

Rep.Nr.

2010/33

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 5 JANUARI 2010.

3DE KAMER

Bediendecontract
Op tegenspraak
Definitief

In de zaak:

W M , wonende te

Appellante, vertegenwoordigd door
Mevr. S. KNOOPS, syndikaal afgevaardigde en volmachtdraagster te Leuven.

Tegen:

N.V. ETABLISSEMENTS FERNAND DEVRESSE,
met maatschappelijke zetel gevestigd
te 7866 LESSINES, Chaussée Victor
Lampe 50.

Geïntimeerde, vertegenwoordigd door
Mr. W. BOUCIQUE, advocaat te BRUSSEL.

★

★

★

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit :

Gelet op de stukken van de rechtspleging, meer bepaald :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het vonnis gewezen op tegenspraak door de Arbeidsrechtbank van Leuven op 13 november 2008;
- het verzoekschrift in hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 30 december 2008.

Gelet op de door partijen neergelegde besluiten, synthesebesluiten en stukken.

Gehoord de partijen in hun middelen en verdediging ter openbare terechtzitting van 8 december 2009 waarna de debatten gesloten werden en de zaak in beraad werd genomen.

★

★

★

FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Mevrouw W kwam op 13 december 1999 in dienst van de N.V. Ets. Devresse als voltijdse winkelbediende - verkoopster met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Op 1 augustus 2001 ondertekenden de partijen een addendum aan deze arbeidsovereenkomst, waardoor mevrouw W de functie bekam van Kandidaat Adjunct Shop Manager, die na een evaluatieperiode van 12 maanden overging in de functie van Adjunct Shop Manager.

Met ingang van 1 februari 2005 hernam ze haar vroegere functie van winkelbediende, maar dan deeltijds.

2. Op 7 augustus 2006 nam de arbeidsovereenkomst van mevrouw W een einde wegens overmacht omwille van definitieve arbeidsongeschiktheid.

Er ontwikkelde zich vervolgens een schriftelijke discussie tussen de werkgever en de vakorganisatie van mevrouw W over haar aanspraak op overloon voor de periode dat ze als (kandidaat) Adjunct Shop

Manager gewerkt had, omdat ze dan volgens de openingsuren van de winkel 40 uur per week diende ter beschikking te zijn, terwijl de wekelijkse arbeidsduur vastgesteld was op 36 uur.

Deze discussie hield verband met de vraag of mevrouw W een leidinggevende of vertrouwensfunctie uitoefende in de zin van het KB van 10 februari 1965 en met het bewijs van de gevraagde overuren.

3. Partijen kwamen hierover niet tot overeenstemming en op 1 augustus 2007 dagvaardde mevrouw W de NV Ets. Fernand Devresse in betaling van :

- overloon van € 10.507,50 bruto of
664 u. x € 10,55 x 150%
- vakantiegeld hierop of € 1.611,85
- eindejaarspremie hierop of € 875,62

in ondergeschikte orde werd betaling gevraagd van het overloon aan 100%

in hoofdorde werden deze vordering ingesteld ex contractu, in ondergeschikte orde ex delicto, alle bedragen te vermeerderen met de wettelijke, gerechtelijke of vergoedende intresten en de kosten.

Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven van 13 november 2008 werd de vordering ex contractu verjaard verklaard voor de periode vóór 1 augustus 2002 en werd de vordering voor het overige ontvankelijk doch niet gegrond verklaard, met veroordeling van mevrouw W tot de gerechtskosten. De arbeidsrechtbank achtte de niet betaalde prestaties niet bewezen.

Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 30 december 2008, tekende mevrouw W hoger beroep aan tegen dit vonnis en hernam ze haar oorspronkelijke vordering, die ze in graad van hoger beroep ex delicto formuleerde.

★

★

★

BEOORDELING.

Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is derhalve ontvankelijk.

De vordering ex delicto.

