

rep.nr.

2011/1406

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 13 MEI 2011

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
heropening der debatten

In de zaak (2010/AB/257):

KIND & GEZIN, met zetel te 1060 BRUSSEL, Hallepoortlaan 27,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. CLEREBAUT Karlien loco mr. VERBOUWE
Stefaan, advocaat te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan 270.

Tegen:

KINDERDAGVERBLIJVEN LEUVEN VZW, met zetel te 3000 LEUVEN,
Blijde Inkomststraat 102,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. ISENBORGHS Eddy, advocaat te 3202
RILLAAR, Diestsesteenweg 257.

In aanwezigheid van:

W
vertegenwoordigd door mevrouw G , afgevaardigde van een
representatieve organisatie van werknemers, houdster van een
schriftelijke volmacht, kantoorhoudend te 3000 Leuven, L.
Vanderkelenstraat 32.

In de zaak (2010/AB/264):

KINDERDAGVERBLIJVEN LEUVEN VZW, met zetel te
3000 LEUVEN, Blijde Inkomststraat 102,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. ISENBORGHS Eddy, advocaat te 3202
RILLAAR, Diestsesteenweg 257.

Tegen:

W wonende te 3221 NIEUWRODE, Terheide Hoek 5 B 101,
geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mevrouw G. , afgevaardigde van een representatieve organisatie van werknemers, houdster van een schriftelijke volmacht, kantoorhoudend te 3000 Leuven, L. Vanderkelenstraat 32.

In aanwezigheid van:

KIND EN GEZIN, met zetel te 1060 BRUSSEL, Hallepoortlaan 27, vertegenwoordigd door mr. CLEREBAUT Karlien loco mr. VERBOUWE Stefaan, advocaat te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan 270.

*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 22 oktober 2009 door de arbeidsrechtbank te Leuven, 1^e B kamer (A.R. 08/537/A).
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 18 maart 2010 (2010/AB/257) en 19 maart 2010 (2010/AB/264);
- de conclusie en syntheseconclusie voor Kinderdagverblijven Leuven vzw neergelegd ter griffie, respectievelijk op 6 september 2010, 6 januari 2011 en 7 maart 2011,
- de conclusie en syntheseconclusie voor mevrouw W. neergelegd ter griffie, respectievelijk op 22 juni 2010 en 2 december 2010;
- de conclusie en syntheseconclusie voor Kind en Gezin neergelegd ter griffie, respectievelijk op 5 november 2010 en 7 februari 2011;
- de voorgelegde stukken;

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 15 april 2011, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Mevrouw . W. was van 2 mei 1988 tot 31 mei 1990 deeltijds tewerkgesteld in het Heilig Hartziekenhuis te Leuven, dat valt onder het paritair comité 305.

Van 3 januari 1991 tot 14 maart 1999 werkte zij als Kinderverzorgster in het Derde Arbeidscircuit (DAC) bij de VZW Kinderdagverblijven Leuven (zie attest van 15 april

1999 van de VZW). Deze VZW ressorteert onder het paritair comité 305.02 voor de gezondheidsinrichtingen en -diensten, thans het PC 331 voor de Vlaamse welzijns- en gezondheidssector.

Op 15 maart 1999 kwam zij bij dezelfde werkgever in dienst met een gewone arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.

Bij de overgang van DAC naar gewone tewerkstelling daalde het maandloon van mevrouw W van 54.329 frank naar 50.695 frank. Deze daling is het gevolg van het feit dat op 15 maart 1999 haar anciënniteit terug op nul werd gezet, daar geen rekening werd gehouden met haar tewerkstelling in DAC en evenmin met deze in het Heilig Hartziekenhuis.

2. De vakorganisatie van mevrouw W protesteerde hiertegen bij brief van 8 januari 2004.

Na een aantal herinneringsbrieven reageerde de werkgever op 27 november 2007 en verwees naar de CAO van 28 februari 2001 (KB 2 juli 2003, BS 21 augustus 2003) inzake de inschakeling in de loon- en arbeidsvoorwaarden van de sector voor het personeel tewerkgesteld in de statuten DAC en PBW, die slechts een regeling uitwerkte vanaf 1 januari 2007.

3. Partijen bereikten hierdoor geen overeenstemming, zodat mevrouw W de VZW Kinderdagverblijven Leuven dagvaardde voor de arbeidsrechtbank te Leuven en een vordering ex delicto stelde in betaling van:

- een schadevergoeding wegens loonaanpassing voor de periode van 15 maart 1999 tot 31 januari 2008 ten bedrage van € 29.384,41
- een schadevergoeding wegens eindejaarspremies voor dezelfde periode van € 1.286,08
- een schadevergoeding wegens aanpassing vakantiegelden van € 2.642,60
- € 1 provisioneel vanaf 1 februari 2008

in ondergeschikte orde vorderde mevrouw W ex contractu:

- een loonaanpassing voor de periode van 1 februari 2003 tot en met 31 januari 2008 van € 20.972,10
- aanpassing eindejaarspremies voor deze periode van € 514,15
- aanpassing vakantiegeld voor die periode van € 1.916,64
- € 1 provisioneel vanaf 1 februari 2008

te vermeerderen met wettelijke en gerechtelijke intresten en met de kosten.

De VZW Kinderdagverblijven Leuven dagvaardde op zijn beurt het Intern Verzelfstandigd Agentschap (IVA) Kind en Gezin in tussenkomst en vrijwaring op 14 augustus 2008.

4. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven van 22 oktober 2009 werd de vordering ex delicto niet gegrond verklaard en werd de gedeeltelijke verjaring vastgesteld van de vordering ex contractu.

Vervolgens werd de vordering in ondergeschikte orde van mevrouw W gegrond verklaard. Tevens werd de vordering in tussenkomst en vrijwaring ontvankelijk en gegrond verklaard. De kosten van de inleidende dagvaarding werden ten laste van de VZW gelegd en de kosten van de dagvaarding in tussenkomst ten laste van Kind en Gezin; voor het overige werd iedere partij veroordeeld tot de eigen kosten.

Dit vonnis werd betekend op 19 februari 2010 aan de VZW Kinderdagverblijven Leuven en op 24 februari 2010 aan Kind en Gezin.

5. Bij verzoekschrift tot hoger beroep van Kind en Gezin, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 18 maart 2010, tekende deze hoger beroep aan en vroeg dat de vordering in tussenkomst en vrijwaring onontvankelijk, minstens ongegrond zou worden verklaard met veroordeling van de VZW Kinderdagverblijven Leuven tot de kosten;
in ondergeschikte orde vroeg het dat de vordering verjaard zou worden verklaard vanaf 12 maart 2003.

