorens over te gaan tot diens ontslag.*

*Aan die regeling die overeenkomstig artikel 1, tweede lid, Arbeidsovereenkomstenwet ook de overeenkomsten beheerst van de werknemers tewerkgesteld door de gemeenten en wier toestand niet statutair geregeld is, kan geen afbreuk worden gedaan op grond van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.*

*6. Het arrest oordeelt dat "de beginselen van behoorlijk bestuur, met inbegrip van de hoorplicht,(...) ook van toepassing [zijn] op het ontslag van contractanten" en stelt vast dat de eiseres die met de verweerder een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur had gesloten, heeft nagelaten om de verweerder te horen vooraleer hem te ontslaan.*

*Het arrest dat op die grond beslist tot het bestaan van een fout in hoofde van de eiseres, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.*

*Het middel is gegrond."*

*(onderstreping toegevoegd)*

In dat arrest van 12 oktober 2015 beslist uw Hof aldus dat de regels van het arbeidsovereenkomstenrecht m.b.t. de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten gesloten voor onbepaalde tijd (zoals bepaald in de artikelen 32, 3°, 37, § 1, eerste

lid en 39, § 1, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet die ook van toepassing zijn op de arbeidscontractanten in de publieke sector) niet voorzien in een verplichting voor de werkgever om een werknemer te horen alvorens over te gaan tot diens ontslag. Aan die regeling kan volgens uw Hof geen afbreuk worden gedaan op grond van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Door een werknemer niet vóór zijn ontslag te horen, begaat het bestuur dan ook geen fout. In dat arrest komt uw Hof aldus tot de conclusie dat de hoorplicht (als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) niet geldt bij het ontslag van een contractueel personeelslid (door een bestuur). Volgens uw Hof verplicht geen enkele bepaling van de Arbeidsovereenkomstenwet de werkgever zijn werknemer te horen alvorens tot diens ontslag over te gaan. Volgens uw Hof bestaat met andere woorden geen hoorplicht voor de werkgever.

Naar analogie met het door uw Hof in het voornoemde arrest van 12 oktober 2015 voorgestane standpunt wordt in het derde onderdeel van het middel aangevoerd dat op de werkgever geen verplichting rust tot het horen van de werknemer (alvorens een beslissing inzake (commissie)loon te nemen). Geen enkele bepaling van de Arbeidsovereenkomstenwet of de Loonbeschermingswet (betreffende (commissie)loon) verplicht de werkgever de werknemer te horen (om hem toe te laten zijn visie te geven en hem enige inspraak of verweer te gunnen) bij het evalueren van zijn prestaties en alvorens, op basis van die evaluatie, een beslissing te nemen omtrent (een vermindering van) zijn (commissie)loon. Op de werkgever rust geen wettelijke hoorplicht. Aan die regeling (inzake loon waarin de betreffende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet en de Loonbeschermingswet voorzien) kan ook geen afbreuk worden gedaan op grond van een algemeen beginsel van goede trouw of behoorlijk handelen (of het recht van verdediging).

3.2. Het arbeidshof oordeelt in het bestreden arrest van 13 oktober 2017 dan ook niet wettig dat de eiseres (werkgever) wel verplicht was de verweerder (werknemer) *te horen* bij het evalueren van zijn prestaties en alvorens eenzijdig te beslissen tot vermindering van het commissieloon tot één vierde (zie p. 10, nrs. 24 en 25, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

3.3. Volledigheidshalve merkt de eiseres op dat het derde onderdeel van het middel niet als nieuw onontvankelijk kan worden verklaard, aangezien het gericht is tegen een eigen grond van het beschikkend gedeelte van het bestreden arrest van het arbeidshof. Het arbeidshof beslist inderdaad voor het eerst in de procedure tot

het bestaan van een hoorplicht. Het derde onderdeel kan aldus wel voor het eerst voor uw Hof worden aangevoerd.

#### 4. Met betrekking tot het vierde onderdeel

4.1. Volgens uw Hof bestaat de sanctie op rechtsmisbruik in het opleggen van de normale uitoefening van het recht of in het herstel van de schade die het gevolg is van dat misbruik (zie o.m. Cass. 16 december 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 518; Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, I, 790; Cass. 11 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 965; Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 245 en *R.W.* 2001-2002, 780, noot A. VAN OEVELEN, “De sanctie van het misbruik van contractuele rechten”; Cass. 6 januari 2011, C.09.0624.F, [www.cass.be](http://www.cass.be)). Wanneer de abusieve rechtsuitoefening (van een contractueel recht) betrekking heeft op de toepassing van een contractueel beding, kan het herstel van de door het misbruik veroorzaakte schade erin bestaan dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd op dat beding een beroep te doen (zie Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 245 en *R.W.* 2001-2002, 780, noot A. VAN OEVELEN, “De sanctie van het misbruik van contractuele rechten”).

De rechter kan uiteraard enkel toepassing maken van die sanctie gesteld op rechtsmisbruik indien hij het bestaan vaststelt van een misbruik van recht. Een door de rechter vastgestelde miskennis van de verplichting tot goede trouw die (op grond van artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek) op elke partij bij een overeenkomst rust, houdt nog geen vaststelling in van het bestaan van een misbruik van recht. Die verplichting tot goede trouw kent immers een ruimere draagwijdte dan het verbod op rechtsmisbruik.

4.2. Uit de vaststellingen van het arbeidshof (zie p. 6, nrs. 13 en 14, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017), blijkt dat de toekenning van de bonus (het “commissieloon”) onderworpen is aan een aantal voorwaarden, die er in essentie op neerkomen dat de ‘sales executive’ (verkoper) voldoende presteert om er aanspraak te kunnen op maken, en dat het algemene bonusplan in dit verband voorziet dat om “commissieloon” te kunnen ontvangen, de werknemer actief betrokken moet zijn bij de deal en dat de betaling van het “commissieloon” gewijzigd kan worden op basis van het niveau van de bijdrage van de verkoper (zie p. 7 t.e.m. p. 17 van het algemene bonusplan: “*Specialist needs to be actively involved in the deal to receive commission and be nominated on the CRF. Commission payment can be modified based on the contribution level of the ES SE*”, waarvan een eensluidend verklaard



SCHRIFT/35

afschrift als stuk 1 bij deze voorziening is gevoegd). Dat algemene bonusplan kent aldus aan de eiseres (werkgever) het recht toe het commissieloon te wijzigen, en dus ook te verminderen, op basis van het niveau van de bijdrage van de verkoper (de verweerder).

Zoals uiteengezet in het onderdeel beslist het arbeidshof enkel tot een miskening van de verplichting tot goede trouw en oordeelt dat een aangepaste sanctie op die miskening erin bestaat de verweerder het recht toe te kennen op het overeengekomen commissieloon.

