

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 8 SEPTEMBER TWEEDUIZEND EN ZES.

DERDE KAMER

Bediendecontract
Tegensprekelijk
Definitief

In de zaak:

DE VLAAMSE GEMEENSCHAP; vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering, ten verzoeken van de Vlaamse Minister Van Cultuur, Jeugd, Sport en Brussel, met kabinet gevestigd te 1000 Brussel, Arenberggebouw, Arenbergstraat, 7,

Appellante, geïntimeerde op incidenteel hoger beroep, vertegenwoordigd door Mter A. Swinnen loco Mter W. Muls, advocaat te 1000 Brussel;

Tegen :

Mevrouw M S

Geïntimeerde, appellante op incidenteel hoger beroep, vertegenwoordigd door Mter Van den Bossche loco Mter W. Van Der Gucht, advocaat te 9000 Gent;

★

★ ★

Na beraadslaging, velt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest :

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid :

- het voor eensluidend verklaarde afschrift van het bestreden vonnis, op tegenspraak gewezen door de 2^{de} kamer van de Arbeidsrechtbank te Brussel in A.R. 24.152/00 op 30 juni 2003;

In ondergeschikte orde, slechts indien het Arbeidshof het bestaan van een arbeidsovereenkomst weerhoudt :

De vordering ex contractu van geïntimeerde onontvankelijk te verklaren ingevolge verjaring;

Daarnaast en wat betreft de vordering ex delicto te zeggen voor recht dat geen toepassing kan worden gemaakt van artikel 26 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering bij gebreke van bewijs van het materieel en moreel bestanddeel van enige sociaalrechterlijk misdrijf;

Dienvolgens vast te stellen dat de vordering van geïntimeerde integraal verjaard is;

Geïntimeerde te veroordelen tot de kosten, inclusief de rechtsplegingsvergoedingen van beide aanleggen;

In uiterst subsidiaire orde :

De vordering van geïntimeerde integraal ongegrond te verklaren;

Geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen, inclusief de rechtsplegingsvergoedingen;

1. Appellante stelt in hoofdorde dat de eerste Rechter ten onrechte geoordeeld heeft dat de samenwerking tussen partijen een arbeidsovereenkomst behelsde.

Tussen partijen werd nooit een overeenkomst opgesteld.

Mevrouw S ontving van appellante een vergoeding na facturatie van haar sporadische prestaties in het kader van de zelfstandige samenwerking als freelance-gids.

De interne nota's waarop de eerste Rechter zich steunt om te besluiten tot het bestaan van de arbeidsovereenkomst, brengen geen bewijs bij over deze specifieke situatie derwijze dat er ook geen rekening kan mee gehouden worden.

Overigens wordt aan deze interne nota's een interpretatie gegeven die niet strookt met de inhoud ervan.

Het al dan niet toepassen van de sociale zekerheidsregeling van werknemers en het verstrekken van fiscale fiches is evenmin determinerend om te beslissen dat men te doen heeft met een arbeidsovereenkomst.

Om tot een arbeidsovereenkomst te kunnen besluiten (in casu werd tussen partijen nooit een overeenkomst geredigeerd), moet er arbeid verricht worden tegen betaling van loon : geïntimeerde leverde echter enkel prestaties als zelfstandige freelance-gids; prestaties die zij factureerde aan een conventioneel bepaald forfaitair tarief per rondleiding.

Geïntimeerde heeft ook op geen enkele wijze het bestaan van een band van ondergeschiktheid bewezen, wat zij ook niet kan daar deze in realiteit totaal afwezig was.

Geïntimeerde leverde slechts sporadisch en volledig naar eigen goeddunken prestaties voor het K.M.S.K.A. Zij was/is tewerkgesteld in het onderwijs en wenste als zelfstandig "losse medewerker" af en toe wanneer dit haar paste een centje bij te verdienen met haar hobby, zonder meer.

Geïntimeerde was tot geen enkele prestatie, noch toekomstige prestatie, gehouden, wel integendeel. Zij weigerde naar eigen goeddunken.

Betrokkene bepaalde ook volledig vrij op welke wijze zij als gids de rondleidingen "invulde", m.a.w. welke inhoud zij daaraan gaf en bepaalde dus de uitvoering/invulling van de prestatie zonder enige tussenkomst van het K.M.S.K.A.

Het K.M.S.K.A. oefende met andere woorden geen gezag en geen toezicht uit, en gaf evenmin leiding aan de zelfstandige gids.

De gids kreeg desgewenst een aantal modelrondleidingen ter beschikking, doch was volledig vrij deze al of niet te volgen, wat geïntimeerde evenmin betwist.

