BELGISCHE VERENIGING VOOR ARBEIDSVERHOUDINGEN

HONDERD JAAR ARBEIDSOVEREENKOMSTENWET

Guy Cox - Michel De Gols - Rudi Delarue - Christian Deneve
Frank Hendrickx - Patrick Humblet - Michel Jadot - Ria Janvier
Michel Magits - Kristof Salomez - Jean-Michel Servais

Maxime Stroobant (ed.) - Othmar Vanachter (ed.)

Intersentia

Antwerpen - Groningen



IRS 34 88576

Maxime Stroobant (ed.) - Othmar Vanachter (ed.)

Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet

© 2001 Intersentia
Antwerpen – Groningen
http:// www.intersentia.be

ISBN 90-5095-215-1
D/2001/7849/53
NUGI 695

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgevers.

Inhoud

Auteurs v

Woord vooraf
Maxime Stroobant 1

Les cent ans de la loi sur les contrats de travail
Séance académique – 13 décembre 2000
Michel Jadot 7

De Wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst: de honderdjarige evolutie vóór en na
Michel Magits 11
Inleiding 11
§ 1. De arbeidsovereenkomst in de Code Civil (1804) 12
§ 2. De aanloop tot een wettelijke regeling 13
§ 3. De opstelling van de wet op de arbeidsovereenkomst 16
§ 4. De Wet van 10 maart 1900 20
§ 5. De Wet van 7 augustus 1922 betreffende het bediendencontract 24
§ 6. De verdere evolutie: enige krachtlijnen 26
§ 7. Besluit 29

De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 en het recht op arbeid
Maxime Stroobant 31
§ 1. Probleemstelling 31
§ 2. Algemene beschouwingen 34
§ 3. Het recht op arbeid in de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 41
§ 4. Het recht op arbeid buiten de Arbeidsovereenkomstenwet 53
§ 5. De rechtspraak en de rechtsleer 55
§ 6. De Europese regelgeving 56
§ 7. Het internationaal sociaal recht 57
§ 8. Welke arbeidsrelatie in de toekomst ? 57
§ 9. Besluit: naar een beginselenwet 59
Bibliografie 60

De arbeidsovereenkomst: een burgerlijke en sociale verbintenis
Frank Hendrickx 63
§ 1. De ondergeschiktheid als gevolg van een contractuele handeling 64
§ 2. De arbeidsovereenkomst: vehikel of entreebewijs? 65
§ 3. De contractualisten en de institutionalisten: individuele en collectieve arbeidsovereenkomsten 67
§ 4. Arbeidsovereenkomstenrecht en autonomie: ontburgerlijking en verburgerlijking 70

§ 5. Arbeidsovereenkomst en autonomie: publieke waarden in private verhoudingen 73
§ 6. Arbeidsovereenkomstenrecht als beschermend recht 75
§ 7. De overeenkomst als referentiepunt voor de toepassing van beschermend recht 77
§ 8. Nog een eeuw erbij? 81

Gezag en ondergeschiktheid in de 21e eeuw. Van werknemer naar medewerker?
Patrick Humblet 85
§ 1. Gezag en ondergeschiktheid: een bron van voortdurende discussie 86
§ 2. Adieu au salariat 87
§ 3. Op zoek naar rechtszekerheid 89
§ 4. Gezag, gezagsverhouding en gezagsuitoefening 91
§ 5. De transformatie van de gezagsuitoefening 93
§ 6. Freedom is slavery 95

Arbeiders – bedienden : een 10-punten programma
Maxime Stroobant 97

Het onderscheid tussen arbeiders en bedienden
Othmar Vanachter 101

Opleidingsbeding: pleidooi voor duidelijkheid
Guy Cox 107
§ 1. Band opleiding en werkloosheid 107
§ 2. Europees pleidooi 111
§ 3. Hoe goed doen we het in België? 112
§ 4. Rol sociale partners. 115
§ 5. Synthese huidige opvatting over geldigheid scholingsbeding 117
§ 6. Conclusie 122

Statutair of niet statutair: that's the question...
Ria Janvier 125
§ 1. Inleiding 125
§ 2. Kwalificatie van de arbeidsverhoudingen in de publieke sector 128
§ 3. Rechtspositie van de personeelsleden in het vrij gesubsidieerd onderwijs 148

Het recht op veilige en gezonde arbeid
Othmar Vanachter 165
§ 1. De negentiende eeuw: eerste schuchtere maatregelen 165
§ 2. Aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen 166
§ 3. Tussenkomst van de wetgever 167
§ 4. De wetgever valt stil 170
§ 5. Het reglementarisme 173
§ 6. Het ARAB in vraag gesteld 174
§ 7. Ook de basiswet is aan herziening toe 175
§ 8. De Welzijnswet Werknemers van 4 augustus 1996 176
§ 9. Belangrijkste vernieuwingen 177

§ 10. Besluit 180

Incidence des contrats de travail sur l'organisation collective et individuelle du temps de travail
Michel De Gols 183
§ 1. L'organisation collective du temps de travail 183
§ 2. L'organisation individuelle du temps de travail 192
§ 3. Conclusions 196

De macht en het recht tot ontslag
Kristof Salomez 199
§ 1. Het ontslagrecht 199
§ 2. De ontslagmacht 201
§ 3. Het wettelijk kader 202
§ 4. De ontslagmacht in het Belgisch arbeidsrecht 213

De Europese regelgeving inzake de individuele arbeidsrelatie
Rudi Delarue 215
§ 1. Geleidelijke verdieping 215
§ 2. Gelijke behandeling 218
§ 3. Versterking van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen 220
§ 4. Gezin en arbeid 222
§ 5. Deeltijdse arbeid en tijdelijke arbeidsovereenkomsten 223
§ 6. Herstructureringen 225
§ 7. Loopbaanontwikkeling 228
§ 8. Bereik van het arbeidsrecht 230
§ 9. Conclusies 232

De impact van de Internationale Arbeidsorganisatie op het Belgisch arbeidsrecht
Christian Deneve 235
§ 1. Bij de bron 235
§ 2. De ratificaties van de internationale normen door België 235
§ 3. Recht op arbeid 237
§ 4. De huisarbeid 240
§ 5. Kinderarbeid en arbeid van jeugdige werknemers 241
§ 6. Arbeidsduur 243
§ 7. Loonbescherming 245
§ 8. Gelijke behandeling van vrouwen en mannen 246
§ 9. Vrouwenarbeid 248
§ 10. Het sociaal overleg 250
§ 11. Arbeidsinspectie 254
§ 12. Welzijn op het werk 255
§ 13. Van specifieke normen naar een integrale aanpak 256

Conditions de travail et mondialisation: quels acteurs pour quelles normes?
Jean-Michel Servais 259
§ 1. Un malaise social persistant 260
§ 2. Questionnements sur les politiques nouvelles 265

§ 3. Normes autonomes, normes hétéronomes et alternatives à la réglementation sociale 273
§ 4. Alchimie pour une recomposition des relations sociales 277

Algemeen besluit
Othmar Vanachter 285

Bijlage: Wet 10 maart 1900 289

Auteurs

Guy Cox, Directeur-generaal, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid.

Michel De Gols, Directeur général, Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail.

Rudi Delarue, Administrateur, Europese Commissie, DG Werkgelegenheid en sociale zaken.

Christian Deneve, Directeur-generaal, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid; Docent internationaal sociaal recht, Rechtsfaculteit, Vrije Universiteit Brussel.

Frank Hendrickx, Docent, Universiteit Tilburg; Postdoctoraal onderzoeker van het FWO-Vlaanderen, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Katholieke Universiteit Leuven.

Patrick Humblet, Hoofddocent, Vakgroep Sociaal Recht, Universiteit Gent.

Michel Jadot, Secrétaire général, Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail.

Ria Janvier, Hoogleraar, Universiteit Antwerpen.

Michel Magits, Gewoon hoogleraar, Rechtsfaculteit, Vrije Universiteit Brussel.

Kristof Salomez, Assistent, Rechtsfaculteit, Vrije Universiteit Brussel.

Jean-Michel Servais, Directeur des opérations du Bureau régional de l'OIT pour les Etats arabes à Beyrouth.

Maxime Stroobant, Gewoon hoogleraar, Rechtsfaculteit, Vrije Universiteit Brussel; Voorzitter Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen.

Othmar Vanachter, Gewoon hoogleraar, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Katholieke Universiteit Leuven; Secretaris Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen.

Woord vooraf

De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 vierde bij de millenniumwisseling haar 100ste verjaardag. Een eeuw geleden werd de wet goedgekeurd door het Belgisch Parlement. Een voldoende reden voor de Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen om over de betekenis, de rol en de draagwijdte van de wet voor het Belgisch stelsel van arbeidsverhoudingen na te denken.

De auteurs – academici en vertegenwoordigers van de sociale partners – beperkten zich tot de studie van enkele specifieke thema's en gingen na hoe de wet terzake evolueerde over een periode van 100 jaar. In de conclusie zou dan gepoogd worden de algemene tendensen van deze evolutie aan te duiden.

Niet alle onderwerpen die in de Arbeidsovereenkomstenwet van 1900 voorkomen konden worden behandeld. De auteurs maakten in alle vrijheid hun keuzes. Er komen evenwel voldoende thema's aan bod zodat men zich een idee kan vormen hoe de Arbeidsovereenkomstenwet in haar algeheelheid evolueerde.

Een eerste uitgangspunt voor de auteurs bestond erin de wet van 1900, zoals zij toen werd goedgekeurd, te analyseren en de evolutie van de diverse onderdelen van de wet weer te geven.

Dit is uiteraard een correcte benadering maar in se is deze zeer eng. Zij gaat immers voorbij aan de nieuwe fenomenen – en deze zijn uiterst talrijk, zeer boeiend en ingrijpend – die zich in het 20ste eeuwse productieproces hebben voorgedaan. Het komt er dus op aan ook deze aspecten van de regulering van de individuele ondergeschikte arbeidsverhoudingen niet te verwaarlozen.

Op een vrij scherpe manier wordt door de Europese Commissie in het Verslag van de Commissie Supiot[1] de vraag gesteld of de huidige rechtspositie van de werknemer in ondergeschikt verband, arbeider of bediende, lager of hoger kader, kan gehandhaafd blijven? De nieuwe vormen van tewerkstelling zetten de traditionele juridische benadering immers fel onder druk.

Het terugdringen door het bedrijfsleven van de voltijdse betrekkingen in vast verband voor onbepaalde tijd, het massaal aanwerven van tijdelijke werknemers volgens de meest originele juridische technieken, de enorme opkomst van deeltijdse arbeid, het verschijnen van tele-arbeid op de arbeidsmarkt, en niet op zijn minst de uitbesteding van werk aan zogenaamde 'schijnzelfstandigen' verklaren de opkomst van nieuwe opvattingen omtrent de individuele tewerkstelling in ondergeschikt verband.

---

[1] A. SUPIOT, e.a., *Au-delà de l'emploi. Transformatios du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission Européenne*, Paris, Flammarion, 1999, 11 e.v.

Ook andere fenomenen spelen hier een belangrijke rol. Zij doen zich achtereenvolgens voor in de loop van de 20ste eeuw en zijn het logische gevolg van een natuurlijke evolutie van het bedrijfsleven.

Het consolideren van grote nationale ondernemingen in de 19e eeuw bereidt de weg voor voor het internationaliseren van de economie. Deze evolutie voltrekt zich op spectaculaire wijze in de 20ste eeuw en is de zaak van enkele sterke industriële en commerciële naties. De zogenaamde geïndustrialiseerde westerse economie neemt het voortouw zonder echter een recht op exclusiviteit. West-Europa ondergaat hier de dominantie van de Verenigde Staten van Amerika.

De 20ste eeuw is ook de eeuw van de **grote politieke ideologische revoluties**: de oprichting en de ondergang van de Sovjet-Unie, de uitbouw van de Chinese Volksrepubliek, de keuze van een reeks kleinere naties voor een socialistische politieke maatschappijstructuur laat het denken over de arbeidsverhoudingen niet onberoerd. Bij het overleg – en eventueel bij de confrontatie – met hun werknemers dienen de westerse werkgevers steeds voor ogen te houden dat er op wereldvlak een permanente ideologische bedreiging bestaat tegen de vrijemarkteconomie.

In diezelfde gedachtegang mag de invloed die uitgaat van de **steeds sterker wordende vakbeweging** bij het sociaal overleg niet onderschat worden. De vakbonden worden een institutionele partner die ook zijn rol speelt op het ogenblik van teruggang van het syndicalisme.

Nieuwe productieprocessen worden uitgewerkt, **nieuwe vormen en methoden van arbeidsorganisatie** worden verwezenlijkt. **Oudere productieprocessen** en -materialen verdwijnen. Dit alles heeft een belangrijke invloed op de individuele rechtspositie van de werknemer onder meer wat betreft de arbeidsomstandigheden, het inkomensniveau, de sociale bescherming, de vastheid van betrekking. Deze wijzigingen hebben een permanent karakter en doen zich voor op gestadige wijze gedurende de ganse 20ste eeuw. Hierbij dient voor ogen gehouden te worden dat **twee wereldoorlogen** het productieproces grondig hebben beïnvloed, bijvoorbeeld reeds door de talrijke aanwervingen van vrouwelijk personeel. Ook het uitvinden van **nieuwe technologieën** werd fel beïnvloed door deze wereldoorlogen.

Het **politieke democratiseringsproces** dat mede aan de basis ligt van de evolutie van de opvattingen over economische democratie, dient hier eveneens vermeld. Welke positie neemt de werknemer in in het besluitvormingsproces binnen de onderneming? Een vraag die de betrokkenen niet onberoerd laat vooral niet tijdens momenten van crisis. De zaken Delacre, Renault, Opel, Sabena kunnen hiervan getuigen. Hoe reageert de wet van 1900 hierop ?

Een niet te onderschatten fenomeen in het productieproces houdt verband met het in leven roepen van **nieuwe economische behoeften** en het **verdringen van andere behoeften**. Het bedrijfsleven ontwikkelt hieromtrent de meest subtiele systemen van promotie waarbij het als het ware zelf de behoeften van de consument bepaalt, dus ook het productieproces beïnvloedt evenals de positie – werkgelegenheid – van hen die erin tewerkgesteld zijn.

Aansluitend hierbij moet gewezen worden op het aantreden van **de georganiseerde consument** die nieuwe eisen gaat stellen en daarmede ook de arbeidsorganisatie beïnvloedt. Dit verwijst meer algemeen naar de steeds mondiger wordende burger. Zijn optreden draagt bij tot de kwaliteitszorg en de milieuzorg tijdens de productie. Nieuwe vereisten worden gesteld aan het personeel.

Tenslotte is er nog de **globalisering en de mondialisering van het bedrijfsleven**, logisch gevolg van een internationaliseringsproces dat reeds in de 19de eeuw een aanvang heeft genomen.

Deze mondialisering en globalisering van de werking, de ontwikkeling en het beheer van de economie werden stilaan mogelijk gemaakt door het ontwikkelen van nieuwe processen van communicatie, van opstapelen en van behandelen van gegevens. Het op wereldvlak beheren en ontwikkelen van de economie in het raam van een globaal en geïntegreerd beheersproces vormt de uitdaging van de toekomst, niet alleen voor het bedrijfsleven zelf, maar eveneens voor de toekomstige politieke wereldstructuren die zullen moeten opgezet worden.

Uiteraard betekent deze globalisering niet dat alle sectoren van de economie zullen opgenomen worden in een op wereldniveau georganiseerd besluitvormingsproces dat wellicht de vorm van een netwerk zal aannemen finaal beheerd door de grote financiële instellingen. Sommige sectoren en bedrijven zullen wellicht – gewild of niet – over een grote zelfstandigheid en eigenheid blijven beschikken.

Het hoeft geen betoog dat dergelijke evolutie een grote invloed zal uitoefenen op de positie van de werknemer in zijn onderneming en dus op zijn individuele arbeidsovereenkomst.

De mondialisering en de globalisering stellen de wereld uiteraard voor problemen en niet alleen problemen van ordehandhaving zoals in Seattle, Göteborg, Genua, e.a. Het meest essentiële probleem is dat de **algemene en fundamentele maatschappijstructuren** binnen dewelke deze nieuwe economie moet functioneren **hopeloos achterop blijven** en de evolutie niet op de voet volgen. Zo zou het vanzelfsprekend zijn dat deze gigantische economische entiteiten het voorwerp zouden uitmaken van een **interne democratische controle** en **participatie aan de besluitvorming door het personeel**. Zo zou het eveneens vanzelfsprekend zijn dat er **mondiale en geïntegreerde politieke structuren** zouden functioneren die deze wereldeconomie zouden begeleiden. Niets van dat alles bestaat !

Dit heeft tot gevolg dat de beleidsverantwoordelijken van de onderneming slechts oog hebben voor het economisch rendement ervan – lees winstmaximalisatie – en geen belangstelling vertonen voor de **sociale functie van hun wereldonderneming**, wat reeds in de 20ste eeuw een verworvenheid was van sociaal overleg en van de politieke democratie op nationaal vlak.

Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat er zogenaamde **antiglobaliseringsbewegingen ontstaan**. Zij zijn echter geen tegenstanders van deze wereldeconomie die een wenselijke evolutie is op voorwaarde dat zij evenwichtige sociale en econo-

mische objectieven nastreeft. Zij eisen een ander soort mondialisering dan deze die vandaag op het getouw wordt gezet. Bijvoorbeeld een globalisering die Renault-Vilvoorde, Opel-Antwerpen nog overlevingskansen zou hebben gegund. Een niet te verwaarlozen aspect van het recht op arbeid van de individuele werknemer.

Deze diverse overwegingen brengen ons bij de vraag met **welk soort economie** de wereld **in de toekomst** zal te maken hebben en **welke de rechtspositie** erin zal zijn van de individuele werknemer. Treden zij definitief en onvermijdelijk in een ideologie van eenheidsdenken omtrent de vrijemarkteconomie, ten eeuwigen dage de economie van de toekomst? Of blijven andere stelsels mogelijk die meer eigenwaarde waarborgen voor de werknemer en hem een democratische rol laten spelen in de wereldonderneming.

De ideologische tegenpool – of is het opvolger? – van de vrijemarkteconomie was gedurende twee eeuwen het socialisme. De implosie van de U.S.S.R. heeft wellicht duidelijk gemaakt dat het dirigistisch, autoritair en centralistisch socialistisch model het niet zal doen in de toekomst.

Zullen wij dan de opgang van een nieuwe ideologie meemaken waarin arbeid en kapitaal binnen de maatschappij in het algemeen en binnen het bedrijfsleven in het bijzonder in een gans andere verhouding tegenover elkaar zullen komen te staan dan deze van totale ondergeschiktheid van arbeid? Een verhouding waarbij arbeid evenzeer burgerrecht heeft in het productieproces als het kapitaal en waarbij de belangen van de gemeenschap en van de consument eveneens een volwaardige plaats zullen innemen.

Hiermede zal het ideologisch denken geen eindpunt bereikt hebben – voor zover zoiets mogelijk is. Immers, indien het valoriseren van arbeid meer welvaart brengt voor meer burgers, is het wel zo dat in een maatschappij niet alle burgers arbeid kunnen of wensen te presteren en dat niet iedereen arbeid levert van gelijkaardige kwaliteit en hoeveelheid. Arbeid is dus een bron van discriminatie. Wat niet wegneemt dat het valoriseren van arbeid een onvermijdelijke historische fase in de evolutie van de mensheid betekent.

Uiteraard zullen structuren worden opgezet om deze discriminatie te milderen. Niet-werkenden kunnen worden gelijkgeschakeld met werkenden en hieruit afgeleide rechten putten.

De **bedrijfsleiding** zal dan ook voor een **belangrijke beleidsverantwoordelijkheid** geplaatst worden, waarbij het niet onmogelijk zou zijn dat gekozen wordt voor een complexe doelstelling voor de onderneming waarin zowel valorisatie van het kapitaal als van arbeid, als van de consument en van de maatschappij hun plaats zouden vinden. Dit zou leiden tot een andere vorm van solidariteit dan het dirigistisch socialisme. Dergelijke onderneming zou van de werknemer meer een vennoot maken dan een ondergeschikte arbeidskracht. De contradictie tussen kapitaal en arbeid blijft duidelijk overeind gelukkig als een factor van progressieve evolutie van

de maatschappij en niet als een confrontatie tussen machtsblokken met het risico op een wereldoorlog.[2]

Tot besluit van al deze overwegingen mag gesteld worden dat een evolutie van de rechtspositie van de werknemer in de richting van een 'verzelfstandigd eenheidsstatuut' niet vanzelfsprekend is. Ook A. Supiot pleit er niet voor in zijn E.U.-rapport.[3] Bovendien zijn het statuut van de werknemer en de fundamentele maatschappijstructuren onlosmakelijk met elkaar verbonden. Alleen de Arbeidsovereenkomstenwet wijzigen heeft geen zin. Dergelijke wijzigingen moeten hun plaats vinden binnen een adequaat grondwettelijk kader.

Op het eerste zicht heeft de Arbeidsovereenkomstenwet van 1900 weinig invloed ondergaan van de fundamentele wijzigingen die zich in de loop van de 20ste eeuw hebben voorgedaan in het productieproces.

Is deze wet dan volledig achterhaald? Neen. Wel dient de vraag gesteld of het ogenblik niet gekomen is om de nodige aanpassingen aan te brengen en om van de Arbeidsovereenkomstenwet een beginselenwet te maken met de opsomming van de fundamentele kenmerken van de rechtspositie van de werknemer binnen het huidig grondwettelijk kader. Een soort raamwet die het voorwerp zal uitmaken van specifieke uitvoeringswetten.

Maxime Stroobant
Voorzitter Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen
Gewoon Hoogleraar V.U.B.

---

[2] In het verslag SUPIOT wordt een gelijkaardige maar niet identieke gedachtengang ontwikkeld. Het verslag pleit voor een soort 'burgerschap' van de werknemer in de onderneming. *"Plus que celui de protection sociale, le concept de citoyenneté sociale apparaît apte à synthetiser aujourd'hui les objectifs d'un redéploiement du droit du travail ..."*, A. SUPIOT, *o.c.*, 306.

[3] A. SUPIOT, *o.c.*, 298 *"Le choix du groupe d'experts n'est pas le maintien du modèle de l'emploi au sein du droit du travail .... Il plaide plutôt pour une reconfiguration de la nation de sécurité."*

Les cent ans de la loi sur les contrats de travail
Séance académique – 13 décembre 2000

Michel Jadot

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs,

Lorsqu'on célèbre un centenaire, qu'il s'agisse d'une personne, d'une institution, d'un organisme ou d'une législation, les propos de circonstance sont généralement empreints d'admiration, de respect et de considération pour ce qui a traversé les décennies avec succès mais il y a aussi un peu de commisération et d'inquiétude pour les rides et les faiblesses qui apparaissent.

La législation sur le contrat de travail n'échappe pas à la règle.

Pendant tout le 19ème siècle, la relation du travailleur salarié a été juridiquement régie par les dispositions du Code civil basé sur la liberté contractuelle et une prétendue égalité des parties.

C'est sur cette base que s'est fondé tout le développement industriel de notre pays.

L'absence de contrat de travail écrit et de réglementation du travail ont fait que la situation de l'ouvrier du 19ème siècle était surtout dominée par l'arbitraire des décisions prises par son employeur en fonction d'impératifs purement économiques.

Peu après l'indépendance de la Belgique ont été mises en place des commissions chargées d'étudier les conditions de travail dans l'industrie et de proposer des mesures pour les améliorer.

Les principes de liberté et d'impératifs économiques invoqués par les industriels et relayés par le pouvoir politique en place empêchèrent toute mesure jusqu'à la prise de conscience qu'entraînèrent les émeutes sanglantes de 1886.

Les premières lois qui suivirent visent d'abord des problèmes prioritaires, tels la protection de la rémunération, la protection des catégories les plus faibles notamment les femmes et les enfants, le temps de travail, les règlements d'ateliers lesquels s'efforcent de soustraire les conditions de travail à l'arbitraire de l'employeur.

Mesdames, et messieurs,

La loi de 1900 sur le contrat de travail d'ouvrier est la première loi qui vise à libérer les relations contractuelles de l'emprise unique du Code civil.

Mais il faut toutefois immédiatement relativiser cette constatation car le cadre juridique de la loi, bien que mieux, adapté aux relations de travail, reste très sommaire.

De plus, comme les dispositions de la loi spéciale continuent à s'inscrire dans le cadre du droit civil, il est intellectuellement plus correct de parler d'une adaptation des règles du Code civil plutôt que d'une distanciation complète par rapport à celles-ci.

Après la première guerre mondiale, l'exercice entamé pour les ouvriers en 1900 sera poursuivi pour les employés en 1922. Il faut se souvenir qu'à l'époque, les employés constituaient une catégorie de travailleurs très réduite, qu'on pourrait comparer actuellement aux cadres. Elle se caractérisait par des conditions de travail plus flexibles d'une part et un attachement plus grand à l'entreprise d'autre part (comme les cadres actuellement, les employeurs considéraient les employés comme leur domaine). La loi de 1922 avait déjà un caractère plus protecteur que celle de 1900.

Après la création de contrats spéciaux pour les marins et les bateliers, dans l'entre-deux guerres, il fallut attendre les années soixante pour que s'ajoutent de nouvelles formes de contrats (représentants de commerce et domestiques, puis les étudiants) et ce n'est qu'en 1996 que purent en bénéficier les travailleurs domestiques. Pour ne pas parler du contrat de travail ALE introduit en 1999 qui, contrairement au Canada Dry, porte le nom du contrat de travail mais sans en avoir ni les caractéristiques ni la saveur.

Au niveau du contenu, l'évolution de la loi sur les contrats de travail s'est surtout axée sur l'amélioration de la stabilité d'emploi par le biais de préavis, de la clause de non concurrence mais aussi du chômage temporaire et sur l'amélioration de la stabilité de la rémunération, notamment sous les différentes formes de salaires garantis. Il a fallu quand même attendre les années 50 et même 60 pour que les ouvriers se voient reconnaître un droit à un préavis en cas de licenciement et à un salaire garanti en cas d'incapacité de travail pour maladie ou accident.

Au niveau de la forme des contrats, on est passé de la quasi règle des contrats non écrits à des contrats dont le contenu minimal est bien déterminé, voire même à des modèles types, par exemple le contrat agence locale pour l'emploi ou la convention de premier emploi pour les jeunes (Rosetta).

Au niveau logistique, il faut aussi remarquer qu'après le loi sur le travail en 1971, la loi du 3 juillet 1978 représente un des rares embryons de coordination et de codification dans notre droit du travail, codification parrainée par le Ministre de l'Emploi de l'époque, G. Spitaels, et réalisée de façon remarquable par un fonctionnaire supérieur du Ministère de l'Emploi et du Travail, Auguste Roemen.

Mesdames et Messieurs, je souhaite enfin mentionner quelques enjeux auxquels le contrat de travail devra faire face dans les prochaines années.

Tout d'abord, *la distinction statut ouvrier – employé.*

L'évolution technologique et les nouvelles formes d'organisation du travail rendent de plus en plus floues les différences entre travail manuel et intellectuel. Les deux

statuts, qui conservent de grandes différences, ne sont plus fondés sur des raisons objectives.

Dans un arrêt du 8 juillet 1993, la Cour d'Arbitrage a décidé que cette distinction était dépassée et devait, à terme toutefois, être supprimée, l'harmonisation pouvant se faire de façon progressive.

Les pas qui ont été accomplis depuis, notamment la convention collective interprofessionnelle n° 75, sont nettement insuffisants certainement à une époque où le principe de non-discrimination est de plus en plus invoqué et appliqué.

Et il ne semble pas que le dernier accord interprofessionnel ait dégagé des conclusions significatives en ce domaine, dans la mesure où il se limite à prévoir une étude du problème au Conseil national du Travail. Il est vrai que l'enjeu est de taille, surtout sur le plan financier si on envisage une harmonisation dans le sens du progrès social.

Indépendant de la problématique statut ouvrier et employé, on est désormais en droit de s'interroger sur les future relations de travail au sein de la fonction publique. La plupart des fonctions de niveau 3 et de niveau 4 seront désormais contractuelles. On recourt de plus en plus à la fonction d'expert. De plus, les fonctions dirigeantes ou plutôt de management, pour utiliser le vocabulaire copernicien, seront contractuelles. Comment pourra-t-on concilier ces fonctions contractuelles avec le rôle de la fonction publique et de l'Etat ?

Un deuxième problème que je voudrais soulever est celui de *la notion d'autorité.*

La notion d'autorité et de subordination caractérisant la dépendance juridique du travailleur salarié n'est plus adaptée aux nouvelles formes d'organisation du travail. De plus en plus, les hiérarchies verticales sur lesquelles se fondait l'ancienne notion d'autorité font la place à des fonctions plus autonomes et à un travail en équipes.

Néanmoins ces nouveaux travailleurs restent tout aussi dépendants de leur entreprise que l'étaient leurs prédécesseurs, justifiant toujours ce statut particulier qui distingue le salarié de l'indépendant.

Mais comme le souligne Alain Supiot, "le recul des formes les plus traditionnelles de la subordination au travail peut aussi bien conduire à des formes inédites d'asservissement des travailleurs qu'à leur émancipation".

Le dernier problème que je voudrais soulever est celui de *l'individualisation des relations de travail*;

Les nouvelles technologies permettent l'organisation de formes de travail dans lesquelles la partie collective se voit fortement réduite.

Il n'y a plus une façon de travailler dans l'entreprise mais autant de façons qu'il y a de travailleurs.

Les règles collectives ne peuvent donc se limiter qu'à un cadre et le contrat de travail retrouve une place en précisant ce cadre et en le remplissant spécifiquement en fonction de la situation de chaque travailleur.

Ceci pose le problème de la négociation collective, des instruments de l'action collective et des modes d'action des interlocuteurs sociaux.

Mesdames et Messieurs,

Je terminerai cette introduction en soulignant combien ces problèmes me paraissent importants au moment où l'Europe, depuis le Conseil de Lisbonne, nous a assigné des objectifs ambitieux en matière de taux d'emploi. L'enjeu fondamental sera finalement de respecter le prescrit européen tout en sauvegardant notre modèle social basé sur le dialogue social, la qualité de l'emploi et un haut degré de protection sociale.

De Wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst: de honderdjarige evolutie vóór en na

Michel Magits

Inleiding

Het honderdjarig bestaan van de wet op de arbeidsovereenkomst wordt terecht herdacht, want de Wet van 10 maart 1900 legde de basis voor de huidige wettelijke regeling.
We mogen evenwel niet vergeten dat deze wet een lange voorgeschiedenis heeft gekend – op zijn minst in 1890 werd de aanzet ertoe gegeven – en aanvankelijk slechts een zeer beperkt deel van de oorspronkelijke verwachtingen realiseerde. De arbeidsovereenkomst was de hoeksteen van de arbeidsverhoudingen. Ook na de goedkeuring van de Wet van 10 maart 1900 bleef de verwevenheid, zeker in de negentiende eeuw, met het burgerlijk recht lang bestaan.

