

rep.nr 2010/3123

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

**OPENBARE TERECHTZITTING VAN NEGEN NOVEMBER
TWEEDUIZEND EN TIEN.**

3e KAMER

bediendecontract

op tegenspraak

Heropening der debatten + neerlegging stukken

In de zaak :

DE GEMEENTE KAMPENHOUT, vertegenwoordigd door
het College van Burgemeester en Schepenen , met
burelen gevestigd te 1910 Kampenhout,
Gemeentehuisstraat 16 ,

Appellante, die op de openbare terechtzitting wordt
vertegenwoordigd door de meester Jacobs P. , advocaat
te Aalst;

tegen :

V

Geïntimeerde, die op de openbare terechtzitting wordt
vertegenwoordigd door meester Rondelez S. en meester
Roosens P. , advocaten te Leuven.

* * *

*

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

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

-het tussenarrest van dit hof van 6 oktober 2009 en de daarin vermelde stukken van de rechtspleging;

-de besluiten, aanvullende en synthesebesluiten voor de appellante, neergelegd ter griffie op 22 januari 2010 en 8 juli 2010 ;

- de besluiten, aanvullende en tweede aanvullende besluiten voor de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 11 december 2009, 24 maart 2010 en 1 september 2010;

- de voorgelegde stukken;

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van 21 september 2010, waarna de debatten werden gesloten en de zaak voor uitspraak werd gesteld op heden.

* *
*

FEITEN EN RECHTSPLEGING

De gemeente Kampenhout heeft in eigen beheer een muziekschool opgericht die noch erkend, noch gesubsidieerd is door een hogere overheid.

De heer V heeft vanaf 1987 als leraar piano in die muziekschool gewerkt , aanvankelijk voor 5 u per week. Tijdens de volgende jaren varieerde het aantal uren per week volgens het aantal leerlingen, tussen 5/38 en 13/38, tijdens het schooljaar 95-96 liep het aantal uren op tot 32/38 in de loop van het jaar verlengd tot 38/38 om vanaf het schooljaar 1996-1997 stabiel te blijven ten belope van 38 u per week.

Met beslissing van 7-1-1997 werd hij bovendien vanaf 1-1- 1997-1998 aangesteld als verantwoordelijke leerkracht gedurende 2 u per week waarvoor hij vrijgesteld werd van lesopdracht.

Volgens art 50 van de statuten van de muziekschool, goedgekeurd door de Gemeenteraad op 13-10-2005, was de verantwoordelijke leerkracht, muzikaal en pedagogisch onderlegd volgens art 47 van de statuten, belast met de leiding van de muziekschool op pedagogisch, artistiek en administratief vlak.

Bij eenzijdige beslissingen stelde de Gemeenteraad vanaf 1987 tot en met 1994-1995 hem telkens aan als tijdelijk leraar piano voor de duur van het schooljaar, hetzij voor 10 maanden.

Het uittreksel van de notulen van de Gemeenteraad van 1-10-1987 vermeldt:

Aanstelling leraars muziekschool in tijdelijk verband voor onbepaalde duur

De gemeenteraad,

Gezien de noodzaak om leraars aan te werven:

overwegende dat onderstaanden voorgedragen werden door het schepencollege in zitting van 15-9-1987

Besluit: met algemene stemmen

(volgt een lijst met namen van de aangestelde personen waaronder) art 9

De heer R V , geboren te Schaerbeek op 1962 en wonende Kampenhout, wordt aangesteld als tijdelijk leraar piano met ingang van 1-9-1987.

Onderhavige beslissing zal voor goedkeuring overgemaakt worden aan de heer G.

Vanaf het schooljaar 1995-1996 tot 2001-2002 gebeurde de aanstelling door het College van Burgemeester en Schepenen, gemachtigd door een gemeenteraadsbeslissing van 23-1-1995.

De heer V en de andere leraars werden per uur betaald en de begroting van deze kost werd opgenomen in de begroting van de gemeente.

Gedurende de schoolvakanties in juli en augustus, genoot de heer V werkloosheidsuitkeringen en dit tot 2001.

Op 24-6-2001 stelde de RVA een onderzoek in m.b.t. zijn tewerkstelling. Tijdens dit onderzoek werd vastgesteld dat op het loon van de heer V RSZ-bijdragen werden betaald t.b.v. 13,07% en dat minstens sinds 1993 vakantiegeld werd uitbetaald.

De RVA zou hebben beslist dat de heer V zich voor een vergoeding tijdens de zomervakanties moest wenden tot zijn werkgever, de gemeente Kampenhout, doch, die beslissing wordt niet voorgelegd.

Vanaf 2002 werden tussen partijen schriftelijke arbeidsovereenkomsten gesloten, telkens voor bepaalde duur, van september tot en met juni, waarvan de eerste dateerde van 30-8-2002 voor de periode van 1-9-2002 tot en met 30-6-2003 tegen een uurloon van 12,50 euro bruto. Tijdens de korte schoolvakanties en officiële feestdagen ontving de heer V een vergoeding,

doch niet tijdens de maanden juli en augustus.
De daaropvolgende arbeidsovereenkomsten werden telkens afgesloten na de aanvang van de tewerkstelling.

Op 1-7-2009 zegde de gemeente Kampenhout de arbeidsovereenkomst op met een opzeggingstermijn van 15 maanden. De gemeente besliste de muziekschool in eigen beheer stop te zetten en voor een overname te zorgen door de erkende muziekschool van Zaventem. Omtrent de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is tussen partijen een geschil ontstaan waarvoor een afzonderlijke procedure hangend is voor de arbeidsrechtbank.

Tijdens zijn tewerkstelling drong de heer V herhaaldelijk aan op klaarheid omtrent zijn statuut en regularisatie van lonen en vakantiegelden.

De heer V meent dat zijn tewerkstelling van meetaf - aan van contractuele aard was, terwijl de gemeente van oordeel is dat het tot het schooljaar 2002-2003 telkens eenzijdige aanstellingen betrof, zodat zijn rechtspositie statutair was.

Met dagvaarding van 10-5-2007 spande de heer V een geding aan voor de arbeidsrechtbank. Hij vorderde de veroordeling van de gemeente Kampenhout tot betaling van volgende bedragen:

-79.500 euro provisioneel als achterstallig loon voor alle schoolvakanties sinds 1-9-1987

-12.195 euro als achterstallig vakantiegeld

-1euro provisioneel als vergoeding en/of voordelen krachtens de arbeidsovereenkomst
de wettelijke en gerechtelijke intresten op die bedragen

Hij vorderde dat deze bedragen als schadevergoeding wegens misdrijf zouden worden toegekend in de mate de betaling ervan verjaard was voor zover gesteund op de overeenkomst.
Hij vorderde tevens dat het vonnis uitvoerbaar zou worden verklaard bij voorraad.

Met het bestreden vonnis verklaarde de arbeidsrechtbank zich bevoegd om over het geschil uitspraak te doen en verklaarde zij de vordering als volgt gegrond:

Zij zegde voor recht dat het geldelijk statuut van het

gemeentepersoneel van toepassing was op de heer V sinds 1987.

Zij veroordeelde de gemeente Kampenhout tot volgende provisionele bedragen:

-79.500 euro provisioneel als achterstallig loon voor alle schoolvakanties sinds 1-9-1987

-12.195 euro als achterstallig vakantiegeld

-1euro provisioneel als vergoeding , loon voor feestdagen, eindejaarspremie en /of voordelen krachtens de arbeidsovereenkomst de wettelijke en gerechtelijke intresten op de daarmee overeenstemmende nettobedragen tot 1-7-2005 en van dan af op de brutobedragen.
Zij verklaarde het vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

De arbeidsrechtbank was van oordeel

- dat partijen ook tijdens de periode van 1-9-1987 tot en met 30 juni 2002 reeds verbonden waren door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur.

Zij steunde zich hierbij op volgende elementen:

- dat op de loonbrieven werd vermeld dat hij contractueel bediende was.

-dat vanaf 1998 de RSZPPO (Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van de Provinciale en Plaatselijke Overheidsdiensten) werd vermeld op de loonstroken waaruit zij afleidde dat hij bij de sociale zekerheidsinstanties werd aangemeld als tijdelijk werknemer en niet als tijdelijk statutair aangestelde, nu die categorieën betrekking hebben op werknemers en niet op statutairen.