Het arbeidshof past dan ook niet wettig de sanctie gesteld op rechtsmisbruik toe zonder het bestaan van dergelijk rechtsmisbruik vast te stellen.

Het arbeidshof miskent tevens de in artikel 1134, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek neergelegde bindende kracht van het algemene bonusplan (waarvan een eensluidend verklaard afschrift als stuk 1 bij deze voorziening is gevoegd) door de verweerder het recht toe te kennen op het erin bepaalde overeengekomen commissieloon zonder rekening te houden met, en het vervuld zijn vast te stellen van, de erin bepaalde voor de verschuldigheid van het commissieloon gestelde voorwaarde dat de werknemer voldoende moet presteren en actief betrokken moet zijn bij de deal en aldus zonder rekening te houden met een beding dat erin voorkomt.

## **Tweede middel**

MIDDEL

### Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek
- artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek
- de artikelen 39, inzonderheid §1, eerste, tweede en derde lid, en 101, inzonderheid derde, vierde en vijfde lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten

Aangevochten beslissingen

In de bestreden beslissing van **13 oktober 2017** heropent het arbeidshof, recht sprekende over de vorderingen tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding en een aanvullende uitwinningsvergoeding, de debatten alvorens verder recht te spreken. Het arbeidshof beslist dat de aanvullende opzeggingsvergoeding en de aanvullende uitwinningsvergoeding dienen berekend te worden met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie en beveelt de verweerder een berekening te maken van de aanvullende opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding die hem *met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie* nog verschuldigd zijn (en aan de hand van bewijskrachtige documenten aan te tonen welk bedrag hem reeds als opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding werd betaald) (p. 18, derde alinea t.e.m. zesde alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017). Het neemt die beslissingen op grond van alle vaststellingen en motieven waarop zij steunt en die hier beschouwd worden integraal te zijn hernomen en in het bijzonder de volgende:

**“2. De aanvullende opzeggingsvergoeding**

28.-

*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.*

29.-

*Terecht stelt de [eiseres] dat een loonvoordeel dat niet meer bestaat op het ogenblik van het ontslag, niet in aanmerking komt voor de becijfering van de aan de werknemer toekomende opzeggingsvergoeding.*

*Wanneer de werknemer ontslagen wordt met betaling van een opzeggingsvergoeding, dan moet deze berekend worden met inachtneming van het loon waarop de werknemer recht heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag.*

[...]

30.-

*Met toepassing van artikel 870 Ger.W. dient iedere partij het bewijs te leveren van de feiten die zij aanvoert.*

*Indien de [eiseres] bijgevolg aanvoert dat de [verweerder] op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag geen recht meer had op veranderlijke wedde, dient zij hiervan het bewijs te leveren.*

31.-

*Naar het oordeel van het arbeidshof levert de [eiseres] het bewijs van dit feit niet.*

*Het is juist dat de [verweerder] op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag geen recht meer kon doen gelden op betaling van de commissie op het Bellucci project, vermits dit afgesloten was, doch de [eiseres] levert niet het bewijs dat de [verweerder] op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag niet werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren.*

32.-

*In die omstandigheden dient wel degelijk rekening gehouden te worden met de commissie die verschuldigd is over het Bellucci project.*

*Artikel 39 § 2 derde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt immers dat wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijk gedeelte het gemiddelde wordt genomen van twaalf voorafgaande maanden of in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was.*

33.-

*De [verweerder] dient een berekening te maken van de aanvullende opzeggingsvergoeding die hem met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie nog verschuldigd is.*

*Vermits het arbeidshof in de thans neergelegde stukken geen bedrag terugvindt dat reeds als opzeggingsvergoeding werd betaald, dient hij aan de hand van de overeenstemmende loonbrief verduidelijking te geven over het betaalde bruto bedrag.*

### **3. De aanvullende uitwinningsvergoeding**

34.-

*Wat hiervoor werd gesteld met betrekking tot de aanvullende opzeggingsvergoeding, geldt eveneens voor de aanvullende uitwinningsvergoeding.*

*Ook hier dient de [verweerder] een berekening te maken van de aanvullende uitwinningsvergoeding die hem met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie nog verschuldigd is.*

*Vermits het arbeidshof in de thans neergelegde stukken geen bedrag terugvindt dat reeds als uitwinningsvergoeding werd betaald, dient hij aan de hand van de overeenstemmende loonbrief verduidelijking te geven over het betaalde bruto bedrag.”*

(p. 11, nr. 28 t.e.m. p. 13, nr. 34, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017)

In de bestreden beslissing van **22 juni 2018** doet het arbeidshof het eerste vonnis teniet in de mate dat dit de vordering van de verweerder tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding gegrond verklaarde ten belope van 260.137,32 euro en de vordering van de verweerder tot betaling van een aanvullende uitwinningsvergoeding gegrond verklaarde ten belope van 89.374,28 euro, vermeerderd met de wettelijke interest vanaf de eisbaarheid en de gerechtelijke interest vanaf de datum van de dagvaarding. Opnieuw recht sprekende, verklaart het arbeidshof deze onderdelen van de oorspronkelijke vordering van de verweerder als volgt gegrond. Het arbeidshof veroordeelt de eiseres tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 172.399,22 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding en een bedrag van 76.096,80 euro als aanvullende uitwinningsvergoeding, deze brutobedragen vermeerderd met de wettelijke interest vanaf hun datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf 20 november 2014 (p. 8, eerste alinea t.e.m. vijfde alinea, van het bestreden arrest van 22 juni 2018).

Grievens

Krachtens artikel 39, § 1, eerste lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, hieronder afgekort als de Arbeidsovereenkomstenwet, is de partij die de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de toepasselijke opzeggingstermijn, gehouden de andere partij een opzeggingsvergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn.

Artikel 39, § 1, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopende loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst behelst.

Deze wetsbepaling bedoelt met de term "lopend" dat de opzeggingsvergoeding moet worden berekend met inachtneming van het loon en de vermelde voordelen waarop de werknemer aanspraak (recht) heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag.

Krachtens artikel 101, eerste en tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet is, wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd door de werkgever zonder dringende reden of door de handelsvertegenwoordiger om een dringende reden, na een tewerkstelling van één jaar een vergoeding wegens uitwinning verschuldigd aan de handelsvertegenwoordiger die een cliënteel heeft aangebracht tenzij de werkgever bewijst dat uit de beëindiging van de overeenkomst geen enkel nadeel volgt voor de handelsvertegenwoordiger.

Artikel 101, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de uitwinningvergoeding 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, evenals dat zij met het loon van één maand wordt verhoogd bij het ingaan van elke bijkomende vijfjaarlijkse dienstperiode bij dezelfde werkgever.