In 1886 werd België geconfronteerd met een eerste algemene werkstaking, die zeer woelig en incidenteel verliep, zelfs gepaard ging met stevig sociaal oproer, dat slechts met inzet van militaire tussenkomst kon worden bedwongen. De vrees voor een herhaling overtuigde de toenmalige bewindvoerders dat sociale toegevingen aan de arbeidsklasse onvermijdelijk werden en dat snel maatregelen tegen de grootste misbruiken moesten afgekondigd worden.[1]

De wetgever trad eerder ongeordend en niet steeds rechtlijnig op, oorspronkelijk wel gehaast, maar vlug geneigd tot aarzelingen en terughoudendheid. Belangrijke problemen werden in commissies ondergebracht, wat tijdwinst opleverde op korte termijn. Andere essentiële sociale moeilijkheden werden in stukken en brokken aangepakt, waarbij eerst aan een bijzondere categorie van werknemers (voor)rechten

---

[1] Over de eerste grote algemene werkstaking van 1886 werd veel gepubliceerd.
We vermelden o.m.
- L. BERTRAND, *La Belgique en 1886*, Brussel, Maheu, s.d.;
- M. Bruwier (ed.), *1886: La Wallonie née de la grève?*, Brussel, Editions Labor, 1990;
- J. DEFERME, "Geen woorden maar daden. Politieke cultuur en sociale verantwoordelijkheid in het België van 1886", *Belgisch Tijdschrift voor Nieuwste Geschiedenis*, 2000, XXX, 131-171;
- G. DENECKERE, *Sire, het volk mort. Sociaal protest in België (1831-1918)*, Antwerpen-Gent, Hadewijch – AMSAB, 1997;
- E. FOURIER en D. PECTOR, *1886. La révolte des dammés de la terre! Le soulèvement ouvrier de mars 1886 dans le pays de Liège et de Charleroi*, Brussel-Charleroi, Le Progres-Fondation Joseph Jacquemotte, 1986.
- J. PUISSANT, "1886 – La contre-réforme sociale?" in P. VAN DER VORST (ed.), *1886/1887 – 1986/1987. Honderd jaar Belgisch sociaal recht*, Brussel, Bruylant, 1988, 67-100.

werden toegekend om ze nadien, soms veel later, uit te breiden tot andere categorieën.[2]

De lotgevallen van de wet op de arbeidsovereenkomst passen perfect in dit algemeen beeld van totstandkoming en evolutie van het sociaal recht. De ontstaansgeschiedenis van deze wet verklaart bovendien veel van de latere evolutie naar aanpassing en uitbreiding. We behandelen in deze bijdrage in hoofdzaak de ontstaansgeschiedenis van de Wet van 10 maart 1900. De latere ontwikkeling, meer bepaald de wijzigingen en uitbreidingen, wordt ter volledigheid besproken.

§ 1. De arbeidsovereenkomst in de Code Civil (1804)

De corporatieve ordening van de Europese maatschappij werd in de achttiende eeuw in vraag gesteld door de Verlichte Filosofen. Dit ambachtswezen paste immers niet meer in de veranderende economische samenleving, waarin onder de invloed van de mechanisering de individuele productie geleidelijk vervangen werd door een meer collectieve productiewijze.[3]

De Franse revolutionairen hebben derhalve de reglementen en statuten van de corporaties, die de juridische betrekkingen tussen werknemers en werkgevers regelden, afgeschaft bij Decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791.[4] Het streven naar de natuurlijke vrijheid van de mens, reeds vastgelegd in de "*Déclaration des Droits de l'homme*", alsook naar het vrij initiatief wordt nog versterkt door de Wet Le Chapelier, die iedere coalitie verbood (14-17 juni 1791).[5] Beide wetten hebben evenwel tot gevolg dat de beperkte sociale bescherming, die binnen de corporaties

---

[2] Voor de geschiedenis van het sociaal recht kan o.m. geraadpleegd worden:
F. Alexander, M. CORNIL, M. Ernst-HENRION en F. Marcelis, *Genèse du droit social au cours du XIXe siècle,* Brussel, Editions de l'U.L.B., 1963;
B.S. CHLEPNER, *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Brussel, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, 2e druk;
J.P. NANDRIN, "La laborieuse genèse du droit social belge: une utopie récupérée?" in G. KURGAN-, (ed.), *La question sociale en Belgique et au Canada. XIXe-XXe siècles, Brussel, Editions de l'U.L.B.*, 1988, 123-137;
J. NEUVILLE, *La condition ouvrière au XIXe siècle*, Brussel, 1976-1980, 2 delen;
P. VAN DER VORST (ed), *1886/1887 – 1986/1987. Honderd jaar Belgisch sociaal recht*, Brussel, Bruylant, 1988.

[3] P.M.M. KLEP, *Bevolking en arbeid in tranformatie. Een onderzoek in Brabant 1700-1900*, Nijmegen, SUN, 1981, 280; W.H. SEWELL, *Gens de métier et révolutions. Le langage du travail de l'Ancien Régime à 1848*, Parijs, Aubier Montaigne, 1983, 94-107.

[4] M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtvaardige mededinging. Een poging tot nadere omlijning van de wettelijke grondslagen en de inhoud van het onrechtmatigheidsbegrip naar Belgisch algemeen mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 1963, 2 delen. In deel I wordt de opstelling van het decreet d'Allarde uitgebreid besproken, cfr. 218-384.

[5] E. SOREAU, "La loi de Chapelier", *Annales historiques de la Révolution française*, 1931, 287-314.

bestond, verdween. In onze gewesten werden beide wetten van toepassing verklaard bij het Besluit van 17 Brumaire jaar IV (8 november 1795).[6]

Het Franse intermediaire recht negeert het bestaan van de economische ongelijkheid, vertrekt integendeel van de principiële gelijkheid, die op de meest volmaakte wijze tot uitdrukking wordt gebracht in de juridische gelijkheid. Deze opvatting leidt tot een uitgesproken verering van de (arbeids)overeenkomst en een idyllische kijk op de arbeidsverhoudingen: volgens deze liberale ideologie zijn werknemer en werkgever als partijen gelijk; ze overleggen in volle vrijheid en beslissen via hun wilsovereenstemming tot wat ze zich verbinden.[7] Deze opvatting vinden we in 1804 terug in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek.

Op basis van het Burgerlijk Wetboek ontstaat het contract van verhuur van werk en nijverheid op het ogenblik van de wilsovereenstemming. De duur ervan wordt door de overeenkomst bepaald, alsook de rechten en plichten van de partijen.

Het contract neemt een einde op het overeengekomen ogenblik of, bij ontstentenis daarvan, op het ogenblik dat elk van de partijen het wenst. Opzegging is in principe discretionair en schadevergoeding wordt enkel vereist wanneer de verbreking gebeurt onder voorwaarden waarin de andere partij schade zou lijden, maar die schade moet dan ook volgens het gemeen recht bewezen worden.[8] In principe kreeg de werknemer meer zekerheid dan tijdens het intermediaire recht, want het Burgerlijk Wetboek voerde enige suppletieve rechtsbronnen in en bevatte ook algemene bepalingen van het verbintenissenrecht, inzonderheid betreffende koop/verkoop en huur/verhuur, waarop de werknemer beroep kon doen.

§ 2. De aanloop tot een wettelijke regeling

Het Burgerlijk Wetboek had geen hoge dunk van de werknemers. De arbeidsovereenkomst wordt behandeld in titel VIII (met als titel "huurcontract"), hoofdstuk 3, getiteld "huur van arbeid en nijverheid". Dit hoofdstuk staat tussen huur van goederen (hoofdstuk 2) en huur van vee en dieren (hoofdstuk 4), wat duidelijk wijst op een eerder misprijzende houding t.a.v. een dergelijk contract. Bovendien spreekt artikel 1779 van het Burgerlijk Wetboek over "*le louage des gens de travail*", wat eveneens enigszins denigrerend kan worden uitgelegd.

Bovendien is dit hoofdstuk 3 zeer beknopt; het bevat slechts twee artikels, namelijk art. 1780, dat de overeenkomst voor het leven verbiedt en artikel 1781 dat inzake

---

6 F. STEVENS, "L'introduction du décret d'Allarde (2-17 mars 1791) et de la loi Le Chapelier (14-17 juin 1791) dans les départements réunis", *Révue du Nord*, 1984, 406.

7 M. DELHUVENNE, "Algemene problematiek van de individuele arbeidsovereenkomst", R. BLANPAIN (ed.), *Arbeidsrecht*, deel III, Brussel, 1989, 34-35.

8 De auteurs zijn voorstanders van gematigheid en billijkheid bij het vaststellen van een eventuele vergoeding. Zie o.m. TROPLONG, *Code civil expliqué*, Brussel, 1845, sub. Art. 1781, n° 876.

bewijsvoering de patroon bevoordeligt en dus ook de arbeider misprijst.[9] De ongelijkheid van de werknemer werd trouwens buiten het Burgerlijk Wetboek uitgebreid: de invoering van het arbeidsboekje, de opneming van het coalitiebod in het Strafwetboek, de bevoegdheid en samenstelling van de Werkrechtersraden.

De toepassing van de algemene principes van het verbintenissenrecht leidde tenslotte tot een stelselmatige onderschikking van de "verkoper" van arbeid aan de "koper". Bij huur van arbeid wordt de zaak echter niet geïsoleerd van de diensten of het werk van de persoon, die deze diensten of dat werk presteert. Bovendien ontstaat door een dergelijke arbeidsovereenkomst in de vorm van huur van arbeid een ondergeschiktheid op twee terreinen, enerzijds vanuit een materieel en juridisch oogpunt in de zin dat de werkgever het recht heeft om bevelen te geven aan de werknemer, anderzijds vanuit een economisch standpunt, omdat de werknemer afhankelijk wordt van de werkgever, gezien deze het loon, meestal het enig middel van bestaan voor de werknemer, uitbetaalt.

Bijgevolg is de werknemer met zijn persoon betrokken bij het contract, namelijk in zijn bestaan en in zijn vrijheid. Hij is immers verplicht als economisch zwakke de voorwaarden van zijn patroon te aanvaarden. Hij ondergaat de gevolgen van de economische crisis en lijdt loonverlies bij werkloosheid. De verdedigers van het economisch liberalisme beschouwden de arbeid als koopwaar, dat gekocht en verkocht kon worden op de markt, waarbij de prijs bepaald werd door vraag en aanbod.[10]

Niet zelden kwam het tot protest, dikwijls in de vorm van stakingen, soms georganiseerd door arbeidersverenigingen, die, ondanks alle materiële en wettelijke hinderpalen toch ontstonden en zich langzaam ontwikkelden.[11] Daardoor veranderde vanaf 1870-1880 de heersende opvatting en kwamen de arbeiders geleidelijk weer onder het gemeen recht: in 1866 verdween het coalitieverbod,[12] in 1883 werd artikel 1781 uit het Burgerlijk Wetboek geschrapt[13] en werd het arbeidsboekje facultatief.[14] Progressieve liberalen namen daarbij het voortouw.

---

[9] Deze ongelijkheid inzake bewijsvoering steunde op de rechtspraak van de oude parlementen van Aix en Parijs.

[10] J. NEUVILLE, *La condition ouvrière au XIXe siècle. Tome II, L'ouvrier suspect*, Brussel, Vie Ouvrière, 1980, 127-130;
De socialistische volksvertegenwoordiger Furnémont stelde dat bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst de patroon en de arbeider zich verhouden als *"un sac d'argent et un estomac"*, *Hand.* Kamer. 1898-1899, 24 februari 1899, 697.

[11] J. NEUVILLE, *Naissance et croissance du syndicalisme. Tome I. L'origine des premiers syndicats*, Brussel, 1979, Vie Ouvrière; G. DENECKERE, *o.c.*

[12] F. STEVENS, "Het coalitieverbod in België" (1795-1866) in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, 1998, Die Keure, 395-413.

[13] T. VERHEYDEN, "Les péripéties du droit de la preuve en matière de contrats de travail" in *Cent ans de droit social belge*, Brussel, 1986, 257-278.

[14] P. DELSALLE, "Du billet de congé au carnet d'apprentissage: les archives des livrets d'employés et d'ouvriers (XVIe-XIXe siècle), *Revue du Nord*, LXXV, 1993, 285-301; J. NEUVILLE, *L'ouvrier suspect*, o.c. 131-158; K VAN ISACKER, "Een opvallend werkboekje uit Turnhout" in *Arbeid in*

Op het juridisch vlak staan vooral de slachtoffers van een arbeidsongeval in de belangstelling en worden oplossingen gezocht voor de al te strikte toepassing van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, wat tot zware sociale gevolgen leidde. Vooral de opvatting van E. Sainctelette, een gematigd liberaal politicus en advocaat, die stelde dat op basis van de artikelen 1135, 1147 en 1148 van het Burgerlijk Wetboek de patroon verantwoordelijk was bij een arbeidsongeval en dat op grond van zijn contractuele verantwoordelijkheid hij de fysische integriteit van zijn arbeider diende te vrijwaren, veroorzaakte veel opschudding, want hij keerde de bewijslast om.[15] Deze stelling werd evenwel door het Hof van Cassatie verworpen.[16] De visie van Sainctelette werd door enkele juristen fel betwist en gaf aanleiding tot een polemiek, die o.m. in *La Belgique Judiciaire* werd gevoerd.[17] De uiteindelijke afwijzing door het hoogste rechtscollege werkte een tussenkomst van de wetgever ongetwijfeld in de hand.

De inschakeling van het parlement wordt ook in de hand gewerkt door de uitbouw van de syndicale organisaties, de ontwikkeling van het socialisme (o.m. de oprichting van de Belgische Werkliedenpartij, de publicatie van Le Peuple en de Vooruit), de sterke wijzigingen binnen de katholieke zuil (de druk van de christen-democratie en de invloed van de Franse denker Leplay)[18] en het toenemend belang van de radicale liberalen.

De algemene staking van maart 1886 bracht dit alles in een stroomversnelling. Bij Koninklijk Besluit van 15 april 1886 werd een Arbeidscommissie opgericht.[19] Deze commissie onderzoekt het probleem van de arbeidsovereenkomst niet als dusdanig, maar besprak onrechtstreeks de problematiek langs de arbeidsongevallen. De Commissie oordeelde dat dergelijke juridische problemen, opgeworpen door het arbeidscontract, verzonden dienden te worden naar de Commissie betreffende de herziening van het Burgerlijk Wetboek, die twee jaar voordien was opgericht.[20] Leopold II verwerkte enige bevindingen van deze commissie in zijn troonrede op

---

Veelvoud. Een huldeboek aangeboden aan Prof. Dr. J. Craeybeckx en Prof. Dr. E. Scholliers van de Vrije Universiteit Brussel, Brussel, VUB-Press, 184-192.

15 E. SAINCTELETTE, *De la responsabilitié et de la garantie (accidents de transports et de travail),* Parijs, 1884.

16 Cass. 28 maart 1889, *B.J.* 1889, kol. 934.
Het arrest van het Hof van Cassatie van 8 januari 1886 kan eveneens vermeld worden: *B.J.* 1890, kol. 400.

17 Zie hierover bv. *Accidents de travail. Bibliographie, B.J.* 1890, kol. 385-407.
In deze bijdrage worden de verschillende standpunten, zowel in rechtsleer als in rechtspraak, op een rij gezet en bondig uitgelegd.
En *Bibliographie, B.J.* 1889, kol. 385-394.

18 Zie over deze Franse sociale denker o.m.
J.J. HEIRWEGH, "La doctrine de Fréderic Le Play en Belgique et au Canada" in G. KURGAN-VAN HENTENRYK (ed.), *La question sociale,* o.c. 139-147.

19 *B.S.* 17 april 1886, 1453.

20 *Commission du Travail instituée par arrêté royal du 15 avril 1886. Deel III. Conclusion,* Brussel, 1887, Lesigne, 593-614.

9 november 1886. Hij stelde dat "... de rechtvaardigheid eischt dat de wet meer bijzonderlijk bescherming verleene aan zwakken en ongelukkigen...".[21]

Op basis van de voorstellen van de Arbeidscommissie werden snel enige sociale wetten afgekondigd, die streefden naar een minimale, eerder paternalistische bescherming van de werknemer. Het betrof min of meer secundaire materies, waarbij de overheid tot het inzicht kwam dat de juridische gelijkheid een fictie is, dat sommige ongelijkheden zoals de economische, rechtgetrokken dienden te worden, vooraleer tot juridische gelijkheid te komen. Derhalve moest de staat ingrijpen, zodat de vrijheid van de partijen beperkt werd. Deze wetten werden evenwel niet steeds nageleefd omwille van een gebrek aan controle.[22]

De meest fundamentele problemen, die in de mondelinge enquête van de Arbeidscommissie het sterkst aan bod kwamen, zoals de rol van de syndicaten, de arbeidsduur, het arbeidscontract en de arbeidsongevallen stuitten daarentegen op felle weerstand en worden op de lange baan geschoven. Inzake de behandeling van de arbeidsovereenkomst, inzonderheid de arbeidsongevallen wordt dit duidelijk bij het lezen van de discussie in het parlement. Op 26 juli 1887 verzekert Auguste Beernaert, de toenmalige minister van Financiën, na een uitdrukkelijke vraag van Sainctelette dat de regering voorstellen aan de Kamer zal formuleren.[23] Op 16 mei 1889 belooft Leon De Bruyne, toen minister van Landbouw, Nijverheid en Openbare Werken, voor het einde van de legislatuur een wetsontwerp in te dienen.[24] Dit wordt nog eens herhaald op 10 juli 1890 door Auguste Beernaert, die de neerlegging van een voorstel aankondigt vóór het einde van de volgende zittijd.[25]

§ 3. De opstelling van de wet op de arbeidsovereenkomst[26]

De aarzelingen en beloften van de regering resulteren op 24 januari 1891 tot de oprichting bij het Ministerie van Justitie van een commissie belast met de voorbereiding van een voorontwerp van wet tot regeling van de gevolgen van de dienstverhuring van werklieden en dienstboden. De minister zei bij de installatie dat de hoogdringendheid rechtvaardigde dat de opstelling van de wet geschiedde buiten de herziening van het Burgerlijk Wetboek.[27] Wellicht ook om deze reden werd

---

[21] *M.B.* 10 november 1886, 4346.

[22] E. FOURIER, "La Commission du Travail et l'amorce de la législation sociale" in E. FOURIER, en D. PECTOR (ed.), 1886. *La révolte des damnés*, o.c., 57.

[23] *Hand.* Kamer 1886-1887, 26 juli 1887, 1723-1724.

[24] *Hand.* Kamer 1888-1889, 16 mei 1889, 1153.

[25] *Hand.* Kamer Buitengewone zittijd 1890, 10 juli 1890, 15.

[26] Zie ook J.P. NANDRIN, "La génèse de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail. Un exemple modèle de fonctionnement législatif", *Actes du IIe Congrès de l'Association des cercles Francophones d'Histoire et d'Archéologie de Belgique*, Brussel, 1984, 55-65; J.P. NANDRIN, "L'histoire du contrat de travail et la problématique de l'entreprise avant 1914", *R.I.E.J.* 1985, 41-88.

[27] Commission instituée auprès du Département de la justice pour la préparation de l'avant-projet d'une loi destinée à règler les effets du contrat de louage des ouvriers et des domestiques. Procès-verbaux de séances – Projet de loi – Rapport.

Auguste Van Berchem,[28] raadsheer in het Hof van Cassatie en lid van de commissie tot herziening van het Burgerlijk Wetboek, tot voorzitter aangesteld.

De commissie bracht een uitgebreid verslag uit[29] en stelde een voorontwerp van wet op dat grotendeels gewijd was aan het probleem van de verantwoordelijkheid van de werkgever inzake arbeidsongevallen, namelijk 93 van de 110 artikelen. De overige artikelen behandelden enerzijds het werkplaatsreglement en anderzijds de arbeidsovereenkomst.[30] De commissie kreeg een ambitieuze opdracht, namelijk "*codifier le contrat de louage de services des ouvriers et des domestiques d'une manière générale et sous tous les aspects qu'une loi civile peut embrasser*".[31] Toch worden ondanks dit uitgebreid streven de thuisarbeiders, zelfstandige arbeiders en bedienden uitgesloten. De artikels over de voorwaarden van geldigheid, de verplichtingen, de termijnen van verjaring en de wijze van beëindiging van de overeenkomst lokten weinig opmerkingen uit. Ze hernemen meestal wel de beschikkingen van het Burgerlijk Wetboek. Nieuw zijn echter de bepalingen inzake de bewijsvoering, waar getuigenbewijs wordt toegelaten en artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek derhalve niet meer van toepassing is, alsook de regels inzake het werkplaatsreglement. Inzake de verantwoordelijkheid bij arbeidsongevallen volgde de commissie de stelling van Sainctelette.

De minister van Justitie Jules Le Jeune nam dit voorontwerp over en diende het in als wetsontwerp bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 14 augustus 1891,[32] meer bepaald op de laatste dag van de zittijd. Op 23 mei 1892 werden de Kamers ontbonden,[33] zodat dit ontwerp door caduciteit werd getroffen. Na de verkiezingen diende de regering het ontwerp opnieuw in op 2 februari 1893,[34] maar het werd opnieuw door caduciteit getroffen bij de ontbinding van het parlement op 19 september 1894.[35]

Ondertussen kwamen de aarzelingen en meningsverschillen duidelijk aan de oppervlakte: op 2 februari 1893 had de regering immers een ander ontwerp, namelijk opgesteld door de Commissie voor herziening van het Burgerlijk Wetboek,

---

[28] Van Berchem (Auguste-François-Gregoire), geboren in 1829 en overleden op 28 maart 1903, was raadsheer in het Hof van Cassatie sinds 1879. Op 21 januari 1901 werd hij Eerste Voorzitter. Van Berchem was ook lid van de commissie tot herziening van het burgerlijk wetboek sinds 1884. Hij schreef talrijke artikels. *Biographie Nationale*, deel XXVI, kol. 191-193.

[29] *Gedr. St.* Kamer 1891-1892, 17 november 1891, n°13. De notulen van de talrijke vergaderingen nemen de bladzijden 1 tot 262 in.

[30] Het voorontwerp, alsook de uitgebreide memorie van toelichting vindt men in: *Gedr. St.* Kamer 1891-1892, 17 november 1891, n°13, 263-440. Slechts op de bladzijden 57-64 en 103-199 wordt over de arbeidsovereenkomst gesproken; op de bladzijden 228-231 wordt het werkplaatsreglement behandeld.

[31] *Gedr. St.* Kamer 1891-1892, 17 november 1891, n° 13, 369.

[32] *Gedr. St.* Kamer 1890-1891, 14 augustus 1891, n° 260.

[33] *Pasin.*, IVe reeks, deel XXVII, 1892, 23 mei 1892. Het betrof de goedkeuring van de verklaring tot grondwetswijziging, waardoor de kamers van rechtswege ontbonden werden.

[34] *Gedr. St.* Kamer 1892-1893, 2 februari 1883, nr. 92 en 135.

[35] *Pasin.*, IVe reeks, deel XXIX, 1894, 19 september 1894.

ingediend, waarin de contractuele theorie inzake verantwoordelijkheid bij arbeidsongevallen werd verworpen,[36] terwijl het ontwerp van de commissie Van Berchem zich juist op deze verantwoordelijkheid baseerde. Ongeveer gelijktijdig werd een Hoge Raad van de Arbeid bij Koninklijk Besluit van 7 april 1892 opgericht, die onder meer belast werd met het uitwerken van een wet inzake de arbeidsovereenkomst.[37]

De schipperende politiek van de regering heeft diverse oorzaken. Vooreerst werd de Belgische politiek in de jaren 1890-1893 beheerst door het streven naar een grondwetswijziging. Secundo was de commissie Van Berchem verdeeld, vooral over de regeling van de arbeidsongevallen en kende ze problemen om alles (de werkduur, de zondagsrust, het werkplaatsreglement, de voorwaarden van geldigheid, de verplichtingen, de termijnen van verjaring, de beëindiging van de overeenkomst...) in één wet te regelen. De vijandige houding van het Hof van Cassatie en van de Commissie voor de Herziening van het Burgerlijk Wetboek, die beiden gekant waren tegen de voorstellen van de commissie Van Berchem, heeft ongetwijfeld de regering weerhouden snel de knoop door te hakken. Die controverse werd trouwens omstandig behandeld in pers, industriële middens en het juridisch veld.[38]

In 1895 neemt de regering een nieuw initiatief. Ze wijst een algemene wet af als te moeilijk en niet te realiseren bij gebrek aan consensus. Ze kiest integendeel voor een stapsgewijze benadering en belast de Hoge Raad van de Arbeid op 7 november 1895 met een beperkte opdracht, namelijk beschikkingen voorstellen inzake het ontstaan en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.[39] In de schoot van de Hoge Raad wordt daartoe een commissie opgericht,[40] die snel, namelijk op 24 februari 1896 een voorontwerp van wet aan de regering voorlegt.[41]

Deze commissie dacht eveneens dat de problematiek van de verantwoordelijkheid inzake arbeidsongevallen niet kon gescheiden worden van de arbeidsovereenkomst. Daarom vroeg en kreeg de commissie de toelating om over de arbeidsongevallen te discussiëren.[42] Het voorontwerp van wet was dan ook voor een deel gewijd aan de arbeidsongevallen. Ten aanzien van het eerste voorontwerp van de commissie Van

---

[36] *Gedr. St.* Kamer 1892-1893, 2 februari 1893, nr. 91.

[37] *Pasin.*, IV reeks, deel XXVII, 1892, 7 april 1892, 171-172.

[38] Voor de technisch-juridische discussie kan verwezen worden naar de gecommentarieerde bibliografie in *B.J.* 1890, kol. 385-407.

[39] Toespraak van A. Nyssens, minister van Nijverheid en Arbeid, op 7 november 1895 bij de plenaire vergadering van de Hoge Arbeidsraad, *Conseil supérieur du Travail. Troisième session (1895-1896). Contrat de Travail*, Brussel, 1896, 3-6.
Zie ook brief van A. Nyssens aan duc d'Ursel, senator en voorzitter van de Hoge Arbeidsraad, *Ib.* 8-9.

[40] *Ib.* 10-11.

[41] Avant-projet de loi sur le contrat de travail. Rapport présenté au Conseil Supérieur du travail au nom de la commission speciale par M. Ad. Prins, président-rapporteur de la Commission spéciale, *Ib.* 35-86.

[42] Aanvraag goedgekeurd door de commissie op 14 april 1896, *Ib.* 126.
Gunstig gevolg bij brief van de minister op 28 april 1896, *Ib.* 198.

Berchem is geen sprake meer van een werkplaatsreglement[43] en wordt voor wat de arbeidsongevallen betreft de notie van professioneel risico ingevoerd. Inzake de voorwaarden van schadevergoeding wordt evenwel verwezen naar een bijzondere wet.[44]

Het voorontwerp van de Hoge Raad wordt op 27 november 1896 door de regering neergelegd,[45] waarbij twee belangrijke wijzigingen werden aangebracht: de regering schrapte enerzijds de weinige artikels, die ondanks de opdracht, toch nog opgenomen waren inzake arbeidsongevallen en anderzijds beperkte de regering het toepassingsgebied tot de arbeiders, zodat niet alleen huispersoneel, bedienden en leergasten uitgesloten waren, maar ook thuisarbeiders en zelfstandige arbeiders uitgeschakeld werden, wat in het oorspronkelijk voorstel niet gebeurde.

Dit ontwerp werd uiteindelijk, zonder noemenswaardige wijzigingen, de Wet van 10 maart 1900, unaniem (op één onthouding na) goedgekeurd door Kamer en Senaat.[46] De parlementaire discussie, gespreid over drie zittijden en een dertigtal vergaderingen, vooral in de Kamer, was nochtans zwaar, soms bitsig[47] en vol verwarring. De grote complexiteit had nu en dan tot gevolg dat een Byzantijnse verwarring optrad (bijvoorbeeld het verschil tussen een "*chef d'entreprise*" en een "*patron*").[48] Vele amendementen werden ingediend, dikwijls vanuit socialistische hoek, o.m. om het toepassingsgebied te verruimen,[49] maar bijna steeds verworpen, wat soms tot incidenten aanleiding gaf (bijvoorbeeld tot orde roepen, moties). Het senaatsverslag geeft een duidelijk beeld van deze socialistische druk, maar relativeert tezelfdertijd ook de draagwijdte van de nieuwe wet.[50]

---

[43] Dit vormt immers het voorwerp van een andere wet, nl. van 15 juni 1896, die ook aan de Hoge Raad voor de Arbeid werd voorgelegd.

[44] M.a.w. in tegenstelling tot de commissie Van Berchem hakt de Hoge Raad voor de Arbeid de knoop niet door.

[45] *Gedr. St.* Kamer 1896-1897, 27 november 1896, n° 26.

[46] Op 8 september 1899 keurden 116 kamerleden het voorstel goed, één lid onthield zich. *Hand.* Kamer 1898-1899, 8 september 1899, 25-31.
De senaat keurde het wetsontwerp goed met 59 en 1 onthouding. *Hand.* Senaat 1899-1900, 2 maart 1900, 249-250.

[47] Zo kwam de socialistische volksvertegenwoordiger Jules Destree op 7 september 1899 tussen "*Je comprends parfaitement la fatique de la Chambre et l'impatience qu'elle a de voir finir cette discussion sur le contrat de travail*". *Hand.* Kamer 1898-1899, 7 september 1899, 2511.

[48] Zie J.P. NANDRIN, "L'histoire du contrat de travail", *o.c.*, 76-81.

[49] De socialistische volksvertegenwoordiger H. Denis stelde ook voor vakverenigingen te laten optreden in de arbeidsovereenkomst. *Hand.* Kamer 1898-1899, 16 maart 1899, 847.

[50] Het verslag over het wetsontwerp, dat in de senaat wordt ingediend, stelt dat de socialisten het wetsontwerp "*inutile et de pure façade*" noemen en dat ze het bevochten "*précisement à cause de son caractère purement civil et de l'absence de toute disposition règlementaire*". *Pasin.* 10 maart 1900, nr. 80, p. 122.
Verslaggever Devolder stelt de conservatieve senatoren gerust. Het wetsontwerp "*laisse, en effet, à chacun la liberté de ses aspirations et réserve pour l'avenir la solution de toutes les questions, si graves, si complexes que soulève ce qu'on appelle le problème social*", *Hand.* Senaat 1899-1900, 28 februari 1900, 211.

§ 4. De Wet van 10 maart 1900

De tegenstand van conservatieve parlementsleden enerzijds en de druk van de socialisten en een deel van de christen-democratie anderzijds verklaren de oorspronkelijke beperktheid van de Wet van 10 maart 1900, zowel in haar doelstellingen en haar voorwerp.