-dat op de tweede algemene vergadering van de Gemeentelijke Muziekschool van 29-4-1996, de heer J. M. , toenmalig schepen van cultuur en huidig burgemeester, verklaarde dat de leerkrachten van de muziekschool tijdelijk waren aangesteld met een contract van beperkte duur en niet binnen het kader van het gemeentepersoneel vielen.

-dat de codes op de loonbrieven van juni en september 2002 niet werden gewijzigd.

- Dat de partijen verbonden waren door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur en de heer V deel uitmaakte van het niet gesubsidieerd contractueel personeel van de gemeentelijke onderwijsinstellingen sinds 1987, aangezien de schriftelijke arbeidsovereenkomsten voorgelegd voor de periode

vanaf september 2003 werden ondertekend na de in diensttreding.

Dat er sprake was van een voortgezet misdrijf zodat de vordering in haar geheel ontvankelijk was en de exceptie van verjaring niet ontvankelijk, zodat de heer V gerechtigd was op achterstallig loon voor de maanden juli en augustus sinds september 1987, zijnde 42 maanden en op achterstallig loon voor alle korte schoolvakanties van september 1987 tot eind juni 2002 en het daarop verschuldigd vakantiegeld.

Zij heropende de debatten om de heer V toe te laten de zaak volledig in staat te stellen m.b.t. de gevorderde bedragen.

VORDERINGEN IN HOGER BEROEP

De Gemeente Kampenhout is het niet eens met de beslissing van de arbeidsrechtbank. Zij verzoekt het hof deze te vernietigen en te stellen dat de vordering pro memorie van de heer V in betaling van achterstallig loon, vakantiegeld en eindejaarspremies enkel ontvankelijk en gegrond is voor een bedrag van 217,45 euro en de intresten daarop vanaf het ontslag, de kosten om te slaan tussen partijen, minstens de rechtsplegingvergoeding te beperken tot het basisbedrag.

De heer V vordert dat het hof het hoger beroep van de gemeente Kampenhout ongegrond zou verklaren en het bestreden vonnis zou bevestigen met dien verstande dat,

-het op 24 juli 2009 betaalde bedrag van 21.754,83 euro bruto in mindering gebracht kan worden van het bedrag van 79.500 euro dat toegekend werd "*ten titel van achterstallig loon voor alle schoolvakanties sinds 1 september 1987*"

-wat de toegekende interesten betreft, deze voorlopig bepaald worden op 1 euro provisioneel

De gemeente Kampenhout bijkomend te veroordelen tot betaling van de volgende, provisioneel begrote bedragen :

- 10.000 euro ten titel van achterstallige eindejaarstoelagen
- 7.223,74 euro netto als vergoeding voor maaltijdcheques

Alvorens verder recht te doen, de gemeente te veroordelen om :

- de volledige tekst van, en de eventuele bijlagen aan het, "*zogenaamde statuut Kelchtermans*" waarna zij in haar besluiten

verwijst over te leggen

- de volledige tekst , en de eventuele bijlagen aan, eventuele andere statuten en/of geldelijke regelingen over te leggen die naar haar oordeel op de heer V. van toepassing geweest zijn in de periode september 1987- augustus 2009

- te verduidelijken vanaf wanneer en tot wanneer elk statuut en/of elke regeling naar haar oordeel van toepassing geweest is op de heer V. , alsook de overgangsregeling tussen de verschillende regelingen aan te geven (cfr. bijvoorbeeld het overgangstelsel in de artikelen 27 e.v. van het geldelijk statuut, stuk 38)

- te verduidelijken waarom de heer V. in 2002 naar haar oordeel als een "*administratief medewerker met 15 jaar anciënniteit*" moet worden beschouwd, waar volgens de heer V. zelf de door hem uitgeoefende functie van directeur/verantwoordelijke leerkracht (vanaf september 1997) eerder overeenstemt met een functie van graad A, minstens van graad B (stuk 38)

-een gedetailleerd overzicht te bezorgen, jaar per jaar, voor de volledige periode van tewerkstelling (september 1987-augustus 2009) van het loon of de wedde en van alle andere bedragen of voordelen (zoals vakantiegeld, feestdagenvergoedingen, de haard- of standplaatstoelage, de eindejaarstoelage, de vergoeding voor reiskosten en eventuele andere toelagen en vergoedingen) waarop de heer V. naar haar oordeel aanspraak kon maken

-voor diezelfde periode een gedetailleerde afrekening te bezorgen, zoals zij dat gedaan heeft voor het loon van de periode juni 2002 tot en met augustus 2009, waarbij de bedragen waarop de heer V. volgens haar aanspraak kan maken vergeleken worden met de bedragen die effectief betaald geweest zijn

De debatten te heropenen op een latere datum, en conclusietermijnen te bepalen in functie van die datum, om de partijen toe te laten standpunt in te nemen over de bedragen en interesten die de gemeente Kampenhout finaal verschuldigd is op basis van het toepasselijk geldelijk statuut, en over de begroting van de rechtsplegingvergoedingen.

BEOORDELING**I.ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP**

De gemeente Kampenhout vermeldt in conclusie dat het bestreden vonnis werd betekend op 30-4-2009.

Het hoger beroep werd tijdig ingesteld met een akte van 19-5-2009. Het is regelmatig naar vorm en aan de overige ontvankelijkheidsvereisten is eveneens voldaan. Het is derhalve ontvankelijk.

II.TEN GRONDE

Uit de uiteenzetting van partijen blijkt dat de gemeente Kampenhout op 24-7-2009 een bedrag betaald heeft van 21.754,83 euro. Zij meent dat de situatie van de heer V aldus volledig geregulariseerd is voor de periode vanaf september 2003, waarvoor zij aanvaardt dat partijen gebonden waren door een mondelinge arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en zij op grond daarvan de lonen voor de vakantiemaanden juli en augustus heeft uitbetaald. Met uitzondering van het bedrag van 217,45 euro dat zij in conclusie aanbiedt te betalen is volgens haar de situatie van de heer V volledig geregulariseerd.

Er blijft een betwisting bestaan betreffende het loon en de voordelen waarop de heer V tijdens die periode recht had.

De betwisting betreft eveneens de aard van de dienstbetrekking tijdens de periode voorafgaand aan september 2002.

De gemeente Kampenhout blijft erbij dat partijen tijdens die periode niet verbonden waren door een arbeidsovereenkomst doch dat de heer V telkens tijdelijke aanstellingen kreeg waarvan de voorwaarden in de eenzijdige aanstellingsbeslissing werden bepaald en die door de gemeente ook zijn voldaan. Zij meent dat de heer V voor die periode geen aanspraken kan laten gelden.

De heer V meent dat partijen van meetaf aan verbonden waren door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en dat de gemeente gehouden was tot betaling van loon en vakantiegeld voor de maanden juli en augustus tijdens al die jaren en tijdens de korte schoolvakanties tot juni 2002. Volgens hem werd evenmin het correcte loon uitbetaald volgens het geldelijk statuut van het gemeentepersoneel. Een en ander is volgens hem niet enkel een contractuele tekortkoming doch bovendien een voortgezet misdrijf, zodat zijn vordering niet verjaard is.

1.Rechtsverhouding tussen partijen

Algemene overwegingen

Zowel in een statutair als in een contractueel dienstverband worden door de ene partij prestaties geleverd onder het gezag van de andere partij tegen de betaling van een loon. Het verschil tussen beide ligt in de wijze waarop de rechtsverhouding tot stand komt: ofwel door een eenzijdige beslissing van de overheid (statutair) ofwel door een wilsovereenstemming tussen beide partijen (contractueel). (Cass. 13-6- 1973, Arr.Cass.'73,995, noot H.L.)

Bij een statutaire aanstelling zijn er geen onderhandelingen tussen partijen omtrent de tewerkstellingsvoorwaarden. Deze worden eenzijdig door de overheid bepaald.

Art 1,2^{de} lid van de wet van 3-7-1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (WAO) bepaalt dat die wet ook van toepassing is op de werknemers tewerk gesteld door het Rijk, de provincies, de agglomeraties, de federaties van gemeenten, de gemeenten, de openbare instellingen welke eronder ressorteren, de instellingen van openbaar nut en de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs en wier toestand niet statutair geregeld is.