Ook de aanwezigheid op enkele werkvergaderingen – die werden georganiseerd ten behoeve van de geïnteresseerde zelfstandige gidsen – was hoegenaamd geen verplichting, wel integendeel, de gidsen beslisten zelf of zij hier al dan niet aanwezig wensten te zijn; in voorkomend geval ontvingen zij voor deze prestatie een vergoeding.

Er werden m.a.w. geen richtlijnen opgelegd aan de gids.

Hangende de samenwerking heeft geïntimeerde ook op geen enkel ogenblik aanspraak gemaakt op het statuut van werknemer, integendeel.

Vanaf 1978 verzorgde geïntimeerde zo nu en dan rondleidingen voorzover dit haar paste en zij genoot van de prerogatieven van zelfstandig losse medewerker.

Gedurende al die jaren ontving betrokkene zonder enig voorbehoud de vergoedingen, in onderling akkoord tussen partijen bepaald, na facturatie van haar prestaties.

Pas vanaf 1982 is appellante hierop ingevolge een akkoord met de R.S.Z. sociale zekerheidsbijdragen gaan inhouden, wat in de periode 1978-1982 niet geschiedde.

zelfstandig is ieder natuurlijk persoon die in België een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of een statuut verbonden is.

Artikelen 2 en 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 omschrijven de arbeidsovereenkomst als een overeenkomst waarbij de werknemer zich verbindt tegen loon, onder gezag van een werkgever hetzij handarbeid, hetzij hoofdarbeid te verrichten.

De essentiële bestanddelen van een arbeidsovereenkomst zijn derhalve het loon, de overeengekomen arbeid en het gezag.

De ondergeschiktheid van de ene partij ten opzichte van de andere is het essentiële element om een werknemer te kunnen onderscheiden van een zelfstandige.

De kenmerkende gezagsverhouding van een arbeidsovereenkomst bestaat zodra iemand in feite gezag kan hebben over andermans handelingen, de juridische mogelijkheid moet bestaan, het is niet vereist dat de werkgever het gezag daadwerkelijk aanwendt (ENGELS, C., Het ondergeschikt verband naar Belgisch Arbeidsrecht, Brussel, Die Keure, 1989, 106).

Het feit dat iemand een zekere vrijheid behoudt in de uitoefening van zijn activiteit sluit de band van ondergeschiktheid niet uit.

De ondergeschiktheid veronderstelt evenmin dat de werkgever verplicht is om op een constante wijze arbeid te verschaffen en dat de werknemer elk hem door de werkgever aangeboden werk moet aanvaarden (Cassatie, 9 januari 1995, J.T.T. 1995, 93).

Het gezag moet praktisch tot uiting komen doordat de werkgever het werk regelt onder meer inzake de plaats, de tijd of de methode (zie ook Arbeidshof Gent, 17 november 1995, R.W. 1996-1997, 133).

Het is de rechter die op grond van het geheel van de voorliggende feitelijke elementen dient uit te maken of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Wanneer partijen hun overeenkomst gekwalificeerd hebben, mag de rechter die kwalificering niet wijzigen indien de elementen die onderworpen worden aan de beoordeling, de conventionele kwalificeringen niet uitsluiten (Cassatie, 23 december 2002, J.T.T. 2003, 271; Cassatie, 28 april 2003, J.T.T. 2004, 261).

Wanneer partijen hun overeenkomst gekwalificeerd hebben als een overeenkomst van zelfstandige samenwerking en bij ontstentenis van een tegen deze kwalificatie ingaand wettelijk vermoeden, is het bewijs van een gezagsrelatie niet geleverd wanneer de door de rechter vastgestelde feiten evenzeer wijzen op de uitvoering van zelfstandige arbeid en daarmee niet onverenigbaar zijn (Cassatie, 3 mei 2004, rol nr. S.030 108N, www.cass.be).

Concreet dient dus te worden nagegaan of en hoe partijen hun samenwerking hebben gekwalificeerd.

Partijen hebben van hun samenwerking geen geschreven overeenkomst opgesteld.

Sinds 1982 tot aan het ontslag of gedurende 18 jaar betaalt appellante R.S.Z.-bijdragen voor de tewerkstelling van Mevrouw S

Appellante hield ook de R.S.Z.-bijdragen in op haar loon, alsook de bedrijfsvoorheffing.

Appellante leverde aan Mevrouw S loonfiches 281.10 af (stukken 5 geïntimeerde) waarop zijzelf als werkgever van Mevrouw S vermeld staat.

