

rep.nr 2012/829

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

**OPENBARE TERECHTZITTING VAN 20 MAART TWEEDUIZEND EN
TWAALF.**

3e KAMER

bediendecontract

tegenspraak

definitief

In de zaak :

MEXX BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel
gevestigd te 2000 Antwerpen, Meir 65,

Appellante, die op de openbare terechtzitting wordt
vertegenwoordigd door meester Leenaerts Els loco
meester Lamal Guido, advocaat te Leuven,

tegen :

D. **A**

Geïntimeerde, die op de openbare terechtzitting wordt
vertegenwoordigd door mevrouw Vande Velde Elke,
syndicaal afgevaardigde, volmachtdrager,

*

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

Gelet op de stukken van de rechtspleging en meer bepaald op :

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak, door de 24^e kamer van de arbeidsrechtbank te Brussel op 24 maart 2011 ;
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 2 mei 2011 ;
- de conclusies voor de appellante neergelegd ter griffie op 2 november 2011;
- de conclusies en de aanvullende en syntheseconclusies voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 31 augustus 2011 en 6 januari 2012;
- de voorgelegde stukken;

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van 21 februari 2012, waarna de debatten werden gesloten en de zaak voor uitspraak werd gesteld op heden.

* *

*

FEITEN EN RECHTSPLEGING

Mevrouw D werd door de NV Retrain tewerkgesteld bij de NV MEXX Belgium vanaf 13-12-1996.

Vanaf 9-10-2000 werd zij als regio manager tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die op 12-9-2000 door partijen werd ondertekend. Zij genoot een vast loon en vier maal per jaar een bonus in functie van haar verkoopscijfers.

Met een aangetekende brief van 25-11-2006 zegde mevrouw D de arbeidsovereenkomst op.

Na het verstrijken van de opzegtermijn nam de overeenkomst een einde op 1-3-2007.

Met een aangetekende brief van 18-8-2008 en een herinnering op 16-9-2008, stelde de vakvereniging van mevrouw D de vennootschap in gebreke het vakantiegeld op de bonussen te betalen voor de ganse tewerkstellingsperiode.

Via een collega, mevrouw M. , vernam mevrouw D dat de vennootschap op 18-11-2008 met het ABVV een Collectieve Arbeidsovereenkomst had afgesloten waarin werd overeengekomen dat op veranderlijk loon, met terugwerkende kracht tot 1-1-1991 geen vakantiegeld verschuldigd was.

Met dagvaarding van 24-11-2009 spande mevrouw D een geding aan bij de arbeidsrechtbank evenals haar collega M:

Zij vorderde de veroordeling van de vennootschap tot betaling van een bedrag van 8.450,45 euro als schadeloosstelling wegens het niet betalen van vakantiegeld op variabel loon en de wettelijke en gerechtelijke intresten op die bedragen vanaf de eisbaarheid.

Zij vorderde tevens de veroordeling van de vennootschap tot afgifte van volgende sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom van 25 euro per dag en per ontbrekend document bij niet afgifte binnen de maand na betekening van het vonnis (met uitzondering van de fiscale fiche 281.10) : een aangepast C4 formulier, een loonafrekening en een belastingsfiche 281.10 m.b.t. de gevorderde bedragen.

Met het bestreden vonnis verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk en gegrond en veroordeelde de vennootschap tot betaling van een bedrag van 8.450,45 euro als schadevergoeding en de wettelijke en gerechtelijke intresten daarop vanaf hun eisbaarheid en tot afgifte van een aangepast C4 formulier, een loonafrekening en een belastingsfiche.

Zij veroordeelde de vennootschap tevens tot de dagvaardingskosten.

De arbeidsrechtbank was van oordeel dat het materieel element van het misdrijf bestaande uit de niet betaling van het vakantiegeld op variabel loon vaststond daar de ondernemings-CAO van 18-11-2008, afgesloten in toepassing van art 39 lid 5 van het KB van 30-3-1967 tot bepaling van de algemene uitvoeringsmodaliteiten van de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers niet tegenstelbaar was aan mevrouw D aangezien haar arbeidsovereenkomst reeds was beëindigd op het ogenblik van het tot stand komen van die CAO.