1. Waar de niet-betaling van loon een misdrijf vormt ingevolge artikel 42 van de loonbeschermingwet, kan de werknemer een vordering tot herstel van de door dat misdrijf veroorzaakte schade instellen, ook al bestaat de vergoeding van de geleden schade in de betaling van het loon zelf; dergelijke rechtsvordering verjaart volgens de bij de voorafgaande titel Wetboek van Strafvordering bepaalde voorschriften (Cassatie, 23 oktober 2006, *JTT* 2007, 227, concl. LECLERCQ, J., noot; , *Pas.* 2006, 2112; , *RCJB* 2008, 157; , *Soc.Kron.* 2007, 270, noot REMOUCHAMPS, Sen Cassatie, 22 januari 2007, *JTT* 2007, 481, noot LAGASSE, F., PALUMBO, M; , *Pas.* 2007, 128; , *RCJB* 2008, 168, noot KEFER, F; , *Soc.Kron.* 2008, 443)

Ook de niet betaling van vakantiegeld wordt strafbaar gesteld door art 54 van de op 28 juni 1971 gecoördineerde vakantiewetten, de niet betaling van de eindejaarspremie is strafbaar op grond van art. 56 van de CAO-wet van 5 december 1968, daar de verplichting wordt opgelegd door de algemeen verbindend verklaarde CAO van 5 november 2002 (K.B. 22 juni 2003, B.S. 6 augustus 2003)

2. Onder voorbehoud van de hierna te onderzoeken grond van de vordering, betwist de N.V. Ets. Devresse het moreel bestanddeel van het ingeroepen misdrijf en houdt voor dat door het ontbreken van een misdrijf geen vordering ex delicto mogelijk is.

Bij de niet opzettelijke misdrijven, zoals de meeste sociaalrechtelijke misdrijven, bestaat het moreel bestanddeel uit de volwaardige wil van de dader om de materiële handeling of nalatigheid te stellen; wanneer de werkgever een rechtvaardigingsgrond inroept en wanneer deze bewering niet ontbloomt is van elk element van geloofwaardigheid, staat het aan degene die zich op dit misdrijf beroept, om de onjuistheid van deze rechtvaardigingsgrond aan te tonen (W. Rauws, *Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling*, in *Sociaal Strafrecht*, Maklu, 1998 p 73).

Rechtvaardigingsgronden zijn deze die elke fout in hoofde van de betrokkene uitsluiten, zoals overmacht, onoverwinnelijke dwaling, of een noodtoestand (J.F. Goffin, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Larcier, 2004, p 371).

In casu roept de N.V. Ets. Devresse geen enkele rechtvaardigingsgrond in; haar bewering dat ze niet

de bedoeling had om enig misdrijf te plegen en dat de werknemers in het verleden zich niet op de niet betaling van overuren beriepen, houdt geen rechtvaardigingsgrond in.

De onachtzaamheid of het gebrek aan voorzichtigheid volstaat voor de aanwezigheid van het moreel bestanddeel van het misdrijf.

3. Mevrouw W beroept zich op het bestaan van een voortgezet misdrijf om de volledige tijdsperiode tussen 1 augustus 2001 en 31 januari 2005 in aanmerking te kunnen nemen.

Wanneer er sprake is van een voortgezet misdrijf begint de verjaringstermijn van de strafvordering pas te lopen vanaf het laatste strafbaar feit dat met hetzelfde opzet werd gepleegd, voor zover de termijn tussen de verschillende strafbare feiten niet langer is dan de verjaringstermijn, behoudens schorsing of stuiting van de verjaring (A.De Nauw, *De verjaring van de rechtsvordering ex delicto in het sociaal recht*; in M. Rigaux, *Actuele problemement van het Arbeidsrecht* 4, Maklu 1994, 13).

Voor een voortgezet misdrijf is eenheid van opzet vereist.