Er kan uit worden afgeleid dat de contractuele tewerkstelling subsidiair is. (D.Delvax in "le recours au contrat de travail ou au statut dans la fonction publique, prolégomènes, in Une terre de droit du travail, Les services publics, Bruylant, 2005 p 11)

De rechtspraak gaat er algemeen van uit dat de rechtsverhouding van het personeel van de publieke sector van statutaire aard is en de contractuele relatie de uitzondering, zodat het bestaan van een arbeidsovereenkomst slechts kan worden aanvaard indien de wil daartoe uitdrukkelijk is uitgedrukt of in ieder geval zeker is. (zie o.m.E.Gillet, La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent, in Précis de la fonction publique J.Sarot, Bruylant 1994 p 53 verwijzingen onder voetnoot 88, R.Janvier, Contractanten in overheidsdienst, Mys en Breesch, '97 p8 en verwijzingen onder voetnoot 22.)

De situatie van de gemeenten is bijzonder in de mate zij beschikken over een zelfstandige beslissingsmacht, verankerd in art 41 en 162 van de Grondwet, voor alle aangelegenheden van gemeentelijk belang en zij vrij de rechtspositie van hun personeel kunnen bepalen. (A.De Becker, De overheid en haar personeel, juridische

grondsagen van de rechtspositie van de ambtenaar, die Keure, 2007, Administratieve rechtsbibliotheek, p 368; D.Delvax, o.c. p 19) Deze autonomie werd omkaderd door de Nieuwe Gemeentewet van 30-4-1836.

Bij wet van 30-7-1903, werd in de Nieuwe Gemeentewet het art 85bis ingevoegd waarbij een zekere vastheid van de gemeentebedieningen werd gewaarborgd om de gemeentelijke ambtenaren tegen willekeur van de gemeentebesturen te beschermen. (A.De Becker o.c. p 370, p 394)

Hoewel de statutaire aanwerving niet expliciet werd voorgeschreven leidde de Raad van State daaruit de wil af van de wetgever om het gemeentepersoneel in principe statutair te benoemen. (R.v.St. Gemeente Evere nr 36.181, 8-1-1981). Hij achtte de stabiliteit van de gemeentelijke dienstbetrekking zoals gewaarborgd bij die wet onverenigbaar met een contractuele aanwerving die het recht van partijen inhoudt om eenzijdig een einde te stellen aan hun dienstbetrekking. (A.De Becker p374 zie o.m R.v.St. Rosseels, nr 3270 van 31-3-1954 en R.v.St. Beck nr 14.218, 2-7-1970).

Uit de parlementaire voorbereiding van die wet maakte de Raad van State op dat het de wil van de wetgever was dat die wet van toepassing zou zijn op alle mogelijke titularissen van gemeentelijke bedieningen met uitzondering van de personeelsleden waarop een bijzondere wettelijke regeling toepasselijk was. Voor de toepassing van die wet moest volgens de Raad van State als gemeentebediende ieder persoon worden begrepen die regelmatig werd benoemd in een permanente functie en die daarvoor ten laste van de gemeente een bezoldiging ontvangt. (R.v.St. Gemeente Kapellen, nr 18.863 , 30-3-1978; en R.v.St. Beckers, nr 18.865 30-3-1978)

De gewaarborgde stabiliteit gold volgens de Raad van State niet enkel voor de gemeentelijke ambtenaren die vast benoemd waren in een functie met permanent karakter maar ook voor diegenen die tijdelijk of op proef waren aangesteld in zo'n functie. (E.Gillet o.c; p 63 met verwijzing naar RvSt Rosseels en Beck ; A.De Becker, o.c. p 373; A.De Becker, o.c. p 379 en ref.naar rechtspraak van de Raad van State onder voetnoot 1395)

Uit art 145 en 149 van de Nieuwe Gemeentewet van 24-6-1988 leidde de Raad van State eveneens de voorkeur voor het statutair dienstverband af.

Art 145,1° schrijft voor dat de Gemeenteraad de personeelsformatie en de voorwaarden inzake werving en bevordering van het

gemeentepersoneel bepaalt. Art 145,2° voegt daaraan toe dat gemeenteraad de bezoldigingsregeling en de weddeschalen van het gemeentepersoneel vaststelt met uitzondering van deze wier bezoldigingsregeling door de wet wordt vastgesteld. Deze bevoegdheid is onderworpen aan het algemeen administratief toezicht.

Art 149 bepaalt dat de gemeenteraad de personeelsleden benoemt wier benoeming niet door de wet geregeld wordt.

Art 150 bevestigde het principe van de vastheid van betrekking. Die bepaling onderging nadien echter verschillende wijzigingen. Die bepaling bevat nu nog slechts de tuchtregeling van het personeel in het niet-gesubsidieerd onderwijs. (A. De Becker, o.c. p 399)

Uit art 1, al2 van de wet van 3-7-1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, blijkt dat het de gemeenten toegelaten is personeel aan te werven in het raam van een arbeidsovereenkomst. De Raad van State oordeelde dat die bepaling de gemeenten echter niet kon ontslaan van de verplichting hun opgelegd door art 145 van de Nieuwe Gemeentewet om door statutaire benoemingen te voorzien in de vaste betrekkingen van de personeelsformatie en de vaste functies te vervullen en de contractuele aanwervingen de uitzondering moesten blijven.

Daarmee aanvaardde de Raad van State dat ook voor permanente functies de contractuele aanwerving mogelijk was, zij het bij uitzondering en voor beperkte duur.

Die uitzonderlijke omstandigheden moesten volgens de Raad van State ondubbelzinnig blijken uit het contract gesloten tussen het beheersorgaan van het bestuur en de betrokkene (R.v.St. Bidée nr 77982, 6-1-1999; R.v.St. Baize, 10-6-1988; A. De Becker o.c. p.402)

In het arrest Bidee oordeelde de Raad van State dat niet kon worden besloten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst indien uit geen enkel stuk van het administratief dossier blijkt dat de betrokkene in het raam van een arbeidsovereenkomst werd aangeworven, de beslissing van het College van burgemeester en schepenen zich als een eenzijdige beslissing aandient waarin niet naar de wet van 3-7-1978 wordt verwezen. Latere verwijzigingen naar die wet, noch de omstandigheid dat de sociale zekerheidswetgeving werd toegepast wezen volgens hem op een gemeenschappelijke bedoeling van partijen om een arbeidsovereenkomst aan te gaan.

Volgens de Raad van State is de aanwerving in statutair

dienstverband derhalve de regel en hoort de contractuele tewerkstelling de uitzondering te zijn. (R.v.St. Hercot, nr 27.543, 18-11-1981) of dient zij beperkt te zijn tot de niet typische gemeentelijke bedieningen. (R.v.ST. Bidee nr 77.982, 6-1-1999)
Tewerkstelling onder arbeidsovereenkomst laat zich niet vermoeden en moet worden aangetoond. (R.v.ST. Caers, 24-4-1980)

De hypothesen waarin een beroep kan worden gedaan op een contractuele aanwerving moeten beperkend worden uitgelegd. (RvST. Arendt nr 64.111 van 17-1-1997; RvSt. Fagard nr 90.291, van 18-10-2000 Journ. Procès 2000 nr 405 p 25 noot J.Jacqmain)

Ook het Hof van Cassatie gaat uit van een vermoeden van statutaire tewerkstelling bij gemeenten en is van oordeel dat slechts tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst kan worden besloten indien bewijs voorligt dat partijen een arbeidsovereenkomst hebben gesloten, hetgeen dan nog slechts kan voor niet-permanente gemeentelijke bedieningen. (A.De Becker o.c. p 381 verwijzing naar Cass. 5-10-1992, Bull.Cass.1992, 118; Cass. 2-4-1990 Soc.Kron. 1990, 339)

De typische gemeentelijke - permanente- bedieningen zijn deze die essentieel zijn voor de werking van het bestuur, ingeschreven in het kader, en waarvan de continuïteit moet worden verzekerd. (M.Herbiet, D.Delhez,communal: du statut au contrat ou le constat d'une dérive, Revue de Droit Communal 2003/4, p 11)

De gemeente heeft een opdracht van algemeen belang en moet diensten oprichten en personeel aanstellen om deze te vervullen. Zo heeft de Grondwet het opmaken van de akten van de burgerlijke stand en het houden van de registers toevertrouwd aan de gemeenten. (art 109 van de Grondwet) De gemeente moet ook een gemeentesecretaris en ontvanger hebben. Daarnaast kan de gemeente ook zelf beslissen diensten op te richten die beantwoorden aan collectieve behoeften en die moeten blijven functioneren zolang zij meent dat die diensten moeten blijven bestaan. (P. Buyens, De Nieuwe Gemeentewet Het gemeentepersoneel, formatie en administratief statuut, Van Den Broele 2000, p 16)

In die gevallen betreft het permanente functies, in tegenstelling tot functies of diensten die occasioneel of slechts voor een beperkte duur nodig zijn.