VORDERINGEN IN HOGER BEROEP

De vennootschap is het niet eens met de uitspraak van de arbeidsrechtbank.

Zij vordert dat het hof deze zou hervormen en de vordering van mevrouw D ongegrond te verklaren en haar te veroordelen tot de kosten.

Mevrouw D verzoekt het hoger beroep als ongegrond af te wijzen en het bestreden vonnis te bevestigen.

BEOORDELING**I. ONTVANKELIJKHEID**

Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep dat regelmatig is naar vorm, binnen de wettelijke termijn werd ingesteld. Aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is eveneens voldaan. Het is derhalve ontvankelijk.

II. TEN GRONDEStellingen van partijen

De vennootschap betoogt dat zij het vakantiegeld heeft betaald volgens de reglementaire voorschriften opgelegd bij de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers gecoördineerd op 28-6-1971 zodat er geen sprake is van een strafbare inbreuk.

Zij verwijst naar de afwijkingsmogelijkheid voorzien in art 39,5^{de} lid van het uitvoeringsbesluit jaarlijkse vakantie waarin bepaald wordt dat de in dat artikel voorziene berekeningswijze slechts van toepassing is *“onder voorbehoud van andere beschikkingen die bij collectieve arbeidsovereenkomsten worden getroffen”*

In de CAO die op 18-11-2008 werd afgesloten op ondernemingsniveau werd van die afwijkingsmogelijkheid gebruik gemaakt door overeen te komen dat voor de periode van 1-1-1991 tot april 2008 geen vakantiegeld verschuldigd is op het variabel loon, gedefinieerd als het loon betaald in uitvoering van enig bonus- of commissieplan.

Zij meent dat geen enkele bepaling de retroactieve werking van een CAO belet en betwist dat die CAO niet van toepassing zou zijn op mevrouw D

Door deze nieuwe berekeningsregels is de overtreding van de suppletieve wettelijke berekeningsregels volgens haar geen misdrijf meer in de zin van het Sociaal Strafwetboek nu de bepalingen die bij CAO werden vastgesteld als reglementaire voorschriften opgelegd bij de Jaarlijkse Vakantiewet moeten worden beschouwd.

Ingevolge deze CAO die met retroactieve werking werd afgesloten meent zij dat hoe dan ook geen sprake kan zijn van enig misdrijf, zodat de vordering van mevrouw D , voor zover zij gesteund is op de overeenkomst, is verjaard, en voor zover gesteund op een misdrijf, ongegrond is.

In ondergeschikte orde, voor het geval het hof de redenering zou volgen dat de CAO niet tegenstelbaar is aan mevrouw D , kunnen de feiten uit het verleden in ieder geval wegens het algemeen principe van de retroactiviteit van de mildere strafwet niet langer als een misdrijf worden beschouwd, meent ze.

Mevrouw D acht het niet mogelijk dat een CAO met terugwerkende kracht wordt gesloten om rechten die minstens van dwingend recht zijn, te omzeilen. Dit stemt volgens haar niet overeen met de bedoeling van de wetgever, gelet op de in de jaarlijkse vakantiewet van 28-11-1971 opgenomen strafbepalingen.

Deze retroactieve werking acht zij des te meer uitgesloten gelet op de bepaling van art 32 CAO-wet op grond waarvan de terugwerkende kracht van een koninklijk besluit tot algemeen bindend verklaring van een CAO, afgesloten in een paritair orgaan, een hogere rechtsbron dan een ondernemings-CAO, beperkt wordt tot één jaar.

Hoe dan ook meent ze dat de CAO haar niet tegenstelbaar is aangezien ze geen werknemer meer was van de ondertekenende werkgever bij het tot stand komen ervan.