Eenheid van opzet bestaat uit een bepaald doel of een plan waarvan de veelheid van misdrijven de uitvoering vormen, waardoor ze worden beschouwd als één enkel strafbaar feit, doordat ze voortvloeien uit éénzelfde misdadig opzet (Cassatie, 4 september 1974, JTT 1975, 251).

Het staat aan de feitenrechter te oordelen of verscheidene misdrijven wegens eenheid van opzet één enkel strafbaar feit uitmaken (Cassatie, 4 december 1989, R.W. 1989-1990, 1192).

Het regelmatig en aanhoudend verzuim van een werkgever om loon (hier overloon) te betalen is een voortgezet misdrijf (Arbeidshof Antwerpen, 2 maart 1981, JTT 1982, 34).

Hetzelfde geldt voor het vakantiegeld en de eindejaarspremie die voortvloeien uit deze achterstallen. De NV Ets Devresse nam immers voor gans de periode van het (kandidaat) Adjunct Shop Manager-schap dezelfde houding aan en hanteert voor heel deze periode hetzelfde standpunt.

Het hof aanvaardt dan ook de eenheid van opzet en het in aanmerking nemen van gans de periode tussen 1 augustus 2001 en 31 januari 2005.

Het materieel element van het misdrijf: overuren?

4. De vordering van mevrouw W steunt op artikel 29 van de arbeidswet van 16 maart 1971; dit artikel maakt deel uit van hoofdstuk III, afdeling 2 betreffende de arbeidsduur.

Volgens artikel 3 §3 van deze wet zijn de bepalingen van hoofdstuk III, afdeling 2 niet van toepassing op de door de Koning aangewezen werknemers die een leidende functie uitoefenen of een vertrouwenspost bekleden.

Deze functies werden aangeduid in het K.B. van 10 februari 1965; op grond van artikel 2, I, 1 van dit K.B. worden als personen die met een leidende functie of met een vertrouwenspost zijn bekleed, o.m. beschouwd:

... de personen die werkelijk gezag uitoefenen en die verantwoordelijkheid dragen voor de gehele onderneming of een belangrijke onderafdeling ervan.

De N.V.Ets. Devresse houdt voor dat de functie van mevrouw W onder deze omschrijving valt, zodat zij niet in aanmerking komt voor de uitbetaling van overloon.

Volgens de N.V. zou mevrouw W bekleed zijn met een leidende functie en aldus gezag, minstens een vertrouwensfunctie uitoefenen.

In artikel 2, I, 1 van het KB van 10 februari 1965 worden de personen die werkelijk gezag uitoefenen en verantwoordelijkheid dragen op één lijn gesteld met de directeurs en de onderdirecteurs; het is vrij duidelijk dat mevrouw W als adjunct shop manager niet een dergelijke graad van gezagsuitoefening had.

Verder duidt artikel 2, I, 4 van het KB de filiaalhouders aan als personen die met een leidende functie of met een vertrouwenspost zijn bekleed.

Uit de functieomschrijving volgt dat mevrouw W als adjunct direct afhankelijk van de winkelverantwoordelijke, waarmee de filiaalhouder of shop manager wordt bedoeld. Ze was dan ook geen filiaalhouder.

Uit de planning personeel van de winkel van mevrouw W kan afgeleid worden dat binnen een personeelsbestand van vijf personen enkel de twee deeltijdsen niet zouden belast zijn met een leidende functie of met een vertrouwenspost, indien de adjunct shop managers ook als dusdanig zouden worden beschouwd. Zeker in een keten wordt de organisatie van de winkel volledig bepaald door de overkoepelende structuur, zodat een uitbreiding van de leidinggevenden tot het niveau van een adjunct shop managers niet aanvaardbaar is.