Ook uit volgende stukken blijkt dat appellante zelf uitdrukkelijk te kennen gaf dat zij zich als werkgever beschouwde van haar educatieve medewerkers en dat deze met haar verbonden waren door een mondeling arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur :

In een nota dd. 25 november 1994 stelde de directeur-generaal van de Administratieve Ambtenarenzaken bij het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap het volgende (stuk 1, blz. 3 bundel Smets) :

“ Uit telefonische contacten met het K.M.S.K.A. blijkt dat de gidsen op dit ogenblik zonder een geschreven arbeidsovereenkomst worden aangeworven in functie van de vraag naar rondleidingen in het museum. Dit betekent dat de arbeidsduur niet op voorhand is bepaald en de gidsen zich moeten aanbieden wanneer er rondleidingen zijn, m.a.w. wanneer het K.M.S.K.A. er om verzoekt.

Vermits overeenkomstig de artikelen 9 en 11bis van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten elke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en deeltijdse arbeid schriftelijk moet worden vastgesteld, uiterlijk op het tijdstip waarop hij in dienst treedt, dient deze tewerkstelling als een arbeidsovereenkomst voor voltijdse arbeid en onbepaalde duur worden beschouwd.

*...
De hierboven opgesomde gevolgen gelden onverminderd voor het K.M.S.K.A. Dit betekent m.a.w. dat de mondelinge overeenkomsten tussen de gidsen en het K.M.S.K.A. bij een geschil door de arbeidsrechtbank als een voltijdse arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur zullen beschouwd worden zonder dat het K.M.S.K.A. hiervan het tegenbewijs mag leveren “.*

In een nota van 16 maart 2000 stelde de adjunct van de directeur bij de afdeling juridische aangelegenheden, gegevensbeheer en informatica WVC het volgende (stuk 2 bundel Smets) :

“ Een geschreven contract werd en wordt niet opgesteld. Toch is er sprake van een mondeling contract tussen de educatieve medewerker en het K.M.S.K.A.

Het museum (DAB), betaalt die medewerkers per prestatie/opdracht op factuur na aftrek van belastingen en R.S.Z. De medewerkers worden verzekerd door het museum.

...
Anderzijds blijkt uit het feit dat het K.M.S.K.A. bedrijfsvoorheffing en R.S.Z. inhoudt op de bezoldigingen, men blijkbaar toch een werknemersstatuut nastreeft. Er bestaat dus blijkbaar een – mondelinge – arbeidsovereenkomst tussen het K.M.S.K.A. en de educatieve medewerkers “.

In het verslag van de algemene vergadering van het K.M.S.K.A. dd. 15 juni 2000 wordt gesteld (stuk 3 bundel Smets).

“ Het K.M.S.K.A. doet regelmatig beroep op freelance “gidsen “ educatieve medewerkers genaamd. Zij geven museumlessen, voordrachten, rondleidingen, museumateliers en cursussen. De medewerkers worden per prestatie betaald na aftrek van de belastingen en R.S.Z. zoals destijds afgesproken met de directie van de R.S.Z. Een geschreven contract werd en wordt niet opgesteld. Toch is er sprake van een mondeling contract tussen de educatieve medewerkers en het K.M.S.K.A. “.

Volgens deze stukken beschouwde appellante haar gidsen of educatieve medewerkers zelf als verbonden door een mondelinge arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur en was zij er zich van bewust dat de bestaande toestand diende geregulariseerd te worden door het afsluiten van een geschreven arbeidsovereenkomst met de gidsen.

Uit het verslag van de Algemene Vergadering dd. 15 juni 2000 blijkt dat Mevrouw S op deze vergadering aanwezig was alsook afgevaardigden van de syndicale organisaties A.C.O.D. en C.C.O.D., dit is duidelijk geen “ intern stuk “.

Uit haar brief aan appellante die zij op 5 november 2000 in tempore non suspecto schreef, blijkt dat Mevrouw S kennis had van de nota's van de Heren Van Lerberghe dd. mei 1994 en Cornelis dd. maart 2000 en dat deze officiële adviezen van de bevoegde overheid haar werden medegedeeld in mei 2000, duidelijk ook in tempore non suspecto vooraleer zij dagvaardde.

Het Hof stelt derhalve vast dat deze 3 stukken geen louter “ interne nota's “ zijn doch officiële adviezen die aan Mevrouw S werden meegedeeld in mei 2000 en besproken op de Algemene Vergadering van 15 juni 2000 onder het agendapunt “ Statuut gidsen “ wat ontegensprekelijk ook de samenwerking tussen appellante en geïntimeerde betreft.