Bij verzoekschrift tot hoger beroep van de VZW Kinderdagverblijven Leuven, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 19 maart 2010, tekende deze eveneens hoger beroep aan en vroeg dat de oorspronkelijke vordering volledig ongegrond zou worden verklaard.

In ondergeschikte orde vroeg het dat het vonnis zou worden bevestigd wat betreft haar vordering in tussenkomst en vrijwaring lastens Kind en Gezin.

Gelet op het feit dat de beide hogere beroepen gericht zijn tegen hetzelfde vonnis werden zij op de inleidingzitting wegens samenhang samengevoegd.

Mevrouw W. tekende incidenteel beroep aan en zij hernam haar oorspronkelijke vordering in nooddorde ex delicto, die ze nu aanpast tot eind 2009 als volgt:

- een schadevergoeding wegens loonaanpassing voor de periode van 15 maart 1999 tot 31 december 2009 ten bedrage van € 38.263,31
- een schadevergoeding wegens eindejaarspremies voor dezelfde periode van € 1.607,11
- een schadevergoeding wegens aanpassing vakantiegelden van € 3.357,41
- € 1 provisioneel vanaf 1 januari 2010.

In ondergeschikte orde vraagt ze een schadevergoeding vanaf 1 januari 2001 en haar vordering belooft dan:

- een schadevergoeding wegens loonaanpassing voor de periode van 1 januari 2001 tot 31 december 2009 ten bedrage van € 32.448,21
- een schadevergoeding wegens eindejaarspremies voor dezelfde periode van € 1.278,88
- een schadevergoeding wegens aanpassing vakantiegelden van € 3.089,45
- € 1 provisioneel vanaf 1 januari 2010

Haar vordering ex contractu paste ze in dezelfde zin aan als volgt:

- een loonaanpassing voor de periode van 1 februari 2003 tot en met 31 december 2009 van € 29.851
- aanpassing eindejaarspremies voor deze periode van € 835,19
- aanpassing vakantiegeld voor die periode van € 3.346,26
- € 1 provisioneel vanaf 1 januari 2010

al deze bedragen te vermeerderen met wettelijke en gerechtelijke intresten en met de kosten.

Tevens vraagt zij afgifte van de aangepaste sociale en fiscale bescheiden.

II. BEOORDELING.

1. Gelet op de betekening van het bestreden vonnis op 19 februari 2010 aan de VZW Kinderdagverblijven Leuven is het hogere beroep van deze partij van 19 maart 2010 tijdig ingesteld.

Gelet op de betekening van het bestreden vonnis op 24 februari 2010 aan het IVA Kind en Gezin is het hogere beroep van deze partij van 18 maart 2010 tijdig ingesteld. Ze zijn regelmatig naar vorm en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Ze zijn daardoor ontvankelijk. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

2. De vraag moet worden opgelost of rekening houdend met de anciënniteitsregeling in de sector van de Kinderdagverblijven mevrouw W een deel van haar anciënniteit in het Heilig Hartziekenhuis kan in rekening brengen en/of rekening kan worden gehouden met haar tewerkstelling onder DAC statuut.

Toepasselijke regelgeving

3. Wat betreft de tewerkstelling in het Heilig Hartziekenhuis verwijst mevrouw W naar de CAO van 1 juli 1975 (KB 27 april 1977, BS 17 mei 1977) gesloten in het paritair comité 305 voor de gezondheidsinrichtingen en diensten.

Artikel 3 handelt over de toekenning van anciënniteit indien de werknemer vroeger bij een instelling van dezelfde aard was tewerkgesteld en de arbeidsonderbreking minder dan een jaar bedroeg.

Gelet op het feit dat een ziekenhuis een instelling is van een andere aard dan een Kinderdagverblijf, beroept mevrouw W zich voor dit onderdeel niet op deze bepaling.

Artikel 4 echter acht zij wel van toepassing en dit luidt:

De werknemer die voor zijn indienstneming was tewerkgesteld in een instelling van een andere aard dan deze welke hem in dienst heeft genomen of waarvan de arbeidsonderbreking meer dan een jaar bedraagt, ontvangt gedurende de eerste zes maanden na zijn indienstneming het aanvangsminimumloon van de categorie waarbij hij is ingedeeld.

Vanaf de zevende tot en met de twaalfde maand tewerkstelling, wordt de werknemer een anciënniteit toegekend vastgesteld op de helft van het aantal jaren dienst in de instelling waar hij laatst was tewerkgesteld. Voor de toepassing van dit lid moet onder "laatste instelling" worden verstaan de instelling waar de werknemer voor het laatst gedurende ten minste dertien maanden was tewerkgesteld.

Vanaf de dertiende maand tewerkstelling kan de resterende helft van het aantal jaren dienst al dan niet gedeeltelijk of volledig worden aangerekend.

4. Voor het in aanmerking nemen van de anciënniteit in het DAC stelsel verwijst mevrouw W naar de CAO van 9 maart 1993 inzake arbeids- en loonvoorwaarden in de sector van de kinderopvang. Hierin worden de minimumlonen vastgesteld op grond van enerzijds de functie en anderzijds de (baremieke) anciënniteit.

Voor de invulling van het begrip 'baremieke anciënniteit' verwijst mevrouw W opnieuw naar de CAO van 1 juli 1975, waardoor de anciënniteit bij de vorige werkgever kan worden overgenomen.

In een latere CAO van 28 februari 2001 (KB 11 november 2002, BS 6 januari 2003) betreffende de loonvoorwaarden in uitvoering van het Vlaams Intersectoraal Akkoord wordt in artikel 5 §2 de dienstanciënniteit gedefinieerd als de *anciënniteit berekend*

op basis van de werkelijke diensten die zonder vrijwillige onderbreking werden verricht in de sector kinderopvang en diensten voor opvanggezinnen.

In artikel 15 wordt gezegd dat de opgebouwde anciënniteitsrechten behouden blijven.

5. De VZW Kinderdagverblijven Leuven daarentegen verwijst naar een andere CAO van 28 februari 2001 (KB 2 juli 2003, BS 21 augustus 2003) inzake de inschakeling in de loon- en arbeidsvoorwaarden van de sector voor het personeel tewerkgesteld in de statuten "Derde Arbeidscircuit (DAC)" en "het Programma ter Bevordering van de Werkgelegenheid (PBW)."

Deze CAO gaf uitvoering aan het punt 2.7. van het Vlaams Intersectoraal Akkoord voor de Social Profitsector 2000-2005 (artikel 2). Men wilde hierdoor de nepstatuten, waaronder het DAC regulariseren.

