

Rep.Nr.

2010/491

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 15 FEBRUARI 2010.

5DE KAMER

~~Arbeidsongeval~~
Tegensprekelijk
Definitief

In de zaak:

B. Maria, wonende te

Appellante, vertegenwoordigd door Mevr. I. GODTS, syndicaal afgevaardigde en volmachtdraagster te Leuven.

Tegen:

N.V. I.S.S. CATERING, met maatschappelijke zetel gevestigd te 1800 VILVOORDE, Steenstraat 20 bus 1.

Geïntimeerde, vertegenwoordigd door Mr. V. GELUYKENS loco Mr K. MOLLEKENS, advocaat te Mechelen.

★

★

★

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 vonnis gewezen op tegenspraak door de 1^{ste} Kamer A van de Arbeidsrechtbank te Leuven d.d. 18 april 2008;

- het verzoekschrift tot hoger beroep ontvangen ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 5 september 2008;

- de besluiten van de partijen;

Gehoord de partijen in hun middelen en beweringen ter openbare terechtzitting van 19 oktober 2009 waarna de debatten gesloten werden en de zaak in beraad werd genomen.

Gelet op de neergelegde stukken.

★

★

★

Feiten en procedurevoorgaanden

Mevrouw B. trad in dienst bij de rechtsvoorganger van geïntimeerde voor een bepaalde duur namelijk van 7 december 2000 tot en met 30 juni 2001.

Zij werd aangeworven als chef de partie categorie zes met als plaats van tewerkstelling het Sint Albertus College te Heverlee.

Deze arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur werden een aantal keren hernieuwd. Vanaf 1 september 2006 werd appellante verder tewerkgesteld krachtens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur. Vanaf dat ogenblik werd zij betaald volgens categorie acht.

Op 28 september 2006 werd de arbeidsovereenkomst beëindigd door opzeg van appellante. Door ingebrekestelling van appellante vordert zij achterstallig loon gelijk aan de functie chef gerant, ondergeschikt de functie alleenwerkend kok.

Bij schrijven van 02.02.2007 antwoordt geïntimeerde dat de functie chef gerant een zeer groot gedeelte beheer en administratie bevat, wat hier niet het geval is.

" betrokkene gaf wel voorstellen van menu's door en voerde enkel bestellingen uit, maar de finale beslissingen werden steeds genomen door de districtmanager. Als iemand werkt als chef gerant zal deze persoon alle beslissingen nemen van bestellingen, personeel, menuplanningen, input van facturatiegege-

vens en lonen. Deze taken werden niet door betrokkene uitgevoerd."

Bij dagvaarding van 14 september 2007 vordert appellante het loon van een chef de gerant dit is categorie negen omdat ze inroept in de praktijk deze taken uit te oefenen.

In hoofddorde stelt appellante in de dagvaarding dat het niet betalen van het correcte loon een misdrijf is dewelke slechts verjaart na vijf jaar en dit rekening houdend met de feitelijke omstandigheden en de eenheid van opzet. Zij vordert in hoofddorde veroordeling tot betaling van een bedrag van 3.947,90 euro bruto schadevergoeding wegens herstel van schade wegens loonbijpassing voor de gehele periode van tewerkstelling vanaf 7.12.2000 tot en met september 2006.

In ondergeschikte orde, voor zover de arbeidsrechtbank van oordeel zou zijn dat het toch geen voortgezet misdrijf uitmaakt vordert appellante in de dagvaarding ex contractu veroordeling tot betaling van een bedrag van € 3440,03 bruto loonbijpassing voor de periode van 1 september 2002 tot en met 28 september 2006; beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke of vergoedende of moratoire intresten en de gerechtelijke intresten en veroordeling tot aflevering van de sociale documenten.

In nog meer ondergeschikte orde vordert appellante toepassing van looncategorie 8 "hoofdkok".

Met het bestreden vonnis verklaarde de arbeidsrechtbank de vorderingen ontvankelijk doch niet gegrond.