De nieuwe bepalingen waarbij het administratief toezicht op de gemeenten werden geregionaliseerd (decreet van 24-7-1991 en van 28-4-1993) hebben geen wijziging gebracht in de bestaande

beschermingsregeling.

Op basis van het Vlaams decreet van 28-4-1993, houdende de regeling voor het Vlaamse Gewest van het administratief toezicht op de gemeenten (B.S 3-8-1993) en van de sectorale akkoorden gesloten zoals voorgeschreven in de wet van 19-12-1974, stelde de Vlaamse minister van Financiën en die van Binnenlandse Aangelegenheden en Welzijn in, in een omzendbrief van 14-7-1993 (BA 93/07) omtrent de algemene weddenschaal herziening en gemeenschappelijke krachtlijnen van een samenhangend personeelsbeleid (BS 3-9-1993) dat er bij de gemeentelijke administraties slechts twee categorieën van personeelsleden kunnen voorkomen: statutairen en contractanten en dat contractuele tewerkstelling slechts mogelijk was voor:

- tewerkstelling van bepaalde duur
- een bepaald werk of project
- vervanging van andere personeelsleden.

Hiermee werd de categorie van de tijdelijke personeelsleden afgeschaft. Het tijdelijk statutair personeel werd in de personeelsformatie nog slechts behouden in een overgangsstelsel.

De Raad van State oordeelde dat die omzendbrief door de rechter buiten toepassing moest worden gelaten overeenkomstig art 159 van de Grondwet, daar de dwingende regeling die hij inhield niet tot stand was gekomen en uitgevaardigd overeenkomstig de ter zake geldende wetten en decreten, zoals machtiging door wet en decreet, collegiale beraadslaging in de Vlaamse regering, advies afdeling wetgeving van de Raad van State. (R.v.St. 13-10-2003, Delsard 124.147)

De daaropvolgende omzendbrieven bevestigden het principe van de voorrang van statutaire tewerkstelling. (A.De Becker o.c. p 400-)

...
Het ontbreken van een organiek kader of van een statuut belet het bestaan van permanente functies niet. (R.v.ST. Gem Kapellen, 18.863, 30-3-1978; R.v.St. Caers nr. 20280, 24-4-1980)

Het Gemeentedecreet van 15-6-2005, van toepassing sedert 1-1-2006, regelt de rechtspositie van het personeel van de gemeenten die behoren tot het Vlaams Gewest en verkiest expliciet de statutaire benoeming van het gemeentepersoneel als normale tewerkstellingswijze. (A.De Becker, De overheid en haar personeel, Administratieve rechtsbibliotheek, die Keure, 2007, p369, p 402)

Als afwijking op die algemene regel kan slechts personeel met arbeidsovereenkomst worden aangeworven in de daarin bepaalde

gevallen.

De rechtstoestand van het gemeentepersoneel in principe van reglementaire aard hetgeen betekent dat de rechten en plichten van het personeel door wettelijke of reglementaire beschikkingen worden vastgesteld. De arbeidsomstandigheden en bezoldigingen worden op algemene en objectieve wijze vastgesteld zonder dat het personeelslid er inspraak in heeft. (P.Buydens, de nieuwe gemeentewet in de praktijk, personeel, uitg. Vanden Broele p 3)

Tot het statutair personeel behoren de vastbenoemde personeelsleden, de met het oog op een vaste benoeming op proef benoemde personeelsleden en de bij eenzijdige beslissing aangestelde tijdelijke personeelsleden van onbepaalde of bepaalde duur. (P.Buydens, De nieuwe gemeentewet in de praktijk, Personeel, de personeelsformatie, het administratief statuut van het gemeentepersoneel, uitg. Vandenbroele)

Het door de gemeente vastgesteld statuut is in beginsel van toepassing op het gemeentelijk onderwijzend personeel, in zoverre de wetten, decreten, verordeningen en besluiten op het onderwijs daar niet van afwijken hetgeen slechts het geval is voor de personeelsleden van de gesubsidieerde gemeentelijke onderwijsinrichtingen. (A.De Becker o.c. p 377; J.Dujardin, de tuchtregering voor het personeel van de vrije provinciale of gemeentelijke onderwijsinstellingen en PMS-centra, TORB '91-92, p 22)

Anders dan het geval is voor de federale ambtenaren is er geen algemeen statuut voor het personeel van de gemeenten. Slechts enkele aspecten zoals het disciplinair statuut worden door de wet geregeld en zijn van algemene toepassing. Gelet op de autonome beslissingsbevoegdheid van de gemeenten die niet of nauwelijks aan banden werd gelegd door hogere rechtsnormen, kunnen statuten zeer uiteenlopend zijn, ontbreken of slechts zeer gedeeltelijk vastgesteld zijn.

Zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State oordelen dat het geheel of gedeeltelijk ontbreken van een personeelsstatuut niet voor gevolg heeft dat het personeel noodzakelijk in het raam van een arbeidsovereenkomst werd aangeworven. (Cass.21-9-1972, Pas.'73,I, 78; R.v.St. Gem.Kapellen, 18.863, 30-3-1978; R.v.ST. Caers nr 20.280, 24-4-1980)

Hoogstens kan daarin een aanwijzing worden gezien van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. (R.v.St. Hercot)

Ook dan kan slechts tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst worden beslist indien dit met zekerheid kan worden aangetoond en voor zover de wet het toestaat. (*R.vST. Bidée*; R.v.St. nr 19754, Solon 13-7-1979, R.v.St. nr 92.580, stad Goyet, 24-1-2001)

Het Hof van Cassatie besliste dat de rechter niet wettig kan beslissen dat een gemeente en een personeelslid door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden op de enkele grond dat de gemeente niet de bedoeling heeft gehad de situatie van dat personeelslid statutair te regelen. (Cass.5-10-1992, Pas.92,I, p 1118)

Bij het ontbreken van een statutaire regeling moet de overheid in ieder geval de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naleven. (E.Gillet, o.c. p 66 geciteerde rechtspraak onder voetnoot 125)

De aard van de rechtsverhouding kan wijzigen in de loop van de dienstbetrekking, meestal van contractueel naar statutair doch het omgekeerde is mogelijk. (E.Gillet o.c. p 55)

Bij betwisting over de rechtsverhouding moet worden nagegaan of uit de elementen eigen aan de zaak ondubbelzinnig kan worden afgeleid of het de wil van partijen was om hun arbeidsovereenkomst statutair te regelen.

Toepassing op voorliggend geschil.

Bij de beoordeling is van belang dat het tot stand komen van de rechtsverhouding voornamelijk verband houdt met de rechtshandeling die aan de basis ervan ligt, overeenkomst of eenzijdige beslissing. (Cass. 13-6-1973, Pas. I. p 949 noot HL) Bij twijfel wordt een statutaire tewerkstelling vermoed.

In het arrest Debra van 8-1-1960 heeft de Raad van State uit een aantal elementen afgeleid dat de rechtsverhouding tussen partijen niet statutair van aard was. Er was geen benoemingsbesluit, terwijl uit het dossier bleek dat er sprake was van een mondelinge aanwerving. De aanwerving gebeurde niet door de overheid die bevoegd was om aan te stellen. De betrokkene werd aangeworven voor occasionele prestaties. (ref; nr.7526 RJDA 1960 p 26-28; ook Brabant, nr 8.058 van 23-9-1960 nota E.Debra RJDA 1961 p 10-11)

In tegenstelling tot die zaak werd de heer V niet aangesteld in een occasionele functie. De gemeente had een muziekschool ingericht om te voldoen aan een collectieve behoefte, waarvan het ongetwijfeld de bedoeling was dat de continuïteit ervan

werd verzekerd. Het blijkt trouwens dat de heer V werd aangesteld voor de duur van 10 maanden en voor onbepaalde duur.

