



Repertoriumnummer 2016/
Datum van uitspraak 5 juli 2016
Rolnummer 2015/AB/1010

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

D. L.,

appellante,

vertegenwoordigd door mr. CARÊME Hans-Kristof, advocaat te
3000 LEUVEN, Justus Lipsiusstraat 24

tegen

DE GEMEENTE HERENT, vertegenwoordigd door het college van burgemeester en
schepenen, met burelen te 3020 HERENT, Spoorwegstraat 6,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. SIMON Maarten, advocaat te
9000 GENT, Napoleon Destanbergstraat 11 bus 3.

*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, in bijzonder:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 8 oktober 2015 door de arbeidsrechtbank te Leuven, 1^e B kamer (A.R. 14/1558/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 12 november 2015,
- de conclusie voor de appellante,
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 14 juni 2016, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Op 1 december 2003 is mevrouw L. D. met een arbeidsovereenkomst als administratief medewerkster bij de technische dienst aangeworven door de gemeente Herent in het Gesco-stelsel.

Voorheen werkte ze sinds 1 maart 1980 bij diverse administratieve overheden, waaronder de Stad Leuven, Interleuven, gemeente Huldenberg, gemeente Holsbeek.

2. Sinds 1 oktober 2008 is ze ingeschaald in de weddenschaal C2.

3. De gemeente Herent nam een rechtspositieregeling aan, die in werking trad op 1 januari 2009. Op grond van art. 1 is deze regeling ook van toepassing op de contractuele medewerkers in dienst van de gemeente.

4. Met een uitvoerige brief van 4 september 2013 vroegen mevrouw D. en een collega op basis van de rechtspositieregeling dat ze vanaf 1 januari 2009 zouden worden betaald op basis van de weddenschaal C3, daar ze een gunstige evaluatie hadden gehad en tevens een schaalanciënniteit van minstens 18 jaar hadden omwille van hun vroegere vergelijkbare administratieve tewerkstellingen.

Met brief van 4 december 2013 antwoordde de gemeentesecretaris dat hij beslist had om mevrouw D. met ingang van 6 september 2013 uit te betalen volgens de weddenschaal C3, maar hij vroeg tevens dat ze haar akkoord hiermee zou bevestigen.

5. Op 13 december 2013 antwoordde mevrouw D. : *In antwoord op uw schrijven van 04 december 2013 laat ik weten niet akkoord te kunnen gaan met uw beslissing om mij de weddenschaal C3 toe te kennen met ingang van 06 september 2013. Immers in mijn schrijven van 04 september 2013 verzocht ik jullie mij de weddenschaal toe te kennen met ingang van 01 januari 2009. ...*

6. Nadien ontspoon zich een discussie of mevrouw D. wel een schaalanciënniteit van 18 jaar kon aantonen. Mevrouw D. meende van wel en verwees daarvoor naar de attesten van haar vroegere tewerkstellingen.

De gemeente Herent stelde dat deze onvoldoende bewezen dat ze betrekking hadden op een gelijkaardig functieprofiel omdat ze niet voldoende weergaven wat de uitgeoefende functies concreet inhielden.

7. Partijen bereikten hierover geen overeenstemming, zodat mevrouw D. op 25 september 2014 dagvaarding uitbracht voor de arbeidsrechtbank te Leuven en de veroordeling van de gemeente Herent vroeg om:

- Voor recht te horen zeggen dat ze zich sinds 1 januari 2009, minstens sinds 6 september 2013 in de weddenschaal C3 van de gemeente Herent bevond;
- De gemeente Herent op grond van art. 15 van de loonbeschermingswet te horen veroordelen om voor haar het loon op grond van die weddenschaal te berekenen vanaf

voormelde datum, en deze berekening binnen de maand na de betekening van het vonnis aan haar te bezorgen, op verbeurte van en dwangsom van € 25 per dag vertraging

- Vervolgens de gemeente te veroordelen tot betaling van de loonachterstallen, vermeerderd met intresten en kosten.

Met conclusie van 30 april 2015 heeft ze deze vordering nog uitgebreid in betaling van schadevergoeding, gelijk aan het loon, provisioneel begroot op € 1.000, met verzending naar de rol voor definitieve begroting.

8. Met vonnis van 8 oktober 2015 heeft de arbeidsrechtbank te Leuven de vordering afgewezen als ontvankelijk, doch ongegrond. De arbeidsrechtbank trad de gemeente bij dat de attesten de uitgevoerde taken of verantwoordelijkheden niet voldoende beschreven; de rechtbank weerhield ook dat mevrouw D. geen akkoord gegeven had op de brief van de gemeentesecretaris; dit aanbod was geen administratieve beslissing en het aanbod verviel door de niet aanvaarding.

9. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 12 november 2015, tekende mevrouw D. hoger beroep aan en ze hernam haar vordering, zoals uitgebreid.

II. BEOORDELING

10. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, wat niet wordt betwist.

De relevante bepalingen van de rechtspositieregeling van de gemeente Herent

11. Art. 120: *De functionele loopbanen en de voorwaarden voor doorstroming naar de volgende salarisschalen zijn voor niveau C:*

1° voor de graad C1-C3

- ...
- Van C2 naar C3 na 18 jaar gecumuleerde schaalanciënniteit in C1 en C2 en een gunstig evaluatieresultaat.

12. Art. 116 §2, derde en vierde lid:

...

De diensten die gepresteerd werden bij een andere lokale overheid in een functie met een gelijkaardig functieprofiel worden in aanmerking genomen voor de vaststelling van de administratieve anciënniteiten, de schaalanciënniteit inbegrepen.

Het personeelslid levert zelf de bewijsstukken voor de diensten die bij een andere overheid gepresteerd werden. Als bewijsstukken worden aanvaard:

1° attesten van een vroegere werkgever die bevestigen dat een werknemer een bepaalde functie heeft uitgeoefend en hoelang, en die weergeven wat die functie concreet inhield;

2° zo nodig, attesten of getuigschriften van aanvullende vorming voor die functie.

Toepassing

13. Niet betwist wordt dat mevrouw D. een gunstig evaluatieresultaat had.

Wel betwist is of ze een voldoende schaalanciënniteit van minstens 18 jaar aantoont, gelet op de attesten die ze bijbrengt.

14. Om te zien of een personeelslid aanspraak kan maken op een, schaalanciënniteit omwille van een tewerkstelling bij een andere lokale overheid moet dus nagegaan worden of hij/zij een functie uitoefende met een gelijkaardig functieprofiel; hij/zij dient hiervoor zelf de nodige bewijsstukken aan te brengen, waarin bevestigd wordt een bepaalde functie werd uitgeoefend en hoelang, en het attest moet weergeven wat die functie concreet inhield.

15. Aangezien het moet gaan om een functie bij een andere lokale overheid, kan geen rekening gehouden worden met de tewerkstelling bij een private onderneming, zoals de b.v.b.a. Reizen Van den Panhuyzen of een private instelling, zoals de v.z.w. Interleuven; overigens geven de attesten over deze tewerkstelling geen precisering over de functie.

De tewerkstellingen bij de gemeenten Holsbeek en Huldenberg preciseren evenmin waaruit de functie bestond, zodat niet kan nagegaan worden of ze betrekking hadden op een gelijkaardig functieprofiel.

16. Maar dit is anders wat betreft de attesten en bewijsstukken van de Stad Leuven.

Hieruit kan geconcludeerd worden dat ze wel degelijk betrekking hadden op een gelijkaardig functieprofiel. Men vraagt zich overigens af of welke basis de gemeentesecretaris anders op

4 december 2013 kon zeggen dat de weddenschaal C3 toegekend werd vanaf 6 september 2013¹.

17. In de attesten van 21 november 2001, 14 mei 2002, 20 januari 2004 en 15 april 2013, worden volgende diensten vermeld, geen rekening houdend met de stage en de tewerkstelling als tewerkgestelde werkloze:

- Van 1 maart 1984 tot 31 december 1986: opsteller (technische dienst) of 2 jaar en 10 maanden
- Van 1 januari 1987 tot 30 april 1996: opsteller of administratief medewerkster (wedden, lonen en cultuur): 9 jaar en 4 maanden
- Van 1 mei 1996 tot 31 augustus 1998: $\frac{3}{4}$ administratief medewerkster: 1 jaar en 9 maanden.

Van 1 december 2003 tot 1 januari 2009 was mevrouw D. administratief medewerkster op de technische dienst van de gemeente Herent, hetzij 5 jaar en 1 maand.

Samengeteld geeft dit een anciënniteit van 19 jaar, hetzij meer dan de vereiste 18 jaar.

18. Vraag is of deze periode als schaalanciënniteit kan gelden; hiervoor moet de tewerkstelling plaats gevonden hebben in een gelijkaardig functieprofiel als dat van de gemeente Herent. Met de gemeente Herent kan aangenomen worden dat de aanvankelijke verwijzing naar enkel de functie van 'administratief medewerkster' hiervoor te algemeen is.