Zij meent dat het materieel en moreel element van het misdrijf vaststaat. Zij wijst erop dat zij met haar in gebreke stelling die dateert van voor het tot stand komen van de CAO de vennootschap duidelijk op haar verplichtingen heeft gewezen, zodat vaststaat dat deze willens en wetens heeft gehandeld.

Beslissing van het hof

Art 9, alinea 1 van de gecoördineerde wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers van 28-6-1971, bepaalt op welk percentage van het loon het vakantiegeld van de werknemers wordt vastgesteld. Als grondslag wordt het aan sociale

zekerheidsbijdragen onderworpen loon genomen van het vakantiedienstjaar, eventueel vermeerderd met een fictief loon voor met gewerkte dagen gelijk gestelde inactiviteitsdagen. Zowel het vast als het veranderlijk loon zijn onderworpen aan sociale zekerheidsbijdragen.

Alinea 2 kent aan de Koning de bevoegdheid toe om o.m. voor de bedienden in de door Hem bepaalde gevallen en onder de door Hem bepaalde voorwaarden een andere basis of wijze van berekening voor te schrijven dan deze bepaald in het vorig lid.

Art 54,2° van die wet, bestraft de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers die aan de werknemers niet of niet binnen de voorgeschreven termijn of volgens de reglementaire modaliteiten het verschuldigd vakantiegeld hebben betaald. Intussen is art 162, 3° van de wet van 6-6-2010 tot invoering van het sociaal strafwetboek van toepassing waarin bepaald wordt dat de werkgever die "het verschuldigd vakantiegeld niet heeft uitbetaald of het niet heeft uitbetaald binnen de termijn en volgens de reglementaire voorschriften opgelegd bij de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie van de werknemers, gecoördineerd op 28 juni 1971" strafbaar is.

Bij art 38 en 39 van het KB van 30-3-1967 tot uitvoering van de jaarlijkse vakantiewet, werden de modaliteiten voor de berekening van het vakantiegeld in toepassing van art 9 van de jaarlijkse vakantiewet bepaald.

Art 39 van het vakantiebesluit regelt de berekeningswijze m.b.t. het vakantiegeld van bedienden wier wedde geheel of gedeeltelijk veranderlijk is. Daarin is bepaald dat per vakantiedag:

- ° het enkel vakantiegeld wordt berekend op basis van het dagelijks gemiddelde van de bruto bezoldigingen die verdiend werden gedurende elk van de 12 maanden die de maand waarin de vakantie genomen wordt vooraf gaan of in voorkomend geval gedurende het gedeelte van die twaalf maanden dat zij in dienst zijn geweest, eventueel verhoogd met een fictieve wedde voor met effectief gewerkte dagen gelijkgestelde dagen van arbeidsonderbreking.
- ° het dubbel vakantiegeld wordt berekend op de gemiddelde maandwedde van diezelfde bezoldigingen

Art 39, 5^{de} lid bepaalt dat voor bedienden wier wedde slechts voor een gedeelte veranderlijk is, voor het vast gedeelte van de wedde de bepaling van art 38 toepasselijk is en voor het veranderlijk gedeelte, art 39, onder voorbehoud van andere beschikkingen die bij collectieve arbeidsovereenkomsten worden getroffen.

Collectieve arbeidsovereenkomsten kunnen in principe een retroactieve werking hebben. De Raad van State merkte in zijn advies op dat in het wetsontwerp dat de CAO-wet zou worden, daarover niets was bepaald, en besloot daaruit dat aangezien partijen zelf de datum van inwerking treden van de CAO kunnen bepalen, ze kunnen overeenkomen of deze terugwerkende kracht zal hebben. De Raad van State stelde vast dat de regel is dat een CAO zelf onbeperkte terugwerkende kracht kan hebben, voor de partijen, ondertekenende of aangesloten werkgevers en hun werknemers. (Gedr. ST. Senaat 1966-67 nr.148, 112) Dit is althans het geval voor de normatieve bepalingen.