Uit de samenlezing van deze 3 stukken enerzijds en de door appellante aan Mevrouw S afgeleverde fiscale loonbescheiden uit arbeidsovereenkomst, de fiches 281.10 anderzijds waar appellante als werkgever is vermeld alsook

uit de maandelijks afgeleverde loonaftrekkeningen (stukken 2 appellant) met vermelding van de door appellante verrichte afhoudingen R.S.Z. en bedrijfsvoorheffing, mede uit het feit dat appellante meer dan 18 jaar ononderbroken R.S.Z.-bijdragen voor Mevrouw S heeft betaald en R.S.Z.-bijdragen en bedrijfsvoorheffing op haar maandelijks loon heeft ingehouden, stelt het Hof vast dat appellante de samenwerking tussen partijen tijdens de jarenlange uitvoering van de overeenkomst ononderbroken en ondubbelzinnig heeft gekwalificeerd zowel jegens Mevrouw S als jegens derden als een arbeidsovereenkomst voor bediende.

Voor de geldigheid van een arbeidsovereenkomst is niet vereist dat zij schriftelijk wordt aangegaan zodat de omstandigheid dat geen geschrift werd opgesteld geen afbreuk doet aan de door appellante aan de arbeidsovereenkomst gegeven kwalificatie.

In tegenstrijd met wat appellante voorhoudt, heeft Mevrouw S zichzelf, in haar verhouding tot appellante, nooit de hoedanigheid van zelfstandige gegeven noch opgeëist, noch uitdrukkelijk noch impliciet; de bedrijfspolis waarnaar appellante verwijst (stuk 4) heeft betrekking op een ANDERE activiteit die Mevrouw S uitoefende, nl. stadsgids en een Dijkjaar (mei 1999 – mei 2000) en is derhalve niet dienend ter zake.

Mevrouw S werd gedurende de ganse tewerkstelling door appellante behandeld als een werknemer en heeft dit steeds aanvaard.

Het Hof dient verder in concreto te onderzoeken of alle feitelijke omstandigheden van de tewerkstelling afzonderlijk en cumulatief de gezagsverhouding tussen partijen al dan niet uitsluiten.

Het Hof zal de door appellante aangevoerde elementen onderzoeken en bespreken.

- Appellante stelt dat Mevrouw S vrije beschikking over haar tijd en vrijheid had opdrachten te weigeren.

In casu staat vooreerst vast dat het appellante was die het werk verdeelde. Mevrouw S gaf niet op eigen initiatief rondleidingen, voordrachten, museumlessen, ... in het K.M.S.K.A. De opdrachten daartoe werden telkens door appellante gegeven. Geïntimeerde kon ook niet bepalen voor wie die rondleidingen doorgingen.

De rondleidingen, voordrachten, ... dienden immers door te gaan op de door appellante bepaalde tijdstippen. Enkel door het feit dat er meerdere educatieve medewerkers waren, bestond de mogelijkheid dat geïntimeerde eventueel eens een opdracht kon weigeren (met name omdat die niet verzoenbaar was met haar andere deeltijdse betrekking). Het laat zich echter aanzien dat wanneer één van de educatieve medewerkers steeds weer en zonder aanvaardbare redenen opdrachten zou geweigerd hebben, appellante deze ongetwijfeld met ontslag zou gesanctioneerd hebben.

Appellante oefende derhalve wel degelijk een werkgeversgezag uit. De minimale vrijheid die de educatieve medewerkers genoten, sluit dit, anders dan appellante wil voorhouden, volgens de rechtspraak niet uit.

" Het feit dat de werkgever niet voortdurend opdrachten heeft gegeven en dat de werknemer de mogelijkheid heeft om het voorgestelde werk te aanvaarden of te weigeren, sluit het bestaan van gezag niet uit. " (Arbeidshof Bergen, 29 maart 1999, J.T.T. 1999, 459).

" Iemand die zich ertoe verbindt te werken onder het gezag van een ander persoon geeft zijn vrijheid niet helemaal op; het feit dat iemand een zekere vrijheid behoudt in de uitoefening van zijn activiteit, sluit een band van ondergeschiktheid niet uit " (vlg. Cassatie, 25 februari 1965, Pas. 1965, I, 652).

" Overwegende dat krachtens de artikelen 20, 1°, en 17, 1° van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, enerzijds, de werkgever verplicht is de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen, anderzijds, de werknemer verplicht is zijn werk te verrichten, op tijd, plaats en wijze zoals is overeengekomen; dat die wetsbepalingen voor de werkgever niet de verplichting inhouden om doorlopend werk te verschaffen en voor de werknemer die door een arbeidsovereenkomst met hem verbonden is, niet de verplichting inhouden om elk hem door zijn werkgever aangeboden werk te aanvaarden " (Cassatie, 9 januari 1995, Arr. Cass. 1995, 27).