Op het vlak van de doelstelling is er geen sprake van enige inbreuk op de essentiële burgerrechtelijke principes van de juridische vrijheid en de gelijkheid van de partijen. Deze bescheiden doelstelling wordt trouwens voor alle duidelijkheid dikwijls beklemtoond. De minister van Nijverheid en Arbeid G. Cooreman stelt op 24 februari 1899 dat "*le projet de loi sur le contrat n'a pas pour but de résoudre toutes les questions si nombreuses et dont plusieurs sont si delicates*"[51] en dat wat het zwaarste probleem betreft, namelijk de verantwoordelijkheid en schadevergoeding bij arbeidsongevallen het voorstel zich beperkt tot de bevestiging van het algemeen principe van contractuele verantwoordelijkheid. Eventuele tegenstanders sust de minister want "*il suffit de la simple lecture du projet de loi pour voir qu'il régit un contrat de pur droit civil, qu'il n'a aucun des caractères d'une loi de police, qu'aucune des sanctions qu'il établit n'est d'ordre pénal, et, par conséquent, l'exposé des motifs peut dire, en toute raison, que la loi proposée est également acceptable par les partisans et par les adversaires de l'intervention de l'Etat dans le domaine du travail et de l'industrie*".[52]

De Memorie van Toelichting bevat dezelfde stelling. We lezen onder meer "*le législateur, en présumant leur volonté, ne leur interdit pas les stipulations contraires...*".[53] Het verslag van de Senaatscommissie, opgesteld door verslaggever Devolder, herhaalt nogmaals dat "*nous sommes donc en présence d'une loi que l'exposé des motifs a justement qualifiée de "simple loi de droit civil" et qui, dès lors, est étrangère au problème si controversé de la réglementation du travail*".[54]

De wet op de arbeidsovereenkomst bevat dan ook weinig dwingende bepalingen en is overigens van suppletieve aard. Wat haar voorwerp betreft zijn een groot aantal dienstbetrekkingen uitgesloten uit het toepassingsgebied van de nieuwe reglementering, wat tijdens de parlementaire discussie niet alleen meermaals werd bekritiseerd, maar ook aanleiding gaf tot een vraag om snelle uitbreiding tot andere categorieën. De aanvankelijke doelstelling van de commissie Van Berchem werd ook sterk teruggeschroefd. De verslaggever Hoyois rechtvaardigde in zijn verslag aan de Kamer de afgezwakte versie. Als het voorontwerp van de commissie van 1891 de juridische situatie van arbeiders en huispersoneel behandelde, kwam dit doordat het Koninklijk Besluit, dat de commissie instelde, die opdracht had gegeven. Die uitgebreide taak was ingegeven uit respect voor de traditie, omdat de twee artikels van het

---

[51] *Hand.* Kamer 1898-1899, 24 februari 1899, 693.

[52] *Ib.* 693-694.

[53] *Pasin.* 1900, n° 80, p. 82.

[54] *Pasin.* 1900, n° 80, p. 122.

Burgerlijk Wetboek, waarin sprake is van huur van werklieden, de eerste sectie vormen, getiteld "huur van arbeiders en huispersoneel".

De taak van de Hoge Arbeidsraad beperkte zich echter tot de arbeiders, omdat, volgens de verslaggever, het een overbodige verwarring zou betekenen tussen de verschillende materies. Hoyois verwees bovendien naar andere wetten, zoals deze van 16 augustus 1887, waarin artikel 12 bepaalde dat de beschikkingen van de wet niet toepasselijk waren op het huispersoneel.[55] De kritiek op het beperkt toepassingsgebied kwam vooral uit socialistische hoek, maar ook christen-democraten hebben een zwak protest laten horen.[56]

De socialistische parlementsleden betreurden sterk de afwijzing van het voorstel, zoals uitgewerkt door de commissie Van Berchem in 1891-1892. Ze vreesden sterk dat de nieuwe wet weinig verandering zou brengen. Furnémont verwoordde het op deze wijze: "*c'est une nouvelle loi de façade à ajouter à la nombreuse collection des lois de façade que vous avez faites jusqu'ici*".[57] Dit standpunt werd scherper vertolkt door Cavrot: ".. *en effet, le gouvernement catholique aura à son actif autant de lois sociales qu'il y a de jours dans le calendrier grégorien. Mais, toutes ces lois, quel bien ont-elles produit pour la classe ouvrière? Bien peu, tellement peu, que dans les centres industriels, nous ne nous sommes pas aperçus de l'existence de ces lois ouvrières élaborées depuis 1887 et dont le vote a été amené par les événements de 1886*".[58]

Meer inhoudelijk gestoffeerd waren de tussenkomsten van E. Vandervelde, E. Anseele en L. Bertrand. E. Vandervelde vocht de felle beperking van het toepassingsgebied in vergelijking met de commissie van Berchem sterk aan: "*A cette époque, ce n'était pas une forme près vide, mais un acte de réforme sociale qui s'appliquait à toutes les catégories de travailleurs, non seulement aux ouvriers, mais aux domestiques et dans une certaine mesure, aux employés*".[59]

E. Anseele meende dat "*lorsqu'on examine la question avec impartialité, on constate qu'au lieu d'être un progrès, cette loi constitue plutôt un recul quant aux idées et aux revendications ouvrières... L'ouvrier n'est libre: il y a cent raisons qui l'enchaînent au patronat... la discussion du contrat de travail, cela n'existe pas. L'ouvrier accepte le contrat de travail et, aussi longtemps que l'ouvrier sera seul vis-à-vis du patron, que celui-ci ne voudra pas discuter avec le mandataire des syndicats ouvriers, votre loi sera à peu près nulle pour l'ouvrier...*"[60] Louis Bertrand typeerde het wetsontwerp als "*anodin et insignifiant*", want "*toutes ces questions intéressant le contrat de travail ne reçoivent aucune solution et sont toutes*

---

[55] *Hand.* Kamer 1898-1899, 10 maart 1899, 806.

[56] Baron W. de Selys-Longchamps stelde in zijn tussenkomst: "*On a intitulé pompeusement ce projet projet de loi sur le contrat de travail*", *Hand.* Senaat 1899-1900, 28 februari 1900, 214.

[57] *Hand.* Kamer 1898-1899, 24 februari 1899, 699.

[58] *Hand.* Kamer 1898-1899, 15 maart 1899, 830.

[59] *Hand.* Kamer 1898-1899, 3 maart 1899, 750.

[60] *Hand.* Kamer 1898-1899, 7 maart 1899, 760-761.

remises à plus tard".[61] De scherpste kritiek werd verwoord door Maroille: ... "*votre projet de loi sur le contrat n'est qu'un avorton, un être incomplet*".[62]

Ook in de senaat werd de beperkte draagwijdte van de wet, zowel wat de geviseerde personen, als de inhoudelijke bepalingen, op de korrel genomen. De socialistische senator Tournay zei: "*le projet qui est soumis aux délibérations du Sénat n'a pas la portée d'une loi complète et générale sur le contrat de travail. Il ne s'applique en réalité qu'a une seule catégorie de travailleurs. C'est donc plus exactement un chapitre ou une section du louage de service dont nous avons à nous occuper aujourd'hui que d'une loi du contrat de louage même... tel qu'il est conçu, le projet est incomplet et ne répond pas à l'attente générale*".[63]

Ook de redactie werd fel bekritiseerd. Toen de liberale senator Bara om tijd te winnen, argumenteerde dat "*la loi que nous discutons en ce moment a été amendée, réamendée, suramendée par la Chambre des Représentants*",[64] repliceerde de socialist Picard "*C'est à cela surtout qu'il faut attribuer sa mauvaise rédaction*".[65]

Deze felle kritiek tegen het beperkt toepassingsgebied leidde er toe dat al tijdens de parlementaire discussie gewezen werd op de noodzaak tot latere aanpassingen. De vraag om de bedienden bij de regeling te betrekken was duidelijk aanwezig en werd zelfs neergelegd bij amendement. Dit werd evenwel op 17 maart 1899 verworpen door de Kamer.[66] Ook de centrale afdeling had de wens uitgedrukt om de bedienden (maar ook de leergasten) dezelfde bescherming te verschaffen als de werklieden.[67] De minister van Nijverheid en Arbeid G. Cooreman repliceerde op de vele verzoeken om het toepassingsgebied uit te breiden met "... *nous sommes convaincus qu'il faudra légiférer un jour pour les diverses catégories de personnes louant leurs services et non comprises dans le projet*".[68]

Tenslotte moet de toespraak van Denis vermeld worden. Hij voorspelde op deze wijze de toekomstige evolutie "*ce qui me frappe dans le projet de loi qui nous est soumis, c'est qu'on ne voit pas se dégager ces éléments d'un droit public progressif et réformateur; ceux que vous avez maintenus, vous les avez empruntés au passé; mais ceux de l'avenir, je ne les vois pas apparaître et non seulement les conseils de conciliation n'y apparaissent pas, mais même cette collectivité, cette personnalité*

---

61 *Hand.* Kamer, 1898-1899 7 maart 1899, 765.

62 *Hand.* Kamer 1898-1899, 9 maart 1899, 786.

63 *Hand.* Senaat 1899-1900, 28 februari 1900, 208.

64 *Hand.* Senaat 1899-1900, 1 maart 1900, 229.

65 Ibidem.

66 *Hand.* Kamer 1898-1899, 17 maart 1899, 867. 49 leden stemden tegen, 40 leden waren voor het amendement.

67 *Pasin.* 1900, nr. 80, p. 87 (Verslag van de Centrale Afdeling door J. Hoyois); *Gedr. St.* Kamer 1897-1898, 24 februari 1898, nr. 76.

68 *Hand.* Kamer 1898-1899, 16 maart 1899, 847.

collective qui peut intervenir dans un contrat de droit civil, comme la collectivité ouvrière, je ne l'entrevois pas dans votre projet de loi".[69]

Ondanks deze essentiële kritiek op het geringe toepassingsgebied, is de Wet van 10 maart 1900 bijzonder belangrijk. De verandering in de terminologie toont overduidelijk dat er een verandering in de geesten heeft plaatsgevonden. Hoewel de Wet van 10 maart 1900 nog duidelijk geïnspireerd is door de individualistische principes van het Burgerlijk Wetboek en iedere verwijzing naar syndicale organisaties en collectieve conventies geweerd wordt, erkent deze wet impliciet de waardigheid van de arbeider, wiens werk niet meer (uitsluitend) als koopwaar wordt beschouwd.

In zijn tussenkomst in de Kamer van Volksvertegenwoordigers verwoordt Renkin deze verandering als volgt: "*le but de la loi est justement de substituer un état de droit et de paix sociale à l'état de fait et de guerre qui existe actuellement... Jadis, on le considérait* (namelijk de arbeidsovereenkomst) *comme une vente. L'ouvrier livrait son travail, le patron payait le salaire. Ils n'avaient point d'autres obligations. Mais cette conception ancienne et servile fait place de plus en plus dans les esprits à une conception plus humaine et plus juridique. On comprend de mieux en mieux aujourd'hui que ce contrat ne suppose pas seulement une livraison d'un travail, contre payement d'un salaire. On s'aperçoit qu'il intéresse directement la personne de l'ouvrier; son existence tout entière, sa santé physique et morale, son intelligence, sa liberté, sa vie et celle de sa famille en dépendent*".[70]

De weinige beschikkingen van bindend recht[71] remmen de vrije overeenkomst af, vooral in het gebied waar in het verleden misbruiken waren, inzonderheid op het vlak van de verantwoordelijkheid van de partijen, soms echter gecompenseerd door bepaalde toegevingen aan de werkgevers (bijvoorbeeld art. 25). De wet op de arbeidsovereenkomst bekrachtigt de gelijkheid tussen de partijen; vooral artikel 19, al. 3 is terzake duidelijk, terwijl ook de bepalingen over de bevoegdheid van de gehuwde vrouw (artikel 29) evenzeer kenmerkend zijn. Omdat de vrijheid van de partijen nog overheerst, blijft de wet van burgerrechtelijke aard en bevat ze geen beschikkingen van strafrecht. De toepassing van de wet ontsnapt derhalve aan de controle van de arbeidsinspectie.

De Wet van 10 maart 1900 is bijgevolg van suppletieve aard. De vastgelegde regels zijn immers bijna allen gebaseerd op de algemene beginselen van het recht of bestaande gebruiken en worden beschouwd als de uitdrukking van de wil der partijen. Ze kunnen daarvan dan ook afwijken, behalve voor de beschikkingen van openbare orde.[72]

---

[69] *Hand.* Kamer 1898-1899, 8 maart 1899, 773.

[70] *Hand.* Kamer 1898-1899, 3 maart 1899, 746.

[71] Zie Memorie van Toelichting, *Pasin.* 1900, n° 80, p. 82.

[72] De artikels 4 (toelaatbaarheid van het getuigenbewijs), 5 (beperking van dienstneming), 6 (verjaringstermijn), 13 (verantwoordelijkheid van werkgever bij bewaargeving van werktuigen) en 29 (bevoegdheid van minderjarige en gehuwde vrouw).

De Wet op de arbeidsovereenkomst verduidelijkt bovendien de hiërarchie der rechtsbronnen, waaruit een groeiend belang van het geschreven recht blijkt. Dit uit zich ook in de voorkeur van het gebruik op de suppletieve wetsbeschikkingen. Artikel 43 van de Wet op de Nijverheids- en Arbeidsraden had immers een optekening van de beroepsgebruiken in verband met het loon, plaats en voorwaarden van de arbeid, duur van de overeenkomst, duur van de opzeggingstermijnen in het vooruitzicht gesteld, zodat deze gebruiken derhalve tot geschreven recht zouden worden omgevormd.[73]

De Wet van 10 maart 1900 streeft tenslotte rechtszekerheid en soms harmonisering na, weliswaar in een beperkt kader. Deze wet geeft daarom geen oplossing voor alle problemen inzake de arbeidsovereenkomst (het oorspronkelijk doel), maar beperkt zich tot één groep, namelijk de arbeiders. De wetgever trachtte de arbeiders een even uitgewerkt contract te bezorgen als de andere contracten in het Burgerlijk Wetboek. Die civielrechtelijke benadering wordt voortdurend beklemtoond; ze had evenwel tot gevolg dat, gezien de grote onenigheid,[74] de uiteindelijke regeling van de arbeidsovereenkomst zich beperkte tot een klein toepassingsgebied en tot eerder detailpunten.

De wetgever was immers genoodzaakt de aanvankelijke bedoeling om de beschikkingen inzake arbeidsovereenkomst te codificeren op te geven en in plaats van een gehele en algemene visie in één wet te kiezen voor een versnippering in een reeks verspreide en beperkte wettelijke beschikkingen. Deze versnippering van de sociale wetgeving was het gevolg van een gebrek aan één algemene visie. Daarom koos de wetgever om voor elke professionele categorie een verschillend wettelijk regime op te stellen. De latere wijzigingen, aanpassingen en aanvullingen alsook moeilijkheden,[75] zijn derhalve te verklaren vanuit de ontstaansgeschiedenis van de Wet van 10 maart 1900.

§ 5. De Wet van 7 augustus 1922 betreffende het bediendencontract

De eerste uitbreiding van toepassingsgebied betrof de bedienden. We hebben reeds vermeld dat tijdens de parlementaire besprekingen van het wetsontwerp op de arbeidsovereenkomst de Centrale Afdeling van de Kamer van Volksvertegenwoor-

---

[73] *B.S.* 21 oktober 1887.

[74] Aan de ene kant stonden de conservatieve parlementsleden, die geen aantasting duldden van de vrijheid van arbeid en de wilsuiting terzake; aan de andere kant stonden de voorstanders van meer interventionisme ten bate van de arbeiders. De invoering van het algemeen, weliswaar meervoudig stemrecht, gaf deze groep een forum, aangezien sinds 1893 socialisten in het parlement verkozen waren. Onder invloed van Leplay werden ook de christen democraten geleidelijk voorstander van een staatstussenkomst.
De grote economische groei in de periode 1895-1913, "La Belle Epoque", waarin nieuwe technieken zoals electriciteit zich ontwikkelen, heeft bijgedragen tot het doorbreken van de halsstarrige tegenstand.

[75] We denken in eerste instantie aan de zeer actuele discussie/polemiek inzake de gelijkschakeling van arbeiders en bedienden.
Zie o.m. R. BLANPAIN, *Sire, zijn er domme werknemers in ons land?*, Brugge, Die Keure, 2001.

digers de wens had uitgedrukt dat de regering zou onderzoeken in welke mate de bescherming, gegarandeerd aan de arbeiders, zou kunnen worden uitgebreid tot de bedienden.[76] Bijna 25 jaar later kwam deze wet tot stand na een lange kalvarietocht.

In 1905 besprak de Nationale Commissie van de Kleine Burgerij een voorontwerp van een wet op de overeenkomsten voor bedienden. Dit ontwerp bleef evenwel zonder gevolg, maar werd in 1909 voorgelegd aan de Hoge Raad van de Arbeid. Ondertussen had de liberale volksvertegenwoordiger Franck op 3 mei 1908 een wetsvoorstel betreffende de bedienden en klerken neergelegd.[77] Na nieuwe verkiezingen herhaalde Franck op 17 april 1913 zijn voorstel,[78] terwijl de regering op 12 maart 1914 een eigen wetsontwerp indiende, dat geïnspireerd was door de discussies in de Hoge Raad van de Arbeid.[79]

Zowel ontwerp als voorstel vervielen als gevolg van de ontbinding van de Kamers en de eerste Wereldoorlog. Op 22 januari 1920 werd het oorspronkelijk wetsvoorstel Franck hernomen door de parlementsleden Mechelynck en Troclet.[80] Na enige discussie binnen het parlement werd dit voorstel uiteindelijk de wet van 7 augustus 1922.[81]

Ook deze wet is hoofdzakelijk van burgerrechtelijke aard, want de bedienden wordt een juridisch statuut toegekend, waarbij de arbeidsverhoudingen onder het gemeen recht blijven vallen. Toch bevat deze wet meer beschermende maatregelen, die vroegere misbruiken onmogelijk trachten te maken. De bediende wordt ofwel eenzijdig beschermd of bevoordeeld ten overstaan van de werkgever. Daartoe bevat deze wet een repressief arsenaal, die de bediende het voordeel van de wettelijke bepalingen verzekert. Daartoe behoren de burgerrechtelijke nietigheid (cf. de artikels 9, 17, 18 en 20), een ruime schadevergoeding (artikels 9, 15 en 16) en zelfs strafrechtelijke sancties (artikel 27). Het toepassingsgebied is evenwel beperkt; alleen de lagere bedienden,[82] vallen onder de wettelijke beschikkingen.

De grotere invloed van de arbeidersbeweging, waarin ook de bedienden een rol gingen spelen, is aan deze betere bescherming niet vreemd. Deze vernieuwende bepalingen verklaren waarom deze wet snel als een wet van sociaal rechtelijke aard werd beschouwd en bijgevolg als van openbare orde.

---

[76] *Gedr. St.* Kamer 1907-1908, nr. 187.

[77] Zie supra, noot 66.

[78] *Gedr. St.* Kamer 1912-1913, nr. 207.

[79] *Gedr. St.* Kamer 1913-1914, nr. 171.

[80] *Gedr. St.* Kamer 1921-1922, nr. 57.

[81] *B.S.* 16-17 augustus 1922.

[82] In de Wet van 7 augustus 1922 waren dit bedienden, die niet meer dan 12000 frank per jaar verdienden. Sindsdien is dit bedrag mee geëvolueerd met de levensduurte.

§ 6. De verdere evolutie: enige krachtlijnen[83]

De Wet van 10 maart 1900 onderging in de volgende vijftig jaar slechts enige secundaire wijzigingen. Ze bleef een burgerrechtelijke wet, waarvan de meeste bepalingen van suppletieve aard waren, die meer de bedoeling hadden rechtszekerheid te scheppen dan wel de werknemers te beschermen.

Na de tweede wereldoorlog veranderde de arbeidsovereenkomst van aard. Vanaf de Wet van 4 maart 1954 tot wijziging en aanvulling van de Wet van 10 maart 1900[84]en de Wet van 11 maart 1954 tot wijziging en aanvulling van de Wet op het bediendencontract[85] wordt de arbeidsovereenkomst meer en meer losgemaakt uit de burgerrechtelijke commutatieve sfeer, zodat de oorspronkelijke ideeën van gelijkheid der partijen en van de contractuele vrijheid worden teruggedrongen.[86]

De evolutie van de wetgeving sinds 1900 werd beïnvloed door de groeiende kracht van de sociaal-democraten en van de christen-democratie, die de overlegeconomie gestalte gaven. Na de tweede wereldoorlog ontstond de welvaartstaat, die de economisch zwakkeren (nog) meer ging beschermen, o.m. op het gebied van de arbeidsovereenkomst. Dat de *golden sixties* hierin nadrukkelijk aanwezig zijn, behoeft geen verdere uitleg. In de honderdjarige evolutie kunnen enkele grote krachtlijnen aangestipt worden.

Vooreerst streeft de wetgever naar meer zekerheid, zowel op juridisch als economisch vlak, via beschermende bepalingen, die dwingend worden opgelegd. Die bedoeling werd herhaaldelijk onderstreept, o.m. bij de voorbereiding van de Wet van 21 november 1969.[87]

Ten tweede tracht de regelgever via deze bescherming de situatie van de werknemers te verbeteren en hen meer waardigheid te bezorgen. De negentiende eeuwse opvatting, die arbeid als koopwaar beschouwde, werd reeds door de opstellers van het Verdrag van Versailles[88] afgewezen als zijnde in strijd met de morele waardigheid van de werknemers. Voor wat de Belgische wetgeving betreft kan verwezen worden naar o.a. de Wet van 20 juli 1960 tot invoering van een gewaarborgd

---

[83] Zie o.m.:
P.J. DELAHAUT, "Les étapes et les tendances de l'histoire du droit du louage de services", *T.S.R.* 1977, 449-479; O. VANACHER, "Evolutie van de arbeidswetgeving" in R. BLANPAIN (ed.), *30 jaar Belgische arbeidsverhoudingen*, Deventer, Kluwer, 1977, 235-269; "Honderd jaar sociaal recht in België. De arbeidsreglementering en de regulering van de individuele arbeidsbetrekkingen", *Arbbl.*, 1987, 621-656; Ontwerp van wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, Verslag namens de commissie voor de Tewerkstelling, de Arbeid in de Sociale Voorzorg, uitgebracht door de heer VANNIEUWENHUYZE, *Gedr. St.* Senaat 1977-1978, 1 december 1977, nr. 258/2.

[84] *B.S.* 12 maart 1954.

[85] *B.S.* 20 maart 1954.

[86] *Honderd jaar sociaal recht in België. 1886/1887-1986/1987. Handelingen van de herdenkingsdag van 12 november 1986*, Brussel, 1986, 17.

[87] *Gedr. St.* Kamer 1966-1967, nr. 407/1, 1; *Gedr. St.* Kamer 1968-1969, nr. 270/7, 16-23.

[88] Zie vooral deel XIII.

weekloon,[89] waardoor het loon niet meer beschouwd wordt als de prijs voor een arbeidswaar, maar eerder als een persoonlijk inkomen ontvangen in ruil voor een deelneming aan de werkzaamheden van de onderneming, alsook naar de Wet van 20 juli 1961 met het oog op het bevorderen van het onthaal der werknemers in de onderneming,[90] die gunstige voorwaarden schept voor een goede verstandhouding tussen werkgever en werknemer. Het streven naar meer waardigheid werd tenslotte uitgedrukt in een terminologische wijziging. De Wet van 3 juli 1978[91] verving de uitdrukking "contracten voor verhuring van werk" door de notie arbeidsovereenkomst, omdat de oude terminologie te zeer refereerde naar de opvatting, die arbeid als koopwaar beschouwde.

Tertio wordt het toepassingsgebied voortdurend uitgebreid. Dit geschiedt op twee wijzen. Enerzijds worden als gevolg van een verschuiving binnen de actieve bevolking steeds meer personen door de wettelijke regeling beschermd. Zo breidt het aantal bedienden, die genieten van de bescherming van de Wet van 7 augustus 1922 geleidelijk uit omdat het maximum bedrag dat jaarlijks mag verdiend worden om in het toepassingsgebied van de wet te vallen, steeds verhoogd wordt,[92] terwijl de rechtspraak het begrip "ondergeschikt verband" ruimer ging interpreteren.[93]

Anderzijds worden specifieke regelingen uitgewerkt voor bepaalde categorieën werknemers, die zich als het ware afsplitsten van de basiswetgeving. Tussen beide wereldoorlogen werden de zeelieden,[94] het personeel van de zeevisvangst[95] en de binnenschippers[96] begiftigd met een wettelijke regeling. Na 1945 werd voor heel wat andere categorieën een bescherming uitgewerkt. We vermelden de handelsvertegenwoordigers,[97] de dienstboden,[98] de tewerkstelling van studenten,[99] de havenarbeiders,[100] de betaalde sportbeoefenaars,[101] de interim-arbeid en uitzendkrach-

---

89 *B.S.* 22-23 juli 1960, err. 1 augustus 1960.

90 *B.S.* 1 september 1961.

91 *B.S.* 22 augustus 1978, err. 30 augustus 1978.

92 Oorspronkelijk 12.000 F., achtereenvolgens 24.000 F. (Wet 2 mei 1929), 48.000 F (Besluit wet 18 september 1945), 72.000 F. (Besluitwet 28 februari 1947), 180.000 F (Wet 11 maart 1954), 250.000 F (Wet 3 juli 1978) en 650.000 F (K.B. 14 december 1984).

93 O. VANACHTER, *o.c.*, 243-244. Medische adviseurs, apothekers, kunstenaars, journalisten e.a. beroepen werden aldus onder de Wet van 7 augustus 1922 gebracht. Later werd dit wettelijk bevestigd.

94 Wet van 5 juni 1928, houdende regeling van de arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst. *B.S.* 26 juli 1928.

95 Wet van 23 september 1931, *B.S.* 25 september 1931.

96 Wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen, *B.S.* 16 april 1936.

97 Wet van 30 juli 1963, *B.S.* 7 augustus 1963.

98 Wet van 24 april 1970, *B.S.* 20 mei 1970.

99 Wet van 9 juni 1970, *B.S.* 18 juni 1970.

100 Wet van 8 juni 1972, *B.S.* 10 augustus 1972.

101 Wet van 24 februari 1978, *B.S.* 9 maart 1978.

ten,[102] deeltijdse arbeid.[103] Deze uitbreiding tot zeer uiteenlopende categorieën van werknemers heeft ertoe geleid dat de klassieke criteria, die maakten dat er een arbeidscontract was geleidelijk vervangen werden door een criterium van gezag, dat het ondergeschikt werk typeert.

Deze gestadige uitbreiding van het toepassingsgebied en de vele dwingende, beschermende bepalingen hebben ten vierde tot gevolg dat de wetgeving steeds complexer werd. Van quasi niets, namelijk twee artikels in het Burgerlijk Wetboek ontstond een uitgebreid en ingewikkeld wettelijk arsenaal, dat (bijna) alle vormen van arbeid in ondergeschikt verband dekt.

Deze complexiteit heeft een streven naar een uniforme regeling doen groeien, wat zich uitte in een vijfde krachtlijn, namelijk een geleidelijke toenadering tussen verschillende regelingen. Het aantal gelijkaardige bepalingen, die voorkomen in de verschillende regelingen werd zodanig groot dat, in plaats van een zelfde wetsbepaling te wijzigen of in te lassen in verschillende wetten het gemakkelijk werd de verschillende wetten te verenigen in een algemene wetgeving, zodat een coördinatie van teksten zich opdrong. De vraag naar meer uniformiteit is gegroeid door de ontwikkeling van de communicatiemiddelen, die de mobiliteit van de werknemers sterk verhoogde, een steeds uitdijende markt en een fenomenale technologische ontwikkeling, die het verschil tussen een arbeider en een bediende geleidelijk deed vervagen.

Een eerste stap in de richting van een toenadering tussen de arbeids- en bediende-overeenkomst is de Wet van 4 maart 1954, die de arbeidsovereenkomst wijzigde in de zin van het bediendecontract. Vooral de Wet van 21 november 1969 betreffende de wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten beoogde een geleidelijke en voorzichtige toenadering van het juridisch statuut van de verschillende categorieën werknemers.[104] Deze wet voert een eenmaking in op diverse vlakken, zoals de types van overeenkomsten, het bewijs van aanwerving, de verjaring, de verantwoordelijkheid van de werknemers, de nietigheid van de ontbindende voorwaarden in geval van huwelijk, moederschap en pensioen, het ontslag om dwingende redenen en het gewaarborgd loon.[105] De coördinatie werd grotendeels gerealiseerd door de Wet van 3 juli 1978, hoewel sommige categorieën, zoals de huisarbeiders en de havenarbeiders niet werden opgenomen.[106]

---

[102] Wet van 28 juni 1976, *B.S.* 7 augustus 1976 en Wet van 24 juli 1987, *B.S.* 20 augustus 1987.

[103] Wet van 23 juni 1981, *B.S.* 1 september 1981, vervolledigd door de CAO nr. 35 van 27 februari 1981.

[104] In de voorbereidende werkzaamheden werd uitdrukkelijk verwezen naar het streven tot toenadering. *Gedr. St.* Kamer 1966-1967, n° 407/1, 1; *Gedr. St.* Kamer 1968-1969, n° 270/7, 2.

[105] *B.S.* 9 januari 1970.

[106] *B.S.* 22 augustus 1978, err. 30 augustus 1978.

Toch blijft op sommige aspecten van hun statuut een onderscheid tussen arbeiders en bedienden bestaan wat zowel op maatschappelijk vlak als in het juridisch veld een hevig polemiek veroorzaakt.[107]

Deze laatste wet bevat ook bepaalde maatregelen van deregulering, die een soepele toepassing beogen. Die soepelheid is ook in andere wetten aanwezig, zoals in de wet van 20 juli 1961 inzake het onthaal van de werknemers.[108] Na 1985 werd deze deregulering nog verruimd, toen met het oog op het scheppen van een voor de tewerkstelling vriendelijk klimaat, bepaalde versoepelingen in de wet op de arbeidsovereenkomsten werden doorgevoerd.[109] Daardoor krijgt de regelgeving op de arbeidsovereenkomsten een programmatische inhoud, waarbij sommige bepalingen geen expliciete formules bezitten en dan ook zeer ruim kunnen worden ingevuld. Deze zesde krachtlijn is vooral sinds de economische crisis van de zeventiger jaren en het neoliberalisme tot ontwikkeling gebracht.

§ 7. Besluit

De voorwaarden waaronder een werknemer arbeid verricht voor rekening en onder het gezag van een werkgever waren oorspronkelijk vastgesteld door overeenkomsten die beantwoordden aan enkele summiere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. In de geest van de negentiende eeuw kon de vrijheid van onderhandelen tussen beide partijen geenszins beperkt worden. Ten gevolge van feitelijke ongelijkheden en de protesten, die hieruit voortvloeiden, werden enige beschermende maatregelen ten gunste van de werknemers getroffen, vooral na de grote werkstaking in 1886.

De eerste wet op de arbeidsovereenkomst werd op 10 maart 1900 gestemd. Deze wet was reeds in 1891 op het getouw gezet door een commissie, die de gevolgen van een overeenkomst voor verhuring van werk moest bepalen. Die commissie legde fel de nadruk op de arbeidsongevallen. In 1895 werd de Hoge Arbeidsraad belast met het opmaken van een ontwerp van wet op het arbeidscontract. Dit ontwerp werd uiteindelijk de Wet van 10 maart 1900, die in vergelijking met de oorspronkelijke bedoelingen een zeer beperkt toepassingsgebied bezat.