Krachtens artikel 101, vijfde lid, van diezelfde wet behelst de uitwinningvergoeding niet alleen het lopende loon maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst.

Ook deze wetsbepaling bedoelt met de term "lopend" dat de uitwinningsvergoeding moet worden berekend met inachtneming van het loon en de vermelde voordelen waarop de werknemer aanspraak (recht) heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag.

Opdat een loonvoordeel als lopend loon of voordeel verworven krachtens de overeenkomst in aanmerking zou komen voor de berekening van de op grond van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet verschuldigde opzeggingsvergoeding en de op grond van artikel 101 van diezelfde wet verschuldigde uitwinningsvergoeding, is aldus vereist dat de werknemer op dat voordeel recht (aanspraak) heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag.

Een loonvoordeel waarop de werknemer *geen recht meer* heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, komt *niet* als lopend loon (of voordeel verworven krachtens de overeenkomst) in aanmerking voor de berekening van de op grond van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet verschuldigde opzeggingsvergoeding en de op grond van artikel 101 van diezelfde wet verschuldigde uitwinningsvergoeding.

## ***2.1. Eerste onderdeel***

2.1.1. Krachtens artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek moet hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, het bestaan daarvan bewijzen, terwijl, omgekeerd, hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs moet leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht. Die principes worden herhaald in artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek, dat in het algemeen bepaalt dat iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert.

De voornoemde artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek zijn de uitdrukking van de adagia "actori probatio incubit" (de eiser van een vordering draagt de bewijslast) en "reus in excipiendo fit actor" (de bewijslast van de exceptie opgeworpen door de verweerder in een vordering, die beweert bevrijd te zijn van zijn verbintenis, rust op hem).

De eiser van een vordering is derhalve op grond van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek gehouden de feiten die hij aanvoert te bewijzen.

De verweerder in een vordering die de aanspraken van de eiser van de vordering betwist en die dus stelt dat de eiser niet het bewijs levert van de gegrondheid van zijn vordering, krijgt daardoor niet de hoedanigheid van “eiser op exceptie” en bijgevolg blijft de eiser van de vordering de bewijslast dragen van zijn betwiste beweringen.

Op grond van de voornoemde artikelen 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 1315 van het Burgerlijk Wetboek, 39 en 101 van de Arbeidsovereenkomstenwet, volgens dewelke de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding berekend worden met inachtneming van het lopend loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst en waarbij met de term “lopend” wordt bedoeld dat die vergoedingen moeten worden berekend met inachtneming van het loon en de vermelde voordelen waarop de werknemer aanspraak (recht) heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag, komt het aan de werknemer, die aanvoert dat een bepaald (veranderlijk) loonvoordeel als lopend loon of als (lopend) voordeel verworven krachtens de arbeidsovereenkomst in aanmerking komt voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding en meer bepaald dat hij op dat voordeel nog recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag en die op grond daarvan een aanvullende opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding vordert, zelf toe (positief) te bewijzen dat sprake is van lopend loon (of een (lopend) voordeel verworven krachtens de overeenkomst) en dus dat hij op dat voordeel (nog) recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag.

Uit de regels betreffende de bewijslast zoals neergelegd in de artikelen 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 1315 van het Burgerlijk Wetboek, volgt met andere woorden dat de werknemer positief dient te bewijzen dat hij (nog) recht had op (de toekenning van) het (veranderlijk) loon op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, en niet dat de werkgever het negatieve feit dient te bewijzen dat de werknemer geen recht (meer) had op (de toekenning van) het (veranderlijk) loon op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag.

2.1.2. Uit de vaststellingen van het arbeidshof en de stukken van de rechtspleging waarop uw Hof vermag acht te slaan, blijkt dat

- de verweerder (werknemer) tegen de eiseres (werkgever) een vordering stelde tot het verkrijgen van een aanvullende opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding;
- de verweerder (werknemer) voor het arbeidshof aanvoerde: *“Concluant vraagt akte van zijn eisuitbreiding wat betreft de gevolgen van de uitbetaling van de juiste commissievergoeding wat betreft de uitbetaalde opzegvergoeding. In tegenstelling tot hetgeen appellante beweert is deze wel degelijk verschuldigd op het ogenblik van het ontslag en is deze eis gegrond.”* (blz. 42, vierde en derde laatste alinea, van de conclusie in hoger beroep van de verweerder, “Beroepsbesluiten” genaamd; onderstreping toegevoegd).

In het bestreden arrest van **13 oktober 2017** overweegt het arbeidshof onder het punt *“2. De aanvullende opzeggingsvergoeding”* dat

- met toepassing van artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek iedere partij het bewijs dient te leveren van de feiten die zij aanvoert;
- indien de eiseres bijgevolg aanvoert dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag geen recht meer had op veranderlijke wedde, zij hiervan het bewijs dient te leveren;
- de eiseres naar zijn oordeel het bewijs van dit feit niet levert;
- het juist is dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag geen recht meer kon doen gelden op betaling van de commissie op het Bellucci-project, vermits dit afgesloten was, maar de eiseres niet het bewijs levert dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag niet werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren;
- in die omstandigheden wel degelijk rekening dient gehouden te worden met de commissie die verschuldigd is over het Bellucciproject.

(p. 12, nr. 30 t.e.m. p. 12, voorlaatste alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017)



Onder het punt “3. *De aanvullende uitwinningsvergoeding*” overweegt het arbeidshof in het bestreden arrest van **13 oktober 2017** dat wat hiervoor werd gesteld met betrekking tot de aanvullende opzeggingsvergoeding, eveneens geldt voor de aanvullende uitwinningsvergoeding (p. 13, nr. 34, eerste alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

Uit die overwegingen blijkt dat het arbeidshof aan de eiseres (werkgever) oplegt het bewijs te leveren van het negatief feit dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen* recht meer had op veranderlijke wedde en dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *niet* werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren. Het arbeidshof doet aldus de bewijslast m.b.t. het al dan niet nog bestaan van een recht op veranderlijke wedde op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, op de eiseres (werkgever) rusten.

Het komt evenwel niet aan de eiseres (werkgever) toe negatief te bewijzen dat de verweerder (werknemer) op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen* recht meer had op veranderlijke wedde en dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *niet* werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren.

Het arbeidshof keert met zijn hierboven weergegeven overwegingen de bewijslast om en schendt aldus de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek.