- Verder meent appellante te kunnen stellen dat geïntimeerde een volledige vrijheid genoot in de organisatie/uitvoering van de opdrachten.

Mevrouw S: heeft nooit ontkend dat zij een zekere vrijheid genoot in de uitvoering van haar opdrachten. Beweren dat er daarom helemaal geen gezagsverhouding zou kunnen bestaan is onjuist.

" Een leraar kan zich in ondergeschikt verband bevinden zonder dat geraakt wordt aan de vrijheid van het onderwijs dat hij doceert " (vlg. Cassatie, 8 oktober 1975, Arr. Cass. 1976, 168).

Volgens de stukken is het duidelijk dat slechts appellante kon bepalen waar en wanneer en welke opdrachten dienden uitgevoerd te worden. De opdrachten beperkten zich bovendien niet uitsluitend tot rondleidingen (ook museumlessen, museumateliers,...).

Enkel in de concrete uitvoering van hetgeen appellante had opgelegd, bestond er een zekere vrijheid voor de gids. Dit kan geen band van ondergeschiktheid in de weg staan, doch is, zoals in het onderwijs, inherent aan de opgelegde taak.

Bovendien blijkt uit de stukken dat appellante via vergaderingen en modelrondleidingen, wel degelijk instructies gaf aan haar educatieve medewerkers.

Ook hier is de band van ondergeschiktheid volgens het Hof wel degelijk aanwezig.

“ De band van ondergeschiktheid die de arbeidsovereenkomst voor bedienden kenmerkt, bestaat erin dat de bediende in de uitvoering zelf van zijn arbeid onderworpen is aan het gezag, de leiding en het toezicht van de werkgever, zelfs indien in feite dat gezag, die leiding en dat toezicht niet werkelijk en ononderbroken uitgeoefend worden en indien de aard van de te verrichten arbeid een zekere zelfstandigheid en de persoonlijke verantwoordelijkheid van de bediende impliceert “ (vlg. Cassatie, 14 maart 1969, Arr. Cass. 1969, 652).

- Appellante stelt verder dat Mevrouw S geen activiteitsverslagen of enige andere verantwoording diende af te leggen en dat er geen toezicht werd uitgeoefend op de beweerde arbeidstijd.

Appellante bepaalde de datum, plaats en de inhoud van de activiteit in functie van de vraag van de bezoekers.

De controle van appellante op dit alles was onrechtstreeks, doch daarom niet minder efficiënt wel degelijk aanwezig. De gids verrichtte haar taken immers evident nooit in afzondering doch met hele groepen van aanwezigen.

- Appellante stelt verder dat de gids geen verplichting had haar activiteit uitsluitend ten behoeve van appellante te verrichten.

Zij haalt dienaangaande rechtspraak aan die stelt dat het feit dat de medecontractant de mogelijkheid wordt gelaten ook voor derden te werken een aanwijzing vormt voor een zelfstandige arbeidsrelatie.

Die rechtspraak is niet toepasbaar op onderhavige zaak daar Mevrouw S deeltijds tewerkgesteld was in het onderwijs en deeltijds tewerkgesteld door appellante.

Zij diende lijsten ter beschikking te stellen van de tijdstippen en data waarop zij beschikbaar was.

- Appellante haalt verder aan dat zij Mevrouw S geen vast loon toekende, doch haar vergoedde per prestatie. Dit is precies één van de elementen van de door Mevrouw S gestelde vordering, zodat hier bezwaarlijk een overwegend belang kan aan toegekend worden.

Wel dient benadrukt te worden dat Mevrouw S in geen geval haar prestaties “ factuureerde “ aan appellante, noch zelf kon bepalen hoeveel zij per prestatie wenste te verdienen. Appellante betaalde op basis van de door haar opgelegde opdrachten aan een per soort opdracht door haar éézijdig vastgesteld tarief (dat voor alle educatieve medewerkers hetzelfde was.

Mevrouw S werd inderdaad per prestatie vergoed en deze vergoeding hing af van het soort prestaties (rondleiding, voorbereiding of werkvergadering), waarbij voor één soort prestatie steeds dezelfde vergoeding werd uitbetaald.

Deze vergoeding komt eigenlijk overeen met een soort uurloon, aangezien appellante zelf stelt dat een rondleiding overeenstemt met 2 uren en een vergadering met anderhalf uur.

Dit element wijst naar het bestaan van werkgeversgezag.