Tijdens de parlementaire bespreking drukt de Centrale Afdeling van de Kamer van Volksvertegenwoordigers de wens uit de bescherming, die aan de werklieden wordt geboden, uit te breiden tot de bedienden. Talrijke studies worden hieraan gewijd, wetsvoorstellen en –ontwerpen worden ingediend, maar de eerste wereldoorlog stelt een voorlopig einde aan deze pogingen tot uitbreiding. In 1920 worden de voorstellen hernomen, die uiteindelijk uitmonden op de Wet van 7 augustus 1922 op het bediendencontract. Ook deze wet was overwegend burgerrechtelijk, want de individuele vrijheid van de partijen, de vrijheid van arbeid en de gelijkheid bleven primeren.

---

[107] Cfr. noot 75.

[108] *B.S.* 1 december 1961.

[109] Zie o.a. de wetten van 17 en 18 juli 1985, *B.S.* 31 augustus 1985.

In de loop van de volgende decennia worden voor andere categorieën van werknemers specifieke wetten inzake de arbeidsovereenkomst afgekondigd. Deze wetten op de arbeidsovereenkomsten worden herhaaldelijk aangepast, waarbij het toepassingsgebied wordt uitgebreid. Toch blijven deze wetten grotendeels hun burgerrechtelijke inspiratie behouden, hoewel de dwingende bepalingen langzamerhand uitbreiding kennen. Bovendien ontstaat, vooral na de tweede wereldoorlog, een tendens van naar elkaar groeien van de uiteenlopende regelingen, wat uiteindelijk resulteerde in de Wet van 3 juli 1978, die de meeste wetten terzake coördineerde.

Deze meer dan honderdjarige evolutie wordt gekenmerkt door een grote voorzichtigheid, die vooral in de eerste fase werd ingegeven door de bestaande grote meningsverschillen, een streven naar een ruimere erkenning van de morele waardigheid van de werknemer en tenslotte door een grote soepelheid, dikwijls ingegeven door de eerbied voor de vrijheid van de partijen.

De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 en het recht op arbeid

Maxime Stroobant

§ 1. Probleemstelling

1. Het recht op arbeid: een complex probleem

Het recht op arbeid van eenieder[1] in het licht van 100 jaar Arbeidsovereenkomstenwet slaat op een complex geheel van problemen. Het onderwerp moet daarom strikt worden afgebakend. Het grootste probleem voor deze studie is dat het recht op arbeid als dusdanig niet in de Wet van 10 maart 1900 voorkomt. De vraag wordt dus te weten of het recht op arbeid onrechtstreeks uit de Arbeidsovereenkomstenwet kan worden afgeleid of dat het blijkt uit specifieke wettten en hoe deze bepalingen in de loop van de 20ste eeuw evolueerden.

Het wordt dus veeleer een zoektocht naar sociale functies die het recht op arbeid inhoud geven en vervat zijn in de wetteksten dan naar evoluerende juridische concepten uitdrukkelijk in de wet omschreven. Het wordt zelfs een zoektocht naar rechten die misschien in het geheel niet in wetteksten voorkomen om de eenvoudige reden, dat de wetgever nooit de intentie zou hebben gehad om dat recht op arbeid te erkennen. Men moet immers in het Belgisch intern recht wachten op de goedkeuring van het Vlaamse Decreet van 31 maart 1993 houdende goedkeuring van het Charter van de werkzoekende[2] en op de grondwetswijziging van 31 januari 1994 houdende invoeging van een artikel 24*bis* in de Belgische Grondwet.[3]

De Arbeidsovereenkomstenwet is wellicht de meest aangewezen wet waarin een aanzet zou kunnen gegeven worden tot de uitvoering van het recht op arbeid als fundamenteel recht van de arbeider. Maar maakte de wetgever van 1900 gebruik van de gelegenheid die hem werd geboden bij de goedkeuring van de Wet van 10 maart 1900 om het recht op arbeid erin op te nemen? Het antwoord is neen. De Wet van 10 maart 1900 werd niet opgevat als een kaderwet waarin de juridische krachtlijnen van de individuele arbeidsrelatie zouden worden bepaald en waarin een algemeen beeld zou worden gegeven van wat de individuele arbeidsrelatie wel zou moeten zijn met inbegrip van het recht op arbeid. De uitvoering van deze beginselen zou dan kunnen gebeuren in specifieke wetten.

---

1 Art. 23 G.W.

2 Art. 1 Charter van de werkzoekende goedgekeurd bij Decreet 31 maart 1993, *B.S.* 9 juni 1993.

3 Invoeging van art. 24*bis* in de Belgische Grondwet goedgekeurd door de Grondwetgever op 31 januari 1994 (*B.S.* 12 februari 1994).

De evolutie schetsen van het recht op arbeid en daarbij als uitgangspunt nemen de Wet van 10 maart 1900 is perfect logisch. Men moet dan wel over de grenzen van deze wet heen kijken. Bovendien kan men niet verwachten over duidelijk en volledig geformuleerde teksten te kunnen beschikken. Men zal ook moeten oog hebben voor aanduidingen in de Arbeidsovereenkomstenwet en in de aanverwante wetgeving, waaruit de intenties van de wetgever met betrekking tot het recht op arbeid onrechtstreeks kunnen afgeleid worden.

2. De principiële betekenis van de Arbeidsovereenkomstenwet

De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 geeft geen totaal overzicht van de problemen, die in het raam van de individuele arbeidsrelatie, bij het sluiten van de individuele arbeidsovereenkomst principieel aan bod zouden moeten komen. Er kan dus in deze wet geen aanzet tot oplossing gevonden worden voor alle vragen die de toenmalige arbeider zich stelde.[4]

Dat de wetgever van 1900 niet alle vragen beantwoord heeft, heeft te maken met twee uitgangspunten. Op de eerste plaats ging de wetgever er in 1900 van uit dat de relatie tussen de werkgever en de arbeider vooral in het licht van de contractuele vrijheid van de partijen moest worden gezien en dat de Overheid derhalve niet hoefde in te grijpen.[5] De wetgever was bovendien van oordeel dat op bepaalde gebieden aan de arbeiders geen rechten konden worden toegekend en dus moesten deze problemen niet aangeraakt worden. Het recht op arbeid is een dergelijk probleem.

Het was niet de bedoeling van de wetgever van 1900 om de algemene beginselen te bepalen van de rechtspositie van de werknemer binnen de onderneming zodanig dat deze een globaal overzicht zou hebben van zijn rechten en verplichtingen niet alleen ten overstaan van het bedrijf maar eveneens ten overstaan van de overheid en van derden. De Arbeidsovereenkomstenwet zou in dit perspectief als een soort beginselenwet kunnen beschouwd worden met een totaalbeeld op de juridische positie van de werknemer. De concrete invulling zou dan het werk geweest zijn van de contractuele afspraken, het sociaal overleg, de specifieke wetteksten, de gewoonten en niet in het minst van het eenzijdig gezag van de werkgever.

---

[4] De Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp stelt dat duidelijk: *"Le présent projet n'a donc point pour but de résoudre toutes les questions complexes qui naissent des rapports entre les donneurs et les preneurs de travail. Simple loi de droit civil, expression fidèle de l'égalité juridique des contractants, la loi sur le contrat de travail est également acceptable par les partisans et par les adversaires de l'intervention de l'Etat dans le domaine du travail et de l'industrie."* Memorie van Toelichting, Wetsontwerp op het arbeidscontract, *Parl. St.* Kamer 1896-97, nr. 26, *Pasin.* 1900, 82.

[5] Art. 3 Wet van 10 maart 1900 bevestigt deze opvatting daar waar het artikel bepaalt dat
"het bedrag en de aard van de vergoeding, het tijdstip en de plaats en meer algemeen alle arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld in de overeenkomst.
Deze kan mondeling of schriftelijk zijn, zonder afbreuk te doen aan de Wet op het werkplaatsreglement.
Bij stilzwijgen van de partijen geldt het gebruik."

De wetgever van 1900 beschouwde de Arbeidsovereenkomstenwet daarentegen als de onontbeerlijke aanvulling van het Burgerlijk Wetboek dat schromelijk te kort schoot in zijn belangstelling voor de arbeidsrelaties in de onderneming. Er was nood aan een klare en precieze omschrijving van de rechten en de verplichtingen van beide partijen in de ondernemingen.[6]

De Wet van 1900 streeft een logische structuur na. Deze houdt in dat de wet de krachtlijnen van de juridische regelgeving bepaalt en de meer concrete uitvoering aan de specifieke wetten overlaat. Terzelfdertijd bevat zij een reeks detailregelingen die het geheel verzwaren.[7]

De wet behandelt reeds in 1900 achtereenvolgens de algemene beginselen van de individuele arbeidsovereenkomst, de respectieve verplichtingen van de werkgever en de werknemer met inbegrip van het probleem van de schorsing van de verbintenissen, de beëindiging van de overeenkomst en de bekwaamheid van de gehuwde vrouw en van de minderjarige. De wet geeft *in fine* opdracht om een soort codificatie te maken van de ter zake geldende gebruiken.

Nochtans zijn er een reeks van principiële vragen die men zich ten overstaan van een raamwet op de individuele arbeidsovereenkomst voor arbeiders stelt en die de wetgever van 1900 niet voor ogen neemt, met name:

1. Wat verstaat de Wet van 1900 onder 'arbeider' en heeft deze arbeider een recht op arbeid?
2. Welke rechten kan een arbeider-werkzoekende als sollicitant laten gelden ten overstaan van de onderneming waarmede hij wil onderhandelen ?
3. Is het vanzelfsprekend dat de werkgever eenzijdig de aard van de arbeidsprestatie kan bepalen die hij aan de werkzoekende oplegt? Dient hij arbeid niet als een investering in de onderneming te beschouwen zoals dit gebeurt met het kapitaal?
4. Kan het dat arbeid als het ware als een zaak verhuurd wordt los van de mens die de arbeidsprestatie levert? Of zijn arbeid en arbeider onlosmakelijk met elkaar verbonden, het gevolg daarvan zijnde dat niet de arbeid doch wel de mens verhuurd en gehuurd wordt?
5. Kan de arbeider eens tewerkgesteld op zijn betrekking een eigendomsrecht laten gelden, hetgeen hem een grotere vastheid van betrekking kan waarborgen?

---

[6] In de Memorie van Toelichting bij het Wetsontwerp op de arbeidsovereenkomst stelt de wetgever van 1900 het als volgt: "*Mais une lacune considérable subsiste: l'insuffisance des dispositions du code civil concernant le louage de services laisse toujours sous l'empire exclusif des principes généraux qui régissent les contrats, et des coutumes locales, souvent arbitraires et incertaines, l'ordonnance juridique des relations entre les chefs d'industrie et les ouvriers. La définition claire et précise des droits et des obligations des parties est pourtant ici d'une importance capitale...dont les effets s'étendent à la personnalité même des contractants et de laquelle dépendent l'existence sociale et la condition économique...*"
Parl. St. Kamer 1896-97, nr. 26, *Pasin.* 1900, 81 e.v.

[7] Art 11. De verwijzing naar de verplichting voortdurend een verbandkist ter beschikking te hebben in bedrijven die meer dan tien personeelsleden tewerkstellen.
Art 20. De opsomming van de redenen die het ontslag ter stond verantwoorden.

§ 2. Algemene beschouwingen

3. Het concept 'recht op arbeid'

De Wet van 10 maart 1900 definieert het begrip arbeid niet. Zij zegt echter wel dat de arbeid waarvan sprake is vergoede arbeid is, verricht onder het gezag, de leiding en het bestuur van het ondernemingshoofd.[8] De Arbeidsovereenkomstenwet van 1900 plaatst 'de arbeid' in eenzelfde perspectief als de grondwetgever van 1994. Het artikel 23 van de Grondwet beschouwt arbeid als die economische activiteit die de mens de gelegenheid geeft te voorzien in zijn persoonlijke behoeften en in deze van zijn gezin.[9]

De grondwetgever van 1994 beperkt de notie arbeid uiteraard niet tot deze uitsluitend verricht in ondergeschikt verband maar hij brengt ook een zelfstandige activiteit of de tewerkstelling in overheidsverband onder het begrip onder.

De definitie van de arbeidsfilosoof Kwant geeft een werkbaar concept in het raam van de Arbeidsovereenkomstenwet. Zij kan echter niet beschouwd worden als een allesomvattende begripsomschrijving.

Er bestaan immers meerdere vormen van arbeid in de betekenis van een activiteit verrichten, een bezigheid hebben of een inspanning doen. Ook binnen de geldeconomie bestaan er héél wat bezigheden die niet rechtstreeks in geld vergoed worden maar het voorwerp zijn van uitwisseling van diensten.[10] Het is ook duidelijk dat het niet mogelijk is om op grond van materiële criteria de menselijke activiteiten op te splitsen in enerzijds deze die als arbeid en anderzijds deze die niet als arbeid kunnen beschouwd worden.[11]

Een bezigheid wordt slechts als arbeid beschouwd en alsdusdanig beschermd door een indrukwekkende sociale wetgeving wanneer de maatschappij deze activiteit opneemt in haar bestel met het oog op het bevredigen van de maatschappelijke behoeften.[12] Arbeid is dus een maatschappelijk gebeuren waarvan de kenmerken bepaald worden door de aard van zijn verhouding tot de maatschappelijke organisatie en de maatschappelijke werking en meer bepaald tot het economische productieproces binnen deze maatschappij.

---

[8] Art. 1 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900: in het Frans: "...*L'autorité, la direction et la surveillance*..."

[9] Voorstel Stroobant-Taminiaux van 9 juni 1993, *Parl. St.* Senaat, B.Z. 1991-92, 1002/3°, 16.

[10] R.C. KWANT, *Filosofie van de arbeid,* Antwerpen, De Nederlandse Boekhandel, 1964, 14 e.v.

[11] R.C. KWANT, *o.c.*, 12.

[12] R.C. KWANT, *o.c.*, 22: "Een bezigheid wordt tot arbeid, wanneer zij plaatsvindt binnen een maatschappelijk geregelde behoeftenbevrediging." ... Arbeid is dus een maatschappelijke werkelijkheid en het is voor ons niet denkbaar en niet voorstelbaar, dat een volstrekt afgezonderd mens die niet binnen een samenleving leeft en binnen een samenleving vorm heeft aangenomen, arbeid zou verrichten."

De maatschappij, die de fundamentele keuze maakt, in principe, alle productiemiddelen in privé-bezit onder te brengen en derhalve het beheer ervan uitsluitend in de handen te geven van de eigenaars ontneemt aan de niet-eigenaars de mogelijkheid om actief mede het productieproces te bepalen. Arbeid van niet-eigenaars wordt hiermede een ondergeschikte factor in dit productieproces.

Aangezien de enkeling die dergelijke arbeid verricht slechts vorm krijgt dankzij de samenleving waar hij deel van uitmaakt, maar tot dewelke hij in een dialectische verhouding staat, zal hij op zijn beurt, evenals zijn arbeid, in een ondergeschikte positie terechtkomen binnen dit productieproces en derhalve ook binnen de maatschappij.[13]

Het recht op arbeid kan voor de enkeling zowel een factor van bevrijding als een factor van onderdrukking zijn naargelang de aard van de sociale verhouding waarin hij zich bevindt. Hij zal daaraan vanuit een individuele dynamiek weinig verandering kunnen aanbrengen.

De betekenis van het recht op arbeid kan men slechts in haar volheid vatten indien men tevens inhoud geeft aan de relatie van de burger tot de andere maatschappelijke waarden als het eigendomsrecht, het recht op individuele vrijheid, het recht op een menswaardig leven, het recht op sociale bescherming, e.a.

4. Het recht op passende arbeid

Waarborgt het recht op arbeid aan de arbeider het soort arbeid dat hij wil verrichten en kan hij deze arbeid vrij kiezen? De behoeften en de voorkeur van een individu stemmen niet steeds overeen met deze van de maatschappij of van de ondernemingen die werk aanbieden. Voor deze laatsten zal de arbeid winst moeten opleveren en (of) sociaal relevant moeten zijn. In bepaalde omstandigheden zal de individuele werker er moeten toe gebracht worden arbeid te verrichten die hem niet zint. Het kan dan gaan om een bepaalde functie, bepaalde onderdelen ervan of om de omstandigheden waarin moet gearbeid worden.

De Belgische wetgever heeft in de loop van de 20ste eeuw een indrukwekkend aantal beschermende maatregelen uitgewerkt. Het opzet was ertoe te komen de arbeid te laten verrichten in humane omstandigheden. Deze wetgeving was niet steeds het resultaat van een uitsluitend nationale, interne dynamiek doch ook van een internationale dynamiek en van de interactie tussen beiden.

De aard van de arbeid en van de omstandigheden waarin hij verricht wordt, worden doorgaans niet bepaald door de werknemer zelf. Zij zijn het gevolg van een reeks convergerende factoren als de aard van de relaties tussen de onderneming, de werkgever en de werknemer, het niveau en de kwaliteit van de productiecapaciteit, de manier waarop de onderneming en het bedrijfsleven worden georganiseerd en

---

[13] R.C. KWANT, *o.c.*, 22.

worden geleid en niet op zijn minst de behoeften van de maatschappij en van de individuele burgers.

De vrije keuze van de werknemer betreffende zowel de aard van het werk als de werkomstandigheden zal noodzakelijkerwijze betrekkelijk zijn. De grondwetgever van 1994 zelf heeft dit duidelijk gesteld in de parlementaire discussie[14] met betrekking tot artikel 23 van de Grondwet.

De conclusie van de gevoerde discussie is dat de individuele burger in principe recht heeft op een passende betrekking die hij vrij mag kiezen. Dit recht is echter relatief, wat op zijn beurt niet kan betekenen dat diegenen die dat recht moeten waarborgen uit deze relativiteit het recht kunnen putten om in naam van een hoger belang willekeurige arbeid en willekeurige arbeidsomstandigheden op te leggen. De ultieme doelstelling moest zijn het waarborgen van het recht voor eenieder om een menswaardig leven te leiden. Dit was alleszins de conclusie tot dewelke de Belgische grondwetgever in 1994 is gekomen.[15]

5. De verplichting te arbeiden

Houdt het recht op arbeid de voorafgaandelijke voorwaarde in, dat, op diegene die er titularis van is, de verplichting rust om passende arbeid te verrichten wanneer deze hem wordt aangeboden door een bedrijf of door de maatschappij? Ook dit debat werd meermaals gevoerd gedurende de 20ste eeuw. Het bleef echter hoofdzakelijk een ideologisch debat aangezien het recht op arbeid zelf niet echt werd toegekend. De vraag werd vooral gesteld naar aanleiding van de verdere uitbouw van het stelsel van sociale verzekering tegen de werkloosheid. De werkloze kan aanspraak maken op een uitkering op voorwaarde dat hij ook een passende dienstbetrekking zou aanvaarden. Het hoeft geen betoog dat de notie 'passende dienstbeschikking' een erg veranderlijke inhoud had.

De verplichting te arbeiden gold als een voorwaarde voor wie aanspraak wilde maken op de bescherming van het sociale zekerheidsstelsel. Zij gold niet als een algemene verplichting voor alle burgers.[16]

---

[14] M. STROOBANT, "De sociale grondrechten naar Belgisch recht" in M. STROOBANT (ed.), *Sociale grondrechten*, Antwerpen, Maklu Uitgeverij, 1995, 80.

[15] De Belgische Grondwetgever zag het probleem als volgt:
"Hiermede rijst de vraag naar het soort arbeid waarop eenieder recht heeft....In een eerste voorstel werd gepreciseerd dat het recht op arbeid altijd ook een recht op passende arbeid betekent. Er dient rekening gehouden te worden met de persoonlijke voorkeur van de betrokkenen.
Blijkbaar echter wenste de grondwetgever deze vereiste af te zwakken want in het tweede voorstel door de initiatiefnemers ingediend is er nog slechts sprake van menswaardige en zinvolle arbeid. Het individu mag dus blijkbaar minder dan eerst bedoeld zijn persoonlijke voorkeur voor een betrekking laten blijken."
Zie M. STROOBANT, "De sociale grondrechten naar Belgisch recht" in M. STROOBANT (ed.), *Sociale grondrechten*, Antwerpen, Maklu Uitgeverij, 1995, 80.

[16] J. JACQMAIN, "Droit au travail, Droit du travail", in R. ERGEC, e.a., *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution*, Brussel, Ed. Bruylant, 1995, 169.

In deze context heeft de grondwetgever van 1994 het recht op arbeid, zoals bepaald in artikel 23 van de Grondwet, dan ook geplaatst. De gewone wetgever kon bij de uitvoering van de sociale grondrechten overeenkomstige verplichtingen opleggen.

Voor wie alleen over zijn arbeidskracht beschikt om te voorzien in zijn persoonlijke behoeften en in deze van zijn gezin is de boodschap duidelijk.

6. Tewerkstelling: wiens verantwoordelijkheid

Het toekennen van een recht op arbeid aan iedere burger, weze het ook een relatief recht zoals bepaald in artikel 23 van de Grondwet, stelt de vraag naar wie moet instaan voor het waarborgen van de nodige werkgelegenheid.

Het scheppen en het instandhouden van de werkgelegenheid die het voorwerp uitmaakt van de Wet van 10 maart 1900 behoort juridisch tot de initiële en uitsluitende verantwoordelijkheid van de eigenaars van de ondernemingen. Op grond van hun eigendomsrecht nemen zij de beslissingen die de werking van de onderneming bepalen.

Uiteraard wordt hun ondernemingsbeleid mede bepaald door een aantal factoren waarover zij niet altijd alleen zeggenschap hebben omdat zij van algemene en structurele aard zijn of mede bepaald worden door de Overheid, de werknemers of de consumenten. Men denke aan de sociale kostprijs, aan het marktgebeuren, aan de overheidsreglementering.

Naast de aandeelhouders zal ook de Overheid een rol spelen in de besluitvorming omtrent het tewerkstellingsbeleid. Haar rol is vooral algemeen en beleidsmatig. Haar verantwoordelijkheid is, in een openmarkteconomie met vrije concurrentie[17] vooral van politieke aard. De Overheid grijpt slechts uitzonderlijk dwingend in in de besluitvorming op ondernemingsvlak.[18] Op grond van het respect voor het privaat

---

"En un mot, l'invention qui anime le constituant dans la rédaction du 1° (art. 23) est bien de proclamer un droit sans créer aussitôt l'obligation."

17 Dit principe wordt enkele malen uitdrukkelijk bevestigd in het Verdrag van de Europese Gemeenschap (VEG) - Art. 4 en 98 VEG.

18 In dit verband kunnen vermeld worden:
1° de verplichte mededeling door de onderneming van de vacatures: art. 18 Wet 14 februari 1961 op de economische expansie (*B.S.* 15 februari 1961);
2° de verplichte aanwerving van een bepaald percentage gehandicapten: Wet 16 april 1963 (*B.S.* 23 april 1963);
3° de verplichte aanwerving van jongeren in het raam van de stage van jongeren: K.B. nr 230 van 21 december 1983 betreffende de stage en de inschakeling van jongeren in het arbeidsproces (*B.S.* 28 december 1983);
4° de verplichte aanwerving van jongeren in het raam van een startbaan: Wet 24 december 1999 ter bevordering van de werkgelegenheid (*B.S.* 27 januari 2000).

bezit van de onderneming onthoudt zij zich principieel van rechtstreekse interventie in het bedrijfsleven. Zij past vooral een beleid toe van gesubsidieerde vrijheid.[19]

Bovendien gaat de overheid zelf slechts in beperkte mate over tot het scheppen van werkgelegenheid door aanwerving in overheidsdienst of door het nemen van openbaar nijverheidsinitiatief. De werknemers spelen hier slechts een rol in de mate waarin een stelsel van economische democratie enige noemenswaardige inspraak aan de werknemers waarborgt.[20] Dergelijk stelsel bestond niet in 1900 en het is zeer de vraag of men na 100 jaar veel verder gevorderd is. Drie actoren dienen in het tewerkstellingsbeleid te worden vermeld: de werkzoekenden, de aandeelhouders, en de politieke Overheid.

De Wet van 10 maart 1900 legt de volledige bevoegdheid inzake aanwerving en beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij de werkgever. Hij beslist eenzijdig over het aantal aan te werven en te ontslagen werknemers. Hij bepaalt welke de vereiste kwalificaties zullen zijn. Daarmede tekent hij de contouren van het recht op arbeid van de werkzoekende.

De Overheid grijpt bovendien weinig in, in het ondernemingsgebeuren zeker wat betreft het recht op arbeid. De tewerkstelling wordt derhalve de zaak van het eenzijdig gezag van de werkgever en van de contractvrijheid van de partijen. De wetgever van 1900 heeft dit trouwens uitdrukkelijk zo gesteld.[21]

Men kan zich echter de vraag stellen of het in 1896, het ogenblik waarop het wetsontwerp werd ingediend, nog vanzelfsprekend was dat het recht op arbeid over het hoofd gezien werd. In het ideologische denken was dat thema niet onbekend.

7. Tewerkstelling en het artikel 23 van de Grondwet

100 jaar later - in het jaar 2000 - wordt de politieke verantwoordelijkheid voor het tewerkstellingsbeleid bij de overheid gelegd. Van de overheid wordt verwacht dat zij het scheppen van werkgelegenheid tot haar verantwoordelijkheid rekent.

---

[19] Zie "Overheidsingrijpen op de arbeidsmarkt" in *Het federaal werkgelegenheidsbeleid. Evaluatierapport 2000*, Brussel, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 80.

[20] De ondernemingsraad stelt de algemene criteria vast te volgen ingeval van afdanking en van wederaanwerving: Art. 12 van CAO nr. 9 gesloten in de Nationale Arbeidsraad van 9 maart 1972 houdende ordening van de nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de ondernemingsraden. (Algemeen verbindend verklaard bij K.B. 12 september 1972, *B.S.* 25 november 1972).

[21] In de Memorie van Toelichting van het wetsontwerp op de arbeidsovereenkomst voor werklieden zegt de wetgever uitdrukkelijk dat "dit wetsontwerp er niet toe strekt alle complexe problemen die ontstaan tussen hen die werk aanbieden en hen die werk huren op te lossen. Als een wet van burgerlijk recht is zij de getrouwe uitdrukking van de juridische gelijkheid van de partijen en is zij als dusdanig evengoed aanvaardbaar zowel voor de voorstanders als voor de tegenstanders van overheidsinterventie op het vlak van de arbeid en de nijverheid." (Vertaling) Wetsvoorstel betreffende het arbeidscontract, *Parl. St.* Kamer 1896-1897, nr. 26, *Pasin.* 83.
En de wetgever voegt er aan toe: "Er is trouwens geen sprake van om in deze materie, evenmin als voor de andere contracten, om de vrijheid van de partijen in te perken." (vertaling)

Nochtans werd het debat over wat die verantwoordelijkheid inhoudt niet ten gronde gevoerd. Er zou hier trouwens geen eensgezindheid bestaan tussen de diverse ideologische strekkingen.

De overheid moet zich tevens voortbewegen tussen vaak tegenstrijdige vereisten als enerzijds het respect voor de vrije markteconomie, het behoud van het concurrentievermogen, het drukken van de sociale kostprijs en het voeren van een bedrijfsvriendelijk fiscaal beleid en anderzijds het vergroten van de invloed van de werknemers op de economische besluitvorming, het stimuleren van een sociaal verantwoord tewerkstellingsbeleid, het waarborgen van billijke arbeidsvoorwaarden.

Bovendien is de mogelijkheid voor de overheid om zelf economische activiteiten te ontwikkelen en op deze wijze werkgelegenheid te creëren binnen de vrije markteconomie, erg beperkt.

Ten slotte is het tevens zo dat een kapitalistische vrije markteconomie om redenen inherent aan het stelsel niet de volledige tewerkstelling doch wel een zo hoog mogelijk werkgelegenheidspeil beoogt en tevens het tewerkstellingsbeleid ondergeschikt maakt aan het concurrentiebeleid tussen de bedrijven.[22] Het is dus een overheid met weinig macht die politiek verantwoordelijk geacht wordt voor het tewerkstellingsbeleid.

Wat het aspect jobcreatie betreft doet de Arbeidsovereenkomstenwet anno 2000 weinig uitspraken. Het beleid terzake vindt zijn weerslag in een specifieke wetgeving. Deze houdt weinig verplichtingen in voor de ondernemingen. De geldende opvatting is er vooral één van gesubsidieerde vrijheid. De ondernemingen worden financieel gestimuleerd een bepaald tewerkstellingsbeleid te voeren doch dit is geen verplichting.

Bij het waarborgen van het recht op arbeid speelt het artikel 23 van de Grondwet een belangrijker rol dan de Arbeidsovereenkomstenwet, aangezien deze laatste er in de loop van de 20ste eeuw niet toe gekomen is om dat recht expliciet te voorzien.[23] Het artikel 23 van de Grondwet wil het recht op arbeid verwezenlijken in het raam van een algemeen werkgelegenheidsbeleid dat onder meer gericht is op het vrijwaren van een zo hoog en zo stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil. Het gaat hier dus om een relatief en niet om een absoluut recht. Bovendien dient rekening gehouden te

---

[22] Dit was het geval in 1900 en dit is nog steeds zo in het jaar 2000. Dit blijkt duidelijk uit de Wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van 's lands concurrentievermogen (*B.S.* 31 januari 1989) en uit de Wet van 26 juli 1996 tot bevordering van de werkgelegenheid en tot de preventieve vrijwaring van het concurrentievermogen (*B.S.* 1 augustus 1996). De Europese Gemeenschap bevestigt eveneens deze regel op een uitdrukkelijke wijze in het art. 136 VEG.

[23] In afwijking van deze vaststelling moet worden gezegd dat het Vlaamse Gewest daarentegen het recht op arbeid wel degelijk heeft laten opnemen in art 1 van het Charter van de werkzoekende, goedgekeurd bij Decreet 31 maart 1993 (*B.S.* 9 juni 1993).

worden met het feit dat het artikel 23 van de Grondwet door de grondwetgever zeer uitdrukkelijk beschouwd wordt als een artikel dat niet rechtstreeks uitvoerbaar is.[24]

Een ander aspect van het artikel 23 van de Grondwet dat hier dient vermeld te worden betreft de horizontale werking van de grondrechten. In de mate waarin deze horizontale werking aanvaard wordt, betekent zij een belangrijke stap voorwaarts in de richting van het waarborgen van het recht op arbeid. Immers niet alleen de Overheid maar ook de medeburgers van de werkzoekenden moeten hun bijdrage leveren om het recht op arbeid te waarborgen. In de eerste plaats gaat het om een verplichting die rust op de bedrijven. Van de bedrijfsleiding wordt verwacht dat zij verantwoordelijkheid neemt ten overstaan van het waarborgen van tewerkstelling.[25] Van de werkgever wordt verwacht dat hij arbeidsvoorziening opneemt in de doelstelling van zijn onderneming en deze te goeder trouw poogt uit te voeren in het perspectief van de verwezenlijking van een zo hoog en stabiel mogelijk werkgelegenheidsniveau.