Deze CAO trad in werking op 1 januari 2001 en voorzag in artikel 4 dat de arbeidsovereenkomsten van onbepaalde tijd van de betrokken werknemers in DAC of PWB dienden omgezet te worden in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dezelfde functie en in dezelfde tewerkstellingsplaats.

Beide partijen zijn het erover eens dat, gelet op zijn inwerkingtreding op 1 januari 2001, deze CAO niet van toepassing is op de situatie van mevrouw W. Maar de VZW leidt hieruit af dat voor deze datum deze regeling niet diende te worden toegepast omwille van het beginsel van de niet retroactiviteit.

De baremieke anciënniteit in het licht van de CAO van 1 juli 1975

6. Het loon van mevrouw W. werd bepaald op grond van de loonschalen van de CAO van 9 maart 1993 tot vaststelling van de arbeids- en loonvoorwaarden in de sector van de kinderopvang (KB 30 juli 1994, BS 13 oktober 1994); deze loonschalen worden enerzijds opgebouwd vanuit de categorie, waarin de werknemer is ingedeeld, en anderzijds vanuit de baremieke anciënniteit. Anders dan voor de categorieën, geeft deze CAO geen omschrijving van wat bedoeld wordt met *baremieke anciënniteit*.

Terecht wijst mevrouw W. er echter op dat in deze sector een specifieke CAO werd afgesloten tot vaststelling van de berekening van de anciënniteit bij de indienstneming van bepaalde werknemers, met name de CAO van 1 juli 1975.

Artikel 1 van deze CAO bepaalt dat hij van toepassing is op de werkgevers en op het bediendepersoneel van de instellingen welke ressorteren onder het paritair comité voor de gezondheidsdiensten (met uitsluiting van deze voor de tandprothese). Artikel 2 voegt hieraan toe dat deze regels vastgelegd worden voor alle werknemers, tewerkgesteld binnen dit paritair comité.

Deze anciënniteitsregeling is ruimer dan de gebruikelijke, omdat er ook in een bepaalde mate rekening gehouden wordt met de tewerkstelling in instellingen van de zelfde aard (artikel 3) en van een andere aard (artikel 4), die ressorteren onder het paritair comité.

De tewerkstelling binnen het Heilig Hartziekenhuis te Leuven

7. Mevrouw W verwijst dan ook terecht naar artikel 4 van deze CAO en naar haar tewerkstelling in het Heilig Hartziekenhuis van 2 mei 1988 tot 31 mei 1990 en zij brengt deze anciënniteit in rekening volgens de bepalingen van dit artikel.

Zij brengt de individuele rekeningen voor van haar tewerkstelling in deze instelling voor de jaren 1988, 1989 en 1990, waardoor ze de daar verworven anciënniteit aantoonst.

Artikel 4 vermeldt niet dat de tewerkstelling tussen het Heilig Hartziekenhuis en Kinderdagverblijven Leuven aansluitend moet zijn en dat er geen onderbreking mag zijn; integendeel, deze CAO houdt uitdrukkelijk rekening met mogelijke onderbrekingen, daar artikel 4 ook van toepassing is bij een onderbreking van meer dan een jaar in een instelling van dezelfde aard. De onderbreking van zeven maanden doet dan ook niets af aan de toepassing van artikel 4.

8. Kinderdagverblijven Leuven wijst erop dat de tewerkstelling in het Heilig Hartziekenhuis deeltijds was, zodat de evenredigheidsregel moet worden toegepast voor de berekening van de anciënniteit.

Op grond van artikel 1bis van de CAO nr. 35 van de NAR van 27 februari 1981 betreffende sommige bepalingen van het arbeidsrecht ten aanzien van de deeltijdse arbeid (KB 21 september 1981, BS 6 oktober 1981) en artikel 4 van de wet van 5 maart 2002 betreffende het beginsel van non discriminatie ten gunste van deeltijdwerkers (BS 13 maart 2002) mogen deeltijdse werknemers niet minder gunstig worden behandeld dan voltijdse werknemers in een vergelijkbare situatie louter op grond van het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is. Wanneer zulks passend is, kunnen hun rechten worden vastgesteld in verhouding tot hun arbeidsduur.

Uit de arresten Nimz (H.v.J. 7 februari 1991 C-184/99, JTT 1991, 346) en Hill Stapleton (H.v.J. 17 juni 1988 C-243/95), volgt dat de anciënniteit voor de tijdvakken van deeltijdse tewerkstelling moet worden aangemerkt in functie van het aantal gepresteerde jaren en niet in functie van de arbeidsduur tijdens deze jaren. = 89

In overweging 44 van het arrest Hill Stapleton wordt duidelijk geconcludeerd dat, wanneer de werkgever enkel de in een deeltijdse functie effectief gewerkte tijd als diensttijd meetelt voor de vaststelling van de salarisschaal, dit indirect discriminerend is in de zin van het toenmalige artikel 119 EG-Verdrag en de richtlijn 75/117/EEG van 10 februari 1975, tenzij die wettelijke regeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met geslachtsdiscriminatie.

Ook in het arrest Nimz werd op een zelfde basis de evenredigheidsregel in verband met deeltijdse arbeid verworpen.

Kinderdagverblijven Leuven toont geen objectieve factoren aan, die losstaan van deze indirecte discriminatie en het hof ziet ook niet in welke elementen vanuit dit oogpunt de evenredigheidsregel zouden kunnen verantwoorden, temeer daar deeltijdse vrouwelijke tewerkstelling in de gezondheidssector veelvuldig voorkomt.

Er zijn dan ook geen passende redenen, die kunnen verantwoorden dat voor de anciënniteitsregeling de rechten van mevrouw W zouden moeten vastgesteld

worden in verhouding tot haar arbeidsduur en deze worden evenmin aangegeven in de toepasselijke CAO van 1 juli 1975.

9. Hieruit vloeit voort dat mevrouw W in verband met haar tewerkstelling in het Heilig Hartziekenhuis artikel 4 van deze CAO correct toepast

Immers, het Heilig Hartziekenhuis was de laatste instelling, waar mevrouw W gedurende meer dan 13 maanden was tewerkgesteld voor haar aanwerving door Kinderdagverblijven Leuven. De eerste 7 maanden van haar tewerkstelling daar vonden plaats in het DACstelsel, zodat ze voor de periode vanaf maart 1999 de helft van het aantal jaren dienst in het Heilig Hartziekenhuis kon in rekening brengen, zijnde een aanvullende anciënniteit van 1 jaar.