Door op grond van de motieven dat de eiseres (werkgever) het bewijs niet levert van het feit dat de verweerder (werknemer) op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen* recht meer had op veranderlijke wedde en dat de verweerder (werknemer) op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *niet* werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren, te beslissen dat voor de berekening van de aanvullende opzeggings- en uitwinningsvergoeding wel degelijk rekening dient gehouden te worden met de commissie die verschuldigd is over het Bellucci project, schendt het arbeidshof tevens de artikelen 39 en 101 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

### *Conclusie*

Het arbeidshof beslist in het bestreden arrest van 22 juni 2018 niet wettig dat de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding dienen berekend te worden met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie en veroordeelt aldus de eiseres niet wettig tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 172.399,22 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding en een bedrag van 76.096,80 euro als aanvullende uitwinningsvergoeding, deze brutobedragen vermeerderd met de wettelijke interest vanaf hun datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf 20 november 2014 (schending van alle in de aanhef van het middel als geschonden aangewezen bepalingen).

## **2.2. Tweede onderdeel**

2.2.1. Opdat een loonvoordeel als lopend loon of voordeel verworven krachtens de overeenkomst in aanmerking zou komen voor de berekening van de op grond van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet verschuldigde opzeggingsvergoeding en de op grond van artikel 101 van diezelfde wet verschuldigde uitwinningsvergoeding, is vereist dat de werknemer op dat voordeel recht (aanspraak) heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag. Het als lopend loon voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding in aanmerking nemen van een (veranderlijk) loonvoordeel, vereist dat de werknemer op dat voordeel een zeker en vaststaand recht en dus geen louter eventueel of mogelijk recht kon doen gelden op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag.

Een (veranderlijk) loonvoordeel waarop de werknemer *geen (zeker en vaststaand) recht meer* heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, komt *niet* als lopend loon (of voordeel verworven krachtens de overeenkomst) in aanmerking voor de berekening van de op grond van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet verschuldigde opzeggingsvergoeding en de op grond van artikel 101 van diezelfde wet verschuldigde uitwinningsvergoeding.

Artikel 39, § 1, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt met betrekking tot de opzeggingsvergoeding weliswaar dat wanneer het lopend loon of de

voordelen verworven krachtens de overeenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijke gedeelte het gemiddelde wordt genomen van de twaalf voorafgaande maanden of, in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was, en artikel 101, vierde lid, van diezelfde wet bepaalt met betrekking tot de uitwinningsvergoeding weliswaar dat wanneer het loon van de handelsvertegenwoordiger geheel of gedeeltelijk uit commissieloon bestaat, dit laatste berekend wordt op grond van het maandelijks gemiddelde van het commissieloon, verdiend gedurende de twaalf maanden die aan de beëindiging van de overeenkomst voorafgaan, maar die bepalingen doen niets af aan het vereiste dat het om (veranderlijk) loon moet gaan waarop de werknemer in beginsel nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag. Zij bepalen enkel hoe de veranderlijke vergoeding *waarop de werknemer recht heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag* (en die dus behoort tot het “lopend” loon), dient *in rekening te worden gebracht* voor de berekening van de opzeggings- en uitwinningsvergoeding. Er kan met andere woorden slechts toepassing gemaakt worden van (de in) artikel 39, § 1, derde lid, en artikel 101, vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet (bepaalde berekeningsmethode) indien de werknemer op het (veranderlijk) loonvoordeel nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag en dus sprake is van (nog) “lopend” loon.

2.2.2. In het bestreden arrest van **13 oktober 2017** overweegt het arbeidshof onder het punt “2. De aanvullende opzeggingsvergoeding” dat

- de eiseres, indien zij aanvoert dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag geen recht meer had op veranderlijke wedde, hiervan het bewijs dient te leveren;
- de eiseres het bewijs van dit feit niet levert;
- het juist is dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag geen recht meer kon doen gelden op betaling van de commissie op het Bellucci project, vermits dit afgesloten was, maar de eiseres niet het bewijs levert dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag niet werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren;
- in die omstandigheden wel degelijk rekening dient gehouden te worden met de commissie die verschuldigd is over het Bellucciproject;
- artikel 39 “§ 2” derde lid van de Arbeidsovereenkomstenwet immers bepaalt dat wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijk gedeelte het gemiddelde wordt genomen van twaalf voorafgaande maanden of in voorkomend

- geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was;
- de verweerder een berekening dient te maken van de aanvullende opzeggingsvergoeding die hem met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie nog verschuldigd is.

(p. 12, nr. 30, tweede alinea t.e.m. p. 13, nr. 33, eerste alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017)

Onder punt “3. *De aanvullende uitwinningsvergoeding*” overweegt het arbeidshof in het bestreden arrest van **13 oktober 2017** dat wat daarboven werd gesteld met betrekking tot de aanvullende opzeggingsvergoeding, eveneens geldt voor de aanvullende uitwinningsvergoeding, evenals dat ook hier de verweerder een berekening dient te maken van de aanvullende uitwinningsvergoeding die hem met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie nog verschuldigd is (p. 13, nr. 34, eerste en tweede alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017).

2.3.1. Aangezien een (veranderlijk) loonvoordeel waarop de werknemer *geen recht meer* heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag, *geen lopend loon* uitmaakt in de zin van de artikelen 39, § 1, eerste en tweede lid en 101, derde en vijfde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet en dus niet in aanmerking kan worden genomen voor de berekening van de op grond van die bepalingen verschuldigde opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding, schendt het arbeidshof die bepalingen door, na vastgesteld te hebben dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen recht meer* kon doen gelden op betaling van de commissie op het Bellucci project (vermits dit afgesloten was), te beslissen dat (voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding) wel degelijk rekening dient gehouden te worden met die commissie verschuldigd over het Bellucci project. Het arbeidshof neemt aldus onwettig een loonvoordeel in aanmerking waarop de werknemer, volgens zijn eigen vaststelling, geen recht meer had op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag.

2.3.2. Uit de overweging van het arbeidshof dat het juist is dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag geen recht meer kon doen gelden op betaling van de commissie op het Bellucci project, vermits dit afgesloten was, maar de eiseres niet het bewijs levert dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag niet werkte aan andere zaken die hem *mogelijk* commissieloon *konden* opleveren, en met name uit het gebruik van de woorden “mogelijk” en

“konden” in die overweging, blijkt dat het arbeidshof ervan uitgaat dat een eventueel of mogelijk recht op commissieloon volstaat om dat veranderlijk loon als lopend loon in aanmerking te nemen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding.