¹ Het agentschap voor Binnenlands Bestuur laat de evaluatie en beoordeling hiervan begrijpelijkerwijze aan zich voorbijgaan (stuk 13 C Gemeente)

19. Maar toen de gemeente dit opwierp, heeft mevrouw D. een gedetailleerde functiebeschrijving, benoemingsvoorwaarden en functie-eisen voor de graad van administratief medewerk(st)er overgemaakt (stuk 12B gemeente).

De functiebeschrijving verwees naar:

- Beheer en administratieve afhandeling dossiers
- Briefwisseling (opstellen en/of verwerken)
- Opmaken van verslagen (vb. aan college en gemeenteraad)
- Kan ingezet worden voor loketfunctie
- Klasseren en bijhouden archief
- Bedienen van telefoon (informatie verstrekken...)

20. Toen de gemeente dan blijkbaar bezwaren maakte dat dit niet concreet verwees naar de tewerkstelling te Leuven, werd deze beschrijving gevoegd bij het anciënniteitsoverzicht van de stad Leuven van 20 januari 2004 en door de stad afgestempeld, zodat het deze beschrijving wel degelijk toepaste op de diensten bij haar verricht.

21. Hieruit kan afgeleid worden dat het om een gelijkaardig functieprofiel ging. Mevrouw D. voldeed daardoor aan de op haar rustende bewijslast.

Bovendien wist de gemeente Herent in welke diensten ze gepresteerd had, zoals blijkt uit de e-mailuitwisseling, neergelegd door mevrouw D. als stuk 10.

22. Niettemin bleef de gemeente maar zeggen dat dit alles niet voldoende was en indien de stad Leuven dan bijkomende informatie gaf, zocht Herent daarin een bewijs van

tegenstrijdigheid. Nochtans zijn de attesten overeenstemmend, zij het soms aangevuld, zoals gevraagd. Ook mag men van een lokale administratie verwachten dat ze weet dat de vroegere functie van opsteller nadien overgegaan is in administratief medewerker. Het feit dat voor de langste periode nu eens de ene term en dan de andere wordt gebruikt, is dan ook irrelevant. Het na te zien criterium was volgens art. 116 §2 van de rechtspositieregeling of het om functies met een gelijkaardig functieprofiel ging, wat volgens de bijgebrachte stukken zo is.

23. Het arbeidshof oordeelt dan ook dat mevrouw D. met ingang van 1 januari 2009 een schaalanciënniteit aantoont van minstens 18 jaar, hierdoor voldoet ze aan art. 116 §2 juncto art. 120 van de rechtspositieregeling.

Mevrouw D. is contractueel tewerkgesteld: de loonvorming

24. In beginsel gebeurt een tewerkstelling bij een overheid op statutaire basis. Meer en meer werven overheden ook contractueel aan, zodat de vraag rijst wat nog regel is en wat uitzondering.

25. De gemeente Herent heeft een rechtspositieregeling goedgekeurd, die volgens haar artikel 1 niet enkel op de statutairen, maar ook op de contractuelen van toepassing is.

De art. 116 §2 juncto art. 120 van deze regeling maken een overgang naar de weddenschaal C3 mogelijk, mits voorwaarden, waarvan de gemeente van oordeel was dat ze uiteindelijk niet vervuld waren. Het arbeidshof volgt deze beoordeling niet (zie randnummers 17 tot 23).

26. De gemeentesecretaris besliste volgens zijn brief van 4 december 2013 om mevrouw D. met ingang van 6 september 2013 uit te betalen volgens de weddenschaal C3, maar hij vroeg tevens dat ze haar akkoord hiermee zou bevestigen. Deze laatste ging niet volledig akkoord.

27. Hieruit ontsprong een discussie of nu de administratiefrechtelijke beginselen moeten worden toegepast met een al dan niet afsplitsbare bindende beslissing van de gemeentesecretaris, waarbij volgens mevrouw D. minstens vanaf 6 September 2013 de weddeschaal C3 werd toegekend, dan wel de contractuele beginselen, waarbij de gemeente zegt dat er geen volledige wilsovereenstemming hierover ontstond, waardoor mevrouw D. geen rechtsgrond heeft voor haar vorderingen.

28. Wanneer de gemeente Herent en mevrouw D. gekozen hebben voor een contractuele tewerkstelling, dan is het evident dat het loon een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst vormt, dat door de overeenkomst wordt bepaald en in beginsel op basis van een wilsovereenstemming tussen partijen wordt vastgelegd.