De Franse Grondwet van 24 juni 1793 geeft een mooie omschrijving van de gedachten vervat in de horizontale werking van de sociale grondrechten: de sociale waarborg bestaat in het optreden van allen ten einde het genot en het behoud van zijn rechten aan eenieder te verzekeren; deze waarborg berust op de nationale soevereiniteit.[26]

8. De componenten van het recht op arbeid

In het licht van wat vooraf gaat kan men in het recht op arbeid diverse componenten onderscheiden. Met name veronderstelt het recht op arbeid van de burger:

- een recht op een tewerkstellingsbeleid gericht op volledige werkgelegenheid;
- het recht voor iedere burger op vrije toegang tot het arbeidsproces;
- het recht op een passende betrekking;
- het recht op ontslagbescherming;
- het recht op een billijke werkloosheidsvergoeding ten laste van de Overheid en/of eventueel van de onderneming;
- het recht op een loonvervangende vergoeding indien de arbeider om wettelijk aanvaarde redenen niet bij machte is arbeid te verrichten en hij dus geen inkomen heeft om in zijn levensonderhoud te voorzien;
- het recht op een passende opleiding;
- het recht op een degelijk stelsel van arbeidsbemiddeling.

---

[24] J. JACQMAIN, "Droit au travail, droit du travail" in R. ERGEC (ed.), *Les droits economiques, sociaux et culturels dans la constitution.",* Brussel, Bruylant, 1995, 168 e.v.

[25] M. STROOBANT, "De sociale grondrechten naar Belgisch recht" in M. STROOBANT (ed.), *Sociale grondrechten*, Antwerpen, Maklu Uitgeverij, 1995, 74.

[26] Art. 23 van de Franse Grondwet van 24 juni 1793: *"La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souverainité nationale".*

Het recht op arbeid stelt dus heel wat problemen die niet allemaal in het raam van de Arbeidsovereenkomstenwet kunnen behandeld worden. Het sociaal recht in zijn algemeenheid moet hierop een antwoord geven.

Het is de bedoeling in deze bijdrage vooral na te gaan in hoever het principe van het recht op arbeid voorkomt in de Arbeidsovereenkomstenwet van 1900 zoals zij later werd gewijzigd.

§ 3. Het recht op arbeid in de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900

9. De totstandkoming van de Wet van 10 maart 1900 – De omstandigheden

Ook België was op het einde van de 19de eeuw een land waarin de industriële ontwikkeling met rasse schreden was vooruitgegaan. In het midden van de 19de eeuw was de industrialisatie reeds ver gevorderd, maar de landbouw speelde nog steeds een overwegende rol.[27] Rond de eeuwwisseling daarentegen en meer bepaald in 1910 stelde de nijverheid 48 percent van de actieve bevolking tewerk tegen 16 percent in de landbouw.[28]

De arbeid en de werknemers kregen echter noch op het sociale vlak noch op het juridische vlak de waardering waarop zij recht hadden gezien hun groot aandeel in het productieproces. De werknemer wordt als een voorwerp behandeld. De erbarmelijke werk- en levensomstandigheden, de mensonwaardige kinder- en vrouwenarbeid en de minderwaardige sociale en politieke positie van de werkende bevolking zijn daar de levendige getuigenissen van.[29]

Ook in gans de 19de eeuwse wetgeving is die ingesteldheid aanwezig en dit reeds in de eerste plaats in het Burgerlijk Wetboek van 1804. De huur van arbeid wordt samen met de huur van zaken ondergebracht in één en dezelfde titel, waarmede zij beschouwd worden als eenzelfde generieke juridische constructie. Het Burgerlijk Wetboek is zich er bovendien van bewust dat arbeid en individu ook juridisch onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn:[30] men treedt in dienst van iemand.

---

[27] S.B. CHLEPNER, *Cent ans d'histoire sociale en Belgique,* Brussel, Université Libre de Bruxelles, Institut de Sociologie, 1972, 47.

[28] S.B. CHLEPNER, *o.c.*, 109.

[29] In zijn geschiedenis van de Belgische arbeidersbeweging, gewijd aan de levensomstandigheden van de werkende bevolking in de XIXde eeuw ondertitelt de auteur J. NEUVILLE het volume I als: De arbeider – voorwerp en volume II: de arbeider – een verdachte – J. NEUVILLE, *La condition ouvrière au XIXe siècle* (2dln.), Brussel, Ed. Vie Ouvrière, D I 1976 en D II 1977.
NEUVILLE schrijft : *"L'ouvrier est un véritable outil qui s'use ou se rompt."* Deel 1, 227.

[30] Art. 1779 B.W. van 1804:*"Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie: 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un;"*

Deze overweging had de wetgever er in de loop van de 19de eeuw moeten toe brengen om het organiseren van menselijke activiteiten uit die titel van het Burgerlijk Wetboek te lichten waarin menselijke arbeid samen met dieren en zaken wordt behandeld.

Strikt genomen zou men echter wel kunnen stellen dat het Burgerlijk Wetboek relatief onpartijdig is ten overstaan van de arbeider aangezien het slechts een zeer beperkt aantal artikelen wijdt aan de ondergeschikte arbeidsrelatie. Alleen het artikel 1781 bevoordeligde expliciet de werkgever die inzake geschillen omtrent de beloning op zijn woord werd geloofd. Voor het overige verwees het Burgerlijk Wetboek naar de contractvrijheid van de partijen en naar hun juridische onderhandelingsgelijkheid.[31]

De positie van de arbeider wordt hier mede echter totaal uit haar verband gerukt. De arbeider zal met zijn werkgever moeten onderhandelen vanuit zijn minderwaardige sociaal-economische positie. Tevens kan de contractvrijheid van de arbeider, zeer karig omschreven in het Burgerlijk Wetboek, niet los gezien worden van de globale juridische context waarin de ondergeschikte arbeidsverhouding haar plaats vindt, met name:

- het principe van de vrijheid van handel en van nijverheid zoals bepaald in het - Franse Decreet d'Allarde van 1791, dat overheidsinterventie beperkt;[32]
- het private eigendomsrecht zoals bepaald in artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek dat aan de werkgever in de onderneming een absolute zeggenschap toekent;[33]
- de wetgeving op de parlementaire verkiezingen die het algemeen enkelvoudig stemrecht verwerpt;
- het coalitieverbod zoals bepaald in de art. 414, 415 en 416 van het Strafwetboek van 1810 in 1867 vervangen door het stakingsverbod van artikel 310 Strafwetboek waarbij de werknemer in een zwakke onderhandelingspositie wordt geplaatst.[34]

Tot slot dient te worden opgemerkt dat in de loop van de 19de eeuw de Belgische wetgever weinig belangstelling heeft gehad voor de rechtspositie van de arbeider. Aan deze houding is slechts verandering gekomen sedert de sociale opstand van 1886.[35] Een reeks belangrijke wetten worden dan goedgekeurd.[36]

---

31 J. NEUVILLE, *o.c.*, Deel II, 127.

32 J. NEUVILLE, *o.c.*, Deel II, 171.

33 J. NEUVILLE, o.c., Deel II, 125.

34 Ibid., Deel II, 170 e.v.

35 S.B. CHLEPNER, *o.c.*, 213.

36 - Wet 16 augustus 1887 op de betaling van het loon;
- Wet 31 december 1889 op de kinder- en vrouwenarbeid;
- Wet 15 juni 1896 op het werkplaatsreglement;
- Wet 10 maart 1900 op het arbeidscontract;
- Wet 30 juli 1901 op de meting van het loon;

De hervorming van de kieswetgeving van 1893 voerde enkele jaren later het algemeen meervoudig stemrecht in. In 1894 werden 28 socialistische parlementairen verkozen. Dit veranderde grondig de sfeer in de Assemblée.[37]

10. De principiële discussie

De Belgische wetgever van 1900 moest de principiële standpunten omtrent het recht op arbeid niet ontdekken. Hij betrad geen onbekend terrein.

Ondanks het feit dat de discussie over de rol van de Staat in het bedrijfsleven niet was uitgeput bleef de opvatting voorrang krijgen dat de overheid hoogstens een coördinerende en aanvullende functie had. De vrijheid van handel en van nijverheid diende te worden gewaarborgd. Dit hield in dat iedere burger de mogelijkheid moest hebben, indien hij dat wou, om een economische activiteit uit te oefenen. Dit impliceerde dat de economie in de eerste plaats, zoniet exclusief, een privé-aangelegenheid was.[38]

Tegen de achtergrond van dit soort ideologisch denken bleef er niet veel ruimte meer om aan de Overheid en aan de private onderneming de verplichting op te leggen om een recht op arbeid, een recht op tewerkstelling, voor iedere burger te waarborgen.

Nochtans moest de Belgische wetgever van 1900 weten dat een eeuw tevoren, tijdens de Franse revolutie, de discussie omtrent het recht op arbeid in niet mis te verstane termen en met passie gevoerd werd. En dit gebeurde op het ogenblik waarop de West-Europese industrie definitief het keurslijf van het corporatisme aflegde en samen met de politieke privilegies ook de economische privileges verwierp en resoluut koos voor de individualistische liberale maatschappij. Dit was nodig om een nieuwe klasse de mogelijkheid te bieden een eigen volwaardige plaats in de maatschappij te verwerven.

Maar blijkbaar was ook toen reeds niet iedereen het ermede eens dat deze individuele vrijheid zo totaal mocht zijn dat noch de bezittende klasse noch de Overheid enige verplichting hadden ten overstaan van de niets-bezittende burger.

De Franse Grondwet van 24 juni 1793 aanvaardt dat ieder mens zijn diensten mag ter beschikking stellen van een ander. Maar hiermede mag hij zichzelve niet

---

- Wet 24 december 1903 op de arbeidsongevallen;
- Wet 17 juli 1905 op de zondagsrust.

[37] S.B. CHLEPNER, *o.c.*, 213

[38] A. VERMEERSCH, *Manuel social. La législation et les oeuvres en Belgique*, T.I., Leuven, A. Uystpruyst, 1909, 28 en 29: *"L'esprit général qui a inspiré notre oeuvre législative est celui de cette intervention modérée, acceptable à des gens qui reviennent peu à peu de l'optimisme libéral sans passer à l'extrême opposé du pessimisme socialiste; et qui, par leurs traditions nationales, sont mis en défiance de l'Etat et de la centralisation à outrance...La liberté demeure pour eux une bonne chose; mais ils reconnaissent que trop souvent entre parties inégales, la liberté du fort c'est l'oppression du faible".*

verkopen, mag hij niet verkocht worden en moet aanvaard worden dat een persoon geen eigendom is dat kan vervreemd worden.[39]

De maatschappij heeft trouwens een onderhoudsverplichting ten overstaan van de behoeftigen. Zij moet hetzij arbeid verschaffen aan wie niet in staat is om te arbeiden ofwel dient zij hem in zijn onderhoud te voorzien.[40]

Het was Robespierre die het recht op arbeid en het recht op bijstand in de Grondwet als natuurrecht liet opnemen daar waar hij weigerde het eigendomsrecht als een natuurrecht te beschouwen.[41] De Nationale Assemblée was zeer verdeeld over dit voorstel. Ten slotte werden bij wijze van compromis zowel het eigendomsrecht als de sociale natuurrechten in de Grondwet van 24 juni 1793 opgenomen.[42]

Deze Franse Grondwet van 24 juni 1793 zal echter nooit toegepast worden. Zij zal nochtans op het vlak van de sociale grondrechten tot model dienen voor de grondwetten van 4 november 1848 en van 27 oktober 1946. Intussen krijgt het revolutionaire Frankrijk een militaire coalitie van zowat gans Europa tegen zich. De tijd is er niet voor geschikt om het recht op arbeid te concretiseren.
De discussie omtrent de opname in de Franse Grondwet van 4 november 1848 van het recht op arbeid werd met evenveel heftigheid gevoerd als in 1793.[43] Ook deze maal werd geen algemeen recht op arbeid voor iedereen goedgekeurd.

In de Aanhef van de Grondwet[44] van 4 november 1848 wordt bepaald dat de Franse Republiek "broederlijke bijstand" moet verlenen dat de behoeftige burgers hetzij door hen arbeid te verschaffen binnen de grenzen van haar mogelijkheden hetzij door steun te verlenen aan hen die geen arbeid kunnen verrichten.

In het positiefrechtelijke gedeelte van de Grondwet van 4 november 1848 wordt bepaald dat de Grondwet aan de burgers de vrijheid van arbeid en van nijverheid waarborgt. De maatschappij heeft tot plicht de ontwikkeling van de werkgelegenheid te stimuleren o.m. door de invoering van het gratis lager onderwijs, de gelijk-

---

[39] Art. 18 Franse Grondwet van 24 juni 1793: "*Tout homme peut engager ses services, son temps; mais il ne peut se vendre, ni être vendu; sa personne n'est pas une propriété aliénable. La loi ne reconnaît point la domesticité; il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance, entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie.*"

[40] Art. 21 Franse Grondwet van 24 juni 1793: "*Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.*"

[41] J. GODECHOT, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Parijs, Ed. Garnier Flammarion, 1995, 72.

[42] Ibidem, 73.

[43] "*Le droit au travail déchaîne, bien entendu, les passions. Sa discussion dura cinq jours, on entendit 32 orateurs... Mathieu déclara que "le droit au travail" était le "droit de la faim" et qu'il devait passer avant tous les autres. A quoi Toqueville répliqua que le "droit au travail" c'était l'Etat propriétaire de toutes les choses, donc le communisme...*" in J. GODECHOT, *o.c.*, 259.

[44] Grondwet van 4 november 1848. Aanhef-punt VIII: "*La Republique doit: par une assistance fraternelle, assurer l'existense des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler.*"

heid tussen de werkgever en de arbeider en door de oprichting van instellingen van bijstand en kredietverlening.[45]

Ook de Assemblée van 1848 slaagt er niet in het recht op arbeid als een duidelijk en ondubbelzinnig concept te formuleren. De verdeeldheid binnen de Assemblée was zo groot dat naar een compromis gezocht werd. Dit compromis werd de vrijheid van arbeid, wat uiteraard een gans ander concept is dan het recht op arbeid. De vrijheid van arbeid vertrekt van een hypothesê waarin een burger een betrekking heeft. De vrijheid van arbeid waarborgt hem de mogelijkheid om niet te werken. Zij geeft hem niet het recht om te eisen van de maatschappij dat zij hem werk zou verschaffen of eventueel een vervangingsinkomen. Het artikel 13 van de Grondwet van 4 november 1848 werd tenslotte een algemeen geformuleerde tekst waarin vermeden werd aan de Overheid de verplichting op te leggen om in te staan voor het recht op arbeid. Nochtans werd dit standpunt tijdens de voorbereidende werkzaamheden duidelijk verdedigd. In het eerste ontwerp van Verklaring van rechten en verplichtingen van de burger van 20 juni 1848 opgesteld door volksvertegenwoordiger Marrast definieert hij het recht op arbeid als het recht van ieder mens om te leven van zijn arbeid. Het is de plicht van de maatschappij om arbeid te verschaffen.[46]

11. Het wetsontwerp van 27 november 1896

De context waarin in België het wetsontwerp wordt ingediend in de Kamer van Volksvertegenwoordigers is bepalend voor de inhoud van het ontwerp en voor de parlementaire discussie die wordt gevoerd. Onder de toenemende druk van het bedrijfsleven en van de werknemersorganisaties kan de Belgische wetgever de ogen niet blijven sluiten voor het totale gebrek aan belangstelling vanwege het Burgerlijk Wetboek voor de overeenkomst van huur van werk.

Het bepalen van de rechten en de verplichtingen van de partijen bij de arbeidsovereenkomst is van essentieel belang voor een groot deel van de bevolking want hun sociale en economische toestand is er afhankelijk van. De ontwikkeling van de communicatiemiddelen, de snelheid van de transportmiddelen, de uitbreiding van de economische markt en de mobiliteit van de arbeiders hebben een gelijkschakeling tot gevolg gehad van de arbeidsvoorwaarden. Al deze factoren tonen de noodzaak

---

[45] Art. 13 Franse Grondwet van 4 november 1848: "*La Constitution garantit aux citoyens la liberté de travail et de l'industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, l'égalité de rapports entre le patron et l'ouvrier, les institutions de prévoyance et de crédits.*"

[46] F. MELONIO, "Le droit au travail ou le travail de l'Utopie", p. 207 in: J. BART e.a., *La Constitution du 4 novembre 1848: l'ambition d'une République démocratique*, Dijon, Ed. Universitaires Dijon, 2000, 463 p.: "*Le droit au travail est celui qu'a tout homme de vivre en travaillant. La société doit, par les moyens productifs et généreux dont elle dispose, et qui seront organisés ulterieurement, fournir du travail aux hommes valides qui ne peuvent s'en procurer autrement.*"

aan om tot een wettelijke regeling te komen van de arbeidsovereenkomst voor werklieden.[47]

Het parlementaire debat verloopt niet echt vlot. Twee principiële discussies werden gevoerd. Hoever kon de wetgever gaan in het preciseren van zijn opvattingen over het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor werklieden zonder dat hij het principe van de contractvrijheid van de partijen niet meer zou eerbiedigen?[48] Moest de wetgever er zich toe beperken alleen de kwesties te behandelen die in direct verband staan met het sluiten van de arbeidsovereenkomst of diende hij een antwoord te formuleren op alle vragen waarmede de arbeider op de werkplaats wordt geconfronteerd als er zijn de arbeidsduur, zondagsrust of de arbeidsongevallenregeling? Moest hij met andere woorden een soort arbeidswetboek opstellen?[49]

Wat betreft de contractvrijheid van de partijen geeft de wetgever een contradictorisch antwoord. De regering stelt in de Memorie van Toelichting dat er in het geheel geen sprake kan van zijn de vrijheid van de partijen te beperken.[50] Maar daarop volgt een zeer tegenstrijdige redenering waarin de Regering vaststelt dat er een dringende behoefte is om een klare en preciese omschrijving te geven van de rechten en de verplichtingen van beide partijen. De wetgever geeft deze definitie op een uitdrukkelijke wijze uitgaande van de vermoedelijke wil van de partijen.[51] Hiermede stelt de wetgever zich in de plaats van de partijen en gaat hij in tegen de contractvrijheid van werkgevers en werknemers. Maar het wetsontwerp voegt er onmiddellijk aan toe dat de partijen andere afspraken kunnen maken[52] rekening houdend met de restrictieve bepalingen van openbare orde, die op straffe van nietigheid moeten nageleefd worden.

De Regering moest duidelijk erg schipperen om haar achterban te overtuigen het wetsontwerp te aanvaarden.

Wat de vraag naar de structuur van de wet betreft of deze wet een soort arbeidscodex moest zijn dan wel een specifieke burgerrechtelijke wet, wordt voor de tweede mogelijkheid geopteerd.[53] Met name moet de Wet van 10 maart 1900 zich beperken

---

[47] Dit verklaart de Regering in de Memorie van Toelichting tot het wetsontwerp van de wet van 10 maart 1900: Wetsontwerp nr. 26 van 27 november 1896 – Memorie van Toelichting, *Pasin.* 82.

[48] Deze vraag werd uitdrukkelijk gesteld in de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van 27 november 1896.

[49] S.B. CHLEPNER, *o.c.*, 217

[50] Memorie van Toelichting, Wetsontwerp nr. 26 van 27 november 1896.

[51] Ibidem

[52] *"C'est en présumant la volonté des parties qui le législateur a défini leurs droits et leurs obligations...Le législateur en présumant leur volonté, ne leur interdit pas les stipulations contraires. Cette liberté n'est limitée que par des nécessités d'ordre public auxquelles il convient de faire droit en prohibant, à peine de nullité, certaines clauses qui y sont contraires...*, Memorie van Toelichting, Wetsontwerp nr. 26, *Pasin.* 1900, 81 e.v.

[53] *"Le présent projet n'a donc point pour but de résoudre toutes les questions complexes qui naissent des rapports entre les donneurs et les preneurs de travail. Simple loi de droit civil, expression fidèle de l'egalité juridique des contractants, la loi sur le contrat du travail est également acceptable par*

tot de contractuele en civielrechtelijke aspecten van de arbeidsrelatie. De andere materies zoals de arbeidsongevallenregeling dienen het voorwerp te zijn van specifieke wetten.[54]

De wetgever voegt hier bovendien aan toe dat het wetsontwerp slechts betrekking heeft op de arbeiders. De wet kan niet van toepassing gesteld worden op alle categorieën van werkenden. Zo wordt er een ander initiatief voorzien voor de bedienden.[55]

12. Het recht op arbeid: geen expliciet recht

De Arbeidsovereenkomstenwet van 1900 voorziet het recht op arbeid niet. Het komt als dusdanig evenmin aan bod in de voorbereidende werkzaamheden. Dit stemt trouwens volledig overeen met de geest waarin de parlementaire discussie plaats vond. Met eerbiediging van de contractvrijheid van de partijen diende de wet een regeling uit te werken die de leemten van het burgerlijk wetboek kon aanvullen. Beide partijen moesten in volledige vrijheid en onafhankelijkheid een arbeidsovereenkomst kunnen sluiten.[56] De wetgever dacht er dan ook niet aan om aan de werkgever enige verplichting met betrekking tot de aanwerving op te leggen. In de Grondwet komt op dat ogenblik evenmin enige verwijzing voor naar het recht op arbeid, zodat de wetgever van 1900 zich in het geheel niet verplicht moest voelen om over het onderwerp te debatteren.

Daartegenover staat dat de Wet van 1900 reeds bij haar ontstaan welbepaalde aspecten van het recht op arbeid aanraakt. Zo verbiedt de wet in artikel 5 levenslange arbeid en bepaalt artikel 19 aansluitend hierbij dat wanneer een overeenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten ieder van de partijen het contract kan beëindigen mits een opzegging gegeven aan de andere partij. Behoudens andersluidende afspraak of gewoonte bedraagt de opzeggingstermijn ten minste zeven dagen. In de bedrijven die over een werkplaatsreglement moeten beschikken, moet deze vooropzeg slechts gegeven worden indien dit in het reglement is voorzien.

13. De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 en het recht op toegang tot de ondergeschikte arbeid

De Wet van 10 maart 1900 legt geen bijzondere voorwaarden op aan wie een arbeidsovereenkomst wil sluiten met betrekking tot het geslacht, de leeftijd, de vorming, de nationaliteit of eventuele andere factoren. Wel bevat de wet specifieke

---

les partisans et par les adversaires de l'intervention de l'Etat dans le domaine du travail et de l'industrie." Wetsontwerp nr. 26 van 27 november 1896, *Pas.* 1900, 81-82.

[54] Zie Memorie van Toelichting, *Pas.* 81-82.

[55] *"Aussi serait-il impossible de comprendre, dans une formule unique, les rapports juridiques dérivant du contrat de louage de service envisagé dans sa conception la plus large."* Zie Memorie van Toelichting, *Pasin.* 1900, 82.

[56] Memorie van Toelichting, *Parl.St.* 1896-76, nr. 26, *Pasin.* 1900, 82.

bepalingen voor de gehuwde vrouw en voor de minderjarige.[57] Indien er bijzondere vereisten worden gesteld dan moeten deze blijken uit specifieke wetten als bijvoorbeeld deze met betrekking tot de tewerkstelling van vreemdelingen, de schoolplicht, de arbeidstijdregeling met inbegrip van nacht- en zondagarbeid, de verboden of gereglementeerde activiteiten, e.a.

De wetgever van 1900 was niet van oordeel dat in de wet een artikel moest voorkomen bijvoorbeeld als volgt gesteld: "Volgende personen zijn niet gemachtigd een arbeidsovereenkomst te sluiten:...." De beperkingen die aan het recht op arbeid worden aangebracht wat betreft de toegang tot de ondergeschikte arbeid moeten dus blijken uit andere wettelijke regelingen met uitzondering van de gehuwde vrouw en de minderjarige. De gehuwde vrouw is bekwaam om haar arbeid te verhuren – mits uitdrukkelijk of stilzwijgende toestemming van haar echtgenoot. Bij gebrek aan toestemming van de echtgenoot kan deze worden verleend door de vrederechter.[58] De echtgenoot zal voorafgaandelijk worden gehoord of opgeroepen.[59] Ongeacht het huwelijksstelssel kan de gehuwde vrouw, zonder haar echtgenoot haar loon in ontvangst nemen en er over beschikken voor de behoeften van het huisgezin. De man kan echter verzet aantekenen. Dit moet hem echter worden toegestaan door de vrederechter. De echtgenoot kan het gereedschap van zijn echtgenote niet vervreemden zonder haar toestemming.[60]

De Wet van 20 juli 1932[61] wijzigde de artikelen 212 e.v. van het Burgerlijk Wetboek en vulde deze aan met betrekking tot de respectieve rechten en verplichtingen van beide echtgenoten. In de artikelen 223a en volgende werd een regeling uitgewerkt voor de echtgenote die een beroep wilde uitoefenen of een handels- of nijverheidsonderneming wilde opzetten. Zij had de uitdrukkelijke toestemming van de echtgenoot nodig. Daar waar de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 ook de stilzwijgende toestemming aanvaardde.[62]

De Wet van 20 juli 1932 voerde bovendien een stelsel in van voorbehouden goederen die de echtgenote zelf kon beheren zonder haar man. Het ging hier om goederen die verband hielden met haar beroepsactiviteit[63]. Met de wetten van 30 april 1958[64] en van 14 juli 1976[65] wordt de vrije beroepsuitoefening van de echtgenote volledig verwezenlijkt.

---

[57] De Hoofdstukken IV en V en met name de artikelen 29 tot en met 41 handelen over de bekwaamheid van de gehuwde vrouw en van de minderjarige om hun arbeid te verhuren.

[58] Art. 30 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

[59] Art. 29 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

[60] Art. 33 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

[61] *B.S.* 12 augustus 1932.

[62] J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst*, *A.P.R.*, Brussel, Story Scientia, 1990, 108.

[63] Art. 224a B.W.

[64] *B.S.* 10 mei 1958.

[65] *B.S.* 18 september 1976.

Het nieuwe artikel 216 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat iedere echtgenoot het recht heeft een beroep uit te oefenen zonder de instemming van de andere echtgenoot. Elk van beide echtgenoten hebben wel een verhaalrecht tegen de uitoefening van een beroep door de andere echtgenoot indien hij meent dat de uitoefening van het beroep een ernstig nadeel is voor zijn zedelijke of materiële belangen of voor die van minderjarige kinderen. De bepaling van artikel 216 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de vrije beroepsuitoefening is van openbare orde.[66]

De art. 29 tot en met 41 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 met betrekking tot de gehuwde vrouw werden opgeheven bij Wet van 30 april 1958.[67]

De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 bevatte, zoals reeds vermeld, eveneens bepalingen voor de minderjarige. De algemene beginselen op de rechtsbekwaamheid en de handelingsbekwaamheid waren ook hier onverkort van toepassing.[68] De minderjarige kon geen overeenkomst sluiten.[69] De arbeidsovereenkomst vormde geen uitzondering op deze regel. De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 zwakt deze regel af door te stellen dat de minderjarige wel bekwaam is om een arbeidsovereenkomst te sluiten mits de uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming van de vader of van de voogd. Het recht op arbeid van de minderjarige werd hiermede eveneens beperkt. De vrederechter kan echter op eigen initiatief of op eenvoudig verzoek van een familielid de toestemming geven. De vader of de voogd of eventueel een familielid dienden vooraf gehoord te worden.[70] De werkgever kan trouwens op geldige wijze het loon aan de minderjarige uitbetalen behoudens verzet van de vader of de voogd.[71]

De beperking van de contractvrijheid van de minderjarige werd opgeheven door het huwelijk vermits hij van rechtswege ontvoogd werd door het huwelijk.[72]

In essentie werd deze regeling sedert de Wet van 10 maart 1900 niet gewijzigd. Niet onbelangrijk is dat de machtiging nu ook kan verleend worden door de moeder en dat de bevoegde rechtbank nu de jeugdrechtbank is.[73] Met de Wet van 29 juni 1983 betreffende de leerplicht is het verboden aan jongeren onderworpen aan de voltijdse leerplicht arbeid te laten verrichten.[74] De toestand werd eveneens grondig gewijzigd met het invoeren van de meerderjarigheid op 18 jaar.[75]

---

66 J. STEYAERT e.a., *o.c.*, 109.

67 *B.S.* 10 mei 1958.

68 J. STEYAERT e.a., *o.c.*, 108.

69 Art. 1124 B.W.

70 Art. 34 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

71 Art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

72 Art. 476 B.W. Deze bepaling was ook van kracht op 10 maart 1900.

73 Wet 30 maart 1981 (*B.S.* 28 april 1981) en Wet 21 maart 1995 (*B.S.* 21 april 1995).

74 *B.S.* 6 juli 1984.
De leerplicht is normaal voltijds tot de leeftijd van 15 jaar bereikt is. In geen geval loopt de voltijdse

Tot besluit kan men vaststellen dat de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 wel degelijk aandacht heeft besteed aan bepaalde aspecten van het recht op arbeid met name aan het recht op vrije toegang tot het arbeidsproces. Haar belangstelling bleef echter beperkt tot twee groepen, met name de gehuwde vrouw en de minderjarige. De andere omstandigheden die de vrije toegang beletten maken het voorwerp uit van een specifieke regeling als de tewerkstelling van niet-belgen, verboden werkzaamheden, verboden arbeid op bepaalde tijdstippen, de non-discriminatieregel, de toegang tot het openbaar ambt e.a.

14. Het recht op arbeid en de verplichtingen van de contracterende partijen

Algemeen gezien besteedt de wetgever van 1900 bij de totstandkoming van de Wet van 10 maart 1900 weinig aandacht aan het recht op arbeid van de arbeider. Dit recht komt alsdusdanig niet voor in de opsomming van de respectieve rechten en verplichtingen van de contracterende partijen.[76]

Wel bepaalt de wet dat de arbeider zijn arbeid moet verrichten met de inzet van een goed huisvader en op het tijdstip, de plaats en in de voorwaarden die werden overeengekomen.[77] De wet is echter stilzwijgend over de fasen die voorafgaan aan de uitvoering van de overeenkomst. Daar is het recht op arbeid van cruciaal belang met name wanneer het gaat over de respectieve rechten van de werkzoekende en de onderneming tijdens de werving, de selectie en de contractuele onderhandelingen.

Belangrijk is echter wel de bepaling die aan het ondernemingshoofd de verplichting oplegt de arbeider te doen arbeiden onder de voorwaarden, op het tijdstip en de plaats zoals is overeengekomen inzonderheid, zo de omstandigheden dit vereisen en behoudens strijdige bepaling, door de voor de uitvoering van het werk nodige medewerkers, gereedschap en materialen ter beschikking te stellen.[78]

Deze bepaling werd alsdusdanig overgenomen in de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.[79] Zij geeft inhoud aan het recht op arbeid van de arbeider. Zij verplicht de werkgever de nodige schikkingen te treffen om de arbeider in staat te stellen de bedongen arbeid te kunnen verrichten. Op grond van deze bepaling kan de arbeider ook eisen dat hij tijdens de opzeggingsperiode op normale wijze zijn werkzaamheden kan verder zetten.

Het hoofdstuk II bevat verder geen bepalingen meer die rechtstreeks verwijzen naar het recht op arbeid. Nochtans zou men kunnen verwachten dat de wetgever aan de

---

leerplicht na 16 jaar. Na de leeftijd van 15 jaar geldt de deeltijdse leerplicht tot het einde van het schooljaar in het jaar tijdens hetwelke de minderjarige 18 jaar wordt.