De tewerkstelling in het DACstelsel

10. Mevrouw W was van 2 januari 1991 tot 14 maart 1999 als kinderverzorgster in dienst van Kinderdagverblijven Leuven, doch wel in het kader van een DAC project. Vanaf 15 maart 1999 werd ze door Kinderdagverblijven Leuven als kinderverzorgster aangenomen met een gewone arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.

Ten onrechte wil Kinderdagverblijven Leuven het voorstellen als zou er een onderbreking van een weekend geweest zijn tussen de DAC tewerkstelling en de arbeidsovereenkomst van 15 maart 1999. Los van het feit dat dit geen reële onderbreking is (vgl. Arbh. Brussel 26 juni 2009, JTT 2009, 389), volgt uit het attest van Kinderdagverblijven Leuven van 15 april 1999 dat de instelling zelf verklaarde dat betrokkene voor de periode van 2 januari 1991 tot en met 14 maart 1999 als kinderverzorgster tewerkgesteld was met een 4/4 opdracht in het statuut DAC project.

11. De vraag rijst of deze tewerkstelling in het DACstelsel recht geeft op opbouw van anciënniteit.

Wanneer een werknemer verschillende arbeidsovereenkomsten afsluit, is het voor het in rekening brengen van de anciënniteit niet van belang dat de dienst bij dezelfde werkgever vervuld wordt ter uitvoering van dezelfde arbeidsovereenkomst, zodat de tewerkstelling krachtens verschillende arbeidsovereenkomsten worden samengeteld (vgl. Cass. 10 maart 1986, JTT 1987, 58 met noot; Cass. 29 oktober 1990, JTT 1991, 163; Cass. 23 september 2002, JTT 2003, 61).

Niettemin werd geoordeeld dat met een tewerkstelling als tewerkgestelde werkloze geen rekening kan worden gehouden (Arbh. Luik 20 november 1996, JTT 1997, 133 met noot C. Wantiez), maar hier was de redenering dat de prestaties niet werden geleverd in uitvoering van een arbeidsovereenkomst.

Dit is anders bij een tewerkstelling in een DAC project, waar een volwaardige arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever wordt afgesloten en dit bij toepassing van artikel 22 van het KB nr. 25 van 24 maart 1982 tot opzetting van een programma ter bevordering van de werkgelegenheid in de niet commerciële sector (BS 26 maart 1982).

Noch het feit dat de overheid de lonen en de sociale lasten van de werknemers in dit stelsel voor haar rekening neemt, noch het feit dat de werknemer ingeschreven blijft

als werkzoekende, doen iets af aan deze volwaardige tewerkstelling door middel van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd.

Immers als werkgever treedt op: de instelling uit de non-profit sector, zijnde hier de VZW Kinderdagverblijven Leuven, zoals overigens geïllustreerd wordt door de overeenkomst, waarvan mevrouw W onder haar stuk 3 een exemplaar voorbrengt.

In die omstandigheden was mevrouw W zowel vóór als na 15 maart 1999 tewerkgesteld bij dezelfde werkgever. Er was dan ook een aansluitende anciënniteit, waarmee rekening moet worden gehouden voor de aanrekening van de baremieke anciënniteit.

Dit is des te meer zo, gelet op de bepaling van artikel 3 van de CAO van 1 juli 1975, aangezien mevrouw W in een instelling van dezelfde aard tewerkgesteld bleef, in casu in dezelfde instelling met dezelfde functie.

12. Ten overvloede kan er verwezen worden naar een recent arrest 54/2010 van het Grondwettelijk Hof van 12 mei 2010. Hierin was de vraag aan de orde of in verband met de opzeggingsregeling voor bedienden rekening moet worden gehouden met de anciënniteit die de bediende verworven had bij dezelfde werkgever, maar wel in een statutair verband.

Het hof oordeelde in de overwegingen B.6 en B.7 dat wanneer men enkel de periodes in aanmerking neemt die gepresteerd zijn in het kader van een arbeidsovereenkomst, met uitsluiting van de periodes die daarvoor onder statuut zijn gepresteerd, er een schending van het gelijkheidsbeginsel is, maar dat dit niet het geval is, wanneer men voor de berekening van de anciënniteit rekening houdt met beide periodes.

Dit houdt in dat voor de vaststelling van de anciënniteit de tewerkstelling onder arbeidsovereenkomst en de tewerkstelling onder statuut als vergelijkbare categorieën worden beschouwd, waarop dezelfde regeling van toepassing dient te zijn.

Des te meer zal men bij een tewerkstelling in het DACstelsel ook met deze dienstperiodes rekening moeten houden, daar er dan geen statutaire tewerkstelling plaatsvindt, doch wel een tewerkstelling onder arbeidsovereenkomst.

13. Kinderdagverblijven Leuven verwijst nochtans naar de CAO van 28 februari 2001 inzake de inschakeling in de loon en arbeidsvoorwaarden van de sector voor het personeel tewerkgesteld in de statuten DAC en PBW (KB 2 juli 2003, BS 21 augustus 2003) die tot doel had tot een regularisatie te komen van o.m. de DAC tewerkstellingstatuten door met ingang van 1 januari 2001 de arbeidsovereenkomsten DAC om te zetten in een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd in dezelfde functie en in dezelfde tewerkstellingsplaats met inschakeling in het toepasselijk loonbarema, rekening houdend met de baremieke anciënniteit.

Deze CAO trad echter in werking met ingang van 1 januari 2001, zodat partijen het erover eens zijn dat de CAO niet van toepassing is in hun situatie.

Immers Kinderdagverblijven Leuven had al met ingang van 15 maart 1999 aan mevrouw W een gewone arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd gegeven.

Maar Kinderdagverblijven Leuven ziet in deze CAO een argument a contrario, omdat artikel 7 bepaalt dat de voordelen ervan slechts effectief zullen toegekend worden aan de werknemers voorzover de regering in uitvoering van het Vlaams Intersectoraal Voorakkoord voor de Social Profitsector 2000 -2005, de tenlasteneming van de kost ervan verzekert.

Kinderdagverblijven Leuven leidt hieruit af dat men enkel voorzien heeft in de overname van anciënniteit voor zover de kost ervan door de overheid zou worden overgenomen. Indien het de bedoeling zou zijn om hoe dan ook de anciënniteit in DAC te laten gelden, dan houdt volgens de werkgever de beperking van artikel 7 van deze CAO een inperking in van de rechten van de werknemer.