Maar dat verhindert niet dat het loon ook door een eenzijdige wilsuiking van de werkgever kan verschuldigd zijn. Een voorbeeld hiervan leest men in het cassatiearrest van 18 december 1974 (*JTT* 1975, 53 en *W. VAN EECHOUTTE, De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen Maklu 1996, 162 en volgende, arrest nr. 26 met conclusie OM), waarin loon door een eenzijdige dienstorder van de werkgever werd toegekend; hierdoor bekwam de werknemer een afdwingbaar recht (zie conclusie in *W. VAN EECKHOUTTE, a.w.*, p. 164).

29. In huidige zaak heeft de gemeente Herent als werkgever voor haar contractuele werknemers een recht op de salarisschaal C3 toegekend, mits voldaan werd aan de voorwaarden van art. 116 §2 juncto art. 120 van haar rechtspositieregeling, die inging vanaf 1 januari 2009. Dit gebeurde op eenzijdige wijze door het vastleggen van de rechtspositieregeling.

30. Het recht op loon kan aan voorwaarden gekoppeld zijn, een eerst voorwaarde is dat de bedongen arbeid gepresteerd werd, maar bonussen en commissielonen kunnen bv. ook gekoppeld zijn aan het bereiken van doelstellingen of het leveren van bepaalde prestaties.

31. Het is niet omdat de vervulling van deze voorwaarden nog moet worden nagegaan, dat het recht op loon niet eerder is toegekend, hetzij bij de overeenkomst, hetzij bij de eenzijdige toekenning door de werkgever.

32. Mevrouw D. vergist zich dus waar ze haar subjectief recht op loon laat afhangen van de goedkeuring door de gemeentesecretaris; deze kon de vervulling en het bewezen zijn van de voorwaarden controleren, maar het recht op de salarisschaal vloeide voort uit de rechtspositieregeling, waardoor de controlemogelijkheid van de toepasselijke voorwaarden gebonden was. Het subjectief recht van mevrouw D. vloeit voort uit de rechtspositieregeling. Er moet dus enkel nagegaan worden of de voorwaarden die in deze regeling zijn vastgelegd, vervuld zijn om het recht afdwingbaar te maken. Wanneer de gemeentesecretaris of de gemeente – zoals hier - van mening zijn dat deze voorwaarden niet vervuld zijn, heeft mevrouw D. het recht om haar subjectief recht te laten beoordelen door de bevoegde rechter, wat ze gedaan heeft met huidige procedure. In die zin is de discussie

over de juridische kwalificatie van de tussenkomst van de secretaris (zie randnummer 27), irrelevant. Immers het subjectief recht op loon van mevrouw D. werd in essentie niet bepaald door de gemeentesecretaris, maar het vloeide voort uit de rechtspositieregeling. Het is dan ook overbodig in te gaan op de weidse discussie tussen partijen over de draagwijdte en de opvolging van deze tussenkomst.

Retroactief toegekend loon?

33. De gemeente houdt voor dat het recht op loon niet retroactief kan ontstaan. Ze steunt zich daarbij op de mening van het Agentschap van Binnenlands Bestuur van 25 juni 2014, dat er van uitgaat dat de toekenning van de salarisschaal gebonden is door een aanvraag van de werknemer.

34. Anders dan de gemeente Herent stelt, kan de toekenning van loon wel degelijk voortvloeien uit een rechtsbron, die met terugwerkende kracht een regeling oplegt. Dit gebeurt herhaaldelijk met een cao², waarvan men een voorbeeld kan vinden in het cassatiearrest van 7 december 1981 (*RW* 1981-82, 1618, *W. VAN EECKHOUTTE, a.w.*, 31, arrest nr. 4 met conclusie OM); in dat arrest en vooral in de conclusie van het OM wordt er weliswaar van uitgegaan dat de toepassing van de retroactieve bepaling nog mogelijk moet zijn en dat de sanctionering bij niet toepassing anders kan zijn (*W. VAN EECKHOUTTE, a.w.*, p. 32-33). Het ging daar over voorafgaande maatregelen aan een ontslag, dat reeds gegeven was.

² Maar dit kan evengoed d.m.v. een individuele overeenkomst of een eenzijdige toekenning een regeling voor het verleden worden ingevoerd, waarvan bv. het toekennen van een backservice bij een groepsverzekering een voorbeeld is. Zie nochtans volgende voetnoot.

Maar bij het betalen van loon is een bijpassing van achterstallen steeds mogelijk, wat meebrengt dat een retroactieve toepassing kan. In essentie zal men dus enkel moeten nagaan of de vastgestelde voorwaarden voor een bepaald tijdvak vervuld zijn³.

35. Het Agentschap van Binnenlands Bestuur leest echter in art. 116 §2 van de rechtspositieregeling verkeerdelijk de voorwaarde dat de betrokkene een concrete aanvraag moet doen om de weddenschaal te bekomen, zodat daarvóór geen bijpassing zou mogelijk zijn.