75 Wet 19 januari 1990, *B.S.* 30 januari 1990.

76 Art. 7 t.e.m. 15. Hoofdstuk II van de Wet van 10 maart 1900.

77 Art. 7 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

78 Art. 11 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900. Oorspronkelijke tekst (Vertaling).

79 Art. 20 Arbeidsovereenkomstenwet (*B.S.* 22 augustus 1978).

onderneming een verplichting zou opleggen een beleid te voeren gericht op het behoud van werkgelegenheid of op het scheppen ervan. Deze idee gaat samen met de opvatting dat bij de sociale grondrechten, zoals het recht op arbeid, ook horizontale verplichtingen horen. Dergelijke verplichtingen sluiten aan bij de sociale functie van de onderneming, die meer en meer op de voorgrond treedt.

15. De schorsing van de arbeidsovereenkomst - het recht op een vergoeding

De schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan eveneens in verband gebracht worden met het recht op arbeid in de mate waarin de wetgever van oordeel is dat bij gebrek aan werk de werknemer zijn inkomen moet derven en er dus een vervangend inkomen moet verschaft worden. Deze redenering geldt niet voor alle omstandigheden. Bijvoorbeeld voor deze die in hoofde van de werknemer ontstaan zal veeleer een soort stelsel van Sociale Zekerheid worden opgezet om het probleem van zijn inkomen te regelen. Maar voor situaties waarin de onderneming een rol speelt kan men de redenering aanvaarden dat het oplossen van de onmogelijkheid om te arbeiden voor de arbeider onder de verantwoordelijkheid wordt gebracht van de Overheid of van de onderneming. Een van beiden zal desnoods moeten zorgen voor een vervangend inkomen. Deze verantwoordelijkheid vindt dan niet haar oorsprong in de contractuele verplichting om arbeid te verschaffen[80] maar in een soort recht op arbeid van de burger. De burger heeft trouwens dit recht nodig om in zijn inkomen te voorzien.

Men vindt deze redenering niet terug in de voorbereidende werkzaamheden van de Arbeidsovereenkomstenwet van 1900. Nochtans zou zij kunnen verklaren waarom het artikel 28 in de Arbeidsovereenkomstenwet van 1900 werd opgenomen[81] in verband met de overmacht.

Het is echter niet mogelijk om artikel 12 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 op grond van deze redenering te verklaren. Hier ligt veeleer het foutief gedrag van de werkgever aan de basis van zijn verplichting om loon uit te betalen.[82]

16. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst

De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 wijdt - reeds op het ogenblik van haar ontstaan - een gans hoofdstuk aan de beëindiging van de arbeidsovereen-

---

[80] Art. 11 Wet 10 maart 1900.

[81] Art. 28: "De door overmacht ontstane gebeurtenissen hebben de verbreking van de overeenkomst niet tot gevolg wanneer zij slechts tijdelijk de uitvoering van de overeenkomst schorsen." (Zie Art. 26 Arbeidsovereenkomstenwet).

[82] Art. 12 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900: "Wanneer, wegens het feit van de werkgever, de werknemer, die aanwezig is op de werkplaats, in de onmogelijkheid is te werken dan heeft hij recht op de helft van het salaris overeenstemmend met de verloren tijdspanne, behalve indien hij de toestemming heeft gekregen de werkplaats te verlaten." (Vertaling)

komst.[83] Uit deze regeling blijkt dat de wetgever van 1900 de arbeidsrelatie tussen onderneming en arbeider wel degelijk beschouwt als een relatie van huur van diensten, waarbij de arbeid als het ware als een voorwerp wordt beschouwd, dat kan los gezien worden van de persoon van de arbeider. Het logische gevolg van deze gedachtengang is dat de arbeider zichzelf verhuurt.[84]

Het beëindigen van de arbeidsrelatie gebeurt derhalve in de voorwaarden bepaald in het Burgerlijk Wetboek voor de huurovereenkomst. De Wet van 10 maart 1900 op het arbeidscontract voorziet weliswaar beschermende procedures ten voordele van de werknemer, maar in essentie eerbiedigt deze wet de wilsautonomie van beide partijen.

De regeling tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor werklieden voorzien in de Wet van 10 maart 1900 staat heel dicht bij deze die vandaag, honderd jaar later, in de Arbeidsovereenkomstenwet is opgenomen. De Wet van 10 maart 1900 plaatst de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in het kader van de algemene wijzen waarop de verbintenissen tenietgaan zoals bepaald in het Burgerlijk Wetboek.[85] Zelf geeft zij dan een opsomming van gronden tot beëindiging en van procedures en modaliteiten die eigen zijn aan de arbeidsverhouding voor arbeiders.[86] Deze opsomming is quasi identiek aan deze die vandaag voorkomt in artikel 32 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het enige verschil is dat de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 verwijst naar een "gerechtvaardigde reden"[87] daar waar de wet vandaag spreekt over een "dringende reden".[88]

In het licht van vragen omtrent het recht op arbeid is het belangrijk vast te stellen dat volgende modaliteiten in 1900 worden aanvaard en nog bestaan in 2000, als er o.m. zijn:

- de eenzijdige opzegging met termijn door één van beide partijen voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten;[89]

---

[83] Zie Hoofdstuk III Wet 10 maart 1900: de artikelen 16 tot en met 28.

[84] Art. 1779 B.W. van 1804 bepaalt:
"Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:
1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un;
2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes et des marchandises;
3° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés."

[85] Art. 16 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 bepaalt: "Behoudens de algemene wijzen waarop de verbintenissen te niet gaan, nemen de verbintenissen voortspruitend uit de door deze wet geregelde overeenkomsten een einde". Men vindt eenzelfde bepaling terug in art. 32 Arbeidsovereenkomstenwet.

[86] Art. 16 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

[87] *"un juste motif"*: art 16, 3° Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

[88] *"un motif grave"* - art 32, 3° Arbeidsovereenkomstenwet.

[89] Art. 16, 3° en art. 19 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 - De voorziene termijn is ten minste 7 dagen zowel voor werknemer als voor werkgever. Van deze termijn kan afgeweken worden. Hij moet trouwens in het werkplaatsreglement bepaald worden zoniet geldt de verplichting niet.

- de eenzijdige opzegging zonder termijn wanneer een "gerechtvaardigde" reden (*motif juste de rupture*) aanwezig is. De wet somt dergelijke redenen op ten voordele van het ondernemingshoofd[90] en ten voordele van de arbeider.[91] De notie "gerechtvaardigde reden" werd vandaag vervangen door de notie "dringende reden";[92]
- de overmacht;[93]
- en ten slotte de niet uitdrukkelijk in de wet voorziene ontslagmacht ten voordele van beide partijen die haar oorsprong vindt in het verbod zich levenslang te verbinden.[94]

In de loop van de daaropvolgende eeuw worden deze modaliteiten in hun essentie niet gewijzigd. Wel wordt de bescherming van de zwakkere partij - zijnde de werknemer - verbeterd.

Het belang van deze beschermende maatregel mag echter niet onderschat worden. De wetgever en de sociale gesprekspartners zullen er trouwens in de daaropvolgende decennia bijzondere aandacht aan besteden. De eenzijdige macht van de werkgever zal voortdurend worden ingeperkt. Er wordt op drie gebieden ingegrepen: met name op het vlak van het ontslagverbod, de procedures van ontslag en de vergoedingen bij wederrechtelijk ontslag.

Een eeuw na de goedkeuring van de Arbeidsovereenkomstenwet van 1900 is het ontslagrecht een complex geheel van rechtsregels geworden, dat nochtans zijn burgerrechtelijk karakter van huurovereenkomst behouden heeft. Van de introductie in het ontslagrecht van het recht op arbeid is er geen sprake.

Men kan zich de vraag stellen welk het gevolg zou zijn geweest voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst indien men het recht op arbeid wel zou hebben erkend.

§ 4. Het recht op arbeid buiten de Arbeidsovereenkomstenwet

17. Een complex geheel van initiatieven. Een disparate wetgeving

De principiële erkenning van het recht op arbeid is een belangrijke stap in de richting van de concrete realisatie van het recht. Dit gebeurde in België in 1994 met de inschrijving van het recht in artikel 23 van de Grondwet. Nochtans moet de principiële erkenning noch als een eindpunt noch als een beginpunt gezien worden. Zij

---

90 Art 20 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

91 Art 21 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

92 Art. 16 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

93 Art 16, 5° en 28 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.

94 Art 5 Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900.
K. SALOMEZ voegt drie grondslagen toe aan de ontslagmacht met name de vrijheid van onderneming, de individuele vrijheid en het eigendomsrecht van de werkgever. Zie K. SALOMEZ, "Ontslagmacht: een absoluut recht?", *Soc. Kron.* 1999, 215.

moet veeleer gezien worden als een breuklijn in een lange processus van verwezenlijking van het recht. Een breuklijn die aanduidt dat het einde van een denkpiste in het zicht is of bereikt is en dat een nieuwe denkpiste wordt aangekondigd. De erkenning van het recht op arbeid is het resultaat van een langdurige en langzame evolutie van het productieproces en van het juridisch denken hieromtrent. Het feit dat in de Franse Grondwet van 24 juni 1793 het recht op arbeid wordt ingeschreven en er zich een heftige discussie heeft voorgedaan wijst erop dat de ideeën hierover reeds een hele tijd leefden.

Het is dan ook voor de hand liggend dat het recht op arbeid, dat uit een complex geheel van onderdelen bestaat, progressief vanuit deze onderdelen zal opgebouwd worden. Deze uitbouw gebeurt niet vanuit een algemeen coherent en geïntegreerd concept. Op meerdere gebieden komt wetgeving tot stand die mede vorm zal geven aan een uiteindelijk algemeen resultaat: het recht op arbeid.

Tijdens de periode 1900-2000 werden belangrijke vorderingen gemaakt. Dit was het geval voor de wetgeving die iedere werkzoekende vrije toegang moest waarborgen tot het arbeidsproces. De non-discriminatieregeling en het vrij verkeer van werknemers waren hier essentiële elementen.

Ook aan het ontslagrecht werden heel wat verbeteringen aangebracht. De ontslagmacht van de werkgever blijft nochtans als een ongenaakbaar juridisch beginsel, stilzwijgend en onbesproken aanvaard. Hier is de Arbeidsovereenkomstenwet het aangewezen juridisch instrument om deze ontslagmacht af te bouwen. Dit is ook het geval voor de regeling van die omstandigheden die de arbeider beletten arbeid te presteren. De schorsing van de arbeidsovereenkomst met eventuele loonwaarborg komt tegemoet aan het recht op arbeid.

Belangrijke vorderingen werden gemaakt op het vlak van de permanente opleiding en de arbeidsbemiddeling. Ook hier werd een specifieke wetgeving verwezenlijkt.

Het recht op arbeid als basis voor een gewaarborgd inkomen gaf aanleiding tot de totstandkoming van een indrukwekkende regeling inzake de werkloosheidsreglementering. Noodzakelijkerwijze gebeurde dit buiten de arbeidsovereenkomstenwetgeving.

Veel minder vlot ging het met het verwezenlijken van een recht op arbeid in de precontractuele fase van werving en selectie en met het concretiseren van een recht van de werkzoekende op een tewerkstellingsbeleid gericht op volledige werkgelegenheid, waarin hem een passende betrekking zou worden gewaarborgd. Initiatieven werden genomen maar de verantwoordelijkheid van de onderneming en van de Overheid bleef nogal vrijblijvend.

De conclusie is dat de Arbeidsovereenkomstenwet slechts een onderdeel vormt van een disparaat geheel van wettelijke en conventionele stelsels dat uiteindelijk op een coherente wijze het recht op arbeid zal moeten waarborgen.

§ 5. De rechtspraak en de rechtsleer

18. Een opvallend stilzwijgen

Ook in de rechtspraak en de rechtsleer worden er geen initiatieven genomen om de wetgever ertoe aan te zetten het recht op arbeid op te nemen in de Arbeidsovereenkomstenwet.[95]

Dit opvallend zwijgen is wellicht normaal aangezien het recht op arbeid in de Belgische Grondwet pas in 1994 werd ingeschreven. De jurist van de 21ste eeuw zal dat recht voortaan niet meer kunnen negeren.

---

[95] Dit blijkt uit een steekproef bij enkele monografieën :
- In de historische studie "100 ans de droit social belge" wijdt Cl. WANTIEZ een studie aan "de quelques lacunes en droit du travail." Hij beschouwt op dat ogenblik de afwezigheid van het recht op arbeid in de Arbeidsovereenkomstenwet niet als een lacune. In P. VAN DER VORST (ed.), *Honderd jaar Belgisch Sociaal Recht*, Brussel, Bruylant, 1986, 443 e.v.
- H. GOETHALS levert een historische bijdrage omtrent de vastheid van betrekking in de Arbeidsovereenkomstenwet. Hij vermeldt evenmin het recht op arbeid. (H. GOETHALS, *De vastheid van betrekking* in R. BLANPAIN (ed.) *30 jaar Belgische arbeidsverhoudingen*, Deventer, Kluwer, 1977, 271 e.v.;
- H. LENAERTS, hoewel hij ruimschoots aandacht besteedt aan het recht op arbeid pleit hij er niet voor om dat recht concreet te formuleren in de Arbeidsovereenkomstenwet. (H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, o.c., 11 en 74);
- Dit geldt eveneens voor P. HORION (P. HORION, *Nouveau précis de droit social belge*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1969, 30);
- J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER pleiten evenmin voor concretisering van het recht op arbeid in de Arbeidsovereenkomstenwet. (J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1990, 3 - 159 e.v.
- M. JAMOULLE onderzocht eveneens het verband niet tussen de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid. (M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Luik, Dl. I, Faculté de droit, d'économie et des science sociales, 1982, 7 e.v.);
- V. VANNES behandelt het thema van het recht op arbeid ook niet. (V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects theoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 330 e.v.);
- R. BLANPAIN, hoewel een fervent voorstander van sociale grondrechten, zet de stap nog niet het recht op arbeid te integreren in de Arbeidsovereenkomstenwet. (R. BLANPAIN, *Schets van het Belgische arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 19);
- Ook M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE stellen het probleem van het recht op arbeid niet in die context. (P. HUMBLET en M. RIGAUX (ed.), *Synopsis van het Belgische Arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 40 en 200 e.v.);
- Ook O. VANACHTER in zijn proefschrift "Vrijheid van ondernemen" behandelt het probleem niet expliciet (O. Vanachter, *Arbeidsrecht en Vrijheid van ondernemen. Een onderzoek naar de invloed van het Belgisch arbeidsrecht op ondernemingsbeslissingen*, K.U.Leuven, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1975, V + 666 p. (gestencilde doctoraatsverhandeling)).

§ 6. De Europese regelgeving

19. Het recht op arbeid niet aanvaard

De Europese Gemeenschap acht zich bevoegd op het vlak van de regelgeving omtrent de individuele arbeidsovereenkomst.[96]

De Europese wetgever besteedt bovendien veel aandacht aan de diverse aspecten van het tewerkstellingsbeleid. Er worden heel wat initiatieven genomen om de enorme Europese werkloosheid te bestrijden en om een tewerkstellingsbeleid te voeren dat het concurrentievermogen van de Europese vestigingen van de internationale bedrijven en van de Europese bedrijven ondersteunt.[97] Een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming te verwezenlijken is een van de fundamentele doelstellingen van de Europese Gemeenschap.[98]

Het uitgangspunt is echter niet te streven naar de verwezenlijking van het recht op arbeid. Het tewerkstellingsbeleid blijft ondergeschikt aan de economische imperatieven zijnde winstmaximalisatie en aan de wetmatigheid van de openmarkteconomie en de vrije concurrentie.[99]

Het recht op arbeid wordt zelfs niet opgenomen in het Europees Handvest van sociale grondrechten van werkenden zoals goedgekeurd op de Top van Straatsburg in 1989.

Evenmin wordt het recht voorzien in het Charter van Grondrechten van de Europese Unie zoals aanvaard op de Top van Nice in 2000. De verwijzing naar het recht op arbeid beperkt zich tot de erkenning van de vrijheid te arbeiden.[100] Deze discussie had reeds plaatsgegrepen honderdvijftig jaar geleden in 1848 naar aanleiding van de goedkeuring van de Franse Grondwet van 4 november 1848.[101] Op dat vlak werd er weinig vordering gemaakt.

De vrijheid van arbeid als recht van eenieder om vrij zijn professionele arbeid te kiezen en uit te oefenen met de overeenkomstige verplichtingen van de Overheid om deze keuzevrijheid te waarborgen, heeft dus een volledige andere betekenis en

---

[96] Het art. 137 VEG bepaalt dat de Raad beslissingen kan nemen op het vlak van de bescherming van de werknemers bij verbreking van de arbeidsovereenkomst. Het art. 140 voegt eraan toe dat de Commissie maatregelen mag nemen op het vlak van de aanmoediging en de coördinatie van het beleid van de Lidstaten o.m. met betrekking tot het arbeidsrecht en de arbeidsomstandigheden.

[97] M. STROOBANT, "La nouvelle politique sociale de l'Union européenne" in F. DEHOUSSE (ed.), *Union Européenne:quels défis pour l'an 2000*, Brussel, P.I.E., 127.

[98] Art 2 VEG.

[99] M. STROOBANT, *Het tewerkstellingsbeleid van de Europese Gemeenschap na het Verdrag van Maastricht*, Ibidem, 127.

[100] *P.B. C.*, 18 december 2000, n° 364/ 11.

[101] Art. 13 Grondwet van 4 november 1848: "*La constitution garantit au citoyens la liberté du travail et de l'industrie*".

draagwijdte dan het recht op arbeid. Bovendien kan worden aangemerkt dat de vrije keuze van arbeid niet als een afzonderlijk recht moet worden beschouwd maar als een recht dat deel uitmaakt van het recht op arbeid.[102]

Aangezien het recht op arbeid niet principieel aanvaard wordt door de Europese Gemeenschap komt het ook niet voor in de uitvoeringsmaatregelen van het Europees sociaal beleid met betrekking tot de individuele arbeidsovereenkomsten.

De Belgische arbeidsovereenkomstenwetgeving wordt er door de Europese wetgeving niet toe aangezet om het recht op arbeid te verwezenlijken.

§ 7. Het internationaal sociaal recht

20. Het recht op arbeid uitdrukkelijk aanwezig

Het recht op arbeid wordt in vele internationale akten uitdrukkelijk vermeld. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948 kan als voorbeeld gelden.[103] Ook is het recht op arbeid een bekommernis voor de Internationale Arbeidsorganisatie, hoewel het recht hier eerder als een beleidsdoelstelling wordt geformuleerd dan als een afdwingbaar recht.[104] In het Pakt van economische, sociale en culturele rechten van de Verenigde Naties komt het recht op arbeid eveneens voor maar het is niet onmiddellijk uitvoerbaar.[105] Het Europees Sociaal Handvest voorziet eveneens het recht op arbeid, maar ook hier wordt geen onmiddellijk verband gelegd met de individuele arbeidsovereenkomst.[106] Het is dus duidelijk dat de internationale akten zich ertoe wensen te beperken het recht op arbeid als grondrecht goed te keuren.

§ 8. Welke arbeidsrelatie in de toekomst ?

21. Welke toekomst voor de tewerkstelling: "Au-delà de l'emploi"

Aan welke mogelijke evolutie van de Arbeidsovereenkomstenwet kan men denken. Een goed uitgangspunt voor reflectie hieromtrent is wellicht het rapport opgesteld voor de Europese Gemeenschap door een groep deskundigen onder de leiding van

---

[102] H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1973, 12 e.v.

[103] Art. 23 van de Rechten van de Mens van 1948.

[104] CH. DENEVE, *Internationaal sociaal recht*, Brugge, Die Keure, 2000, 91.

[105] Art. 6.

[106] Oorspronkelijk art. 1.

Alain Supiot.[107] De groep kreeg als opdracht na te denken over de toekomst van de arbeid. Zij stelde het "rapport van de groep van Madrid" op.

De Commissie werd tot deze demarche aangezet ingevolge de vaststelling dat zich in het bedrijfsleven tijdens de laatste decennia belangrijke mutaties hadden voorgedaan. Zouden deze het fundamenteel herdenken van de rechtspositie van de werknemer niet tot gevolg moeten hebben?

Zo is er de grote werkloosheid die belangrijke groepen uit het arbeidscircuit uitstoot. Is dit een tijdelijk of een definitief fenomeen. Moet de plaats van de arbeid in onze kapitalistische maatschappij niet worden herdacht? Moet inkomen niet op een andere manier worden verworven dan uit arbeid ? Is zulks mogelijk?

Het invoeren van nieuwe technologieën en het verdwijnen van oude technologie stelt de vraag naar de positie van de werknemer binnen een eventueel andere gezagsrelatie in de onderneming dan de huidige. Maar tevens rijst de vraag naar mogelijke inzetbaarheid van de werknemers in een productieproces in voortdurende beweging. Levenslang leren wordt de opdracht. Maar is iedereen daartoe in staat?

De vrije concurrentie tussen de bedrijven zet de kostprijs en meer in het bijzonder de sociale kostprijs in de onderneming onder druk. Er moet goedkoper gewerkt worden en op een flexibeler manier. De kern van vaste medewerkers wordt drastisch verminderd. De arbeidsrelatie wordt geprecariseerd. Allerhande vormen van atypische tewerkstellingen verschijnen. Wat moet er gebeuren met de traditionele voltijdse arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur gesloten? Moet het recht op arbeid niet wijken voor de uitsluitende valorisatie van het geïnvesteerd kapitaal.

De visie van de burgers op de maatschappelijke structuren van hun gemeenschap is blijkbaar aan verandering toe. Vele diensten, vroeger behorend tot de Overheidssector worden geprivatiseerd. Het tewerkgesteld personeel verandert van rechtspositie.

Maar ook de bestaande overheidsdiensten ondergaan mutaties in hun werking wat niet vrijblijvend is voor de positie van de ambtenaren. Komen rechtspositie van de werknemer en statuut van de ambtenaren niet dichter bij elkaar?

Tevens blijkt er zich in het productieproces een evolutie van verzelfstandiging van de arbeid te voltrekken waarbij taken vroeger verricht in ondergeschikt verband thans door zelfstandige werkenden worden verricht.

Maar ten slotte is er ook de vraag van de werknemer om in de onderneming als volwaardig productiepartner te worden aanvaard. Als een partner die 'burgerrecht' heeft in die onderneming. Die weet hoe zij functioneert en die mede over haar toekomst - dus zijn toekomst - beslist. Dit bewustzijn wordt des te scherper dat vele sociale waarborgen als de aanvullende pensioenen, winstparticipatie of aandeel-

---

[107] A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi: Rapport pour la Commission européenne*, Parijs, Flammarion, 1999, 291 e.v.

houderschap de toekomst van de werkende meer op het niveau van het bedrijf of de sector brengt dan op het niveau van de nationale maatschappelijke solidariteit.

22. Ingrijpende of niet-essentiële mutaties?

Het rapport pleit niet voor het fundamenteel herzien van de rechtspositie van de werkenden met het oog op het opstellen van bijvoorbeeld een eenheidsstatuut. Neen. Het rapport behoudt een zekere diversiteit naar gelang de aard van de fundamentele relatie van de arbeid tot het kapitaal. Wel pleit het rapport voor meer duidelijkheid en voor actualisering van de rechtspositie. De deskundigen zijn - naar onze mening - onterecht van oordeel dat zij hiermede een 'derde weg' bewandelen.[108]

De voorgestelde heroriëntering wijzigt immers niets aan het feit dat een grote groep burgers hun arbeid verhuren, onder het gezag van het beginsel van winstmaximalisatie hun arbeid verrichten en daarvoor een vaste of een flexibele vergoeding ontvangen. Ook blijft de noodzaak om een bepaalde maatschappelijke dienstverlening in het perspectief van het algemeen belang in te richten wat dan weer een bijzonder karakter geeft aan de manier waarop hier moet gearbeid worden.

De door het Rapport gedane voorstellen lijken in grote mate redelijk maar veranderen de aard van de arbeidsrelatie niet.[109]

Ook het voorstel van de erkenning van het "burgerschap in de onderneming" van de werknemer blijft een nuttige maar toch niet fundamentele wijziging.

Indien er een wijziging moet worden aangebracht aan het huidige arbeidsovereenkomstenrecht dan zal het er één moeten zijn die de positie van de arbeid ten overstaan van het kapitaal in de onderneming wijzigt maar ook een die een ruime plaats toekent aan de consument in het productieproces.

§ 9. Besluit: naar een beginselenwet

Het recht op arbeid werd alsdusdanig in 1900 niet uitdrukkelijk opgenomen in de Arbeidsovereenkomstenwet. Evenmin komt het tijdens het verdere verloop van de 20ste eeuw in de Arbeidsovereenkomstenwet uitdrukkelijk aan bod.

Wel werden er reeds in 1900 en ook later in sommige onderdelen van de Arbeidsovereenkomstenwet bepalingen opgenomen die als bestanddelen van het recht op arbeid kunnen beschouwd worden. Ook de wetgever van 1978 vermeldt in zijn overzicht van de tendensen van de evolutie van het arbeidsovereenkomstenrecht het recht op arbeid niet.[110] Wel vermeldt hij twee tendensen die aansluiten bij het recht

---

[108] A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 1999, 293.

[109] A. SUPIOT, *o.c.*, 291 e.v.

[110] *Part. St.* Senaat 1977-1978, nr. 27.

op arbeid met name "aan de werknemer meer waardigheid geven"[111] en de vastheid van betrekking waarborgen.[112]

Bij het begin van de 21ste eeuw stelt het probleem zich anders. Het recht op arbeid maakt wel degelijk deel uit van het Belgische interne recht. De vraag dient dus wel degelijk gesteld te worden of dit recht niet uitdrukkelijker in de Arbeidsovereenkomstenwet moet worden opgenomen. Deze wet zou dan best als een beginselenwet worden opgesteld.

Het gevolg van de expliciete vermelding van het recht op arbeid zou dan wel degelijk gevolgen hebben voor de regelgeving omtrent de aanwerving en het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

Het probleem van de toekomstige ontwikkeling van de individuele arbeidsrelatie blijft gesteld. Het ziet er echter niet naar uit dat ingrijpende wijzigingen op het getouw staan die een belangrijke invloed zouden hebben op het recht op arbeid met uitzondering van het fenomeen van de precarisering van de arbeidsrelatie, dat het recht op arbeid kan uithollen. Vastheid van betrekking ook geformuleerd als vastheid van tewerkstelling blijft een hoofdbekommernis voor de wetgever, de sociale partner en de individuele burger.

In het licht van deze laatste vaststelling krijgt de horizontale werking van artikel 23 van de Grondwet een héél bijzondere betekenis.

Bibliografie

CHLEPNER, B.S., *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Brussel, Ed. Université Libre de Bruxelles, Institut de sociologie, 1972, 447 p.
DE NEVE, C., *Internationaal sociaal recht*, Brugge, Die Keure, 19 p.
GODECHOT, J., *Les constitutions de la France depuis 1789*, Parijs, Flammarion, 1995, 514 p.
HORION, P., *Nouveau précis de droit social belge*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1969, 479p.
HUMBLET, P. en RIGAUX M. (eds), *Synopsis van het Belgisch arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentra Rechtswetenschappen, 1999, 428 p.
JACQMAIN, J., "Droit au travail, droit du travail" in ERGEC, R., *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution*, (163-192) Brussel, Bruylant, 1995, 320 p.
JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, Liège, Université de Liège Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1982, deel 1, 419 p. en deel 2, 545 p.
KWANT, R.C., *Filosofie van de arbeid*, Antwerpen, De Nederlandse Boekhandel, 1964, 266 p.

[111] Ibidem 29.

[112] Ibidem 30.

LENAERTS, H., *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1973, 557 p.
NEUVILLE, J., *La lutte ouvrière pour la maîtrise du temps*, Tôme I/I, Brussel, Vie Ouvrière, 1981, Tôme I/I, 331 p. en Tôme I/II, 269 p.
SALOMEZ, K., "Ontslagmacht: een absoluut recht", *Soc. Kron.* 1999, 211-215.
STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DESCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst* in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1980, 822 p.
STROOBANT, M., "De sociale grondrechten naar Belgisch recht" in STROOBANT, M. (ed), *Sociale grondrechten*, Antwerpen, Maklu Uitgeverij, 1995, 57-94.
STROOBANT, M., "La nouvelle politique sociale de l'Union Européenne" in DEHOUSSE, F., *Union Européenne: quels défis pour l'an 2000?*, Brussel, Presses Interuniversitaires Européennes, 1998, 117-146.
SUPIOT, A., *Au-delà de l'emploi - Rapport pour la Commission Européenne*, Parijs, Flammarion, 1999, 321 p.
VANNES, V., *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1996, 826 p.
VERMEERSCH, A. en MÜLLER, A., *Manuel social. La législation et les oeuvres en Belgique*, Louvain, A. Uystpruyst, 1909, Volume I, 596 p. en Volume II, 681 p.
WANTIEZ, C., "De quelques lacunes en droit du travail" in VANDERVORST, P. (ed), *Cent ans de droit social belge*, Brussel, Bruylant, 1986, 443-455.

De arbeidsovereenkomst: een burgerlijke en sociale verbintenis

Frank Hendrickx

België vierde onlangs de honderdste verjaardag van de Wet op de arbeidsovereenkomsten.[1] Op 10 maart 1900 werd immers de eerste wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden goedgekeurd. De nu geldende wet op de arbeidsovereenkomsten dateert van 3 juli 1978. Een viering leidt vaak tot bezinning, zoals ook dit keer. In deze bijdrage wordt de inhoud van de arbeidsovereenkomst nader bekeken. Vermits reflexie eerder dan een droog juridisch betoog in de bedoeling lag van deze bijdrage, werd aandacht besteed aan de rol van de partijen bij het bepalen van de inhoud van de arbeidsovereenkomst, zeg maar de arbeidsvoorwaarden. De centrale stelling van deze bijdrage is dat deze rol sterk afhankelijk is van de voorgenomen uitgangspunten, of nog, de toegepaste logica ter zake. De partijen bij de arbeidsovereenkomst krijgen met name vaak te maken met de confrontatie tussen het arbeidsrecht en de beginselen van het burgerlijk recht. Of er plaats is voor een duidelijk afgelijnde onderscheiden logica voor deze genoemde rechtstakken, wordt hier verder niet bekeken. Wel wordt aangenomen dat de arbeidsovereenkomst geconfronteerd wordt met een verschillende logica, naargelang de burgerrechtelijke beginselen het halen op de arbeidsrechtelijke, en omgekeerd. Sommigen zullen in dit verband spreken van autonomie van arbeidsrecht versus burgerlijk recht. De essentie is dat de arbeidsovereenkomst *in se* een burgerrechtelijke verbintenis is, maar wel één die moet werken in een arbeidsrechtelijk paradigma, ondanks de initiële burgerlijke premissen. Dit geeft aanleiding tot een verstrengeling van de respectieve burgerrechtelijke en arbeidsrechtelijke uitgangspunten.