De rechtbank hield rekening met de duidelijke kwalificatie van chef de partie categorie zes door partijen meermaals aangegaan in de diverse arbeidsovereenkomsten; evenals met de specifieke toestand van de catering binnen een onderwijsinstelling. In een school is een zekere routine mogelijk en ook het aantal en de aard van de klanten staan vast, evenals de extra activiteiten. De doorslag dient te worden gegeven aan de hoofdactiviteit, zoals de CAO benadrukt.

In ondergeschikte orde dient de functie van hoofdkok te worden afgewezen aangezien ook daar onvoldoende is aangetoond dat de hoofdtaak in de keuken lag en bij de artisanale bereiding van de maaltijden zelf.

Mevrouw B was verantwoordelijk voor de warme bereidingen en stond aan het hoofd van de keuken en

liet zich daarbij helpen door één personeelslid van de school dit alles onder controle van de districts-chef buiten de school dewelke ook het beslissend overleg met de schooleconoom voerde.

★

★

★

Beroepsgriev

Appellante verwijt de eerste rechter dat deze de uitgevoerde prestaties niet als deze van een chef gerant catalogeerde.

Appellante ressorteerde onder de districtmanager, en organiseerde zelf ondermeer de menu's de stocks; zij besliste welke taken zij delegerde aan de persoon die mede instond om haar te helpen; en zij controleerde alle stocks. Zij deed het beheer en de administratie en zij voerde alle bereidingen uit.

Nergens in de CAO wordt er een onderscheid gemaakt in de functieclassificatie chef de gérant tussen een gewone horecazaak en een schoolrestaurant.

Een chef de partie ressorteert volgens de CAO steeds onder een onderchef of keukenverantwoordelijke.

De arbeidsgerechten hebben de bevoegdheid de kwalificatie in de arbeidsovereenkomst te toetsen.

De districtmanager kwam slechts éénmaal om de 14 dagen of om de maand naar de school, om de inventaris op te halen.

De eerste rechter vergist zich wanneer hij stelt dat appellante geen autonoom beheer deed, noch delegerde noch controleerde. Appellante zorgde nochtans alleen voor de menuplanning, het beheer van de voorraden, de bestellingen en de bereidingen. Zij beheerde de keuken van het St Albertuscollege.

Geïntimeerde bewijst ook niet dat de taken van chef gerant door de districtmanager werden uitgeoefend.

Appellante werkte wel degelijk nieuwe menu's uit. Zij was ook verantwoordelijk voor de drankvoorziening voor de vergaderingen op school.

De Cao vermeldt nergens dat de bereiding van de maaltijden artisanaal dient te gebeuren.

★

★ ★

BeoordelingOntvankelijkheid van het hoger beroep

Er wordt geen betekening van het bestreden vonnis overgelegd.

Het verzoekschrift is regelmatig naar vorm en werd ingesteld binnen de daartoe wettelijk bepaalde termijn, wat overigens niet wordt betwist. Het is derhalve ontvankelijk.

★

★ ★

Ten gronde

De bepalingen van art. 578, 1° en 3° Ger.W. houden de bevoegdheid in van de arbeidsgerechten om, op vordering van de werknemer, na te gaan of de werkgever de in voormeld art. 11 van de CAO's bouw bedoelde beslissing kon nemen op grond van de volgens de C.A.O. in acht te nemen criteria (Hof van Cassatie 15.04.1996 RW 1996-1997,500).

De arbeidsgerechten blijven de bevoegdheid behouden om de kwalificatie tussen partijen in de arbeidsovereenkomst aangenomen, te wijzigen indien een andersluidende wilsovereenstemming blijkt uit de bepalingen van deze overeenkomst of uit haar uitvoering. De kwalificatiearresten genomen door het Hof van Cassatie betreffen allen de beoordeling arbeidsovereenkomst-zelfstandigeovereenkomst en zijn, tot nader orde, niet van toepassing op de kwalificatie van een overeengekomen functie in een arbeidsovereenkomst. De facto analyse van de concrete omstandigheden inzake de uitvoering van de functie is noodzakelijk teneinde na te gaan welke functieclassificatie betrokkene werknemer heeft met daaraan het in collectieve arbeidsovereenkomsten in de sector gekoppelde loon.