Een dergelijke a contrario afleiding vanuit een op deze zaak niet toepasselijke CAO kan echter niet aangehouden worden omdat een CAO op basis van artikel 9 en 51 van de CAOWet op straffe van nietigheid geen afbreuk kan doen aan een wettelijke bepaling.

Men dient dus eerst de wettelijke regeling te ontleden en dan na te gaan in hoeverre de CAO hiermee in overeenstemming is en niet omgekeerd. In de mate een CAO een inperking zou inhouden van de rechten van de werknemers, komt hij in strijd met artikel 6 van de arbeidsovereenkomstenwet en is hij nietig, zodat er geen deducties kunnen uit worden afgeleid.

Dit is des te meer zo daar werknemers tewerkgesteld in een DAC stelsel tewerkgesteld zijn met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd, zodat ze een gelijke categorie vormen met werknemers die met een gewone arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd aangeworven zijn. Zij kunnen daarom niet ongelijk worden behandeld op straffe van schending van artikel 10 en 11 van de Grondwet. Ook hieraan kan de CAO van 28 februari 2001 om dezelfde reden geen afbreuk doen, zodat de voorwaarde dat de anciënniteitsregeling voor beide categorieën verschillend zou worden toegepast, indien de overheid de last ervan niet op zich neemt, met nietigheid is behept.

Zodoende kan deze niet toepasselijke CAO geen afbreuk doen aan wat vastgesteld werd in de randnummers 11 en 12

Eindejaarspremies en vakantiegelden

14. Gelet op het feit dat voor de baremalonen rekening moet gehouden worden met de baremieke anciënniteit, zoals toegelicht in de randnummers 9, 11 en 12, moeten deze aldus aangepaste lonen eveneens als basis dienen voor de berekening van de eindejaarspremies en de vakantiegelden.

15. Wat betreft de eindejaarspremies kan verwezen worden naar de volgende CAO's:

- de CAO van 26 november 1997 tot toekenning van een eindejaarstoelage
- de CAO van 28 februari 2001 en 10 december 2001 betreffende de eindejaarspremie
- de CAO van 16 oktober 2007 inzake de toekenning van een eindejaarstoelage.

Deze CAO's voorzien telkens in een eindejaarspremie bestaande uit een vast (al dan niet geïndexeerd) forfaitair gedeelte en uit een veranderlijk deel bestaande uit een percentage van de jaarlijkse brutobezoldiging

16. Ten onrechte houdt Kinderdagverblijven Leuven voor dat de CAO van 28 februari 2001 betreffende de eindejaarspremie (KB 25 juni 2003, BS 21 augustus 2003), zoals gewijzigd door de CAO van 10 december 2001 (KB 27 april 2004, BS 29 juni 2004) niet kan toegepast worden, omdat de CAO van 28 februari 2001 inzake de inschakeling in de loon en arbeidsvoorwaarden van de sector voor het personeel tewerkgesteld in de statuten DAC en PBW (KB 2 juli 2003, BS 21 augustus 2003) ook niet van toepassing is (zie randnummer 13).

Deze laatste CAO is niet van toepassing omdat hij slechts in werking trad op 1 januari 2001, terwijl mevrouw W voor die datum overging van DAC naar een reguliere arbeidsovereenkomst.

De eindejaarspremie CAO met inwerkingtreding op 1 oktober 2000 is wel van toepassing omdat hij de betaling van een eindejaarstoelage regelt met ingang van het jaar 2000, op een ogenblik dat mevrouw W met Kinderdagverblijven Leuven door een arbeidsovereenkomst verbonden was.

Op grond van artikel 7 van deze CAO bedraagt het veranderlijk gedeelte 2,5% van het geïndexeerd brutojaarloon van de werknemer, dat wordt omschreven als: *de uitkomst van de vermenigvuldiging met twaalf van het geïndexeerd brutomaandloon aan de betrokkene verschuldigd voor de maand oktober van het in aanmerking genomen jaar, desgevallend met inbegrip van de haard- en standplaatsvergoeding, maar met uitsluiting van andere premies, toeslagen, weddensupplementen of vergoedingen.*

Het brutomaandloon van de maand oktober is dan ook de basis voor de berekening van dit veranderlijk gedeelte. De CAO op zich voorziet dan ook niet in een anciënniteitsregeling, maar gaat uit van het concrete en correcte brutomaandloon. Uiteraard dient dan voor dit laatste de juiste baremieke anciënniteit te worden toegepast.

De inwerkingtreding van de CAO wordt evenmin verhinderd doordat de Vlaamse regering in haar subsidieregeling niet in de tenlasteneming van de kost van de eindejaarspremie zou hebben voorzien, want artikel 29 §3 a), 2° van het BVR van 24 juni 1997 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van Kinderdagverblijven voorziet voor het veranderlijk gedeelte in een parallelle omschrijving als art. 7 van de CAO van 28 februari 2001.

17. Het vakantiegeld wordt berekend op grond van art. 38 van het Vakantiebesluit van 30 maart 1967 en ook hier is de normale bezoldiging het uitgangspunt.

Intresten

18. Artikel 82 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen bepaalt dat de rente als gevolg van de loonbeschermingswet berekend wordt op het loon vooraleer de in artikel 23 van deze wet bedoelde inhoudingen in mindering zijn gebracht, maar deze bepaling kon volgens artikel 90 § 1 van de wet van 26 juni 2002 slechts in werking treden op een door de Koning te bepalen datum, wat gebeurde door de artikelen 1 en 2 van het K.B. van 3 juli 2005 (inwerkingtreding op 1 juli 2005 op de lonen waarvan de betaling inging vanaf die datum).

Door de wet van 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen (BS 16 juni 2008) werd het Koninklijk Besluit van 3 juli 2005 bekrachtigd.

Het Grondwettelijk Hof bevestigde in antwoord op een prejudiciële vraag van het Arbeidshof Gent van 12 juni 2009 in haar arrest 26/2010 van 17 maart 2010 dat het gewijzigde artikel 10 van de loonbeschermingswet geen schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet inhield.

Hieruit volgt dat de intresten op de toegekende bedragen dienen berekend te worden op de nettobedragen, voor zover achterstallen worden gevorderd van 15 maart 1999 tot 30 juni 2005 en op brutobedragen, voor zover achterstallen worden gevorderd vanaf 1 juli 2005.

Aangezien mevrouw W schadeherstel in natura vordert, zijn de vergoedende intresten gelijk aan de wettelijke intresten, die voortvloeien uit art. 10 van de loonbeschermingswet.

Op de vakantiegelden dienen de intresten op netto te worden aangerekend, omdat art. 2, derde lid, 1^o van de loonbeschermingswet de vakantiegelden uitsluit uit het loonbegrip, zodat art. 10 van deze wet op de vakantiegelden niet van toepassing is.