36. In de tekst staat enkel dat op de werknemer een bewijslast rust en dat hij zelf de bewijsstukken moet voorbrengen. Nergens wordt gezegd dat de weddenschaal slechts geldt vanaf het ogenblik dat deze stukken worden aangebracht of dat men geen stukken voor het verleden zou mogen aanbrengen. Van een aanvraag door de betrokkene om de weddenschaal te bekomen is in de tekst geen enkele sprake. Er zijn geen bepalingen die een toekenning voor een eerdere periode uitsluiten. Niet betwist wordt dat de rechtspositieregeling gold vanaf 1 januari 2009; dit volgt overigens uit art. 302 van de rechtspositieregeling. Dit houdt in dat een werknemer die kan aantonen dat de voorwaarden voor de toekenning van een salarisschaal vervuld zijn, ook voor het verleden op het loon van deze schaal aanspraak kan maken, wel ten vroegste vanaf 1 januari 2009, omdat dit de datum van inwerkingtreding van de rechtspositieregeling is.

³ Men kan zich overigens afvragen in hoeverre hier een echte retroactieve regeling is ingevoerd. De rechtspositieregeling ging in voege vanaf 1 januari 2009 en voerde bepalingen in vanaf die datum; er zijn geen andere toepasselijke temporele bepalingen. De argumentatie i.v.m. de retroactiviteit gaat uit van de verkeerde visie dat het recht slechts ontstaat vanaf de beslissing van de gemeentesecretaris. (zie randnummers 29 en 32)

37. Bij betwisting van het subjectief recht op dit via de rechtspositieregeling toegekende loon, zal de bevoegde rechter hierover beslissen en het loon dus toekennen vanaf de datum dat de gestipuleerde voorwaarden vervuld zijn.

38. Gelet op wat vastgesteld werd in randnummers 17 tot 23, is de vordering van mevrouw D. tot het bekomen van de weddenschaal C3 dan ook gegrond vanaf 1 januari 2009. Haar vordering in hoofdorde kan worden toegekend en haar hoger beroep is daardoor in de hierna bepaalde mate gegrond.

39. Volgens de regels van art. 15 van de loonbeschermingswet dient de gemeente Herent de loonberekening aan te passen vanaf 1 januari 2009 volgens de loonschaal C3; ze dient deze berekening voor te leggen binnen de twee maanden na de betekening van dit arrest. Het is echter niet nodig dit op te leggen onder verbeurte van een dwangsom, daar er geen redenen zijn om aan te nemen dat de gemeente hieraan niet vrijwillig zal voldoen. Vervolgens zal de gemeente binnen de maand na de berekening tot uitbetaling van de achterstallen overgaan, te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf de datum van eisbaarheid en de gerechtelijke intresten.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

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

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Hervormt het bestreden vonnis en opnieuw recht doende,

Zegt voor recht dat mevrouw D. vanaf 1 januari 2009 tot aan het einde van haar tewerkstelling bij de gemeente Herent recht had op de weddenschaal C3.

Veroordeelt de gemeente Herent om ten laatste binnen de twee maanden na de betekening van dit arrest volgens de regels van art. 15 van de loonbeschermingswet de loonberekening aan te passen vanaf 1 januari 2009 volgens de loonschaal C3 en vervolgens binnen de maand na de berekening tot uitbetaling van de achterstallen over te gaan, te vermeerderen met de wettelijke intresten op bruto vanaf de datum van eisbaarheid en de gerechtelijke intresten.

Wijst het meergevorderde af.

Veroordeelt de gemeente Herent tot betaling van de gerechtskosten aan mevrouw D. , deze aan haar zijde vereffend op:

Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg € 1.320

Rechtsplegingsvergoeding beroep (geïndexeerd) € 1.440.

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

Lieven LENAERTS, Erik VAN LAER, Daniël HEYVAERT, bijgestaan door : Kelly CUVELIER,	kamervoorzitter, raadsheer in sociale zaken, werkgever, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende, griffier.
--	--

Lieven LENAERTS,	Kelly CUVELIER,
------------------	-----------------

Erik VAN LAER,	Daniël HEYVAERT.
----------------	------------------

De heer E. VAN LAER, 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 L. LENAERTS, kamervoorzitter en D. HEYVAERT, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende.

K. CUVELIER, griffier.

en uitgesproken op de buitengewone openbare terechtzitting van dinsdag 5 juli 2016 door:

Lieven LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Dirk DE RAEDT, griffier.

Lieven LENAERTS,	Dirk DE RAEDT.
------------------	----------------