Er blijkt niet dat er een vacature werd opengesteld m.b.t. de aanwerving van muzikloraars met vaststelling van de voorwaarden waaraan de kandidaten moesten voldoen, noch werden er examens ingericht. Dit belet echter niet dat er sprake is van een statutaire aanstelling.

Met betrekking tot de periode waarop de betwisting omtrent de rechtsverhouding betrekking heeft (van 87 tot en met het schooljaar 2001-2002) ligt geen enkel geschrift voor ondertekend door beide partijen waarin de arbeidsvoorwaarden worden overeengekomen. Evenmin liggen stukken voor waaruit kan worden opgemaakt dat daarover onderhandelingen werden gevoerd.

Voor die periode zijn er enkel jaarlijks hernieuwde beslissingen waarin de Gemeenteraad, later het College van Burgemeester en Schepenen na volmacht van de Gemeenteraad, de heer V en zijn collega's eenzijdig voor het volgende schooljaar (10 maanden) aanstelt, op voordracht van het schepencollege, hun loon bepaalt om te worden ingeschreven in de begroting. Er wordt melding gemaakt van het aantal lesuren per week waarvoor zij worden aangesteld, het aantal lesweken per jaar en het uurtarief. Die beslissingen verwijzen niet naar de wet van 3-7-1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (WAO)

Zij werden aan de Bestendige Deputatie overgemaakt, werden nooit aangevochten door de betrokkenen en kennelijk goedgekeurd.

De gemeente verwijst naar die aanstellingen wat de tot stand koming van de rechtsverhouding tussen partijen betreft.

De heer V merkt daarbij op dat diezelfde beslissingen ook werden genomen vanaf 2002 toen de gemeente jaarlijks schriftelijke arbeidscontracten voor bepaalde tijd opstelde waaruit volgens hem blijkt dat die beslissingen enkel een formaliteit waren in het kader van de gemeentelijke beslissingsprocedure en begroting.

Hij verwijst naar het verslag van de bestuursvergadering van de muziekschool van 15 september 2003 waar werd gesteld: "zoals vorig jaar krijgen de leerkrachten vanwege de gemeente na hun aanstelling een contract van tijdelijke duur". Er worden echter geen aanstellingsbeslissingen m.b.t. die periode voorgelegd.

Binnen de gemeente werd een personeelsstatuut opgesteld, in 1980 en in 1994. Daarin werd uitdrukkelijk bepaald dat het niet van toepassing was op het onderwijzend personeel noch op het al dan niet gesubsidieerd contractueel personeel. Wellicht houdt deze uitsluiting van het onderwijzend personeel verband met het feit dat voor het gesubsidieerd onderwijzend personeel een afzonderlijk statuut geldt dat bij wet, later bij decreet werd vastgesteld. (zie hoger)

Het niet-gesubsidieerd onderwijzend personeel valt daar echter niet onder. Het statuut van de gemeente maakt geen onderscheid tussen beide categorieën.

Er moet derhalve worden vastgesteld dat er geen statuut werd opgesteld waarin de rechtspositie van de leerkrachten van de muziekschool volledig werd geregeld. Dit belet de statutaire aard van de rechtsverhouding echter niet. (zie hoger)

Uit de verslagen van de vergaderingen van de muziekschool blijkt dat herhaaldelijk werd aangedrongen op het uitwerken van een statuut.

De gemeente heeft steeds geargumenteed dat het aanwerven van leraars afhankelijk was van het aantal ingeschreven leerlingen en dat slechts in functie daarvan het aantal uren kon worden bepaald waarvoor de verschillende vakleraars nodig waren.

Tijdens de eerste tien jaar van zijn tewerkstelling was het aantal uren waarvoor de heer V werd aangesteld beperkt en wisselend van jaar tot jaar.

Uit het verslag van de vergadering van 25-9-2001 van de muziekschool blijkt dat zelfs wordt aangedrongen om de aanstellingen uit te stellen tot begin oktober wanneer op basis van het aantal inschrijvingen, het aantal uren waarvoor de leraars moeten worden aangesteld beter kan worden bepaald.

Een statutair dienstverband leent zich beter tot wijzigingen die aansluiten bij de behoeften van de dienst.

De heer V haalt een aantal elementen aan waaruit volgens hem een contractuele tewerkstelling blijkt:

- aansluiting bij de sociale zekerheid der werknemers.
- Onderwerping aan de sociale zekerheid der werknemers met bijdragebetaling aan de RSZ-PPO is geen doorslaggevend element voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst
- Ook tijdelijk statutaire personeelsleden zijn immers onderworpen aan

alle sectoren van de sociale zekerheid voor werknemers overeenkomstig art 9§1 van het koninklijk besluit van 28-11-1969, tot uitvoering van de RSZ-wet. Als categoriecode RSZ-PPO wordt vermeld: code 249 van toepassing op het niet gesubsidieerd personeel van het onderwijs waarop de vakantieregeling voor de publieke sector van toepassing is en vanaf 1999, code 250 van toepassing op het niet gesubsidieerd personeel van het onderwijs onder het vakantieregime van de privé-sector. Deze wijziging stemt overeen met deze die voor het tijdelijk statutair personeel werd doorgevoerd.

Volgens de Raad van State kan op grond daarvan niet worden besloten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst. (R.v.St. Bidée)

De beslissing om aan de betrokkene de bescherming en sociale voordelen toe te kennen van bepaalde sectoren van de sociale zekerheid der werknemers weerlegt het vermoeden van een statutaire tewerkstelling niet. (Buttgenbach en Dembour)

-de verklaring van de schepen M tijdens een algemene vergadering van de muziekschool van 29-4-1996
Het verslag van die vergadering luidt:

"J vraagt wat het "contract" leerkrachten precies omhelst en of de gemeente hieraan een volwaardig statuut kan verlenen. Op dit moment zijn alle leerkrachten tijdelijk aangesteld met een contract van beperkte duur en krijgen zij een vergoeding per gepresteerd uur. Jean M licht toe dat deze leerkrachten niet binnen het kader van het gemeentepersoneel vallen en dat de thans aan de gang zijnde "Studie Nieuw Administratief Statuut" ook deze vorm van contract zal beoordelen."

Het hof merkt op dat die verklaring, pas negen jaar na de eerste aanstelling van de heer V: werd afgelegd, dat zij niet uitgaat van het bevoegd orgaan in de gemeente en zeker niet volstaat om er met zekerheid uit te kunnen besluiten dat door de gemeente werd geopteerd voor een contractuele aanstelling. Het ziet er eerder naar uit dat aan de uitwerking van een volledig statuut werd gedacht.

De termen "tijdelijke aanstellingen" van "statuut" en van "contract" worden door elkaar gebruikt hetgeen enkel wijst op de onzekerheid over de rechtsverhouding.

-tijdens vergaderingen van de muziekschool werd herhaaldelijk door het personeel aangedrongen op een regularisatie van hun statuut. Daaruit kan niet worden afgeleid dat de rechtsverhouding contractueel was en niet statutair. Integendeel, indien de

rechtsverhouding contractueel zou zijn geregeld, zou zij duidelijker zijn.

Het ontbreken van een uitgewerkt statuut, leidt, zoals hierboven onderlijnd niet tot de conclusie dat de rechtsverhouding tussen partijen contractueel van aard is.

-de vermelding van de categorie contractueel bediende op de loonstroken.

Een aantal loonstroken voorafgaand aan de periode vanaf 2002 vermeldt : als categorie 32 A contractueel bediende (vb oktober 1993 (stuk 31 de heer V) andere loonstroken dragen de vermelding 'tijdelijken en contractuelen (vb februari 1998 stuk 32 , januari 2000 stuk 33de heer V juni 2001 stuk 34)

Hieruit kan niet worden afgeleid dat er tussen partijen een arbeidsovereenkomst werd afgesloten.