Iemand die meerdere functies uitoefent heeft recht op de verloning waar zij de meeste arbeidsuren aan besteedt. Het Arbeidshof meent dat uit de stukken van het bundel volgende elementen blijken:

- het Sint Albertuscollege is een kleine unit met 180 tot 250 maaltijden per jaar en met één enkele werknemer zijnde appellante in de keuken, samen met iemand van de school als hulp. Slechts zeer sporadisch voert appellante de voorbereiding voor een banket; de voorraad wordt beperkt gecontroleerd door appellante (regelmatig om de 14 dagen of éénmaal per maand kwam de districtmanager persoonlijk langs. Appellante berekent niet de kostprijs van de menu's en zij dient niet in te staan voor de werkplanning van de keuken; de hulp is beperkt tot afwas en opdiening en plaatsen van tafel en opruimen en schoonmaken van groenten. Alleen de eigen uren worden doorgegeven.

Gelet op de kleine unit en de regelmaat van de menu's en het feit dat alleen appellante tewerkgesteld is worden de taken van controle van voorraad en bestellingen bij leveranciers gereduceerd zodat deze taken niet de hoofdmoot van de uitgevoerde prestaties uitmaken. Het merendeel van de prestaties betrof het klaarmaken van de maaltijden voor de leerlingen. Het nakijken van voorraad en bestellen neemt niet het merendeel van de tijd van de uitgevoerde prestaties in beslag.

Appellante bewijst niet dat het grootste deel van haar uitgevoerde taken deze van chef de gérant zijn. Appellante bewijst inderdaad niet dat zij merendeel het beheer en de administratie deed.

Het feit dat appellante de enige werknemer was verantwoordelijk voor de organisatie en bereiding van de keuken en de menu's voor 180 tot 250 leerlingen, evenals de stukken 11,12,13 14 en 25 uit het bundel tonen aan dat appellante zelfstandig diende te werken, tevens bestellingen deed aan leveranciers, menu's mede opstelde, de voorraden controleerde en de schoolhulp effectief diende in te zetten, dit alles onder begeleiding en verantwoordelijkheid van de districtmanager. Dit toont aan dat appellante meer was dan chef de partie, en voornamelijk merendeel de activiteiten behorend tot de functie van alleenwerkend kok uitoefende nl. die een keukenhulp onder zijn leiding heeft en die eveneens dient te plannen en te organiseren (hoeveelheden bestellen in functie van de menu's, versheidsdatum controleren).

2. Materieel element van het misdrijf

Het achterstallig loon is verschuldigd krachtens de CAO's van 25.06.1997, algemeen verbindend verklaard

bij K.B. van 22.03.1999, binnen het paritair comité voor de horeca waaronder geïntimeerde ressorteert.

De niet naleving van algemeen verbindend verklaarde CAO's is alleszins strafrechtelijk gesanctioneerd door art. 56 van de CAO-wet van 5.12.1968.

Dit loonachterstal valt onder de loonbeschermingswet van 2.4.1965 die naast het eigenlijk loon ook de voordelen betreft waarop de werknemer ingevolge de dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever. Deze wet die de loon- en inkomensbescherming van de werknemers beoogde heeft de niet tijdige betaling van het loon strafrechtelijk gesanctioneerd in haar artikel 42,1°.

Het niet tijdig betalen van de bedoelde achterstallig loon maakt derhalve een misdrijf uit, zowel op grond van art. 42,1° loonbeschermingswet als op grond van art. 56 van de CAO-wet.

Het materieel bestanddeel van het misdrijf, dat geïdentificeerd kan worden met de strafbare gedraging, staat derhalve vast, nu niet betwist wordt dat inderdaad het verschuldigd loon niet volledig werden betaald.

3. Het moreel bestanddeel van het misdrijf.

Elk misdrijf vereist naast het materieel bestanddeel ook een moreel bestanddeel, waaronder dient te worden verstaan de schuld of de verwijtbaarheid.

Het moreel bestanddeel van het misdrijf wordt meestal opgesplitst in de categorieën " opzet " en " onachtzaamheid ".

(W.Rauws, sociaalrechtelijke misdrijven en hun strafbaarstelling" in Sociaal Strafrecht, Maklu 1998 p. 67 en de onder nr. 180 vermelde verwijzingen.)