Immers het is een typische manier om enkel arbeid te vergoeden, arbeid als een middelenverbintenis : alleen de hoeveelheid arbeid telt, niet de kwaliteit ervan.

Het Hof komt met de eerste rechter tot de vaststelling dat alle constitutieve elementen van een arbeidsovereenkomst aanwezig zijn.

Het betreft in casu een mondelinge arbeidsovereenkomst voor bediende van onbepaalde duur.

Het betreft ontegensprekelijk een deeltijdse arbeidsovereenkomst zoals Mevrouw S zelf uitdrukkelijk en herhaaldelijk stelt en zoals overduidelijk blijkt uit de door haar effectief verrichte arbeidsprestaties (stukken 2, 9 en 10 appellante).

Appellante stelde een overzichtstabel op van de prestaties van geïntimeerde in de periode '97-2000 met berekening van de procentuele tewerkstelling ten opzichte van een voltijdse tewerkstelling die 1976 uren bedraagt.

	1997		1998		1999		2000	
	rondleidingen	vergaderingen	rondleidingen	vergaderingen	rondleidingen	vergaderingen	rondleidingen	vergaderingen
januari	23	0	3	0	11	0	3	0
februari	7	0	4	0	1	0	6	0
maart	17	0	0	0	3	3	5	1
april	16	0	5	0	0	0	4	1
mei	14	0	16	0	2	0	10	1
juni	10	0	15	1	1	0	1	1
juli	1	0	3	0	0	1	0	0
augustus	2	0	0	0	2	1	2	1
september	7	0	8	0	1	1	5	0
oktober	7	0	11	2	10	0	2	1
november	6	0	9	0	7	1		
december	6	0	5	1	2	0		
Aantal	116	0	79	4	40	7	38	6

	procentuele tewerkstelling 1997 (t.o.v. voltijdse tewerkstelling)	procentuele tewerkstelling 1998 (t.o.v. voltijdse tewerkstelling)	procentuele tewerkstelling 1999 (t.o.v. voltijdse tewerkstelling)	procentuele tewerkstelling 2000 (t.o.v. voltijdse tewerkstelling)
	116	79	40	38
	0	4	7	6
Omzet in uren	174	126,5	74	69
Procentueel op jaarbasis	8,81%	6,40%	3,74%	3,49%

Mevrouw S betwist de juistheid van deze berekeningen niet, die overigens gestaafd zijn met objectieve stukken.

Uit dit overzicht blijkt dat de effectieve prestaties van Mevrouw S tussen de 3 % en de 9 % van een voltijdse tewerkstelling bedroegen en dus ver onder de door haar beweerde deeltijdse tewerkstelling van 50 % liggen.

De vorderingen.

1. De opzegvergoeding.

Met beroepsbesluiten dd. 18 mei 2004 vordert Mevrouw S betaling van een som van 29.832 € t.t.v. schadevergoeding ex delicto wegens niet betaling van opzegvergoeding.

Het niet-betalen van een opzegvergoeding is niet strafbaar gesteld en is m.a.w. geen misdrijf (Cassatie, 17 februari 1997, R.W. 1997-1998, 912) zodat zij deze vordering niet ex delicto kan stellen en de verjaringstermijn voorzien in artikel 26 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering alleszins niet van toepassing is.

Haar vordering ex contractu tot betaling van opzegvergoeding werd voor het eerst gesteld met dagvaarding betekend meer dan 1 jaar na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst en is overeenkomstig artikel 15 A.O.-wet verjaard.

2. De vorderingen tot schadevergoeding ex delicto wegens niet betalen van loon, vakantiegeld, eindejaarspremies.

Mevrouw S vordert deze bedragen t.t.v. schadevergoeding wegens misdrijven begaan en beperkt over de periode van 1 januari 1997 tot 23 oktober 2000.

Opdat er sprake zou kunnen zijn van een burgerlijke vordering ex delicto is vereist dat er een misdrijf is (Cassatie, 11 februari 1991, R.W. 1990-1991, 1350).

Het is niet voldoende dat de vordering gesteund is op feiten die in abstracto een misdrijf uitmaken; vooraf moet worden bepaald of in het voorliggend geval een misdrijf werd begaan wat een onderzoek naar het materieel en het moreel element impliceert (Arbeidshof Gent, 8 september 2000, S.R.K. 2002, 444).

Het materieel element van het beweerd misdrijf bestaat in casu uit het niet-betalen van loon of onvoldoende loon, het niet betalen van vakantiegeld en het niet-betalen van eindejaarspremies.

a) Loon.