-de omstandigheid dat vanaf het schooljaar 2002-2003 plots wel arbeidsovereenkomsten werden afgesloten.

Ook dit element is niet doorslaggevend om de tewerkstelling vanaf het begin als contractueel te beschouwen, nu partijen kunnen beslissen de aard van de rechtsverhouding te wijzigen.

De betaling van een uurloon voor de verrichte prestaties wordt evenmin als doorslaggevend element beschouwd voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. (R.v.St. Gemeente Kapellen nr 18.863 van 30-3-1978.)

In het bericht dat op 22-9-1988 aan de heer V werd gestuurd m.b.t. de genomen aanstelling krijgt hij de gelegenheid mee te delen of het aantal uren van de aanstelling hem past. Hetgeen wijst op een eenzijdig genomen beslissing zonder voorafgaande onderhandelingen tussen partijen.

In een beslissing van de Gemeenteraad van 14-9-1997 werd het aantal prestaties van de heer V beperkt tot 38 u per week, met verwijzing naar het gemeenteraadsbesluit van 11-5-1989 houdende goedkeuring arbeidstijdregeling gemeentepersoneel, uitvoerbaar verklaard door de hogere overheid op 2-8-1989 en op de overweging dat zijn tewerkstelling zich in éénzelfde structuur bevindt, m.n. het gemeentelijke muziekonderwijs.

In de beslissing van 8-9-1998 en de volgende beslissingen, wordt verwezen naar de gemeenteraadsbeslissing van 11-6-1992 houdende vaststelling van de bezoldiging van de leerkrachten van de gemeentelijke muziekschool.

Met die beslissing werd het loon van de muzikleraren opgetrokken

tot 500 Bf. per uur. (voordien was het vastgesteld op 350 Bf. per uur)
De beslissing verwijst naar een goedkeuring door de heer
C van 7-7-1986) en werd genomen omdat de leraars niet
de gebruikelijke sociale voordelen genoten, (betaald verlof,
vakantiegeld e.d.) De beslissing zou voor goedkeuring worden
overgemaakt aan de vice-gouverneur van de provincie Brabant.
Die beslissingen kunnen als fragmentaire statutaire regelingen
worden beschouwd, samen met de aanstellingsbeslissingen.

Het hof stelt vast dat de Gemeenteraad steeds eenzijdige
aanstellingen heeft verricht voor de duur van 10 maanden, naar
analogie van wat het geval is voor het tijdelijk
(niet vast benoemd gesubsidieerd) onderwijzend personeel,
waarvoor een afzonderlijk statuut bij decreet werd vastgesteld, met
dit verschil dat in de regeling van dat personeel voorzien is in
loontoeslagen tijdens de vakantieperiodes.

De omstandigheid dat geen schriftelijke arbeidsovereenkomsten
voor bepaalde duur werden afgesloten, hoewel dit een vereiste is die
wordt opgelegd door art 9 van de WAO voor dit type van
overeenkomsten, is volgens het hof een aanwijzing dat de gemeente
niet voor een contractuele rechtsverhouding opteerde, doch voor
tijdelijke statutaire aanstellingen.

Nu er wel degelijk jaarlijks tijdelijke aanstellingen gebeurden door het
bevoegd orgaan van de gemeente, er geen schriftelijke
arbeidsovereenkomsten voorliggen noch betekenisvolle andere
elementen die ondubbelzinnig wijzen op de wil van partijen hun
rechtsverhouding contractueel te regelen, is het hof van oordeel dat
partijen verbonden waren door een statutair dienstverband, tot op
het ogenblik dat zij duidelijk, via het sluiten van schriftelijke
arbeidsovereenkomsten te kennen hebben gegeven dat zij hun
rechtsverhouding contractueel wensten te regelen.

Het blijkt bovendien dat de heer V. zich geschikt heeft
naar die tijdelijke aanstellingen en zich telkens tijdens de
vakantiemaanden heeft ingeschreven in de werkloosheid en
werkloosheidsuitkeringen heeft genoten.

2. Loonregularisatie

a) Loon voor vakantieperiodes

- *De vordering met betrekking tot de periode 1987 tot en met 10 mei 2002*

In de mate de vordering van de heer V . betrekking heeft op de periode voorafgaand aan 10 mei 2002, is ze verjaard voor zover ze gesteund is op een arbeidsovereenkomst en bovendien niet gegrond.

In de mate hij zijn vordering steunt op een voortgezet misdrijf en voor zover zulk misdrijf kan worden vastgesteld, is ze niet verjaard.

Dat de heer V tijdens de periode van 1987 tot eind juni 2002 niet in dienst was met een arbeidsovereenkomst, belet niet dat hij een vordering kan instellen voor de arbeidsrechtbank gesteund op een misdrijf wegens schending van de bepalingen van de loonbeschermingswet van 12-4-1965 wegens het niet betalen van het verschuldigd loon.

Het niet betalen van het verschuldigd loon op gezette tijden maakt een misdrijf uit op grond van art 42 van de loonbeschermingswet van 12-4-1965. Zoals blijkt uit art 1 en 5 van die wet, is deze eveneens van toepassing op tewerkstelling in de openbare sector en op personen die anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst arbeidsprestaties leveren onder gezag tegen betaling van loon. (zie o.m. Cass. 28.6.2010)

Er is sprake van een voortgezet misdrijf bij het aanhoudend, niet betalen van het verschuldigd loon, vanuit eenzelfde misdadig opzet, dat kan bestaan uit een weloverwogen beslissing of uit nalatigheid. De wet vereist immers geen bijzonder opzet.

Overeenkomstig art 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering kan de burgerlijke vordering gesteund op een misdrijf alleszins niet verjaren voor de strafvordering. De publieke rechtsvordering wegens overtreding van de bepalingen van de loonbeschermingswet verjaart overeenkomstig art 46 van die wet door verloop van 5 jaar na het feit waaruit de vordering is ontstaan.

Bij een voortgezet misdrijf begint de verjaringstermijn slechts te lopen vanaf het laatste strafbaar feit, waaruit volgt dat indien het bestaan van een voortgezet misdrijf zou blijken, de vordering niet is verjaard.

Het komt de eisende partij toe het bewijs te leveren van het bestaan van het misdrijf. Om een misdrijf te kunnen vaststellen moet zowel een materieel als een moreel bestanddeel voorhanden zijn. In het raam van een vordering gesteund op een misdrijf, kan van de verwerende partij niet worden vereist dat zij haar medewerking verleent aan de bewijsvoering.

Loon is de tegenprestatie van de in het raam van de overeenkomst/statuut te leveren prestaties.

Indien er geen prestaties worden geleverd is er in principe geen recht op loon, behoudens afwijkende wettelijke of contractuele/statutaire bepaling. Het Hof van Cassatie oordeelde dat dit eveneens geldt indien er geen prestaties worden geleverd door toedoen van de werkgever. (Cass.24-12-1979, RW 80-81, 410; Cass. 16-3-1992, RW 92-93(verkort) 401; Cas.18-1-1993, Conclusies advocaat-generaal H.Lenaerts, RW 92-93,1443, Cass. 26-4-1993, RW 93-94,507)

De heer V dient derhalve aan te tonen dat hij prestaties heeft geleverd waarvoor geen loon werd betaald of dat de schorsingperiodes tijdens dewelke hij geen prestaties heeft geleverd recht gaven op loon opdat het loonsmisdrijf zou kunnen worden vastgesteld en aangezien hij zich beroept op een voortdurend misdrijf, moet hij eveneens aantonen dat dit aanhoudend het geval is geweest.

Het hof acht dit bewijs niet geleverd voor wat de schoolvakanties betreft tijdens de periode 1987 tot 10 mei 2002.

Tijdens die periodes functioneerde de muziekschool niet en kon de heer V derhalve geen prestaties leveren als pianoleraar. Volgens de heer V liepen de inschrijvingen vanaf half mei tot eind september, volgens de gemeente Kampenhout vonden zij plaats tijdens de maand september.

De heer V houdt voor dat hij prestaties leverde als verantwoordelijke leerkracht en voorbereidend werk. Het hof stelt vast dat zijn taak als verantwoordelijke leerkracht op 2 u per week werd bepaald.