Met opzet wordt bedoeld het wetens en willens een handeling stellen die strafrechtelijk verboden is of een strafrechtelijk geboden handeling niet stellen (ibidem p. 68).

Met onachtzaamheid wordt bedoeld dat de dader de strafwet miskent uit een gebrek aan voorzichtigheid, doch niet met de doelbewuste wil een strafbare handeling te stellen. De dader had de strafbare handeling kunnen en moeten vermijden (ibidem p. 70 met verwijzingen onder nr. 196). Niet opzettelijke misdrijven worden wettig bewezen door de materiële

vaststelling van de bij de wet strafbaar gestelde feiten (Cass 03.10.1994 Arbeidshof Antwerpen 01.02.1990 RW 89-90,1516).

Het betreft geen vermoeden van schuld of fout, maar enkel de wijze waarop de sociaalrechterlijke misdrijven moeten worden bewezen (R. Boes sociaal handhavingsrecht ATO Kluwer I 801-554). De fout vloeit voort uit het bestaan zelf van het materiële element (Cass 06.11.1985 Arr Cass 85-86 ,149). Het opzettelijk handelen is geenszins vereist (Cass 16.02.1993 Arr Cass 1993,193).

Het Hof meent dat het moreel element van het misdrijf vaststaat. De werkgever was er ongetwijfeld van op de hoogte dat binnen het paritair comité waaronder hij ressorteert een aantal algemeen verbindend verklaarde CAO's werden afgesloten waarbij aan de werknemers bepaalde rechten worden toegekend lastens de werkgever. Minstens had hij zich daarover moeten informeren bij de bevoegde instellingen, rechtstreeks of via zijn sociaal secretariaat en had hij moeten weten dat er veelvuldige en gevarieerde taken werden opgelegd aan appellante alleen waaruit de functieclassificatie kok (categ. 8)blijkt.

Het niet nakomen van de bij die CAO's opgelegde verplichtingen is derhalve minstens een gevolg van zijn onachtzaamheid. Hij kan daarbij geen onwetendheid als schulditsluitingsgrond invoeren. Het is al te gemakkelijk dergelijk argument te laten gelden indien men niet de nodige inlichtingen inwint die nochtans gemakkelijk te achterhalen zijn. Het lange tijdsbestek waarbinnen de inbreuk zich heeft voorgedaan maakt dit aangevoerde excuus des te minder aanvaardbaar temeer daar geïntimeerde wel het loon van categorie 8 toekent in juli 2006.

Appellante stelt bijgevolg terecht dat geïntimeerde zich niet als een normaal voorzichtig werkgever heeft gedragen.

4. Betreft het een voortgezet misdrijf ?

Met een voortgezet misdrijf wordt bedoeld een geheel van strafbare gedragingen, handelingen of onthoudingen van dezelfde aard die onderling verbonden zijn door eenheid van misdadig opzet in hoofde van de da-

der zodat zij geacht worden samen slechts een misdrijf uit te maken (zie L. Dupont S.R.K. 88, 10).

Dit belet niet dat de afzonderlijke strafbare gedragingen handelingen of onthoudingen op zichzelf beschouwd aflopende misdrijven kunnen uitmaken.

Onder eenheid van misdadig opzet wordt bedoeld het plan, de bedoeling, de ingesteldheid van de dader waarvan de veelheid van strafbare gedragingen de uitdrukking is (Cass. 12.12.78, Arr. Cass. 78-79, 419; Cass. 20.5.1980, Arr. Cass. 79-80, 1165).

Het bestaan van eenheid van opzet is een feitenkwestie die door de rechter ten gronde soeverein wordt beoordeeld (Cass. 27.3.84, Arr. Cass. 83-84, 981; Cass. 24.5.84, Arr. Cass. 83-84, 981 (?); Cass. 4.12.89; Arr. Cass. 89-90, 473).