De rol van de partijen bij het bepalen van de inhoud van de arbeidsovereenkomst, kan dus verschillen. In principe kan worden opgemerkt dat afwezigheid van interventionisme van het recht ertoe leidt dat de deelnemers aan arbeidsverhoudingen een veel grotere rol opeisen in de regulering van hun activiteiten.[2] De situatie verandert uiteraard bij sterke wettelijke overheidsinmenging. Dit laatste blijkt nu precies in het arbeidsrecht doorgaans het geval te zijn. Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat het arbeidsovereenkomstenrecht niet alleen wordt geregeerd door de arbeidsovereenkomsten*wet*. Niet in het minst wordt dit recht beïnvloed door de algemene regels en beginselen van het burgerlijk recht. Bij de arbeidsrechtelijke correcties hierop staat ook de vaak aanvaarde idee dat het arbeidsrecht 'beschermend' recht is, dat wordt opgesteld ten voordele van de werknemer teneinde tussen te komen in de feitelijke machtsongelijkheid die de arbeidsverhoudingen vaak kenmerkt.

Al vlug blijkt dat de voorgaande probleemstelling zich temidden van een aantal polemieken rond de individuele arbeidsovereenkomst situeert, zoals onder meer

---

1 Les cent ans de la loi sur les contrats de travail - Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet, Brussel, 13 december 2000, Auditorium Nationale Bank van België.

2 P. DAVIES en M. FREEDLAND, *Labour legislation and public policy. A contemporary history*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 9.

deze betreffende de grondslag van het werkgeversgezag, de rol van de arbeidsovereenkomst in het geheel van het arbeidsrecht, contractualisme versus institutionalisme, verburgerlijking tegenover ontburgerlijking van het arbeidsrecht, de introductie van publieke waarden in de arbeidsrelatie, of de rol van de individuele overeenkomst bij de toepassing van beschermend recht. Hierop wordt dan ook verder ingegaan.

§ 1. De ondergeschiktheid als gevolg van een contractuele handeling

Dogmatisch gesproken heeft de rol van de partijen bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst een grote betekenis. De handeling waarbij een arbeidsovereenkomst wordt gesloten creëert een bijzondere juridische band tussen de twee partijen, met name een band van ondergeschiktheid. De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt om tegen loon, onder gezag van een werkgever, arbeid te verrichten.[3] Dit ondergeschikt verband betreft geen economische ondergeschiktheid, maar een juridische ondergeschiktheid.

Deze situatie van contractuele of overeengekomen juridische ondergeschiktheid is vrij uniek. Het betreft namelijk een hiërarchie tussen gelijken.[4] Het feit dat deze ongelijkheid tot stand komt op basis van een vrij aangegane overeenkomst is, theoretisch, van enorm belang. Dit maakt namelijk het onderscheid met de situatie van meester en slaaf. De slavernij is met name een instituut waarbij iemand onderworpen wordt aan het gezag van een andere, zonder dat dit steunt op de idee van gelijke burgers.

De band van ondergeschiktheid wordt dus contractueel tot stand gebracht. De grondslag van het werkgeversgezag ligt dan ook in de overeenkomst en in het concept van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek. De grondslag van het werkgeversgezag ligt dus niet in artikel 17 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, noch in de artikelen 2 en 3 van deze wet. Wel is het zo dat deze artikelen de situatie van ondergeschiktheid erkennen en zelfs nader regelen. Artikel 17, 2° van de Arbeidsovereenkomstenwet op grond waarvan de werknemer verplicht is te handelen volgens de bevelen en de instructies die hem worden gegeven door de werkgever, zijn lasthebbers of zijn aangestelden met het oog op de uitvoering van de (arbeids)overeenkomst, geeft deze erkenning uitdrukkelijk.

Het onderscheid met andere situaties dan een vrije handeling door contracterende partijen, ligt ook in het voorwerp waarop het gezag betrekking heeft. Dit voorwerp is in beginsel de arbeid. Men stelt dat het voorwerp van de arbeidsovereenkomst ligt in de overeengekomen arbeid, gescheiden van de persoon die deze uitvoert.[5]

---

[3] Cf. artikel 2 en 3 Arbeidsovereenkomstenwet.

[4] Dat is althans de theorie (*cf. supra*); A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1994, 119; W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *T.P.R.* 1990, 976.

[5] M. JAMOULLE, "La vie privée et le droit du travail", *Ann. Dr. Louv.* 1984, 28: "*L'objet du contrat réside dans l'activité promise, séparée de la personne qui l'exerce*".

Nochtans is de band tussen arbeid en persoon vaak moeilijk te scheiden. In een wereld waarin een individu ook om zijn persoonlijkheid wordt aangeworven door een werkgever, verkrijgt het voorwerp van het gezag ook een band met de persoon die deze arbeid levert.[6] In moderne gezagsverhoudingen is de mens even belangrijk als de arbeid die hij levert. Wellicht wordt dit vertaald in de idee dat de arbeidsovereenkomst wordt gesloten *'intuitu personae'*.[7] Zij wordt aangegaan omwille van de persoon, of de persoonlijkheid van de werknemer. Ondanks deze vaststellingen blijft het uitgangspunt dat de werknemer slechts ondergeschikt wordt aan de werkgever voor de uitoefening van de arbeidsovereenkomst.[8]

De functie van de individuele arbeidsovereenkomst is dus dogmatisch van groot belang. Nochtans gaat een en ander verder dan het afspreken van het concept 'werken in ondergeschiktheid'. Het gaat met name, zoals wordt gedefinieerd in het arbeidsovereenkomstenrecht, om afspraken inzake arbeid in ondergeschikt verband, 'tegen een bepaald loon'. Inderdaad, het aangaan van een arbeidsovereenkomst impliceert ook dat men afspraken maakt over het loon, zeg maar de tegenprestatie voor de arbeid die ter uitvoering van de overeenkomst wordt verricht.[9] Buiten het bedingen van de tegenprestatie voor de geleverde arbeid, kan de individuele overeenkomst ook gezien worden als een vehikel om allerlei andere arbeidsvoorwaarden vast te stellen of nader uit te werken. Zo komt men bij de vraag naar de rol van de partijen bij het bepalen van de arbeidsvoorwaarden. Dit leidt onder meer tot de vraag wat de rol van de partijen is bij het bepalen van de wederzijdse rechten en plichten.

§ 2. De arbeidsovereenkomst: vehikel of entreebewijs?

De rol van de individuele arbeidsovereenkomst, en derhalve ook de rol van de partijen, bij het bepalen van de wederzijdse rechten en plichten, kan worden ontleed op grond van verschillende invalshoeken.

In de Engelse doctrine vindt men meermaals de verwijzing naar de stelling van Kahn-Freund dat de arbeidsovereenkomst de hoeksteen uitmaakt van het moderne arbeidsrecht.[10] In de theorie van de *common law* wordt het contract immers

---

[6] RAMM stelt het zo: "*New social duties imposed on the employer were explained by the academic writers in applying the terminology of the law of master and servants. The concept of the master's 'duty of care' toward the employee was revived. And liberal legal thinking, which always distributes rights and duties equally to both parties, added the servant's 'duty of loyalty'. Thus the individual exchange of the two goods, labor and money, developed into an obligation which includes the personality of the employee more and more*". T. RAMM, "Introduction", in F. SCHMIDT (ed.), *Discrimination in employment*, Stockholm, Almqvist&Wiksell International, 1978, 27.

[7] B. OVERSTEYNS, "Juridische problemen bij de aanwerving", in B. OVERSTEYNS (ed.), *Gezondheid en onderneming. Aids, alcohol, drugs en roken*, Brugge, die Keure, 1989, 83.

[8] WEDDERBURN, "Labour law and the individual in post-industrial societies", in WEDDERBURN, M. ROOD, G. LYON-CAEN, W. DÄUBLER en P. VAN DER HEIJDEN, *Labour law in the post-industrial era*, in *Studies in Modern Law and Policy*, Aldershot, Dartmouth, 1994, 39.

[9] Cass. 20 april 1977, *R.W.* 1977-78, 1871.

[10] S. DEAKIN en G. MORRIS, *Labour law*, Londen, Butterworths, 1995, 124.

beschouwd als het vehikel van de rechten en plichten van de partijen. In de zuivere doctrine van de *common law* wordt de arbeidsovereenkomst dan ook beschouwd als de enige bron van werknemersrechten.[11]

Blanpain werpt daartegenover het beeld van 'Koningin en zwaard'. Hij noemt de Belgische wet op de arbeidsovereenkomsten het koninginnenstuk van het arbeidsrecht, maar wie het rijk van het arbeidsrecht binnen wil treden, zo luidt het, moet eerst het zwaard trotseren en aantonen dat er sprake is van ondergeschiktheid, het sleutelelement van het arbeidsrecht.[12] Zo bekeken is het werken onder de termen van een arbeidsovereenkomst dus een toegangsticket tot de (vooral voor de werknemer beschermende) bepalingen van het arbeidsrecht, zeg maar, tot de 'codex van het arbeidsrecht'. Het contract wordt aldus een middel om het "instituut" arbeidsrecht binnen te treden.

Deze twee uit elkaar liggende uitspraken vertonen een sterke band met het onderscheid tussen het (continentale) civielrechtelijke tegenover het *common law* denken. In de *common law* wordt uiteraard veelal nadruk gelegd op de algemene beginselen van het contractenrecht. Nochtans wordt ook in de Angelsaksische doctrine het beeld van het 'contract' sterk genuanceerd.[13] In de Britse rechtsleer wordt zelfs de bedenking gemaakt dat het concept 'individuele arbeidsovereenkomst' irrelevant wordt aan de moderne arbeidsrelatie.[14] Dit volgt op de vaststelling dat het civilistisch ideaal van gelijke partijen die in vrijheid overgaan tot het sluiten van een overeenkomst weinig realiteitswaarde heeft, ook – of zeker – wat betreft het Angelsaksisch arbeidsrecht.

Een en ander doet sommigen zelfs overgaan tot de vaststelling dat de contract-idee kan verlaten worden in ruil voor een 'status'-concept. Er werd inderdaad een contract/status-debat geopend. Zo wordt in het Angelsaksische denken de 'status'-idee beargumenteerd op basis van de aanwezigheid van beschermde wetgeving en dwingende bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.[15]

Nochtans blijkt dat civilistische en *common law* - discussies niet noodzakelijk onbereikbaar ver uit elkaar hoeven te liggen. Dezelfde resultaten worden soms met andere technieken bereikt. Neem het onderscheid tussen '*express terms*' en '*implied terms*' in het Angelsaksische contractenrecht. De zogenaamde '*express terms*' worden in de regel opgelegd door de werkgever, die in een sterkere onderhandelingspositie staat dan de werknemer. Maar met de introductie van '*implied terms*' zijn op basis van de rechtspraak *common law* - technieken tot stand gekomen om bescherming te bieden aan de werknemer. Deze *implied terms*, in het geval zij de

---

[11] R. RIDEOUT, *Rideout's principles of labour law*, London, Sweet & Maxwell, 1989, 16-17.

[12] R. BLANPAIN, "Ondergeschikt verband: de sleutel op de deur van het arbeidsrecht", *T.S.R.* 1998, Bijzonder Nummer 20 Jaar Arbeidsovereenkomstenwet, 3.

[13] S.D. ANDERMAN, *Labour law: management decisions and workers' rights*, London, Butterworths, 1993, 33.

[14] R. RIDEOUT, "The contract of employment", *Current Legal Problems*, 1966, 112.

[15] S. DEAKIN en G. MORRIS, *o.c.*, 1995, 126.

contractuele bepalingen wijzigen of opzij schuiven, kunnen zelfs worden gezien als een soort van virtuele codex van werknemersrechten, die op basis van een *'case by case'* - benadering door de rechtspraak in arbeidsovereenkomsten worden ingeplant.[16] Dit doet sterk denken aan de functie van het 'dwingend recht' zoals begrepen in de civilistische conceptie.

§ 3. De contractualisten en de institutionalisten: individuele en collectieve arbeidsovereenkomsten

De bovenstaande discussie sluit ook enigszins aan bij het debat tussen contractualisten en institutionalisten. Enerzijds zijn er de zogenaamde contractualisten, die de contractuele aard van de arbeidsverhouding benadrukken. Tegenover de contractualisten staan de institutionalisten. Zij zien het arbeidscontract als een soort van entreebiljet.[17] Men zou in dit verband ook kunnen wijzen op de discussie die in België sinds zeer lang wordt gevoerd in verband met de aard van de collectieve arbeidsovereenkomst, waar men meer vertrouwd lijkt te zijn met de contractuele tegenover de institutionele visie.[18]

Op het principiële vlak zijn er overigens wel wat gelijkenissen tussen de individuele en de collectieve arbeidsovereenkomst. Voor wat de aard van de collectieve arbeidsovereenkomst betreft, is artikel 5 van de wet van 5 december 1968 uiteraard een belangrijk referentiepunt. Hierin wordt de collectieve arbeidsovereenkomst gedefinieerd als een akkoord dat gesloten wordt tussen één of meerdere werknemersorganisaties en één of meer werkgeversorganisaties of één of meer werkgevers en waarbij individuele en collectieve betrekkingen tussen werkgevers en werknemers in de ondernemingen of in een bedrijfstak worden vastgesteld en de rechten en verplichtingen van de contracterende partijen worden geregeld.[19] Voorts lijken er weinig belemmeringen te bestaan op het vlak van de inhoud. Terwijl de representatieve werknemersorganisaties wettelijk bevoegd zijn om C.A.O.'s te sluiten, bepaalt de wet slechts in vage termen *wat* zij in die collectieve arbeidsovereenkomst mogen afspreken. In principe moet men er eigenlijk van uitgaan dat alle afspraken mogelijk zijn, die tevens in de individuele arbeidsovereenkomst kunnen worden overeengekomen. Zo kan ook worden vastgesteld dat op een collectieve arbeidsovereenkomst de interpretatieregelen van het gemeen verbintenissenrecht worden toegepast.[20]

Nochtans bestaat er toch twijfel over de aard van de collectieve arbeidsovereenkomst, onder meer door het feit dat de binding ervan de contractuele orthodoxie overstijgt.

---

[16] S.D. ANDERMAN, *o.c.*, 1993, 33.

[17] P.F. VAN DER HEIJDEN, "Een nieuwe rechtsorde van de arbeid. Op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht", *N.J.B.* 1997, 1841.

[18] Zie M. RIGAUX, "CAO: overeenkomst of onderhandeld reglement?", *R.W.* 1992-93, 421-430.

[19] Artikel 5 Wet 5 december 1968.

[20] Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 25 april 1979, *R.W.* 1979-80, 1146; Arbh. Antwerpen 28 juni 1976, *R.W.* 1976-77, 1701.

Uit het arbeidsrecht blijkt dat de door de werknemersorganisaties gemaakte afspraken[21] van normatieve aard bindend zijn zowel voor de leden van de werknemersorganisaties, als voor werknemers niet-leden,[22] en zoals onder meer blijkt uit de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 38, zelfs voor niet-werknemers[23] niet-leden. Met andere woorden, de totstandkoming van een collectieve arbeidsovereenkomst ontsnapt aan de individuele toestemming van de werknemers ten aanzien van wie zij normatieve bepalingen in het leven roept.[24] Een algemeen verbindend verklaring kan deze binding nog versterken. Voor wat de juridische binding van de collectieve arbeidsovereenkomst betreft, wordt dus afgeweken van het algemeen verbintenisrechtelijk beginsel dat overeenkomsten alleen de partijen tot wet strekken en in beginsel geen uitwerking hebben ten aanzien van derden (niet-partijen). De overstijging van de contractuele orthodoxie zou ook een bevestiging kunnen inhouden. De uitgebreide binding is namelijk het gevolg van een wettelijk ingrijpen. Hierbij wordt in feite impliciet de contractuele origine van het instrument collectieve arbeidsovereenkomst bevestigd.

Hoe contractueel een collectieve arbeidsovereenkomst ook moge zijn in haar conceptie, een en ander toont niettemin dat er een eigen arbeidsrechtelijke logica bestaat, die de burgerrechtelijke overstijgt. De specifieke machtsverhoudingen waardoor arbeidsverhoudingen gekenmerkt worden, hebben hier zeker mee te maken. Zo vindt de voorrang van de collectieve arbeidsovereenkomst op de individuele arbeidsovereenkomst ook zijn verantwoording niet alleen in het feit dat eerstgenoemde norm meer algemene minimum- of basisvoorwaarden kan vaststellen, maar is deze ook gesteund op het gegeven dat *'collective bargaining'* grotere waarborgen biedt voor het respecteren van het algemeen belang[25] of het werknemersbelang[26] dan *'individual bargaining'*.

Door de verruimde binding is de collectieve arbeidsovereenkomst dus blijkbaar geen gewone overeenkomst meer. Men spreekt hier soms van 'reglementaire' gevolgen.[27] De collectieve arbeidsovereenkomst is weliswaar geen wet in de formele zin van het woord en zij komt ook moeilijk los van haar overeenkomstelijk karakter. Een in een paritair orgaan gesloten collectieve arbeidsovereenkomst is bijvoorbeeld niet vatbaar

---

[21] Artikel 5 Wet 5 december 1968. Enkel de meest representatieve organisaties krijgen deze bevoegdheid. (Artikel 1, 4 en artikel 3 Wet 5 december 1968).

[22] Artikel 19, 4 Wet 5 december 1968.

[23] H. SCHYVENS, "CAO nr. 38 betreffende de werving en de selektie van werknemers: een stap in de richting van een volwaardig aanwervingsrecht?", *Soc. Kron.* 1984, 65; O. VANACHTER, "Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 38. Werving en selectie van werknemers", *Or.* 1984, 18.

[24] De omstandigheid dat individuele werknemers zich verzetten tegen de overeenkomst en de overeenkomst niet ondertekenen doet hieraan geen afbreuk. Cass. 1 februari 1993, *R.W.* 1993-94, 47.

[25] W. VAN EECKHOUTTE, "De hiërarchie van de arbeidsrechtelijke normen", in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 225.

[26] W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium '95-'96*, 1491.

[27] Zie M. RIGAUX, *l.c.*, 1992-93, 421-430.

voor vernietiging door de afdeling administratie van de Raad van State.[28] Anderzijds zijn de normatieve bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst wel te beschouwen als een wet in de zin van artikel 608 van het Gerechtelijk Wetboek.[29] Bij de voorbereiding van de Wet betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten van 5 december 1968 werd dit hybriede karakter dan ook opgemerkt door te stellen dat een collectieve arbeidsovereenkomst een overeenkomst is die wordt gesloten door particuliere personen of organen en niet een door de overheid uitgevaardigde, aangenomen of vastgelegde regeling, ook al vertoont haar binding voor derden, zeker na algemeen verbindend verklaring, bepaalde reglementaire kenmerken.[30]

Toch gaat de vergelijking tussen individuele arbeidsovereenkomst en collectieve arbeidsovereenkomst niet helemaal op. Hoger werd er op gewezen dat de individuele arbeidsovereenkomst verantwoordelijk is voor het leveren van arbeid in ondergeschikt verband. Met andere woorden, het gaat om een verbintenis van de werknemer om in ondergeschiktheid te werken tegen een bepaald loon en eventuele andere voorwaarden. De individuele arbeidsovereenkomst kan aldus worden gezien als de oorzaak van de ondergeschiktheid. De Arbeidsovereenkomstenwet, zoals reeds opgemerkt, doet daarbij niet veel meer dan het erkennen van deze vrij aangegane situatie, en onderwerpt deze toestand aan strikt juridische regels. Zoals ook toegelicht, is de arbeidsovereenkomst tevens een instrument om allerlei arbeidsvoorwaarden af te spreken of nader uit te werken.

De collectieve arbeidsovereenkomst lijkt toch een meer beperkte functie te hebben. De collectieve arbeidsovereenkomst is weliswaar bij machte om op het niveau van de individuele arbeidsvoorwaarden allerlei wijzigingen aan te brengen, maar zij ontsnapt tegelijkertijd aan een deel van het concept 'arbeidsovereenkomst' zoals dat op individueel vlak begrepen wordt. De collectieve arbeidsovereenkomst betreft immers een overeenkomst waarbij individuele en collectieve betrekkingen tussen werkgevers en werknemers worden vastgesteld en de rechten en verplichtingen van de contracterende partijen worden geregeld. In tegenstelling tot de individuele, is de collectieve arbeidsovereenkomst er echter niet de oorzaak van dat iemand in ondergeschiktheid gaat werken. Zij *veronderstelt* ondergeschiktheid. In dat opzicht veronderstelt de collectieve arbeidsovereenkomst het bestaan van een individuele of althans de aanwezigheid van een band van ondergeschiktheid.[31]

---

[28] Voor dit beginsel was wel een wetsbepaling nodig; Artikel 26 Wet 5 december 1968; Vgl. R.v.St. 12 april 1989, *R.C.J.B.* 1991, 651, noot M. LEROY; A. ALEN, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 708.

[29] Cass. 13 februari 1984, *R.W.* 1984-85, 1299, *J.T.T.* 1985, 186.

[30] Ontwerp van wet betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *Parl.St.* Senaat 1966-67, nr. 148, 89.

[31] Zoals voor de gehele 'body' van het arbeidsrecht bevestigt ook de wet van 5 december 1968 deze logica in artikel 2: deze wet is van toepassing op de werknemers en op de werkgevers.

§ 4. Arbeidsovereenkomstenrecht en autonomie: ontburgerlijking en verburgerlijking

Het belang van de dogmatiek over de 'vrij aangegane overeenkomst' en de discussie omtrent contract, statuut of instituut, brengt de uiteenzetting onvermijdelijk bij de problematiek van de autonomie van het arbeidsrecht ten aanzien van het burgerlijk recht. Hierover werd al heel wat nagedacht en geschreven. De discussie kan verschillende kanten op. Zo is er de vraag in welke mate het arbeidsrecht los komt van zijn burgerrechtelijke roots. Zoals hoger reeds uiteengezet, heeft de contractuele dimensie een belangrijke invloed op het arbeidsrecht. Daarbij wordt erkend dat deze overeenkomst haar oorsprong vindt in het Burgerlijk Wetboek. De link blijkt trouwens nog steeds uit artikel 1780 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat men zijn diensten slechts voor een tijd of voor een bepaalde onderneming kan verbinden.

Het is onwaarschijnlijk dat het burgerlijk recht het arbeidsrecht ooit zal loslaten. Nochtans lijkt er ook zoiets te zijn als een arbeidsrechtelijke logica. Wanneer men dit situeert in de onderhavige discussie, valt op dat de autonomie van het arbeidsrecht zeer vaak wordt geassocieerd met een soort van ont-burgerlijking van dit recht. Of nog, de civilistische logica houdt op waar de arbeidsrechtelijke begint. De vraag is evenwel of men dit zonder meer kan of mag poneren. Het valt in te zien dat de eigenheid van het arbeidsrecht kan worden gevonden in het aanbrengen van correcties op de uitgangspunten van het burgerlijk recht. Dwingend recht ter bescherming van de economisch zwakkere partij, de werknemer, is hoe het arbeidsrecht kan worden beschouwd. Maar dit zijn klassieke uitgangspunten en deze worden vandaag de dag ook in vraag gesteld.

Dat men nog steeds niet de juiste maat heeft genomen van de merkwaardige verhouding tussen burgerlijk recht en arbeidsrecht wordt bevestigd door de bevraging van de 'verburgerlijking' van het sociaal recht. Hierbij gaat er vernieuwde aandacht uit naar de overlevingskansen van een zelfstandig arbeidsrecht.[32]

Tot op welke hoogte deze theoretische discussies ook hun weerslag hebben in de praktijk van het arbeidsrecht, is niet altijd eenvoudig te achterhalen. Nochtans zijn er toepassingen denkbaar van eigen arbeidsrechtelijke logica respectievelijk civielrechtelijke logica. Er bestaan tal van gevallen waarin het burgerlijk recht als startpunt dient. Nochtans kan dit niet altijd worden toegepast in zijn volledige consequenties. Dit blijkt onder meer uit toepassingen inzake artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek in het arbeidsrecht. In andere toepassingen wordt daarentegen de band met de burgerrechtelijk oorsprong van de arbeidsrelatie juist bevestigd. Een voorbeeld hiervan is de discussie aangaande artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek. Tegenovergestelde bewegingen, zo lijkt het althans. Nochtans zou men kunnen vermoeden dat het uitgangspunt voor beide toepassingen is dat men, ondanks de verschillende invalswegen, de rechtvaardigheid als richting neemt. Toch wordt ook hier soms het verwijt gehoord van het bestaan van mechanistische redeneringen of te verregaande juridismen.

---

[32] N.J.H. HULS, "De verburgerlijking van het sociaal recht", in X. (ed.), *Ongelijkheidscompensatie*, 1997, 195-205.

De toepassing van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek heeft uiteraard betrekking op het einde of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het arbeidsrecht erkent dat de arbeidsovereenkomst tevens een einde kan nemen op grond van de regels van het verbintenissenrecht.[33] Deze overeenkomst kan dan ook het voorwerp uitmaken van een gerechtelijke ontbinding. Maar de toepassing van dit burgerrechtelijk mechanisme is blijkbaar toch niet ongestoord. Het ziet er inderdaad niet naar uit dat men zonder meer de bescherming die het arbeidsrecht aan de werknemer biedt, kan omzeilen door toepassing van burgerrechtelijke logica. Dit wordt althans afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Zo stelde dit Hof in verband met de bijzondere ontslagbescherming van een werknemersvertegenwoordiger in de onderneming dat op straffe van de door de wetgever verruimde bijzondere bescherming van haar draagwijdte te beroven, de rechter die met toepassing van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek beslist tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een beschermde werknemer, moet vaststellen dat er een dringende reden bestaat in de zin van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet en de wettelijke procedure moet volgen.[34] Volgens het Hof van Cassatie kan de gerechtelijke ontbinding dus geen alternatieve weg zijn om een bijzondere wettelijke ontslagbescherming te omzeilen. Artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek wordt hierdoor niet principieel uitgeschakeld. De toepassing ervan kan echter niet leiden tot het buiten werking stellen van de bestaande wettelijke of contractuele ontslagbescherming.

Toepassingen van dit beginsel vindt men tevens terug in de problematiek van de rechtsbescherming van het onderwijzend personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs in Vlaanderen. In de onderwijswereld wordt namelijk de vraag gesteld of de bijzondere rechtspositie van het personeel van het vrij onderwijs – voorzien bij Decreet – er toe kan leiden dat de burgerrechtelijke weg van de gerechtelijke ontbinding wordt uitgeschakeld "op straffe van de door de wetgever (in dit geval de decreetgever) verruimde bijzondere bescherming van haar draagwijdte te beroven". Deze vraag lag onder meer voor in een vonnis van 10 november 1998 van de Arbeidsrechtbank te Tongeren. In dit geval vorderde de onderwijsinstelling de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De arbeidsrechtbank stelde dat in zoverre de beëindiging van de overeenkomst niet strijdig is met de dwingende bepalingen van het decreet van 27 maart 1991, deze beëindiging kan gebeuren volgens de regels van het gemeen recht. De gerechtelijke ontbinding, voorzien bij artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek is derhalve een mogelijke rechtsgrond tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.[35] Toch nuanceerde ook de arbeidsrechtbank hier de gevolgen van deze principiële stellingname en weigerde deze in casu de ontbinding uit te spreken, na vastgesteld te hebben dat het personeelslid reeds het voorwerp uitmaakte van een interne tuchtprocedure en na gesteld te hebben dat er voor de arbeidsrechtbank geen enkele reden was om aan de bewezen feiten een

---

[33] Artikel 32 Arbeidsovereenkomstenwet.

[34] Cass. 26 oktober 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, 291; Cass. 23 november 1981, *R.W.* 1981-82, 1405.

[35] Arbrb. Tongeren 10 november 1998, *T.O.R.B.* 1998-99, 277.

zwaarder gevolg te geven. Men kan niet echt stellen dat deze beperkingen aan het burgerlijk recht in tegenstrijd zijn met praktische logische argumenten.[36]

Het arbeidsrecht grijpt ook vaak terug naar het burgerlijk recht, waarbij opnieuw aangeknoopt wordt met de traditionele contractuele premissen. En wat kan er hier meer typisch zijn dan de discussie omtrent artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek. De toepassing door het Hof van Cassatie van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek in de problematiek van de (eenzijdige) wijziging van de arbeidsvoorwaarden, heeft in dit opzicht de indruk gegeven dat men hier '*back to basics*' gaat. Inderdaad, een in feite algemeen toegepaste arbeidsrechtelijke constructie werd afgewezen ten voordele van een civielrechtelijke, in een Cassatiearrest van 20 december 1993.[37] Vóór dit arrest werd in het arbeidsrecht aangenomen dat de werkgever een '*ius variandi*' had, dit wil zeggen, een recht om de arbeidsvoorwaarden in bepaalde omstandigheden te wijzigen. Dit werd aanvaard, ondanks het bestaan van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek waarin het beginsel '*pacta sunt servanda*' is neergelegd. Het waren rechtsleer en rechtspraak die de werkgever een recht verleenden om de arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen.[38] Nochtans werden bepaalde eenzijdige wijzigingen aan de arbeidsovereenkomst gelijkgesteld met een onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wanneer het ging om een belangrijke of aanzienlijke wijziging van een wezenlijk (of essentieel) bestanddeel van de overeenkomst.[39] Dit gaf meteen de grens van het toelaatbare met het ontoelaatbare aan.

Deze opvatting werd verlaten door het Hof van Cassatie dat benadrukte dat artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek inhoudt dat de werkgever *niet* eenzijdig de overeengekomen voorwaarden kan wijzigen of herroepen, tenzij anders is bedongen, en dat de gezagsverhouding die de arbeidsovereenkomst kenmerkt, en de tijd waarover de overeenkomst wordt uitgevoerd, alleen daartoe geen grond opleveren.[40] Derhalve beschikt de werkgever niet over een recht tot wijziging van de arbeidsovereenkomst.[41] Deze gewijzigde opvatting in het arbeidsovereenkomstenrecht was dus geen gevolg van een wettelijk tussenkomst, maar een teruggrijpen door het Hof van Cassatie naar de basisideeën van de overeenkomst in het burgerlijk recht, met name artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek.

---

[36] In de rechtsleer wordt terecht de vraag gesteld wanneer de inrichtende onderwijsmachten nog gebruik zouden maken van de wettelijk voorgeschreven tuchtprocedure, wanneer er, naast dit tuchtrecht, een aantal andere mogelijkheden voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst worden opengelaten: P. DESENDER, "Omtrent de zaak -HugoV.-bis", noot onder Arbrb. Tongeren 10 november 1998, *T.O.R.B.* 1998-99, 282.

[37] Cass. 20 december 1993, *J.T.T.* 1994, 443.

[38] Men sprak van het *'ius variandi'* van de werkgever. Voor een analyse van dit begrip, zie o.m. M. SMITS, "Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en ius variandi", *R.W.* 1986-87, 1058 e.v.

[39] Voorbeeld: K. DE GEYTER, "De eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst", *Or.* 1985, 214-220.

[40] Cass. 20 december 1993, *J.T.T.* 1994, 443.