Voor het vaststellen van een misdrijf, acht het hof bovendien noodzakelijk dat wordt aangetoond dat die prestaties tijdens de vakantiemaanden ook daadwerkelijk werden uitgevoerd.

De heer V genoot tijdens de vakantiemaanden juli en augustus werkloosheidsuitkeringen. Het blijkt geenszins dat die enkel voorlopig werden toegekend in afwachting van een beslechting over een loonsvordering. Om aanspraak te kunnen maken op werkloosheidsuitkeringen, moet men zonder arbeid en zonder loon zijn, zoals bepaald in art 44 van het werkloosheidsbesluit. KB 25-11-1991.

De heer V houdt voor dat hij vanaf 2001 geen recht op werkloosheidsuitkeringen meer zou hebben gehad omdat de RVA

van oordeel was dat hij zijn werkgever moest aanspreken over de situatie tijdens de vakantiemaanden, maar er wordt geen beslissing voorgelegd zodat de reden niet kan worden achterhaald.

Bovendien stelt het hof vast dat de heer V in de dagvaarding van 15-12-2009 waarmee hij na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een nieuw geding inleide voor de arbeidsrechtbank, stelt dat hij gedurende de ganse tewerkstellingsperiode een bijkomende professionele activiteit had die hij ook effectief heeft uitgeoefend en als zelfstandige in bijberoep was aangesloten.

Hij haalde dit aan toen de gemeente hem verzocht om tijdens de maand augustus (2009) prestaties te leveren in het kader van een muziekstage tijdens de vakantieperiode.

Zijn aanstellingen waren beperkt tot 10 maanden en tot het met het schooljaar 2001-2002 tot 37 weken.

In die omstandigheden acht het hof het materieel element van het misdrijf niet bewezen.

- Met betrekking tot de vordering voor de periode van 10 mei 2002 tot september 2003.

Voor die periode kan slechts een contractuele vordering worden ingesteld met betrekking tot de periode waarin partijen verbonden waren door een arbeidsovereenkomst. Dit is het geval vanaf september 2002 tot en met juni 2003 waarvoor partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben afgesloten. Tijdens de periode van mei tot september 2002 was de tewerkstelling nog statutair van aard.

In de mate er sprake zou zijn van een misdrijf is de vordering wel ontvankelijk voor de gehele periode.

Voor de vakantieperiode juli en augustus 2002 gelden dezelfde overwegingen als hierboven, nl. dat de heer V niet aantoonde dat daadwerkelijk prestaties werden geleverd tijdens die maanden, in tegenstelling tot zijn statutaire aanstelling voor 10 maanden (met uitsluiting voor juli en augustus) en zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van september 2002 tot en met juni 2003.

- Met betrekking tot de vordering voor de periode vanaf september 2003

Voor die periode heeft de gemeente zich neergelegd bij de beslissing van de arbeidsrechtbank dat partijen verbonden waren door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur omdat de verschillende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet uiterlijk bij de aanvang van de tewerkstelling schriftelijk werden vastgesteld.

Voor die periodes heeft de gemeente een regularisatie uitgevoerd o.m. voor de vakantiemaanden juli en augustus.

De heer V bevestigt dat zij op 24-7-2009 overging tot betaling van een bedrag van 27.858,50 euro als loon voor de maanden juli en augustus voor de jaren 2004 tot en met 2008 en als eindejaarstoelage voor die jaren.
Op 25-1-2010 zou zij dan de intresten op dat bedrag hebben betaald.

b)Achterstallen baremaloon over de gehele tewerkstellingsperiode

De heer V meent dat er loonsachterstallen verschuldigd zijn daar hij niet het loon zou hebben ontvangen waarop hij recht had.

De vordering is niet verjaard, in de mate een voortgezet misdrijf zou kunnen worden vastgesteld voor de ganse tewerkstellingsperiode.

Voor zover die vordering gesteund is op de arbeidsovereenkomst is ze niet ontvankelijk voor de periode tijdens dewelke de rechtsverhouding tussen partijen statutair van aard was, wel voor de periode tijdens dewelke partijen verbonden waren door een arbeidsovereenkomst.

De heer V. meent dat de door de gemeente uitgevoerde regularisatie die slechts betrekking heeft op vakantieperiodes juli en augustus vanaf 2004 en maaltijdcheques ontoereikend is daar zij niet vertrekt vanuit het uitbetaald loon en niet vanuit het correcte loonbarema, waarop hij aanspraak kan maken en geen rekening houdt met gepresteerde overuren.

Er bestaat geen betwisting over dat de heer V. recht had op dezelfde loonschalen als vastgesteld in het geldelijk statuut van het gemeentepersoneel met een analoge functie. Dit dient te worden afgeleid uit het gelijkheidsbeginsel.
Op basis van dat beginsel moeten ook contractueel aangeworven personeelsleden die tot eenzelfde categorie behoren op dezelfde wijze worden behandeld (als statutairen) (M.Paques, L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale TSR '96, p 10 nr 3)

In de schriftelijke arbeidsovereenkomsten die vanaf 2002 tussen

partijen werden gesloten wordt in art 6 uitdrukkelijk bepaald:

"De loon- en arbeidsvoorwaarden worden bepaald (door de gemeenteraad) en zo nodig aangepast op basis van het statuut van het contractueel personeel."

De Gemeente legde een statuut voor van 1980 en van 1994. Het onderwijzend personeel werd daarvan uitgesloten. Het loon van de muzikleraren werd door de gemeenteraad bepaald bij afzonderlijke beslissingen. Het op die basis uitbetaalde loon moet worden getoetst aan de bezoldiging die in het geldelijk statuut van het gemeentepersoneel werden vastgesteld. De gemeente is ertoe gehouden de statutaire regeling toe te passen overeenkomstig het gelijkheidsbeginsel.

Het hof stelt vast dat tussen partijen onenigheid bestaat omtrent het toepasselijk barema. Volgens de gemeente is het barema van graad C van toepassing, overeenstemmend met opleiding secundair onderwijs, volgens de heer V dat van graad A, of minstens graad B (van toepassing op het hoger onderwijs korte type).

Het hof is van oordeel dat partijen hun standpunt dienaangaande verder dienen toe te lichten, o.m. op basis van het diploma waarover de heer V beschikt en waarover geen verdere inlichtingen worden verstrekt en in voorkomend geval de andere criteria die in aanmerking moeten worden genomen.

Wat de contractuele vordering betreft, dient de Gemeente toelichting te verschaffen bij haar afrekening.

Wat de vordering gesteund op een loonsmisdrijf betreft, dient de heer V zelf in voorkomend geval, zijn vordering te begroten.

Het komt de heer V toe een berekening op te stellen van volgens hem verschuldigde lonen volgens de op grond van het geldelijk statuut van het gemeentepersoneel op hem toepasselijke loonschaal en rekening houdend met hetgeen reeds werd betaald, waarna zal kunnen worden vastgesteld of er sprake kan zijn van een voortgezet misdrijf en in voorkomend geval de hem verschuldigde bedragen kunnen worden bepaald.

De heer V dient ook uitleg te verschaffen i.v.m. mogelijke interferenties m.b.t. de vorderingen die hij heeft ingesteld bij dagvaarding van 15-12-2009. Het hof stelt vast dat hij daarin betaling van de intresten vordert op de bedragen die als regularisatie voor de periode 2004 tot 2008 werden betaald.

c) Vakantiegeld

Op grond van art 10 van het Koninklijk Besluit van 28-11-1969 tot uitvoering van de wet van 27-6-1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid der werknemers, is het niet vastbenoemde personeel van de gemeenten onderworpen aan de gecoördineerde wetten op de jaarlijkse vakantie voor werknemers, d.i. de gecoördineerde wetten van 28-6-1971.

Het niet betalen van vakantiegeld wordt eveneens strafbaar gesteld bij art 54-59 van de vakantiewet. Het misdrijf dat bestaat uit het niet betalen van vakantiegeld vereist evenmin een bijzonder opzet, ook hier kan het moreel bestanddeel bestaan uit een weloverwogen beslissing of uit nalatigheid.