Aangezien het als lopend loon in de zin van de artikelen 39, § 1, eerste en tweede lid en 101, derde en vijfde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding in aanmerking nemen van een (veranderlijk) loonvoordeel vereist dat de werknemer op dat voordeel een zeker en vaststaand recht en dus geen louter eventueel of mogelijk recht kon doen gelden op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, schendt het arbeidshof tevens die bepalingen door voor de berekening van die vergoedingen het (veranderlijk) commissieloon in aanmerking te nemen zonder vast te stellen dat de verweerder daarop een zeker en vaststaand recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag en enkel aan te geven dat hij daarop een mogelijk of eventueel recht had.

2.3.3. Het arbeidshof beslist tevens dat (voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding) wel degelijk rekening dient gehouden te worden met de commissie die verschuldigd is over het Bellucciproject aangezien “*artikel 39 § 2 [lees: § 1] derde lid*” van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijk gedeelte het gemiddelde wordt genomen van twaalf voorafgaande maanden of in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was.

Aangezien, zoals hierboven onder 2.2.1. uiteengezet, de artikelen 39, § 1, derde lid, en 101, vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, niets afdoen aan het vereiste dat het om veranderlijk loon moet gaan waarop de werknemer in beginsel nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag, en de enkele omstandigheid dat het veranderlijk loon behoort tot het veranderlijk loon van de twaalf voorafgaande maanden in de zin van de voornoemde bepalingen zonder dat is vastgesteld dat de werknemer op dat loon nog (een zeker en vaststaand) recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, niet volstaat om dat veranderlijk loon als lopend loon in aanmerking te nemen voor de berekening

van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding, schendt het arbeidshof tevens die bepalingen door op het motief dat “*artikel 39 § 2 [lees: § 1] derde lid*” van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijk gedeelte het gemiddelde wordt genomen van twaalf voorafgaande maanden of in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was, en zonder vast te stellen dat de verweerder nog (een zeker en vaststaand) recht had op het commissie-loon, te beslissen dat (voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding) wel degelijk rekening dient gehouden te worden met die commissie die verschuldigd is over het Bellucciproject.

Na vastgesteld te hebben dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen recht meer* kon doen gelden op betaling van de commissie op het Bellucciproject (vermits dit afgesloten was) en zonder vast te stellen dat de verweerder op andere commissielonen een zeker en vaststaand (en dus niet louter een eventueel of mogelijk) recht had op dat ogenblik, en aldus niet vast te stellen dat de verweerder nog op enig (veranderlijk) commissieloon een zeker en vaststaand recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, schendt het arbeidshof, door te beslissen dat voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding wel degelijk rekening dient gehouden te worden met de commissie die verschuldigd is over het Bellucciproject, op het motief dat “*artikel 39 § 2 [lees: § 1] derde lid*” van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijk gedeelte het gemiddelde wordt genomen van twaalf voorafgaande maanden of in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was,

- de artikelen 39, § 1, eerste en tweede lid, en 101, derde en vijfde lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, op grond waarvan het veranderlijk (commissie)loon slechts als lopend loon in aanmerking kan worden genomen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding indien de werknemer op dat voordeel nog een (zeker en vaststaand) recht (en dus geen louter eventueel of mogelijk recht) kon doen gelden op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag;
- de artikelen 39, § 1, derde lid, en 101, vierde lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, die niets afdoen aan het voornoemde

vereiste dat het om veranderlijk loon moet gaan waarop de werknemer in beginsel nog (een zeker en vaststaand) recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag.

### *Conclusie*

Het arbeidshof beslist in het bestreden arrest van 22 juni 2018 niet wettig dat de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding dienen berekend te worden met inachtneming van het bedrag van de achterstallige commissie en veroordeelt aldus de eiseres niet wettig tot betaling aan de verweerder van een bedrag van 172.399,22 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding en een bedrag van 76.096,80 euro als aanvullende uitwinningsvergoeding, deze brutobedragen vermeerderd met de wettelijke interest vanaf hun datum van eisbaarheid en met de gerechtelijke interest vanaf 20 november 2014 (schending van de artikelen 39, inzonderheid §1, eerste, tweede en derde lid, en 101, inzonderheid derde, vierde en vijfde lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten).

### TOELICHTING

#### *1. Met betrekking tot het eerste onderdeel*

1.1. De gemeenrechtelijke bewijslastverdeling wordt geregeld in de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek. Krachtens artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek moet hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, het bestaan daarvan bewijzen, terwijl, omgekeerd, hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs moet leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht. Artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt dat iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert, houdt slechts een veralgemening in van de regel die is neergelegd in artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek (zie Cass. 10 december 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 504). De artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek zijn de uitdrukking van de adagia "*actori probatio incubit*" (de

eiser draagt de bewijslast) en “*reus in excipiendo fit actor*” (de bewijslast van de exceptie opgeworpen door de verweerder, die beweert bevrijd te zijn van zijn verbintenis, rust op hem).

Uw Hof besliste al herhaaldelijk dat de verweerder die de aanspraken van de eiser betwist en die dus stelt dat de eiser niet het bewijs levert van de gegrondheid van zijn vordering, daardoor niet de hoedanigheid krijgt van “eiser op exceptie” en bijgevolg de eiser de bewijslast blijft dragen van zijn betwiste beweringen (o.m. Cass. 8 oktober 1964, *Pas.* 1965, I, 130; Cass. 9 oktober 1970, *Arr. Cass.* 1970, 131).

Uit een arrest van uw Hof van 27 februari 1958 (Cass. 27 februari 1958, *R.C.J.B.* 1959, 42, (noot J. KIRKPATRICK, “L’article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs”) kan worden afgeleid dat, indien het leveren van het bewijs van het negatief feit werkelijk onmogelijk is, de rechter de wederpartij kan verplichten het positief bewijs te leveren van het tegengestelde positief feit (zie D. MOUGENOT, *Droits des obligations. La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 87, nr. 25 en de aldaar vermelde rechtsleer; zie ook Cass. 20 maart 1947, *Pas.* 1947, I, 121). In dit verband verwijst de eiseres ook naar een arrest van uw Hof van 25 juni 2015 (C.14.0382.F, [www.cass.be](http://www.cass.be)), dat betrekking heeft op de vraag naar de bewijslast bij miskenning van de op de advocaat rustende informatieplicht. Waar uw Hof in vroegere rechtspraak oordeelde dat de patiënt die aanvoert dat de arts niet aan zijn informatieplicht heeft voldaan, en dat hij daardoor schade heeft geleden, het bewijs daarvan dient te leveren en dat de rechter weliswaar vermog te oordelen dat een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden geleverd, maar niet vermog de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief feit op te leggen (Cass. 16 december 2004, C.03.0407.N, [www.cass.be](http://www.cass.be)), oordeelt het in het voornoemde arrest van 25 juni 2015 evenwel:

*“Het arrest stelt vast dat “meester d’Ath [...] de raadsman is geweest [van de verweerder] van 23 oktober 2003 tot 19 juni 2006”, dat “meester d’Ath, bij brief van 19 juni 2006, een kosten- en honorariumsaldo van 4.533,15 euro gevraagd heeft”, dat “[de verweerder] de kosten- en honorariumstaat betwist”, dat “meester d’Ath voor de rechter de veroordeling [van de verweerder] tot betaling van 6.451,43 euro vorderde”, dat “[de verweerder] de terugbetaling vorderde van de door meester d’Ath ontvangen onderhouds-uitkeringen”, dat “volgens het advies van de raad van de Orde van 16 juni 2009, de kosten- en honorariumstaat van meester d’Ath de grenzen van*



*een billijke gematigdheid overschrijdt voor wat meer bedraagt dan 1.367,43 euro", dat "de raad van de Orde heeft [...] overwogen, overeenkomstig artikel 1 van het reglement van de Ordre des barreaux franco-phones et germanophone van 15 oktober 2001 et 26 juni 2003 betreffende de informatieplicht en het beroepsgeheim in juridische aangelegenheden - dat in werking is getreden op 1 januari 2004 -, dat, 'wanneer de advocaat vaststelt dat een cliënt rechtsbijstand of juridische bijstand kan genieten, hij hem dat moet melden'" en dat "meester d'Ath in hoger beroep het hof [van beroep] verzoekt zijn oorspronkelijke vordering gegrond te verklaren en [verweerders] tegenvordering af te wijzen".*

*Het arrest wijst erop dat "meester d'Ath beweert dat hij, reeds bij het eerste consult op 23 oktober 2003, [de verweerder] gezegd heeft dat hij recht had op rechtsbijstand" en dat "hij preciseert dat het niet nodig was [de verweerder] te 'herverwittigen' op 1 januari 2004, datum van inwerkingtreding van artikel 1 van [voornoemd] reglement van 15 oktober 2001 en 26 juni 2003". Aangezien uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat de advocaat dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om zijn cliënt in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie hem niet werd gegeven, schendt het arrest de in het middel vermelde wetsbepalingen niet wanneer het beslist "dat meester d'Ath, die beweert zijn cliënt te hebben ingelicht, het bewijs dient te leveren van het feit dat hij aanvoert".*

(onderstreeping toegevoegd)

Waar vroeger in de rechtspraak van uw Hof werd aangenomen dat de cliënt/patiënt het bewijs dient te leveren van het niet-naleven van de (op de advocaat en dokter rustende) informatieplicht en aldus de last van het bewijs van *het negatieve feit* van het niet-naleven van de informatieplicht *op de cliënt/patiënt* rust, komt het thans volgens het arrest van uw Hof van 25 juni 2015 aan de advocaat/dokter toe te bewijzen dat hij zijn informatieplicht heeft nageleefd en rust aldus de last van het bewijs van *het positieve feit* van het naleven van de informatieplicht *op de advocaat/dokter*. Uit dat arrest van uw Hof kan tevens worden afgeleid dat wanneer het bewijs van het negatieve feit werkelijk onmogelijk is, de wederpartij het tegengestelde positieve feit dient te bewijzen.

1.2. Na overwogen te hebben dat met toepassing van artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek iedere partij het bewijs dient te leveren van de feiten die zij aanvoert,

overweegt het arbeidshof dat, indien de eiseres bijgevolg aanvoert dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen* recht meer had op veranderlijke wedde, zij hiervan het bewijs dient te leveren (p. 12, nr. 30, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017). Het arbeidshof verplicht de eiseres te bewijzen dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *niet* werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren (zie p. 12, nr. 31, tweede alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017). Het arbeidshof legt aldus aan de eiseres (werkgever) op het negatief bewijs te leveren van het negatief feit dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen* recht meer had op veranderlijke wedde en dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *niet* werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren.

Het komt op grond van de artikelen 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 1315 van het Burgerlijk Wetboek (en 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet (op grond waarvan de opzeggingsvergoeding bepaald wordt met inachtneming van het lopend loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst en waarbij met de term “lopend” wordt bedoeld dat de opzeggingsvergoeding moet worden berekend met inachtneming van het loon en de vermelde voordelen waarop de werknemer aanspraak (recht) heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag)) aan de werknemer, die aanvoert dat een bepaald (veranderlijk) loonvoordeel als lopend loon of als (lopend) voordeel verworven krachtens de arbeidsovereenkomst in aanmerking komt (en dus dat hij op dat voordeel nog recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag) voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en op grond daarvan een aanvullende opzeggingsvergoeding vordert, toe zelf (positief) te bewijzen dat sprake is van lopend loon (of (lopend) voordeel verworven krachtens de overeenkomst) en dus dat hij op dat voordeel (nog) recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag. Met verwijzing naar het hierboven aangehaalde arrest van uw Hof van 25 juni 2015 (C.14.0382.F, [www.cass.be](http://www.cass.be)), wordt in het eerste onderdeel van het tweede middel aangevoerd dat uit de regels betreffende de bewijslast zoals neergelegd in de artikelen 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 1315 van het Burgerlijk Wetboek volgt dat de werknemer positief dient te bewijzen dat hij (nog) recht had op (de toekenning van) het (veranderlijk) loon op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, en niet dat de werkgever het negatieve feit dient te bewijzen dat de werknemer geen recht (meer) had op (de toekenning van) het (veranderlijk) loon op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, mede gelet op de moeilijkheid (of zelfs onmogelijkheid) dat negatief bewijs te leveren. Het arbeidshof verplicht aldus

niet wettig de eiseres het negatief bewijs te leveren van het negatieve feit dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen* recht meer had op veranderlijke wedde en dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *niet* werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren. Het arbeidshof doet de bewijslast niet wettig op de eiseres (werkgever) rusten, mede gelet op de omstandigheid dat het bewijs van het voornoemde negatief feit (dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *niet* werkte aan andere zaken die hem mogelijk commissieloon konden opleveren) nagenoeg onmogelijk is.

1.3. Volledigheidshalve merkt de eiseres op dat het eerste onderdeel van het tweede middel niet als nieuw onontvankelijk kan worden verklaard, aangezien het gericht is tegen een eigen grond van het beschikkend gedeelte van het bestreden arrest van 13 oktober 2017 van het arbeidshof. Het is inderdaad het arbeidshof dat het in dat arrest voor het eerst in de procedure heeft over de vraag op wie de bewijslast rust. Dat onderdeel kan aldus wel voor het eerst voor uw Hof worden aangevoerd.