Dit wordt ondersteund door het feit dat mevrouw W verlonnd werd in de categorie 2bis, wat volgens de functieclassificatie in de CAO van 5 november 2002 overeenkomt met de uitvoering van eenvoudige, weinig uiteenlopende, werkzaamheden waarvoor de verantwoordelijkheid door een rechtstreekse controle is beperkt en waarvoor slechts een kennis vereist is gelijkwaardig aan deze van middelbare studies van de lagere graad. (Voor een filiaalhouder is minstens een categorie 3 vereist)

Mevrouw W valt aldus niet onder artikel 2, I, 1 of 4 van het K.B. van 10 februari 1965, dat als uitzonderingsbepaling beperkend moet worden geïnterpreteerd (K. Rasschaert, *Kaderleden en overwerk*, Or. 2000, 2 met verwijzing naar Arbeidshof Brussel, 31 maart 1993, JTT 1994,2 291); de rechtspraak wijst er terecht op dat dit KB, gelet op de evolutie van de technologieën en de arbeidsorganisatie, verouderd is, maar bovengenoemde auteur voegt hieraan toe dat het tevens aan dringende herziening toe is, gelet op de Europese richtlijn nummer 93/104 van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, (PB, 13 december 1993, L. 307/18).

Inmiddels werd voormelde richtlijn na enkele bijkomende wijzigingen gecoördineerd tot Richtlijn 2003/88 van 4 november 2003 (PB 18 november 2003, L. 299).

In artikel 17 van zowel de oude als van de nieuwe richtlijn wordt het aan de lidstaten toegelaten om af te wijken van de bepalingen in verband met de arbeidstijd, wanneer het gaat om *leidinggevend personeel of andere personen met autonome beslissingsbevoegdheid*.

Waar de Nationale Arbeidsraad reeds voorstellen besproken heeft om het K.B. van 10 februari 1965 aan te

passen aan deze Europese regelgeving (K. Rasschaert, a.w., p. 4), is deze aanpassing tot op heden nog niet gebeurd, wat maakt dat in afwachting het K.B. richtlijnconform dient te worden geïnterpreteerd.

De omschrijving in het KB *personen die werkelijk gezag uitoefenen en die verantwoordelijkheid dragen voor de gehele onderneming of een belangrijke onderafdeling* ervan of de omschrijving *filiaalhouder* kan dan ook niet zover worden uitgebreid dat zij in deze zaak van toepassing zou zijn op een Adjunct Shop Manager.

Bewijs van de overuren

5. In de CAO van 9 juni 1999 van het paritair comité voor de grote kleinhandelszaken wordt de wekelijkse arbeidsduur vastgelegd op 36 uur.

Uit de eensluidende verklaringen van collega's, voorgebracht door mevrouw W volgt dat, wanneer op de uurroosters een kruisje werd gezet, dit overeenstemt met prestaties van 40 uur per week. In dat opzicht is de bevestigende verklaring van mevrouw C: V van belang, omdat ze mevrouw W opgevolgd is in dezelfde werksituatie, toen deze in tijdskrediet ging.

De identieke voorgedrukte verklaringen van de shop managers en van de heer S, voorgebracht door de NV, bevestigen enkel een verwachtingspatroon, waarvan niet duidelijk is in hoeverre het met de realiteit overeenstemt. Een adjunct shop manager stond bovendien in voor het openen en sluiten van de winkel, zodat ze de facto langer ter beschikking stond van de werkgever dan de tijd van de openingsuren. Het hof aanvaardt dan ook op basis van het kruisjes-systeem op de uurroosters een wekelijkse arbeidsduur van 40 uur.

Immers bij toepassing van artikel 19 van de arbeidswet wordt onder arbeidsduur verstaan : *de tijd gedurende welke het personeel ter beschikking is van de werkgever*. Hierover brengen de identieke voorgedrukte verklaringen van de shop managers en van de heer S geen opheldering.

Mevrouw W toont dan ook aan dat ze als adjunct shop manager 40 uur per week werkte, zodat ze rekeninghoudend met de vastgestelde wekelijkse arbeidsduur van 36 uur, wekelijks 4 overuren presteerde.