Burgerlijke vordering voortspruitend uit een misdrijf

19. Voor haar vordering in hoofddorde stelt mevrouw W een vordering ex delicto. Zij baseert zich op een voortgezet misdrijf.

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

Op grond van de artikelen 9 en 42 van de loonbeschermingswet leidt de niet-betaling van het loon op gezette tijden tot een misdrijf.

Eindejaarspremies maken deel uit van het loon.

De loonachterstallen en de achterstallige eindejaarspremies zijn verschuldigd op basis van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten. De niet-betaling hiervan is tevens strafbaar krachtens artikel 56,1 van de CAOWet van 5 december 1968.

Ook de niet betaling van vakantiegeld wordt strafbaar gesteld door art 54, 2^o van de op 28 juni 1971 gecoördineerde vakantiewetten.

Kinderdagverblijven Leuven meent dat er geen sprake kan zijn van een misdrijf wanneer er betwisting is over het verschuldigd zijn van het loon, wanneer er ter zake ernstig advies is ingewonnen, omdat dan het moreel element van het misdrijf niet is aangetoond.

21. Bij de niet opzettelijke misdrijven, zoals de meeste sociaalrechtelijke misdrijven, bestaat het moreel bestanddeel uit de volwaardige wil van de dader om de materiële handeling of nalatigheid te stellen; wanneer de werkgever een rechtvaardigingsgrond inroept en wanneer deze bewering niet ontbloomt is van elk element van geloofwaardigheid, staat het aan degene die zich op dit misdrijf beroept, om de onjuistheid van deze rechtvaardigingsgrond aan te tonen (Cass. 4 januari 1994, A.C., 1994; Cass. 30 september 1993, A.C. 1993, nr. 389; W. Rauws, *Sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling*, in *Sociaal Strafrecht*, Maklu, 1998 p 73).

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

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

Goede trouw is op zichzelf geen grond van rechtvaardiging; ze wordt het maar indien ze een onoverkomelijke dwaling doet ontstaan (Cass. 29 januari 1962, Pas I, 627; Cass. 21 september 1994, Arr. Cass. 1994, 767).

Een rechtsdwaling over de strafbaarheid van een handeling kan slechts dan een schulduitsluitingsgrond opleveren wanneer zij onoverkomelijk is en ze kan bijgevolg slechts worden aanvaard wanneer uit de feitelijke omstandigheden kan worden afgeleid dat de beklaagde heeft gehandeld zoals ieder redelijk en voorzichtig persoon zou hebben gedaan.

Uit de loutere vaststelling dat de beklaagde slecht of verkeerd werd geadviseerd, zelfs door een daartoe geschikte persoon, kan op zichzelf niet wettig worden afgeleid dat er sprake is van een onoverkomelijke dwaling. (Cass. 1 oktober 2002 Arr.Cass. 2002, 2008; RABG 2003, afl. 14, 798, noot DELBROUCK, L)

De loutere vaststelling dat degene die zich op een onoverkomelijke dwaling beroept, slecht werd ingelicht, is dan ook onvoldoende (R. Boes, *Sociaal handhavingsrecht* in ATO-I-805 en 820).

Kinderdagverblijven Leuven verwijst dienaangaande naar een advies van het Juridisch Team van Kind en Gezin.

In dat advies wordt echter benadrukt dat Kind en Gezin niet tussenkomt in de relatie werkgever-werknemer en dat het enkel kan spreken vanuit de subsidieregeling die in een apart BVR wordt geregeld. Over de lezing van CAO's spreekt het zich uitdrukkelijk niet uit.

Kinderdagverblijven Leuven kan zich dan ook op dit advies niet steunen om een onoverwinnelijke dwaling in te roepen.

Evenmin kan gesteund worden op het verkeerde advies als zou de VDAB bij een DACovereenkomst werkgever zijn. Kinderdagverblijven Leuven is zelf werkgever, wat ze dient te weten daar ze zelf deze contracten in die hoedanigheid ondertekend heeft. Ze wordt overigens in die overeenkomsten telkens als zodanig aangeduid.

Evenmin kan een dergelijke rechtvaardigingsgrond steunen op de eigen inlichtingen die de crècheverantwoordelijke al dan niet aan mevrouw W. zou hebben gegeven.

Ook de verwijzing naar bepaalde rechtsleer is niet ter zake dienend, omdat Kinderdagverblijven Leuven hierbij niet het accurate onderscheid maakt tussen een DACstelsel en een tewerkstelling als tewerkgestelde werkloze.

22. Mevrouw W. beroept zich op het bestaan van een voortgezet misdrijf om voor haar schadebegroting de volledige tewerkstellingsperiode in aanmerking te kunnen nemen.

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

Voor een voortgezet misdrijf is eenheid van opzet vereist.

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

Het niet in aanmerking nemen van de baremieke anciënniteit als gevolg van de tewerkstelling in het H. Hartziekenhuis en in het DACstelsel werd bij het afsluiten van de arbeidsovereenkomst van 15 maart 1999 vastgelegd en werd vervolgens doorgetrokken tijdens gans de verdere tewerkstelling, zodat het duidelijk is dat er eenheid van opzet is. Het misdrijf werd onveranderd voortgezet, ook na de ingebrekestellingen van de vakorganisatie.

Mevrouw W. toont dan ook een voortgezet misdrijf aan, zodat ze zich kan steunen op de verjaringstermijn van art. 26 V.T. Wb. Sv. Wegens de eenheid van opzet begint deze verjaringstermijn te lopen vanaf het laatste feit.

De hoofdvordering van mevrouw W. is hierdoor niet verjaard, zodat ze, met verwijzing naar wat gezegd werd in de randnummers 6 tot en met 18, gegrond kan worden verklaard.

Over de becijfering van de vordering wordt geen betwisting gevoerd.

Het hoofdberoep van Kinderdagverblijven Leuven is daardoor ongegrond en het incidenteel beroep gegrond.

Rechtsverwerking

23. Hieraan kan geen afbreuk worden gedaan door de door Kinderdagverblijven Leuven ingeroepen rechtverwerking.

Een rechtssubject, titularis van een subjectief recht, verliest de bij dit recht horende rechtsvordering niet door ze niet onmiddellijk uit te oefenen of verder uit te oefenen en evenmin door een houding aan te nemen als zou zij haar vordering niet uitoefenen of verder uitoefenen.