Mevrouw S stelt dat appellante haar onvoldoende loon heeft betaald van 1 januari 1997 tot oktober 2000 en vordert als schadevergoeding het loontekort zijnde het verschil tussen het beginsalaris van een ambtenaar met dezelfde functie zijnde een deskundige met weddenschaal B 111 of

28.922,33 € bruto (voltijds) weliswaar beperkt tot een halftijdse tewerkstelling (aan 50 %) of 14.461,17 € per jaar, in totaal

loonachterstallen 1997 :	14.461,17 €
loonachterstallen 1998 :	14.461,17 €
loonachterstallen 1999 :	14.461,17 €
loonachterstallen t.e.m. oktober 2000 : (14.461,17 x 204/250 werkdagen)	11.800,31 €

Daarop brengt zij de vergoedingen die zij in deze periode heeft ontvangen in mindering. Het betreft een bedrag van 14.288,26 € (zie stuk 5).

Mevrouw S vordert derhalve een schadevergoeding voor achterstallig loon van 40.895,56 €.

Het recht op loon ontstaat door het verrichten van arbeid zodat de werknemer geen aanspraak heeft op loon gedurende de periode waarin hij zelfs door toedoen van de werkgever geen arbeid verricht (Cassatie, 24 december 1979, R.W. 1980-1981, 410; Cassatie, 16 maart 1992, R.W. 1992-1993, 401; Cassatie, 26 april 1993, R.W. 1993-1994, 507).

Uit de vaststelling dat een beding in de arbeidsovereenkomst volgens hetwelk de tewerkstelling kan variëren van nul tot 40 uur per week nietig is mag derhalve niet worden afgeleid dat de werknemer voor een volledige dienstbetrekking moet betaald worden (Cassatie, 16 maart 1992, o.c.).

Het Hof stelt vast dat Mevrouw S loon vordert voor een halftijdse tewerkstelling aan 50 % van een voltijdse, doch dat zij effectief slechts 8,81 % ('97), 6,40 % ('98), 3,74 % ('99) en 3,49 % (2000) van een voltijdse dienstbetrekking arbeid presteerde.

Overeenkomstig de algemene regel " geen werk, geen loon " heeft Mevrouw S: geen recht op loon voor arbeid nl. een halftijdse (50 %) betrekking die zij NIET verrichtte.

Anderzijds stelt het Hof vast aan de hand van de door appellante neergelegde stukken en berekeningen dat appellante voor de effectief geleverde arbeidsprestaties aan Mevrouw S loon betaalde dat het geïndexeerd baremasalaris van een ambtenaar met dezelfde functie overeenkomstig artikel XIV 44 van het P.S.W.I. (zelfs van categorie B 111) overschrijdt, nl.

Jaar	Betaling volgens barema B111
1997	119.589,21 BF
1998	49.730,31 BF
1999	58.935,01 BF
2000	64. 659,62 BF

Betaald bruto door KMSK
219.912,00 BF
148.024,00 BF
86.373,00 BF
75.623,00 BF
529.932,00 BF

Het Hof stelt vast dat appellante voor de door Mevrouw S effectief verrichte arbeidsprestaties niet onvoldoende loon heeft uitbetaald.

Het materieel element van het misdrijf niet-betalen van loon is niet bewezen.

b) Eindejaarspremie en vakantiegeld.

Anderzijds blijkt duidelijk uit de neergelegde stukken dat appellante noch vakantiegeld noch eindejaarspremie heeft betaald aan Mevrouw S over de jaren 1997 tot en met 23 oktober 2000.

Niet betalen van vakantiegeld is strafbaar overeenkomstig artikel 54-59 van het K.B. van 28 juni 1971 houdende coördinatie van de wetsbepalingen betreffende de jaarlijkse vakantie doch deze wet is niet toepasselijk op de categorieën van personen die met een andere wettelijke vakantieregeling zijn begunstigd (Cassatie, 7 september 1992, R.W. 1992-1993, 644).

Mevrouw S heeft recht op vakantiegeld overeenkomstig artikel XIV 49 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 28 januari 1997 houdende statuut en organisatie van de Vlaamse Wetenschappelijke Instellingen en de regeling van de rechtspositie van het Personeel, afgekort P.S.W.I. volgens dezelfde regeling als de ambtenaar en is dus met een andere wettelijke vakantieregeling begunstigd zodat de Vakantiewet niet van toepassing is.

Het niet-betalen van een eindejaarspremie is strafbaar overeenkomstig artikel 42 en 9 van de loonbeschermingswet; een eindejaarspremie is immers loon zoals bedoeld in deze wet.