## *2. Met betrekking tot het tweede onderdeel*

2.1. Op grond van artikel 39, § 1, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet behelst de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopend loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst. Krachtens artikel 101, vijfde lid, van diezelfde wet behelst ook de uitwinningsvergoeding niet alleen het lopende loon maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst.

Het lopend loon is het loon waarop de werknemer *recht* had op het ogenblik van de beëindiging van de overeenkomst, dat wil zeggen het loon waarop de werknemer recht had op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag zonder opzegging (zie Cass. 3 februari 2003, *R.W.* 2003-2004, 499, noot G. VAN LIMBERGHEN; Cass. 16 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1306), of, indien een te korte opzeggingstermijn werd in acht genomen, op het moment van de kennisgeving van de opzegging (Cass. 18 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1389; Cass. 6 maart 2000, *Arr. Cass.* 2000, 519; Cass. 6 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 318, concl. adv.-gen. H. LENAERTS).

Uw Hof besliste reeds herhaaldelijk dat premies waarop de werknemer op het ogenblik van het ontslag geen recht meer heeft, niet in de berekening van de opzeggingsvergoeding moeten worden begrepen. Aldus besliste uw Hof in een arrest van 3 februari 2003 dat de feitenrechter wettig besliste dat een achterstallige bonus 1996, betaald in maart 1997 en betrekking hebbend op de periode die voorafging aan de laatste twaalf maanden die aan het ontslag (gesitueerd op 1 juli 1997) voorafgingen, en de "long term service recognition plan-bonus", zijnde een eenmalige en uitzonderlijke bonus in de vorm van aandelen die, benevens aan de werknemer-eiser, aan een aantal andere kaderleden werden toegekend naar aanleiding van en ter bevordering van de overname, geen bedragen zijn waarop de werknemer-eiser op het tijdstip van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst nog recht had en aldus niet in aanmerking dienen te worden genomen voor de bepaling van de opzeggingstermijn en de berekening van de opzeggingsvergoeding (Cass. 3 februari 2003, R.W. 2003-04, 499, noot G. VAN LIMBERGHEN). Uw Hof overwoog meer bepaald dat

- de opzeggingsvergoeding krachtens artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaald wordt met inachtneming van het lopend loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst;
- deze wetsbepaling met de term "lopend" bedoelt 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;
- ook het jaarloon dat in aanmerking dient te worden genomen voor het bepalen van de opzeggingstermijn met toepassing van artikel 82, § 2 en § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet het loon betreft waarop de bediende recht heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag;
- artikel 131, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet weliswaar bepaalt dat voor de toepassing van artikel 82 de commissielonen en veranderlijke verdiensten berekend worden naar het loon van de voorafgaande twaalf maanden, maar dit niets afdoet aan de vereiste dat het om loon moet gaan waarop de bediende in beginsel nog recht op heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag.

Uw Hof vervolgde:

*“Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser op het einde van de arbeidsovereenkomst, zijnde 1 juli 1997, recht had op een variabel loon dat als bonus werd betiteld en op grond hiervan de "gewone bonus 1997" in aanmerking neemt voor de berekening van de opzeggingsvergoeding;*

*Overwegende dat het arrest oordeelt dat de "achterstallige bonus 1996", betaald in maart 1997 en betrekking hebbend op "de periode die voorafging aan de laatste twaalf maanden die aan het ontslag voorafgingen" en de "long term service recognition plan"-bonus, zijnde een eenmalige en uitzonderlijke bonus onder de vorm van aandelen die, benevens aan eiser, aan een aantal andere kaderleden werden "toegekend naar aanleiding van en ter bevordering van de overname door de groep Tomkins Plc", geen bedragen zijn waarop eiser op het tijdstip van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst nog recht had;*

*Overwegende dat het arrest, door op grond hiervan de twee laatstvermelde bonussen niet in aanmerking te nemen voor de bepaling van de aan eiser toekomende opzeggingstermijn en de berekening van de verschuldigde opzeggingsvergoeding, de aangewezen wetsbepalingen niet schendt."*

In een arrest van 18 september 2000 (*Arr. Cass. 2000, 1389*) besliste uw Hof dat uit de weigering van de toekenning van een aanmoedigingspremie voor de prestaties van 1995 in februari 1996, volgt dat die aanmoedigingspremie op het ogenblik van het ontslag op 15 april 1996 niet tot het lopend loon behoorde. Ook in een arrest van 14 november 1994 (*J.T.T. 1995, 351*, noot C. WANTIEZ en B. NYSSSEN) oordeelde uw Hof dat de feitenrechter die vaststelt dat de voordelen in december 1990 voor het jaar 1991 werden herroepen en dus niet waren begrepen in het loon voor februari 1991, maand waarin het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging viel, wettig beslist dat zij moeten worden uitgesloten bij de berekening van de aanvullende opzeggingsvergoeding. Volgens uw Hof mogen de voordelen die werden toegekend in het jaar voorafgaand aan het ontslag maar die op het ogenblik van het ontslag geen deel uitmaken van het "loon" van de maand waarin het ontslag werd gegeven, niet meegerekend worden bij de bepaling van de opzeggingsvergoeding. Het volstaat m.a.w. niet dat het voordeel werd toegekend in het jaar voorafgaand aan het ontslag: het recht op het voordeel moet nog bestaan op het ogenblik van het ontslag.

De primordiale voorwaarde om een bonus of premie al dan niet in de berekening van de opzeggingsvergoeding (en de uitwinningsvergoeding) te betrekken, is dus dat de werknemer *op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag in beginsel nog recht heeft op die premie of bonus* (*Cass. 3 februari 2003, R.W. 2003-04, 499*, noot G. VAN LIMBERGHEN; zie ook *Cass. 18 september 2000, Arr. Cass. 2000, 1389*; *Cass. 14 november 1994, Arr. Cass. 1994, 959*). Loon waarop de werknemer op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag *geen recht meer heeft*,

komt aldus niet in aanmerking (M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 986, nr. 621).

Artikel 39, § 1, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt met betrekking tot de opzeggingsvergoeding weliswaar dat wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de overeenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijke gedeelte het gemiddelde wordt genomen van de twaalf voorafgaande maanden of, in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was, en artikel 101, vierde lid, van diezelfde wet bepaalt met betrekking tot de uitwinningsvergoeding weliswaar dat wanneer het loon van de handelsvertegenwoordiger geheel of gedeeltelijk uit commissieloon bestaat, dit laatste berekend wordt op grond van het maandelijks gemiddelde van het commissieloon, verdiend gedurende de twaalf maanden die aan de beëindiging van de overeenkomst voorafgaan, maar die bepalingen doen niets af aan het vereiste dat het om (veranderlijk) loon moet gaan waarop de werknemer in beginsel nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag (zie ook vroeger m.b.t. artikel 131 Arbeidsovereenkomstenwet: Cass. 3 februari 2003, *R.W.* 2003-04, 499, noot G. VAN LIMBERGHEN, zoals hierboven al besproken). Die bepalingen bepalen enkel hoe de veranderlijke vergoeding *waarop de werknemer recht heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag* (en die dus behoort tot het "lopend" loon), dient *in rekening te worden gebracht* voor de berekening van de opzeggings- en uitwinningsvergoeding. Er kan met andere woorden slechts toepassing gemaakt worden van (de in) artikel 39, § 1, derde lid, en artikel 101, vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet (bepaalde berekeningsmethode) indien de werknemer op het (veranderlijk) loonvoordeel nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag en dus sprake is van (nog) "lopend" loon.