De rechtsvordering gaat enkel verloren ingeval het rechtssubject er afstand van doet, in geval van verjaring en indien de wet uitzonderingen bepaalt (Cass. 17 oktober 2008, Pas. 2008, 2278; TBBR 2011, 139).

Uit de randnummers 19 tot 22 volgt dat de vordering van mevrouw W niet verjaard is; evenmin wordt voorgehouden of aangetoond dat mevrouw W afstand zou gedaan hebben van haar vordering of dat er een wettelijke uitzondering zou gelden.

Bezwaarlijk kan rechtsverwerking ingeroepen worden omdat de werkneemster zich zou gesteund hebben op onjuiste informatie, afkomstig van haar hiërarchische meerdere.

Vordering in tussenkomst en vrijwaring lastens Kind en Gezin

24. Op 14 augustus 2008 ging Kinderdagverblijven Leuven over tot de dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring van Kind en Gezin tot betaling van de bedragen waartoe zij eventueel zou veroordeeld worden.

Kind en Gezin riep in dat deze vordering onontvankelijk is, omdat zij geen werkgever is van mevrouw W en omdat zij als subsidiërende overheid voor Kinderdagverblijven Leuven geen derdenverzet kon aantekenen tegen de eindbeslissing in verband met de hoofdvordering, zodat ze evenmin gedwongen kan worden om tussen te komen. Kind en Gezin houdt voor dat zij als subsidiërende overheid niet gehouden kan zijn tot betaling van de lonen en toebehoren, zodat haar rechtspositie door de hoofdvordering niet kan worden aangetast.

25. Bij een gedwongen agressieve tussenkomst dient er een voldoende nauwe juridische band te bestaan tussen de reeds hangende vordering en de vordering tot tussenkomst. Enkel derden die later ook derdenverzet zouden kunnen aantekenen, kunnen tot tussenkomst worden gedagvaard (S. Mosselmans, *Tussenvorderingen*, in APR, 2007, 238, nr. 366 en de aldaar aangehaalde de rechtspraak en rechtsleer).

Om na te gaan of iemand derdenverzet kan aantekenen moet onderzocht worden of hij een belang heeft in de zin van artikel 17 en 18 Ger. W. (K. Wagner, *Derdenverzet* in APR, 2004, 8, nr. 14).

Derdenverzet staat aldus slechts open voor derden die een beslissing wensen aan te vechten die hun rechten benadeelt (K. Wagner, *aw*, 3, nr. 5). Deze vereiste wordt echter ruim geïnterpreteerd, zodat een eventueel nadeel volstaat (dezelfde auteur, 5, nr. 7; Cass. 1 maart 1993, Pas 1993, I, 228; Cass. 24 januari 1974, Pas, I, 545 met conclusie Openbaar Ministerie).

Maar het derdenverzet is niet ontvankelijk wegens een gebrek aan belang wanneer het uitgaat van een persoon wiens rechtspositie door de bestreden beslissing niet kan worden aangetast (Cass. 21 maart 2003, Pas 2003, 592).

26. Kinderdagverblijven Leuven verwijst naar het advies dat zij van Kind en Gezin bekwam over de subsidieerbaarheid van de anciënniteit voor de jaren gepresteerd onder het DACstelsel.

Terecht werpt Kind en Gezin op dat de subsidieerbaarheid van de kinderdagverblijven op zich nog niet automatisch meebrengt dat zij eventueel in haar belangen kan worden geschaad wat betreft de loonvordering van een werknemer van een dergelijke instelling.

Voor de subsidieregeling kan achtereenvolgens verwezen worden naar volgende reglementeringen:

- BVR 21 december 1983 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van voorzieningen inzake kinderopvang (BS 30 december 1983)
- BVR 24 juni 1997 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van Kinderdagverblijven en diensten voor opvanggezinnen (BS 17 april 1998)
- BVR 23 februari 2001 houdende de voorwaarden inzake erkenning en subsidiëring van Kinderdagverblijven en diensten voor opvanggezinnen (BS 19 april 2001)

Kind en Gezin legt er de nadruk op dat in dit laatste besluit de subsidieregeling op forfaitaire wijze wordt georganiseerd, wat inderdaad volgt uit artikel 12 van dit besluit.

Het houdt voor, zonder daarin te worden tegengesproken, dat het ten aanzien van Kinderdagverblijven Leuven zijn verplichting tot forfaitaire subsidiëring is nagekomen, waaruit inderdaad kan afgeleid worden dat een eventuele loondiscussie tussen werkgever en werknemer haar geen nadeel kan toebrengen.

Dit laatste subsidiebesluit trad op grond van zijn artikel 32 in werking op 1 januari 2001. Hieruit volgt dat Kind en Gezin terecht de onontvankelijkheid van de vordering in tussenkomst en vrijwaring inroept voor de periode vanaf die datum.

27. In de subsidiebesluiten van 1983 en 1997 werd de subsidiëring echter niet op forfaitaire wijze geregeld.

In artikel 30 van het BVR 21 december 1983 wordt bepaald dat de personeels-subsidiëring wordt berekend op grond van 100% van de werkelijke lasten van de bezoldigingen, vermeerderd met de sociale lasten, rekening houdend dat de bezoldigingen beperkt zijn tot de weddeschalen die aan het Rijkspersoneel werden toegekend. De in aanmerking genomen sociale lasten zijn die welke inherent zijn aan het statuut van de betrokken werkgever. Onder deze regeling vallen ook het vakantiegeld en de sociale programmatie of eindejaarstoelagen. Voor de werkelijke lasten buiten de RSZ wordt een forfaitair bedrag toegekend dat overeenstemt met 2% van de door het NWK gesubsidieerde wedde.

In artikel 29 van het BVR 24 juni 1997 wordt voorzien dat de personeelskosten die in aanmerking komen voor subsidiëring worden vastgesteld overeenkomstig de salarisschalen vermeld als bijlage bij het besluit, maar ook hier worden als personeelskosten beschouwd: het brutosalaris, de eindejaarstoelagen, de haard- en standplaatsvergoeding, het vakantiegeld, de werkgeversbijdragen sociale zekerheid en een forfaitair bedrag voor de werkelijke lasten buiten de RSZ, dat overeenstemt met 2% van het door K&G gesubsidieerde salaris.

In de mate dat de weddeschalen van het Rijkspersoneel of de vastgestelde salarisschalen niet zijn overschreden, verwijzen deze regelingen dus naar de daadwerkelijke loonlast van de werkgever.

In die zin beschouwd kan Kind en Gezin wel geraakt worden door een beslissing over deze loonlast.

Deze subsidiebesluiten zijn echter slechts relevant voor de situatie voor 31 december 2000.