Overeenkomstig artikel XIV 50 van het P.S.W.I. heeft Mevrouw S recht op een eindejaarstoelage zoals deze geldt voor de ambtenaar die dezelfde functie uitoefent. Daar zij een diploma heeft van Hoger Kunstonderwijs, D-diploma en kandidaat kunstgeschiedenis meent het Hof dat zij thuishoort onder categorie B III.

Overeenkomstig artikel XIII 74 § 3 heeft zij recht op een eindejaarstoelage herleid pro-rata van het verdiende brutosalaris tegenover het brutosalaris bij volledige prestaties.

Appellante berekende deze prorata-eindejaarspremie op de cijfermatig niet betwiste bedragen van :

	1997	1998	1999	2000
Vast bedrag	9.871,10 BF	9.890,54 BF	10.990,00 BF	11.243,87 BF
2,5% van de geïndexeerde jaarbezooldings (tot 1999)	7.841,68 BF	7.841,68 BF	8.100,50 BF	8.282,64 BF
Bruto eindejaarstoelage bij 100% tewerkstelling	17.812,78 BF	17.832,22 BF	19.090,50 BF	19.506,51 BF
Procentueel over periode januari t.e.m. september (berekend op basis eindejaarstoelage)	9,82%	5,80%	2,84%	4,32%
Bruto eindejaarstoelage bij procentuele tewerkstelling	1.746,83 BF	1.004,30 BF	560,35 BF	842,39 BF
Omzetting in EUR	43,35 EUR	24,80 EUR	13,89 EUR	20,85 EUR

Appellante betaalde deze eindejaarstoelagen niet aan Mevrouw S hoewel ze haar verschuldigd waren.

Het materieel element van het misdrijf is bewezen.

Het moreel element bestaat in de schuld of de fout van de overtreder (Cassatie, 31 januari 1989, J.T.T. 1992, 119; Brussel, 4 januari 1995, J.T.T. 1995, 254).

Appellante voert geen grond van rechtvaardiging aan; uit hetgeen voorafgaat volgt dat appellante wist of minstens diende te weten dat zij met geïntimeerde een arbeidsovereenkomst sloot en dat zij aan haar contractuele bediende betaling van een eindejaarstoelage verschuldigd was, appellante beging een fout; het moreel element van het misdrijf is bewezen.

Appellante is aan Mevrouw S een schadevergoeding verschuldigd wegens niet betaling van eindejaarstoelagen gelijk aan 103,02 €.

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,

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel hoger beroep ontvankelijk,

Verklaart het incidenteel hoger beroep ongegrond,

Verklaart het hoger beroep deels gegrond in hierna vermelde mate,

Bevestigt het vonnis a quo voor zover het zegt voor recht dat tussen partijen een mondelinge arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur bestond die lastens appellante onregelmatig werd beëindigd op 23 oktober 2000 en voor zover het de vorderingen van Mevrouw S ex contractu m.b.t. de opzegvergoeding en de vergoeding voor onrechtmatig ontslag onontvankelijk verklaart wegens verjaring,

Hervormt het vonnis a quo voor het overige,

Trekt de zaak in haar geheel tot zich en opnieuw rechtdoende,

Verklaart de vordering van Mevrouw S ex delicto tot veroordeling van appellante tot betaling van schadevergoeding wegens niet-betaling van opzegvergoeding, achterstallig loon en vakantiegeld ongegrond wegens ontbreken van een misdrijf,

Verklaart de vordering van Mevrouw S tot veroordeling van appellante tot betaling van schadevergoeding ex delicto wegens niet betaling van eindejaarspremies ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond als volgt,

Veroordeelt appellante tot betaling aan Mevrouw S van de som van 103,02 € meer gerechtelijke intresten,

Veroordeelt appellante tot betaling van de kosten van eerste aanleg en geïntimeerde tot betaling van de kosten van het hoger beroep, tot op heden begroot op :

In hoofde van appellante :

Niet begroot

In hoofde van geïntimeerde :

Dagvaarding : 115,42 €

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg : 200,79 €

Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep : 273,67 €

Aldus gewezen en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de 3^{de} Kamer van het Arbeidshof te Brussel op 8 september 2006, waar aanwezig waren :

Mevrouw M. VERMAELEN, Raadsheer,

De Heer P. DEPRETER, Raadsheer in sociale zaken als werkgever,

De Heer J. DE DECKER, Raadsheer in sociale zaken als werknemerbediende,

Mevrouw L. HERREGODTS, Griffier.

L. HERREGODTS,

M. VERMAELEN,

P. DEPRETER.

J. DE DECKER.