Becijfering

6. Terecht merkt de NV op dat mevrouw W haar overloon verkeerdelijk becijferd heeft op het baremaloon, zoals dat gold bij het einde van de tewerkstelling.

De becijfering van het overloon door de NV houdt rekening met de loonevolutie tussen 1 augustus 2001 en 31 januari 2005, maar ze moet worden toegepast op 4 uur per week of 664 uren, zodat de vordering gegrond is ten bedrage van € 9.481,92 of € 9,52 x 664 uur x 150%.

De vordering in verband met het achterstallig vakantiegeld is dan ook gegrond ten bedrage van € 9.481,92 x 15,34% = € 1.454,53.

Het saldo eindejaarspremie kan berekend worden op € 9.481,92/12 = € 790,61.

De berekening van het uurloon door de NV gebeurde op een gemiddelde basis, zodat dit gold voor het loon van de maand december. In artikel 5 van de CAO van 5 november 2002 wordt voorzien in een geproportioneerde eindejaarspremie voor de werknemers die geen volledig jaar tewerkgesteld waren.

Aangezien mevrouw W schadevergoeding vordert ex delicto, kunnen haar slechts vergoedende intresten worden toegekend vanaf de datum van de eerste ingebrekestelling, zijnde 31 oktober 2006.

De gerechtskosten

7. De gerechtskosten van het hoger beroep vallen in beginsel ten laste van de N.V., maar aangezien mevrouw W bijgestaan wordt door een afgevaardigde van een vakorganisatie, kan hij geen aanspraak maken op rechtsplegingsvergoedingen.

Ingevolge artikel 38 negende lid van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken worden in geschillen die onder de arbeidsgerechten ressorteren de kosten van vertaling niet mede begroot, omdat ze ten laste van de schatkist vallen.

De gerechtskosten van mevrouw W beperken zich dus tot de kosten van dagvaarding.

OM DEZE REDENEN :

Het Arbeidshof,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24;

Recht sprekend op tegenspraak;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, en in hierna bepaalde mate gegrond,

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

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

Veroordeelt de NV Ets. Fernand Devresse tot betaling van volgende schadevergoedingen aan mevrouw Weckx :

- wegens overloon : € 9.481,92
- wegens achterstallig vakantiegeld : € 1.454,53
- wegens saldo eindejaarspremie : € 790,61,

al deze bedragen te vermeerderen met de vergoedende intresten vanaf 31 oktober 2006 en de gerechtelijke intresten.

Wijst al het meergevorderde af;

Veroordeelt de NV Ets. Fernand Devresse tot betaling van de gerechtskosten van beide aanleggen, deze aan de zijde van mevrouw W. beperkt zijnde tot de dagvaardingskosten of € 195,34, en voor zover als nodig aan de zijde van de N.V. begroot op rechtsplegingsvergoedingen € 1.250;

Aldus gewezen door de 3^{de} kamer van het Arbeidshof te Brussel en ondertekend door :

De Heren :

L. LENAERTS : Raadsheer.

G. JACOBS : Raadsheer in sociale zaken
als werkgever,

G. TISSEN : Raadsheer in sociale zaken
als werknemer-bediende,

En bijgestaan door :

D. DE RAEDT : Griffier,

G. JACOBS,

G. TISSEN,

D. DE RAEDT,

L. LENAERTS.

De heer G. TISSEN die bij de debatten aanwezig was en aan de beraadslaging heeft deelgenomen, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen. Overeenkomstig art. 785 van het Ger. Wb. wordt het arrest ondertekend door de heren L. LENAERTS en G. JACOBS.

En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 3^{de} kamer van het Arbeidshof te Brussel op 5 januari 2010 door de heer L. LENAERTS, Raadsheer, bijgestaan door D. DE RAEDT, griffier,

D. DE RAEDT,

L. LENAERTS.