28. Kind en Gezin beroept zich op de verjaring. De dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring werd uitgebracht op 14 augustus 2008.

Op grond van artikel 100 van de bij KB van 17 juli 1991 gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit verjaren de schuldvorderingen, waarvan de op wettelijke of reglementaire wijze bepaalde overlegging niet is geschied, binnen een termijn van vijf jaar te rekenen vanaf de eerste januari van het begrotingsjaar in de loop waarvan zij zijn ontstaan.

Deze verjaringsregeling raakt de openbare orde, zodat deze exceptie van verjaring in elke stand van het geding en zelfs ambtshalve door de rechter kan worden opgeworpen. Evenmin kan afstand gedaan worden van een dergelijke verjaring (J. Baeck, *Buitencontractuele aansprakelijkheid vorderingen tegen de overheid*, NJW 2006, 871, nr. 4).

De vraag rijst dan ook of deze verjaringsregeling van toepassing is in onderhavige situatie.

De debatten dienen te worden heropend teneinde het standpunt van partijen hierover te vernemen.

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,

Voegt de hogere beroepen ingeleid bij verzoekschrift van Kind en Gezin van 18 maart 2010 en bij verzoekschrift tot hoger beroep van Kinderdagverblijven Leuven van 19 maart 2010 samen.

Verklaart het hoger beroep van Kinderdagverblijven Leuven ontvankelijk, doch ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep van mevrouw W ontvankelijk en gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis van de arbeidsrechtbank te Leuven van 22 oktober 2009 en hierover opnieuw recht doende,

Verklaart de vordering in hooforde van mevrouw W in volgende mate ontvankelijk en gegrond;

Veroordeelt de VZW Kinderdagverblijven Leuven tot betaling aan mevrouw W van een schadevergoeding wegens herstel in natura van volgende bedragen:

- een loonaanpassing van € 38.263,31 bruto voor de periode van 15 maart 1999 tot 31 december 2009
- achterstallige eindejaarspremies van € 1.607,11 bruto voor de jaren 1999 tot en met 2009
- € 1 bruto provisioneel wegens loonaanpassing en aanpassing eindejaarspremie vanaf 1 januari 2010,

deze bedragen te vermeerderen met de vergoedende intresten, gelijk aan de wettelijke intresten te berekenen op de nettobedragen op de sommen die verschuldigd zijn van 15 maart 1999 tot 30 juni 2005 en te berekenen op de brutobedragen op de sommen die verschuldigd zijn vanaf 1 juli 2005 en verder te vermeerderen met de gerechtelijke intresten op een zelfde wijze,

- aanpassing vakantiegelden van € 3.357,41 bruto voor de periode van 1999 tot en met 2009
- € 1 bruto provisioneel wegens aanpassing vakantiegelden vanaf 1 januari 2010,

deze bedragen te vermeerderen met de gerechtelijke intresten op netto veroordeelt de VZW Kinderdagverblijven Leuven tot afgifte van de sociale en fiscale documenten in verband met bovenvermelde bedragen;

Veroordeelt de VZW Kinderdagverblijven Leuven tot betaling van de gerechtskosten van deze vordering, deze aan de zijde van mevrouw W te vereffenen op

- dagvaarding € 123,86
- kosten betekening vonnis p.m.
- geen rechtsplegingsvergoedingen verschuldigd zijnde, daar mevrouw W niet bijgestaan werd door een advocaat.

Verklaart het hoger beroep van Kind en Gezin ontvankelijk en reeds gedeeltelijk gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis wat betreft de veroordeling in tussenkomst en vrijwaring en hierover reeds gedeeltelijk opnieuw recht doende; verklaart de vordering in tussenkomst en vrijwaring onontvankelijk, voor zover ze betrekking heeft op de vrijwaring in verband met loonachterstallen, achterstallige eindejaarspremies en vakantiegelden, verschuldigd vanaf 1 januari 2001;

Heropent de debatten voor het overige met verwijzing naar wat gezegd werd in randnummer 28;

Zegt dat mevrouw W en Kinderdagverblijven Leuven VZW een conclusie kunnen neerleggen uiterlijk op 30 juni 2011

Zegt dat Kind & Gezin een conclusie kan neerleggen uiterlijk op 31 augustus 2011

Zegt dat mevrouw W en Kinderdagverblijven Leuven VZW een eventuele antwoord- én synthesebesluiten kunnen neerleggen uiterlijk op 30 september 2011

Zegt dat Kind & Gezin haar eventuele antwoord- én synthesebesluiten kan neerleggen uiterlijk op 31 oktober 2011

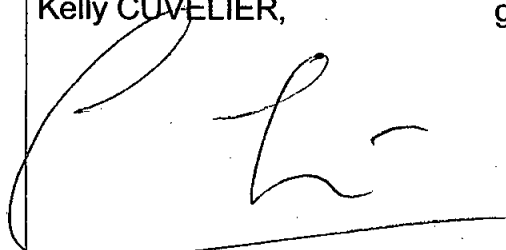
Stelt de zaak voor verdere behandeling op de openbare terechtzitting van de 3de kamer van dit Hof (**zaal 0.6**), Poelaertplein, 3 te 1000 Brussel op **16 december 2011 om 14u15** voor een pleitduur van **20 minuten**.

Om nadien verder te oordelen als naar recht;
kosten in verband met de vordering in tussenkomst en vrijwaring aan te houden.

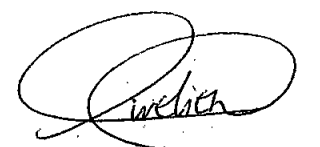
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Georges JACOBS,
Koen DRIES,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

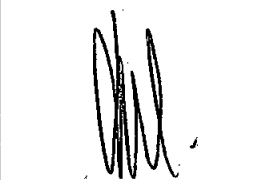
raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



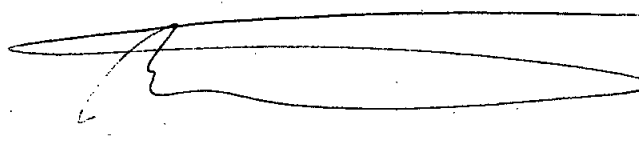
Lieven LENAERTS



Kelly CUVELIER



Georges JACOBS



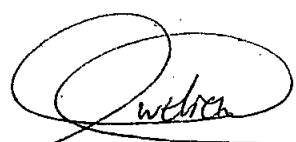
Koen DRIES

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van vrijdag 13 mei 2011 door:

Lieven LENAERTS, raadsheer,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS



Kelly CUVELIER