Enkel voor algemeen verbindend verklaarde sectorale CAO's geldt, dat het koninklijk besluit waarmee ze algemeen verbindend worden verklaard vanaf de datum van in werking treden ervan niet meer dan één jaar kan terugwerken, zoals bepaald in art 32 van de CAO-wet van 5-12-1968.

Krachtens art 19 van de CAO-wet, zijn de werknemers van een door een CAO gebonden werkgever, eveneens door de CAO gebonden vanaf het ogenblik dat hun werkgever gebonden is, ten minste indien de CAO ook werd neergelegd.

De vraag of werknemers wier arbeidsovereenkomst beëindigd is bij het tot stand komen van de CAO met retroactieve uitwerking, er eveneens door gebonden zijn, wordt positief beantwoord. In zijn advies wees de Raad van State erop dat het wetsontwerp daarover niets voorzag en dat het moest aangepast worden indien men wilde dat de retro activiteit geen invloed had op individuele arbeidsovereenkomsten die voor het sluiten van de CAO waren beëindigd. Er is geen aanpassing gebeurd, wellicht uit vrees dat werkgevers over zouden gaan tot ontslagen om de gevolgen van CAO's buiten werking te stellen. (advies R.v.ST. nr 148)

Tenzij de verjaring reeds is ingetreden bij het tot stand komen ervan heeft de CAO bijgevolg ook gevolgen voor de reeds beëindigde arbeidsovereenkomsten.

In voorliggend geschil is de CAO gesloten op het vlak van de onderneming. Dat dergelijke CAO in principe retroactieve werking kan hebben, betekent echter nog niet dat dit het geval is voor om het even welke regeling.

In een vonnis van 4-5-2000 heeft de arbeidsrechtbank te Brussel op correcte wijze de principes verwoord die ter zake gelden. (JTT 2000 p.324)

Het hof treedt de daarin uiteengezette overwegingen bij.

In dat vonnis wees de arbeidsrechtbank er terecht op dat wanneer de Koning een afwijkingsmogelijkheid bij CAO toelaat op de regeling van het vakantiegeld, hij geen ruimere bevoegdheid kan toekennen dan deze waarover hij zelf beschikt.

Een koninklijk besluit heeft in principe geen retroactieve werking. Het principe van niet retroactiviteit van een wet is een algemeen rechtsbeginsel, ingeschreven in art 2 van het Burgerlijk Wetboek. De wetgever kan ervan afwijken doch de uitvoerende macht is erdoor gebonden.

De handelingen van de uitvoerende macht die een inbreuk vormen op dit principe, zijn in beginsel aangetast door onwettigheid. (A.Alen, Handboek van het Belgisch Staatsrecht, Kluwer 1995, nr.88).

Art 159 van de Grondwet, legt aan de rechter de verplichting op om desnoods ambtshalve de besluiten en verordeningen van de administratieve overheden buiten toepassing te laten wanneer zij niet met de wetten of rechtsnormen van een hogere rang overeenstemmen.

Er is geen wettelijke bepaling die toestaat dat bij koninklijk besluit met terugwerkende kracht kan worden afgeweken van de bepalingen van de jaarlijkse vakantiewet werknemers, zodat daarvan evenmin bij CAO, een lagere rechtsbron, met terugwerkende kracht kon worden afgeweken. Dit kan bijgevolg enkel voor de toekomst.

Dit is des te meer het geval nu het niet betalen van het wettelijk verschuldigd vakantiegeld strafbaar werd gesteld door art 54 van de jaarlijkse vakantiewet, nu art 162,3° sociaal strafwetboek.

Met betrekking tot de strafwet geldt het legaliteitsbeginsel. Dit houdt in dat de incriminatie van strafbare feite en het strafbaar stellen gebeurt door de wet. Dit is verwoord in het algemeen rechtsbeginsel "nullum crimen, nulla poena sine lege" (geen misdrijf, geen straf, zonder wet) en is eveneens verwoord in art 12 van de Grondwet.

In het sociaal strafrecht berust de strafbaarstelling vaak op een blanco incriminatie, die door de uitvoerende macht verder kan worden ingevuld.