2.2. Aangezien een (veranderlijk) loonvoordeel waarop de werknemer *geen recht meer* heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag, *geen lopend* loon uitmaakt in de zin van de artikelen 39 en 101 van de Arbeidsovereenkomstenwet en dus niet in aanmerking dient te worden genomen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding, schendt het arbeidshof de voornoemde bepalingen door, na vastgesteld te hebben dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag *geen recht meer* kon doen gelden op

betaling van de commissie op het Bellucci project (vermits dit afgesloten was) (p. 12, nr. 31, tweede alinea, enige zin, eerste zinsdeel, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017), te oordelen dat (voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding) wel degelijk rekening dient gehouden te worden met die commissie verschuldigd over het Bellucci project (p. 12, nr. 32, eerste alinea, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017). Het arbeidshof neemt aldus voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding het veranderlijk loon in aanmerking hoewel het zelf aangeeft dat de verweerder daarop geen recht meer kon doen gelden op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag. Het arbeidshof neemt aldus onwettig een loonvoordeel in aanmerking waarop de werknemer geen recht meer had op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag.

Het arbeidshof geeft ook nog aan dat de eiseres niet het bewijs levert dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag niet werkte aan andere zaken die hem *mogelijk* commissieloon *konden* opleveren (p. 12, nr. 31, tweede alinea, enige zin, tweede zinsdeel, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017). Het arbeidshof neemt aldus aan dat het niet uitgesloten is dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag werkte aan andere zaken die hem *mogelijk* commissieloon *konden* opleveren. Uit het gebruik van de woorden “mogelijk” en “konden” kan worden afgeleid dat het arbeidshof ervan uitgaat dat een eventueel of mogelijk recht op commissieloon volstaat om dat veranderlijk loon als lopend loon in aanmerking te nemen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding. Het als lopend loon voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding in aanmerking nemen van een (veranderlijk) loonvoordeel vereist evenwel dat de werknemer op dat voordeel een zeker en vaststaand recht en dus geen louter eventueel of mogelijk recht kon doen gelden op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag. Het arbeidshof geeft enkel aan dat een mogelijk of eventueel recht bestond op het commissieloon en dus niet dat daarop een zeker en vaststaand recht bestond op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag, zodat het niet wettig dat commissieloon in aanmerking kan nemen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding.

Het arbeidshof oordeelt ook dat wel degelijk rekening dient gehouden te worden met de commissie die verschuldigd is over het Bellucciproject aangezien “artikel 39 § 2 derde lid” van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijk gedeelte het gemiddelde wordt genomen van twaalf voorafgaande maanden of in voorkomend geval, het

gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was (p. 12-13, nr. 32, van het bestreden arrest van 13 oktober 2017). De eiseres merkt vooreerst op dat het arbeidshof hier per vergissing verwijst naar het derde lid van de tweede paragraaf van artikel 39 in plaats van naar het derde lid van de eerste paragraaf van dat artikel. Aangezien artikel 39, § 1, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, volgens welk wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de overeenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijke gedeelte het gemiddelde wordt genomen van de twaalf voorafgaande maanden of, in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was, en artikel 101, vierde lid, van diezelfde wet, volgens welk wanneer het loon van de handelsvertegenwoordiger geheel of gedeeltelijk uit commissieloon bestaat, dit laatste berekend wordt op grond van het maandelijks gemiddelde van het commissieloon, verdiend gedurende de twaalf maanden die aan de beëindiging van de overeenkomst voorafgaan, niets afdoen aan het vereiste dat het om veranderlijk loon moet gaan waarop de werknemer in beginsel nog recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van het ontslag, en de enkele omstandigheid dat het veranderlijk loon behoort tot het veranderlijk loon van de twaalf voorafgaande maanden in de zin van de voornoemde bepalingen, en het dus zonder dat vaststaat dat de werknemer op dat loon nog (een zeker en vaststaand) recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, niet volstaat om dat veranderlijk loon als lopend loon in aanmerking te nemen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding, schendt het arbeidshof tevens die bepalingen door op de grond dat "*artikel 39 § 2 [lees: § 1] derde lid*" van de Arbeidsovereenkomstenwet immers bepaalt dat wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, voor het veranderlijk gedeelte het gemiddelde wordt genomen van twaalf voorafgaande maanden of in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was, en zonder vast te stellen dat de verweerder nog (een zeker een vaststaand) recht had op het commissieloon, te beslissen dat (voor de berekening van de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding) wel degelijk rekening dient gehouden te worden met die commissie die verschuldigd is over het Bellucci project.

Zoals reeds gezegd, neemt het arbeidshof aan dat de verweerder op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag geen recht meer kon doen gelden op (betaling van) de commissie op het Bellucci project, en gaat het ervan uit dat op andere commissielonen slechts een eventueel of mogelijk recht bestond op datzelfde



ogenblik. Het arbeidshof geeft met zijn vaststellingen dus niet aan dat de verweerder nog op enig commissieloon (veranderlijk loon) een zeker en vaststaand recht had op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag, zodat het niet wettig oordeelt dat de opzeggingsvergoeding en de uitwinningsvergoeding dienen berekend te worden met inachtneming van (het bedrag van) de achterstallige commissie.

### **OM DEZE REDENEN**

Concludeert de eiseres dat het uw Hof behage

- de bestreden beslissingen te vernietigen,
- de zaak en de partijen te verwijzen naar een ander arbeidshof,
- uitspraak te doen over de kosten als naar recht.

Gent, 6 november 2018

Voor de eiseres,

Willy van Eeckhoutte,  
advocaat bij het Hof van Cassatie.

### **Stukken die ter inlichting bij dit verzoekschrift worden gevoegd**

1. eensluidend verklaard afschrift van het algemene bonusplan met als titel “*FY14 ES Sales Compensation Sales Incentive Plan brochure*”, dat door de eiseres als stuk 4 aan het arbeidshof te Brussel werd voorgelegd