Het aanhoudend niet betalen van het verschuldigd vakantiegeld tijdens een ononderbroken periode kan een voortgezet misdrijf uitmaken, wegens eenheid van opzet. (Cass. 27-10-1986, JTT 87,301)

Overeenkomstig art 60 van de vakantiewet, verjaart de publieke rechtsvordering door verloop van 5 jaar. De burgerlijke rechtsvordering kan overeenkomstig art 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering niet verjaren voor de strafvordering.

De verjaringstermijn neemt in geval van een voortgezet misdrijf pas een aanvang bij het laatste strafbaar feit.

Volgens het onderzoek dat in 2001 door de RVA werd uitgevoerd, werd er vakantiegeld betaald minstens sinds 1993. Uit het voorgelegde stuk kan echter niet worden opgemaakt of de betaling toereikend was.

Het hof stelt vast dat de bedragen waarvoor de heer V provisioneel de veroordeling vorderde, enkel berekend zijn op het gevorderde loon voor schoolvakanties.

Uit hetgeen hiervoor werd beslist volgt dat die vordering niet kan worden toegekend voor de periode voorafgaand aan juli 2004. De periode vanaf juli 2004 werd door de gemeente geregulariseerd.

In geval zou worden vastgesteld dat de uitbetaalde vakantiegelden niet correct zouden zijn berekend, niet het correcte baremaloon werd betaald dat als grondslag dient, of de regularisatie niet correct werd uitgevoerd, is in voorkomend geval nog vakantiegeld verschuldigd.

De gemeente dient mee te delen welke vergoedingen zij aan haar personeel nog toekende, behalve haard- en standplaatsvergoedingen evenals de bedragen ervan en de beslissingen die als rechtsgrond dienen.

Voor wat de periode betreft tijdens dewelke de vordering enkel op een misdrijf kan worden gesteund, daar zij voor het overige verjaard is of niet gegrond, dient de heer V. zelf een afrekening op te stellen.

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 en reeds in volgende mate gegrond;

Hervormt het bestreden vonnis reeds in de mate daarin werd beslist
-dat partijen ook tijdens de periode van 1-9-1987 tot en met 30-6-2003 reeds verbonden waren door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur.

-dat het de gemeente veroordeelde tot loonachterstallen voor vakanties tijdens die periode en vakantiegelden op die loonachterstallen.

Zegt voor recht dat de rechtsverhouding tussen partijen statutair was tijdens de periode van 1-8-1987 tot 30-6-2002 en dat zij verbonden waren door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, tijdens de periode van 1-9-2002 tot 30-6-2003.

Verklaart de vordering voor zover gesteund op de arbeidsovereenkomst verjaard voor de periode voorafgaand aan 10-5-2002 en bovendien in ieder geval, niet gegrond voor de periode voorafgaand aan 1-9-2002.

Verklaart de vordering voor zover gesteund op een voortgezet misdrijf ontvankelijk voor de ganse tewerkstellingsperiode in de mate een voortgezet misdrijf kan worden vastgesteld.

Zegt voor recht dat er geen voortgezet misdrijf kan worden vastgesteld dat erin zou bestaan dat geen loon werd uitbetaald tijdens de schoolvakanties over de periode van 1987 tot en met

september 2003.

Verklaart de vordering gesteund op een misdrijf bestaande uit de niet betaling van loon tijdens schoolvakanties tijdens die periode en vakantiegeld daarop ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis in de mate daarin werd geoordeeld dat het geldelijk statuut van de Gemeente uitgewerkt voor haar personeel van toepassing is voor de ganse periode waarop de vordering slaat voor wat de bepaling van het loon en de loonsvoordelen betreft en in de mate het de gemeente veroordeelde tot loonachterstallen en vakantiegelden voor de periode vanaf juli 2004.

Stelt vast dat de vordering m.b.t. loonachterstallen voor die periode minstens reeds gegrond was ten belope van het door de gemeente geregulariseerde bedrag.

Verklaart de vordering gegrond in de mate zij betrekking heeft of de vergoeding voor maaltijdcheques vanaf 2002. Veroordeelt de gemeente tot betaling van het overeenkomstige bedrag van 7.223,74 euro als werkgeversbijdrage maaltijdcheques voor de periode vanaf 2002 en tot de wettelijke en gerechtelijke intresten erop.

Vooraleer voor het overige uitspraak te doen,

Beveelt de heropening der debatten,

-Nodigt partijen uit nader toe te lichten op welke criteria zij zich steunen om het door hen aangewezen barema van het geldelijk statuut van het gemeentepersoneel op de heer V van toepassing te verklaren, toelichtingen te verstrekken over het door hem behaalde diploma, en de andere criteria die in voorkomend geval in aanmerking dienen genomen te worden.

-Nodigt de Gemeente Kampenhout uit het hof in te lichten over alle loonbestanddelen en vergoedingen waarop het personeel van de gemeente recht heeft met betrekking tot de periode waarop de contractuele vordering is gesteund, zowel wat de aard als wat de omvang ervan betreft, zowel wat de eindejaarspremies, haard- en standplaatstoelagen als andere op grond van het geldelijk statuut toegekende vergoedingen betreft en in voorkomend geval een afrekening voor te leggen.

-Nodigt de heer V uit, in voorkomend geval, een afrekening voor te leggen m.b.t. de nog verschuldigde lonen, feestdagenloon, loonsvoordelen en vakantiegelden, rekening

houdend met de reeds verrichte betalingen, met dien verstande dat hij m.b.t. de vordering gesteund op het misdrijf de volledige bewijslast draagt.

Heropent daartoe de debatten.

Staat appellante partij toe conclusies + mededeling stukken neer te leggen uiterlijk op 31 januari 2011;

Staat geïntimeerde partij toe conclusies + mededeling stukken neer te leggen uiterlijk op 18 april 2011;

Staat appellante partij toe aanvullende of syntheseconclusies neer te leggen uiterlijk op 17 juni 2011;

Staat geïntimeerde partij toe aanvullende of syntheseconclusies neer te leggen uiterlijk op 16 augustus 2011;

Stelt deze heropening der debatten vast op de openbare terechtzitting van de **3^{de} kamer van 18 oktober 2011 te 13uur45'**, in de zaal o.6, Poelaertplein 3 te 1000 Brussel.

Aldus gewezen door de derde kamer van het arbeidshof en
ondertekend door:

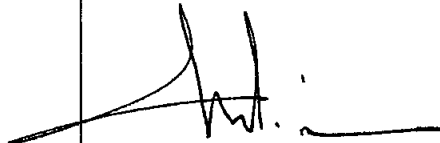
G. Balis, kamervoorzitter;

P. Kessels, raadsheer in sociale zaken, als werkgever;

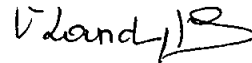
G. Tissen, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende;

Bijgestaan door

S. Van Landuyt, afgevaardigd griffier.

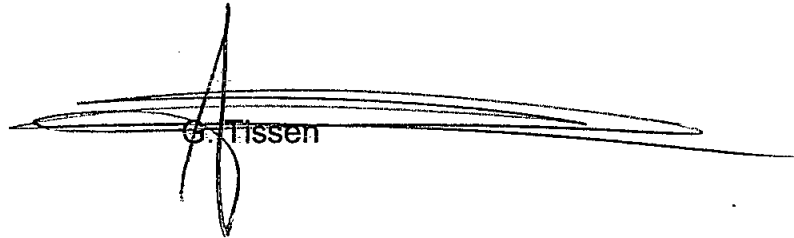


G. Balis



S. Van Landuyt

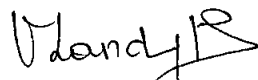
P. Kessels



De heer P. Kessels, 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 G. Tissen, raadsheer
in sociale zaken, als werknemer-bediende.

S. Van Landuyt, afgevaardigd griffier.



En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de derde kamer
van het arbeidshof te Brussel op 9 november tweeduizend en tien
door :

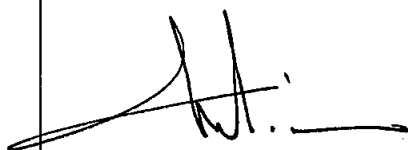
G. Balis

kamervoorzitter

Bijgestaan door

S. Van Landuyt

afgevaardigd griffier

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'G' and 'B' followed by a horizontal line.

G. Balis

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Van Landuyt' followed by a stylized 'B'.

S. Van Landuyt