Dit geldt ook voor de vakantiewet in de mate de concrete invulling van het strafbaar feit zal moeten worden gelezen aan de hand van de bij het uitvoeringsbesluit bepaalde modaliteiten.

Het Hof van Cassatie besliste dat geen wetsbepaling verbiedt om in een strafbepaling de bestanddelen van het misdrijf te omschrijven door te verwijzen naar een andere wet of verordenende tekst. (Cass.16-11-1994, AC 1994, 469)

In het sociaal strafrecht wordt een groot deel ervan ingevuld door algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten. Deze verkrijgen hun reglementair karakter door de algemeen verbindend verklaring bij koninklijk besluit, van de normatieve bepalingen. (W.Rauws, sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling, in Sociaal Strafrecht, Maklu 1998, p 45.)

Met de CAO-wet heeft de wetgever aan de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties de bevoegdheid gegeven om de basis te leggen voor strafbepalingen bij sectorale collectieve arbeidsovereenkomsten die algemeen verbindend worden verklaard.(W.Rauws o.c., p45)

Wat de wetgever strafbaar heeft gesteld, kan niet retroactief door een lagere rechtsbron ongedaan worden gemaakt zonder dat daarvoor een grond kan worden gevonden in de wet zelf, overeenkomstig het principe dat hoger werd uiteen gezet. A fortiori kan dat niet door een niet algemeen verbindend verklaarde ondernemings-CAO waarbij de dader zelf van het strafbaar feit een van de voornaamste betrokken partijen is.

De CAO waarover het geschil handelt, is een afwijking op de bij het KB van 30-3-1967 tot uitvoering van de jaarlijkse vakantiewet in art 39 geregelde berekeningswijze van het vakantiegeld op variabel loon.

Kennelijk houdt deze CAO verband met de rechtsonzekerheid die bestond voor 1999 met betrekking tot de definitie van veranderlijk loon. (zie advies 1259 van de Nationale Arbeidsraad van 5-12-1998, uitgebracht op verzoek van de minister van Sociale Zaken). Er bestond vooral discussie m.b.t. op jaarbasis toegekende premies. (R.Claes, Variabele beloning in het arbeidsovereenkomstenrecht, Oriëntatie 2001 p 125)

Bij KB van 28-4-1999 waarmee KB van 30-3-1967 werd gewijzigd, werd het begrip veranderlijk loon eenduidig omschreven.

Met dat koninklijk besluit, waarmee art 39 van het KB van 30-3-1967 werd gewijzigd, werd duidelijk gesteld dat met ingang van 1-12-1998, op de veranderlijke premies waarvan de toekenning gebonden was aan een prestatiebeoordeling, productiviteit, resultaat en ieder criterium dat de betaling onzeker en wisselend maakte, ongeacht de periodiciteit op het ogenblik van betaling vakantiegeld verschuldigd is.

Deze verduidelijking houdt niet in dat voor het in werking treden van

het KB geen vakantiegeld zou verschuldigd geweest zijn op dergelijke premies.

Het Hof van Cassatie besliste reeds eerder dat een bonus bestaande uit de toekenning van een percentage van de winst, die als tegenprestatie van arbeid wordt uitbetaald, zelfs indien dit slechts één maal per jaar het geval is, veranderlijk loon is waarop art 39 van het vakantiebesluit van toepassing is. (Cass.1-6-1987, JTT 1987, 313)

De aan mevrouw D toegekende premies werden trimestrieel toegekend en berekend op haar verkoopcijfers. Het betrof bijgevolg onbetwistbaar variabel loon.

Daaruit volgt dat de niet-betaling van het vakantiegeld volgens de in dat KB voorgeschreven regels, een misdrijf uitmaakte vanaf het ogenblik dat het correcte vakantiegeld niet werd uitbetaald op het in de wet daarvoor voorziene tijdstip en slechts voor de toekomst een afwijkende regeling bij CAO mogelijk was.