Het Hof is van oordeel dat het aanhoudend niet betalen van de loon verschuldigd volgens de hierboven aangehaalde algemeen verbindend verklaarde CAO's een voortgezet misdrijf uitmaakt waaraan hetzelfde opzet ten grondslag ligt, te weten ten minste een gedurende lange tijd voortgezette onachtzaamheid (in die zin om. Cass 27.10.87, JTT 87, 301; Arbeidshof Brussel 16.3.94, JTT 94, 256; Arbeidshof Antwerpen 10.12.92, JTT 94, 411; Arbeidshof Gent 20.11.92, Soc.Kron. 94, 257; Arbeidshof Brussel 20.12.91, JTT93, 334; Arbeidshof Luik 21.11.91, JTT 92, 366; Arbeidsrechtbank Brussel 9.9.86; RS Arb. Ger. Br. 86,360(? 380?) Arbeidshof Antwerpen 2.3.81, JTT 82, 34; Arbeidshof Luik 14.10.83, JTT 85, 136; Arbeidshof Bergen 22.5.75; TSR 75, 490).

Het laatste misdrijf van niet betaling van loon dateert van september 2006 en de dagvaarding van 14.09.2006, zodat een vergoeding verschuldigd is ten belope van het achterstallig minimumloon als kok over de periode van december 2000 tot september 2006 ten belope van 1.441,28 euro bruto. De schadevergoeding dient inderdaad alle schade te herstellen doch ook de verloren RSZ prestaties en de belasting op deze vergoeding waarvan beide partijen erkennen dat hierop belasting zal verschuldigd zijn.

Er is geen reden tot afgifte van loonfiche nu een schadevergoeding krachtens misdrijf wordt toegekend. Gelet op de complexe materie en de wijzigingen die ook het Hof van Cassatie in deze materie aanbracht heeft appellante de procedure niet op foutieve wijze vertraagd. Vergoedende intresten zijn verschuldigd

op het brutobedrag van 1441,28 euro vanaf 1 juli 2005 en op het nettobedrag tot 1 juli 2005, zoals door appellante gevorderd.

★

★

★

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 gegrond als volgt:

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw recht sprekend;

Verklaart de vordering ontvankelijk en deels gegrond;

Veroordeelt geïntimeerde tot betaling aan appellante van een bedrag van 1.441,28 euro bruto als schadevergoeding ex delicto wegens herstel van schade loonbijpassing categorie kok meer de vergoedende-gerechtelijke intresten zoals gevorderd op het netto bedrag tot 1 juli 2005 en op het brutobedrag vanaf 1 juli 2005;

Veroordeelt geïntimeerde tot de kosten van beide aanleggen, die als volgt werden begroot :

- voor appellante partij :

€ 139,35 dagvaardingskosten,

- voor geïntimeerde partij :

€ 375 rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg,

€ 375 rechtsplegingsvergoeding hoger beroep,

Aldus gewezen door de 5de kamer van het Arbeidshof
te Brussel en ondertekend door :

Mevr. B. CEULEMANS: Eerste Voorzitter,

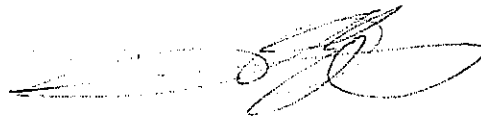
De Heren :

E. MAGNUS : Raadsheer in Sociale Zaken
als werkgever,

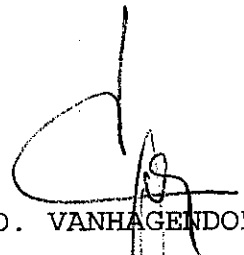
D. VANHAGENDOREN : Raadsheer in Sociale Zaken
als werknemer-arbeider,

En bijgestaan door :

S. VAN DER HOEVEN: Griffier,



E. MAGNUS



D. VANHAGENDOREN



S. VAN DER HOEVEN

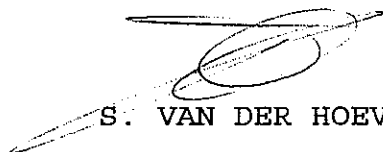
B. CEULEMANS

En uitgesproken op de openbare terechtzitting van de
5de kamer van het Arbeidshof te Brussel op 15 fe-
bruari 2010 door :

Mevr. B. CEULEMANS: Eerste Voorzitter,

En bijgestaan door :

S. VAN DER HOEVEN: Griffier,



S. VAN DER HOEVEN

B. CEULEMANS