Blijkbaar was het bij het afsluiten van de CAO enkel om te doen om de in het verleden begane onregelmatigheden, welke als misdrijf gelden, ongedaan te maken, daar de CAO enkel voor het verleden gold.

Daar de doorslaggevende beweegreden in strijd is met dwingende wetsbepalingen, berust hij op een ongeoorloofde oorzaak en is hij derhalve nietig.

Daaruit volgt:

- Dat het misdrijf bestaat uit het niet betalen van het wettelijk verschuldigd vakantiegeld op die premies, volgens de berekeningswijze van het uitvoeringsbesluit jaarlijkse vakantie op de respectieve betaaldaten die daarvoor door de wet werden voorzien over de ganse tewerkstellingsperiode dat mevrouw D in de vennootschap was tewerkgesteld en alleszins bij de beëindiging van de dienstbetrekking was voltooid.

- Dat het een voortdurend misdrijf is dat bestaat uit het herhaald niet betalen van het correcte vakantiegeld op variabel loon, strafbaar gesteld door art 54 van de vakantiewet, intussen vervangen door art 162,3° van het sociaal strafwetboek, waaraan eenzelfde opzet ten grondslag ligt dat minstens bestaat uit schuldige nalatigheid. De verjaring nam bijgevolg pas een aanvang bij het voltrekken van het laatste strafbaar feit.

Dat er geen sprake meer zou zijn van een misdrijf wegens het zogenaamd bestaan van een mildere strafwet gelet op de afgesloten ondernemings-CAO kan het hof niet bijtreden. Aangezien die CAO slechts voor het verleden werd afgesloten kon hij niet afwijken van hetgeen bij de vakantiewet en het uitvoeringsbesluit van 30-3-1967 was bepaald.

Bovendien vindt het principe van de mildere strafwet slechts toepassing indien het de wil was van de wetgever om zowel voor het verleden als voor de toekomst aan repressie te verzaken. Het geldt niet indien een uitvoeringsbesluit wordt vervangen door een ander in het raam van dezelfde wet, zonder dat de wet zelf wordt gewijzigd. (F.Tulkens, M.vande Kerckhove, Introduction au Droit Pénal, p.263)

- Dat de vordering tot schadeherstel wegens dit misdrijf niet verjaard was op het ogenblik van de dagvaarding
- Dat die vordering bovendien gegrond voorkomt.

OM DEZE REDENEN HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het bijzonder op het artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond

Bevestigt het bestreden vonnis

Legt de kosten van het hoger beroep ten laste van de vennootschap

De kosten werden begroot op :

door appellant :

- 990 € rechtsplegingvergoeding eerste aanleg
- 990 € rechtsplegingvergoeding hoger beroep

door geïntimeerde :

- 107,23 € dagvaardingskosten

Aldus gewezen door de derde kamer en ondertekend door:

G. Balis, kamervoorzitter;

S. Alaerts, raadsheer in sociale zaken, als werkgever;

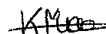
R. Vandenput, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-
bediende;

Bijgestaan door

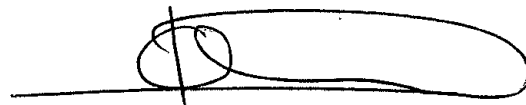
K. Maes, afgevaardigd griffier.



G. Balis



K. Maes



S. Alaerts

R. Vandenput

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

Overeenkomstig artikel 785 Gerechtelijk Wetboek wordt het arrest ondertekend door G. Balis, kamervoorzitter en R. Vandenput, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende.



K. Maes, afgevaardigd griffier

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer van het arbeidshof te Brussel op 20 maart tweeduizend en twaalf door :

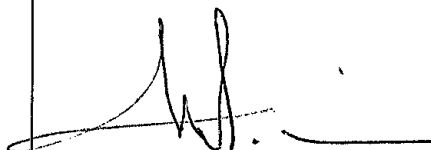
G. Balis

kamervoorzitter

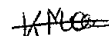
Bijgestaan door

K. Maes

afgevaardigd griffier.



G. Balis



K. Maes