[41] D. VOTQUENNE, "Het ius variandi van de werkgever en de beëindiging door eenzijdige wijziging na het Cassatiearrest van 20 december 1993", *J.T.T.* 1994, 438.

Een betekenisvol gevolg van deze nieuwe houding is in feite dat de rol van de partijen bij de arbeidsovereenkomst aan belang toeneemt. Een wijzigingsrecht bestaat nu enkel nog maar wanneer hiertoe iets uitdrukkelijk wordt overeengekomen.[42] Ook is het zo dat de discussie omtrent het invoeren van flexibiliteit in de arbeidsovereenkomst verschuift naar het burgerrechtelijk concept van 1134 van het Burgerlijk Wetboek, meer bepaald naar lid 3 van deze bepaling, dat bepaalt dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gebracht.[43]

§ 5. Arbeidsovereenkomst en autonomie: publieke waarden in private verhoudingen

Op grond van het voorgaande zou men kunnen stellen dat de aanwezigheid van burgerlijke waarden, die aan de arbeidsovereenkomst ten grondslag liggen, de rol (en de vrijheid) van de partijen bij deze overeenkomst potentieel vergroot. Hiervoor moet de zogenaamde autonome logica van het arbeidsrecht wel eens wijken. Nochtans staat deze eigenheid van het arbeidsrecht ook onder druk ten gevolge van andere ontwikkelingen in het denken over de arbeidsverhoudingen. Dit betreft het debat omtrent de introductie van publiekrechtelijke of constitutionele waarden in het arbeidsrecht. Vermits een en ander ook wordt geïnspireerd door de ontmanteling van het klassieke onderscheid tussen publiek recht en privaatrecht, zou beter kunnen worden gesproken van publieke waarden in plaats van publiekrechtelijke. Het gaat met name om de introductie van grondrechten in private arbeidsverhoudingen.

Bepaalde opvattingen over de arbeidsverhoudingen liggen mede aan de oorsprong van deze ontwikkelingen. De unieke situatie van juridische ondergeschiktheid die een arbeidsrelatie kenmerkt, roept met name vergelijkingen op met de ondergeschiktheid die bestaat in de relatie waarin de burger zich verhoudt tot het staatsgezag. Het is vooral de leer van de 'analogie van de macht' die hieraan erkenning heeft gegeven. Deze theorie neemt aan dat er in de verhouding tussen particulieren onderling ook (juridische) onderschikking kan zijn van enkelingen aan een machtspositie.[44] De theorie van de analogie van de macht werd in het kader van de arbeidsverhoudingen vooral uitgewerkt in de Duitse literatuur. Zo stelde Gamillscheg dat er een parallellie kan bestaan tussen de verhouding burger-overheid

---

[42] Er moet dan wel rekening worden gehouden met artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet en de bijbehorende rechtspraak van het Hof van Cassatie, zoals Cass. 14 oktober 1991, *R.W.* 1991-92, 809.

[43] F. HENDRICKX, "Inhoud van de arbeidsovereenkomst", *T.S.R.* 1998, Bijzonder nummer 20 Jaar Arbeidsovereenkomstenwet, 93-94; P. HUMBLET, "Ius dominandi of ius variandi: what's in a name", *R.W.* 1994-95, 244; D. CUYPERS, "De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden", *Or.* 1990, 100.

[44] E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband, Proefschrift*, Brussel, 1986, 179.

enerzijds en de verhouding burgers onderling anderzijds, inzoverre deze laatste verhouding wordt gekenmerkt door een machtsonevenwicht.[45]

Voor de introductie van grondrechten in de arbeidsrelatie gaat de redenering nog wat verder.[46] Het is namelijk zo dat waar de staat zichzelf beschermt door middel van de invoering van grondrechten, een private onderneming dit niet doet. Inderdaad, de arbeidsverhouding komt weliswaar tot stand op basis van een overeenkomst, maar de realiteit achter deze overeenkomst kan leiden tot de vorming van een private organisatie of onderneming die zich, ondanks haar omvang of macht, niet noodzakelijk zelf beperkt ten voordele van het respect van grondrechten. Daarenboven blijkt dat in private ondernemingen ook maatschappelijke normen worden beschermd die normaal in de gemeenschap in het algemeen worden gerespecteerd. De vergelijkbaarheid van wat in theorie een horizontale verhouding is met de verticale verhouding, waardoor de relatie burger-overheid wordt gekenmerkt, leidt dan ook tot het juridisch erkennen van constitutionele waarden in de onderneming, zoals democratie (bijvoorbeeld verkiezing van werknemersvertegenwoordiging, inspraak), levenskwaliteit (bijvoorbeeld welzijn op het werk, arbeids- en rusttijden) en klassieke grondrechten (bijvoorbeeld privacy, vrije meningsuiting, godsdienstvrijheid).[47]

Dit doorbreekt uiteraard het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. Maar dit is niet zo vreemd. Er bestaat met name een breder debat omtrent hoe de begrippen 'publiek' en 'privaat' zich ten aanzien van elkaar verhouden. Het onderscheid betreft met name een vlag die meerdere ladingen dekt, en heeft verschillende implicaties.[48] Velen verstaan het publiek/privaat onderscheid als de lijn die loopt tussen publiekrecht en privaatrecht. Het is deze opvatting die ook vaak volhoudt dat grondrechten enkel tot het publiekrecht 'behoren'. Voor een belangrijk deel is deze opvatting historisch te verklaren. Er wordt gesteld dat grondrechten opgevat zijn als beschermingsrechten ten aanzien van de publieke macht van de staat.[49] Nochtans zou het getuigen van een dubbele moraal om het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht aan te wenden om grondrechten te weren uit horizontale rechtsverhoudingen.[50]

Het voorgaande mag niet worden geïnterpreteerd als zou elk onderscheid dat steunt op de adjectieven publiek en privaat, moeten worden opgedoekt. Het onderscheid is immers van grote waarde bij het begrijpen van vele juridische problemen. Het

---

45 F. GAMILLSCHEG, "Grundrechte im Arbeitsrecht", *AcP.* 1964, 407; J. RIVERO, *"Les libertés publiques dans l'entreprise", D.S.* 1982, 315: *"la puissance de la grande entreprise vis-à-vis de ses salariés"*.

46 W. RAUWS en H. SCHYVENS, "De bescherming van werknemersgrondrechten in de individuele arbeidsverhouding", in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 158.

47 R. GRODIN, "Constitutional Values In The Private Sector Workplace", *I.R.L.J.* 1991, 5-6.

48 Zie H. SIMON, *Publiekrecht of privaatrecht ? Een geschiktheidsonderzoek aan de hand van het nutsmaximalisatiebeginsel toegespitst op het gebruik van het privaatrecht door het bestuur*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 466 p.

49 M. JAMOULLE, "La vie privée et le droit du travail", *Ann.Dr.Louv.* 1984, 44.

50 J. RIVERO, *l.c.*, 315.

verdient echter de voorkeur om het onderscheid opnieuw te identificeren, en te spreken van de 'publieke sfeer' en de 'private sfeer'. Namelijk, een andere manier om het onderscheid publiek/privaat aan te duiden, is door te stellen dat grondrechten sterker doorwerken naarmate het gaat om maatschappelijke verhoudingen die behoren tot de publieke *sfeer*. Deze publieke sfeer is vooreerst deze die het voorwerp is van de uitoefening van publieke macht, zoals in de relatie overheid-burger.[51] In de liberale traditie wordt deze publieke sfeer ook gecontrasteerd aan twee private sferen: de markt en de familie.[52] De private sfeer berust op de fictie dat vrijheid en gelijkheid geen probleem vormen.[53] Bijgevolg moet deze sfeer worden beheerst door vrije keuze. Dit verklaart het bestaan van de '*employment at will*' doctrine, waar wordt gesuggereerd dat de werkgever gerechtigd is werknemers te ontslaan "*at will (...) for good cause, no cause or even for cause morally wrong, without thereby being guilty of legal wrong*".[54] Deze doctrine is gebaseerd op de contractsvrijheid,[55] burgerlijke logica, als een uiting van het belang van de individuele vrijheid in de private sfeer. Het introduceren van grondrechten in de arbeidsverhouding betekent dan ook een inmenging in de vrije marktredenering en de idee van de contractsvrijheid.[56] Onder de heerschappij van de contractsvrijheid worden individuen toegelaten hun machtsverhoudingen om te zetten in rechtsverhoudingen, of om complexe private organisaties te vormen met enorme onderhandelingsmacht. Elke invloed op andermans gedraging wordt gelegitimeerd omdat deze worden aanvaard door de personen die nu onderworpen zijn aan deze macht.[57]

Voorstanders van de introductie van grondrechten in de arbeidsverhouding, zullen dus aanvoeren dat wat behoort tot de 'publieke' sfeer, onderworpen kan worden aan regulering en dus ook aan de regels van de grondrechtenbescherming. Wat behoort tot het 'private', kan worden overgelaten aan de individuele discretie, de vrije keuze en persoonlijke smaak.

§ 6. Arbeidsovereenkomstenrecht als beschermend recht

Arbeidsrecht is beschermend recht. Dit is een uitspraak die men vaak hoort. Als men naar de praktijk van het arbeidsrecht kijkt, is het ook aannemelijk dat het arbeidsrecht beschermt. Dat de bescherming in belangrijke mate uitgaat naar de werknemer,

---

[51] H. COLLINS, *Justice in dismissal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 189.

[52] UNGER'S theorie in J. GARDNER, "Private activities and personal autonomy: at the margins of anti-discrimination law", in B. HEPPLE en E. SZYSZCZAK (eds.), *Discrimination: the limits of law*, Londen, Mansell, 1992, 148.

[53] H. COLLINS, *o.c.*, 1992, 190.

[54] P.C. WEILER, *Governing the workplace. The future of labour and employment law*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1990, 48.

[55] M. FINKIN, *Privacy and personality in the employment relationship*, Text of the Benjamin Aaron Lecture at U.C.L.A., April 1992, 3; P.C. WEILER, *o.c.*, 48.

[56] H. COLLINS, *The law of contract*, Londen, Weidenfeld and Nicolson, 1986, 8.

[57] "*Any influence on another's behaviour was justified because they were freely accepted by the persons now subjected to this power*". H. COLLINS, *o.c.*, 1986, 12.

ligt ook voor de hand. Maar niet alleen de werknemer verdient bescherming. Het recht dient ook de belangen van de werkgever in rekenschap te nemen. Daarom verdient de mening dat het arbeidsrecht geen volledig eenzijdig georiënteerde rechtstak is,[58] de voorkeur.

De zorg voor de bescherming van de werknemer leidt ertoe dat de wetgever de wilsvrijheid van partijen aan banden legt. Dat de rol van de individuele arbeidsovereenkomst in het formuleren van rechten en plichten hierdoor afneemt, ligt voor de hand. Het verlaten van de partijautonomie staat ten dienste van de arbeidsrechtelijke logica. Dit komt ook duidelijk tot uiting in de hiërarchie van de rechtsnormen in het arbeidsrecht, ingeschreven in artikel 51 van de Wet van 5 december 1968.[59] De geschreven individuele arbeidsovereenkomst komt op de vierde plaats, en de mondelinge individuele arbeidsovereenkomst slechts op de achtste plaats.[60]

Een andere getuigenis van de beperking van de wilsvrijheid komt tot uiting in artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat het zogenaamde verbod van verzwarende clausules bevat. Dit artikel bepaalt: "Alle met de bepalingen van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen zijn nietig voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren." De vraag is wat dit artikel precies betekent. Hierover is immers meer dan eens verwarring gerezen. Men mag in dit artikel dan ook niet méér lezen dan er staat. Dit artikel betekent namelijk niet dat men geen enkele clausule zou kunnen overeenkomen die nadelig is voor een werknemer.

Artikel 6 betreft alleen bedingen die in strijd zijn met de bepalingen van *deze* wet, met name de Arbeidsovereenkomstenwet (en haar uitvoeringsbesluiten). Artikel 6 verwijst met andere woorden naar de andere bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet. Verder dient gezegd dat artikel 6 geen autonome inhoudelijke betekenis heeft. Het is juridisch gesproken een vorm, als het ware een lege doos. Het kan alleen inhoudelijk opereren indien men er een ander artikel van de Arbeidsovereenkomstenwet mee samen leest. Het artikel 6 bepaalt de aard van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het betreft een minimumbescherming voor de werknemer. Men mag niet lager gaan: dit wil zeggen, men mag de in de arbeidsovereenkomstenwet vervatte rechten van de werknemer niet inkorten, noch zijn verplichtingen verzwaren.

Ter staving van deze stelling kan de parlementaire voorbereiding van de Arbeidsovereenkomstenwet worden aangehaald: "Door toepassing van een techniek die reeds gebruikt werd in de wet van 30 juli 1963 betreffende het statuut van de handelsvertegenwoordigers (art. 23) en in de wet van 24 april 1970 betreffende de arbeidsovereenkomst voor dienstboden (art. 3), verenigt *artikel 6* in één bepaling alle nietigheden die in de wetgeving verspreid zijn. Behoudens afwijking in het

---

[58] W. VAN EECKHOUTTE, "Het belang van de werkgever", *T.S.R.* 1994, 13.

[59] Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *B.S.*, 15 januari 1969 (sedertdien herhaaldelijk gewijzigd).

[60] Cfr. Artikel 51, 4° en 8° Wet 5 december 1968.

bijzonder voorzien in een bepaalde beschikking, zijn de bepalingen van de onderhavige wet en haar uitvoeringsbesluiten van gebiedende aard."[61] Dat artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet alleen de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet betreft, blijkt ook uit het verslag van de Kamercommissie: "Beoogt artikel 6 ook 'bedingen' uit een collectieve arbeidsovereenkomst of een arbeidsreglement of is het alleen van toepassing in het kader van een arbeidsovereenkomst? Wat moet hier tenslotte onder 'bedingen' worden verstaan? (...) De Minister antwoordt dat: (...) Behoudens een afwijking waarin een bepaalde beschikking in het bijzonder voorziet, de bepalingen van *de onderhavige wet*[62] en haar uitvoeringsbesluiten van dwingende aard zijn. (...) Met 'bedingen' moeten niet alleen worden bedoeld de bedingen van een individuele overeenkomst, maar ook die van een collectieve arbeidsovereenkomst, of van een arbeidsreglement".[63]

Ook uit de rechtspraak waar toepassing wordt gemaakt van artikel 6, blijkt duidelijk hoe dit artikel moet worden toegepast. Zo werd bijvoorbeeld in een arrest van het Hof van Cassatie van 30 september 1991 gesteld dat een beding in een arbeidsovereenkomst wegens strijdigheid met de Arbeidsovereenkomstenwet of haar uitvoeringsbesluiten, krachtens artikel 6 van die wet, nietig is, wanneer het de rechten welke *die wetgeving* aan de werknemer verleent, inkort of de verplichtingen welke *diezelfde wetgeving* hem oplegt, verzwaart.[64] Zowel hogere als lagere rechtspraak is hierin eenduidig.[65]

§ 7. De overeenkomst als referentiepunt voor de toepassing van beschermend recht

In het vorige onderdeel werd opgemerkt dat arbeidsrecht beschermend recht is en in de regel van dwingende aard, of voor bepaalde zaken zelfs van openbare orde. Dit schakelt in beginsel de wilsautonomie van partijen uit. Niettemin is de verhouding tussen dit beschermend recht en het contract bijzonder. Dit in twee opzichten. Vooreerst kan worden opgemerkt dat een schending van de Arbeidsovereenkomstenwet door één van de contractspartijen, door de andere als een contractuele tekortkoming kan worden beschouwd. In de tweede plaats is het bovendien niet zo duidelijk hoe onafhankelijk dit dwingend en beschermend recht opereert ten aanzien van de overeenkomst, in de zin dat de invloed van de partijen niet volledig verwaarloosbaar is. In bepaalde gevallen speelt het contract – en de partijen bij de overeenkomst – een

---

61 Aangehaald in R. BLANPAIN, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 125.

62 Eigen markering.

63 Aangehaald in R. BLANPAIN, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 126.

64 Eigen markeringen; Cass. 30 september 1991, *J.T.T.* 1991, 481.

65 Cass. 27 november 1995, *R.W.* 1996-97, 1060; Arbrb. 8 maart 1993, *R.W.* 1993-94, 268; Arbh. Brussel 16 november 1994, *J.T.T.* 1995, 100; Arbrb. Gent 3 juni 1996, *T.G.R.* 1996, 221; Arbrb. Antwerpen 4 juli 1984, *J.T.T.* 1985, 107; Arbh. Antwerpen 11 december 1992, *R.W.* 1993-94, 470; Cass. 7 december 1992, *R.W.* 1992-93, 1375; Arbh. Gent 17 juni 1996, *J.T.T.* 1996, 347; Cass. 30 september 1991, *J.T.T.* 1991, 481.

rol bij de toepassing van dwingend recht. De overeenkomst dient dan als referentiepunt ter zake.

1. Enigszins in dit kader kan de discussie geplaatst worden inzake de beoordeling van het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding. Dit is een *feitenkwestie* waarover de feitenrechter oordeelt op grond van een onaantastbare beoordeling in feite.[66] Het gaat uiteraard om de boordeling van een rechtsfeit, waarbij het Hof van Cassatie waakt over de juiste toepassing. Zo blijkt dat men niet heen kan om de problematiek van de rol van de partijen bij de kwalificatie die zij aan de overeenkomst – en aan de rechtsverhouding – geven.

De rol van de partijen wordt in dit verband wel eens wisselend getypeerd. Op grond van enkele belangrijke arresten van het Hof van Cassatie[67] worden vaak een aantal strekkingen afgeleid, die een uitspraak doen over de macht van de partijen omtrent de kwalificatie van de overeenkomst. Een eerste strekking laat een beperkte beoordelingsvrijheid aan de rechter en stelt dat wanneer de partijen hun overeenkomst nauwkeurig benoemd hebben de kwalificatie moet primeren, zodat de rechter enkel in geval van bedrog, dwaling of met de overeenkomst onverenigbare oorzaken of bedingen de kwalificatie mag wijzigen. Dit lijkt op een sterk contractueel georiënteerde denkrichting. Volgens een tweede strekking dient de realiteit van de arbeidsverhouding te primeren op de door de partijen gegeven kwalificatie. In deze opvatting lijkt de invloed van de partijen op de uiteindelijke kwalificatie af te nemen. Men kijkt dan vaak naar de wijze waarop de arbeidsovereenkomst wordt uitgevoerd. In verschillende uitspraken wordt ook expliciet gewezen op het dwingend karakter van het arbeidsrecht[68] en dat partijen niet zelf kunnen beslissen over de toepassing van het sociaal recht.[69]

Toch is het onderscheid tussen beide strekkingen niet zo duidelijk. Voorts zou men een soort tussenliggende strekking kunnen opmerken die rekening houdt met zowel geschrift als uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Uit de praktijk blijkt ook dat zowel de bedingen in de overeenkomst als de uitvoering ervan een rol kunnen spelen. Zelfs indien men sterk houdt aan het zich opdringen van de dwingende bepalingen van het arbeidsrecht, ongeacht de wil van de partijen, dan kunnen de partijen niettemin nog invloed blijven uitoefenen op de uiteindelijke kwalificatie van

---

[66] Cass. 7 september 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1077; Arbh. Gent 9 oktober 1996, *T.G.R.* 1997, 47; Arbh. Antwerpen 15 oktober 1993, *Soc.Kron.* 1996, 285; Arbh. Gent 15 november 1996, *T.G.R.* 1997, 94; Arbrb. Gent 22 november 1991, *De Verz.* 1992, 242; Zie: Cass. 6 februari 1995, *Soc.Kron.* 1995, 218.

[67] Cass. 16 januari 1978, *R.W.* 1977-78, 2596; Cass. 11 september 1978, *R.W.* 1978-79, 1605; Cass. 16 maart 1981, *R.W.* 1981-82, 1847; Cass. 10 december 1984, *J.T.T.* 1985, 244.

[68] Arbrb. Brugge 28 december 1994, *J.T.T.* 1995, 304; Arbh. Gent 9 januari 1995, *T.Gez.R.* 1996-97, 276; Arbh. Antwerpen (afdeling Hasselt) 22 juni 1995, *J.T.T.* 1996, 270.

[69] Arbh. Bergen 26 april 1995, *Soc.Kron.* 1996, 460; Arbh. Gent 15 november 1996, *T.G.R.* 1997, 94; Arbh. Gent 9 oktober 1996, *T.G.R.* 1997, 47; Arbh. Antwerpen (afdeling Hasselt) 22 juni 1995, *J.T.T.* 1996, 270; Arbrb. Ieper 5 mei 1995, *J.T.T.* 1996, 426; Arbrb. Veurne 23 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 576; Arbrb. Leuven 22 oktober 1990, *R.S.R.* 1990, 90; Contra: Arbh. Luik 12 januari 1990, *J.L.M.B.* 1990, 10; Arbh. Antwerpen 16 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 502; Arbh. Antwerpen 9 februari 1996, *J.T.T.* 1997, 205.

de overeenkomst, aangezien de rechtspraak met de uitdrukkelijk overeengekomen kwalificaties en clausules rekening houdt.[70]

Ook in dit geval grijpt men vaak terug naar de zogenaamde '*basics*'. Zelfs indien men in de eerste plaats gaat kijken naar de uitvoering van de overeenkomst – en dus de realiteit van de rechtsverhouding – dan sluit dit vaak aan bij de zoektocht naar de 'werkelijke wil' van de partijen.[71] Hierbij komt men terug tot de burgerrechtelijke logica. Deze stelt dat de in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek geformuleerde regel dat de overeenkomst tot wet strekt, geenszins verhindert dat de rechter, door toepassing te maken van de artikelen 1156 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, de werkelijke wil van partijen achterhaalt, zonder gebonden te zijn door de benaming die de partijen aan de overeenkomst hebben gegeven,[72] of aan de letterlijke bewoordingen die werden gebruikt.[73]

2. Een ander voorbeeld waarin men op het eerste gezicht zou aannemen dat de partijen geen enkele rol te spelen hebben, is de problematiek van de bescherming van de grondrechten in de onderneming. Inderdaad, grondrechten zijn van openbare orde, en de inhoud van deze fundamentele rechten wordt ook bepaald door wetgever en rechter, niet door de partijen zelf. Nochtans kunnen partijen in sommige gevallen wel invloed uitoefenen op de concrete draagwijdte van een grondrecht in een bepaalde context. De praktijk toont aan dat deze discussie belang heeft, onder meer inzake de vraag of privacy-aanspraken kunnen beperkt worden in de onderneming. Op zich impliceert het werknemer-zijn een beperking van zijn vrijheden. Welke concrete beperkingen mogelijk zijn wordt evenwel ook bepaald door de heersende privacyverwachtingen. De privacybeleving is bijvoorbeeld anders in de context van de besloten familiekring dan in de context van arbeidsverhoudingen. Men kan stellen dat de aanspraak op privacy automatisch wordt verminderd in de mate waarin een individu zijn privé-leven in contact brengt met het publieke leven of in nauwe samenhang met andere beschermde belangen.[74]

Bij de beoordeling van het recht op privacy in arbeidsverhoudingen zal dus moeten worden nagegaan wat de privacyverwachtingen in de arbeidsverhoudingen zijn, met andere woorden, de privacyverwachtingen van de werknemer. De privacyverwachtingen van de werknemer zullen namelijk gekwalificeerd zijn door de bijzondere context van de arbeidsverhouding. De vraag rijst uiteraard wie deze privacyverwachtingen bepaalt. In beginsel worden deze gedetermineerd op objectieve basis, op grond van de omvang van een grondrecht, waarvan geen afstand kan worden gedaan. Nochtans kunnen partijen ook invloed uitoefenen op de concrete omstan-

---

[70] F. HENDRICKX, "Ondergeschikt verband: een overzicht van rechtspraak 1990-1998", *T.S.R.* 1999, 3-110.

[71] Arbrb. Gent (afdeling Sint-Niklaas) 6 november 1996, *T.G.R.* 1997, 44.

[72] Arbrb. Huy 13 februari 1998, *J.T.T.* 1998, 406; Arbrb. Antwerpen 24 maart 1994, *Soc.Kron.* 1996, 462; Arbrb. Luik 11 juni 1991, *J.T.T.* 1992, 33; Arbrb. Luik 23 april 1991, *T.S.R.* 1991, 372; Arbrb. Luik 11 december 1990, *T.S.R.* 1991, 232.

[73] Arbh. Luik 22 april 1993, *T.S.R.* 1993, 288.

[74] *Brüggeman en Scheuten v. Duitsland*, Nr. 6959/75, E.C.R.M. 12 juli 1977, *D.R.*, Vol. 10, §56.

digheden waarin de uitoefening van een grondrecht beperkt wordt. Een voorbeeld is het gebruik van internet en e-mail op het werk. Niet alleen op grond van zijn gezagsuitoefening, maar ook op contractuele basis, kan worden bepaald welke aanspraken werknemers hebben op het privé-gebruik van internet en e-mail, zolang hierbij een voldoende niveau van privacy – dat men als de kern van het grondrecht zou kunnen bestempelen[75] – wordt gerespecteerd. Anders gesteld, de overeenkomst kan een rol spelen als referentiepunt voor de beoordeling van beschermend recht.

3. Hoger werd reeds gewezen op de rechtspraak van het Hof van Cassatie in verband met de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden en het toegenomen belang van de partijen in dit verband.[76] Inderdaad, het arbeidsrecht kent nog een eenzijdig wijzigingsrecht toe, maar enkel op basis van de overeenkomst (een zogenaamd wijzigingsbeding). Artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt weliswaar dat het beding waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, nietig is,[77] maar het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 14 oktober 1991 gesteld dat deze bepaling enkel toepassing vindt op bedingen die betrekking hebben op de wijziging van *essentiële elementen* van de overeenkomst, en niet op de wijziging van bijkomstige tussen partijen overeengekomen voorwaarden.[78] De partijen krijgen hier dus opnieuw kansen tot vrije wilsvorming.

Er kan zelfs verder worden gedacht. In beginsel zijn partijen gebonden door wat essentieel is en wat niet. Maar de vraag is welke elementen van de overeenkomst essentieel zijn en welke niet. Opnieuw komt hier de rol van de partijen ter sprake. Zo zouden de partijen eraan kunnen denken om in de overeenkomst uitdrukkelijk te bepalen welke elementen zij als essentieel beschouwen en welke niet. De vraag is echter hoe vrij zij daarin zijn. Men zou kunnen argumenteren dat elementen zoals loon, arbeid, functie, arbeidsplaats en de arbeidstijd steeds als essentieel te bestempelen zijn. Nochtans heeft het Hof van Cassatie ook hier weer een opening gelaten. Het Hof heeft namelijk gesteld dat de partij die eenzijdig een belangrijke wijziging in de overeengekomen arbeidsplaats aanbrengt, de arbeidsovereenkomst onrechtmatig beëindigt, *tenzij uit de overeenkomst of uit de aard van de dienstbetrekking of van de uitgeoefende functie kan worden afgeleid dat de partijen de arbeidsplaats niet als een essentieel bestanddeel van de aangegane arbeidsovereenkomst hebben beschouwd.*[79] Ondanks het feit dat deze rechtspraak geen betrekking heeft op wijzigingsbedingen, maar op de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden bij afwezigheid van een conventioneel wijzigingsrecht, vindt men er toch de stelling dat men conventioneel de arbeidsplaats als niet-essentieel kan beschouwen; dat men uit de aard van de dienstbetrekking of van de uitgeoefende functie kan afleiden dat de arbeidsplaats niet-essentieel is.

---

[75] E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten", in X. (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 80.

[76] Cass. 20 december 1993, *J.T.T.* 1994, 443.

[77] Artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet.

[78] Cass., 14 oktober 1991, *R.W.* 1991-92, 809.

[79] Cass. 18 december 1979, *R.W.* 1980-81, 1783; Cass. 27 juni 1988, *J.T.T.* 1988, 492.

Opnieuw conventionele mogelijkheden dus. Nochtans kan worden opgemerkt dat bepaalde clausules de bescherming die artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet aan de werknemer biedt, zouden uithollen, zoals bijvoorbeeld "*partijen komen overeen de arbeidsplaats als een niet-essentieel element van de arbeidsvoorwaarden te beschouwen*", vervolgd door "*de werkgever behoudt zich het recht voor de arbeidsplaats ten alle tijde eenzijdig te wijzigen*". In functie van de bescherming van de werknemer, zou men dus opnieuw moeten loskomen van de overeenkomst en een realiteitstoets invoeren. In die optiek zou men de geldigheid van een wijzigingsbeding moeten beoordelen *op het ogenblik van het doorvoeren van de eenzijdige wijziging*.[80] Een arbeidsrechtelijke reflex? Misschien wel, maar ook burgerrechtelijke concepten kunnen hier dienen. Men zou zich inderdaad kunnen beroepen op de leer van de goede trouw.[81] Dit impliceert dat de werkgever zijn contractueel recht tot wijziging te goeder trouw moet uitoefenen, en zal moeten rekening houden met het rechtmatig belang dat de werknemer vandaag hecht aan de arbeidsplaats. Het rechtmatige verwachtingspatroon van *beide* partijen bij de overeenkomst moet dan wel het uiteindelijke criterium uitmaken om de geldigheid van een wijziging op basis van een wijzigingsbeding te beoordelen.

De rol van de partijen om de inhoud van de arbeidsovereenkomst te bepalen en conventionele flexibiliteit aan de arbeidsrelatie toe te voegen, werd dus eerst wettelijk beperkt (artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet), maar daarna gedeeltelijk toegestaan door het Hof van Cassatie.[82] Toch vereist de bescherming voor de werknemer opnieuw een beperking van deze gedeeltelijke contractuele vrijheid, bijvoorbeeld via de leer van de goede trouw en het rechtmatig verwachtingspatroon. Niettemin lijkt een en ander niet te beletten dat dergelijk verwachtingspatroon ook conventioneel wordt omschreven. De rechter heeft immers slechts een marginaal toetsingsrecht[83] zodat de nadere verantwoording of toelichting van partijen in de overeenkomst toch nog als referentiepunt kunnen dienen ter verdediging van het wijzigingsbeding.

§ 8. Nog een eeuw erbij?

Zoals hoger is gebleken wordt de inhoud van de arbeidsovereenkomst nu eens bepaald door arbeidsrechtelijke, dan weer door burgerrechtelijke uitgangspunten, of door een combinatie van beiden. De rol van de partijen is daarbij wisselend. Een en ander maakt ook duidelijk dat het arbeidsrecht een bijzondere rechtstak is, die van het recht betreffende de arbeidsovereenkomsten een andere benadering vraagt dan deze die in het gemeen verbintenissenrecht gangbaar is.

---

[80] En niet op het ogenblik van het sluiten van de arbeidsovereenkomst.

[81] Artikel 1134, lid 3 B.W.

[82] Cass., 14 oktober 1991, *R.W.* 1991-92, 809.

[83] Voor het weren van de uitoefening van kennelijk onredelijke wijzigingen: W. VAN EECKHOUTTE, "De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst", in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal Recht: Niets dan Uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 28-29.

De Wet betreffende de arbeidsovereenkomsten – die hier ter viering staat – werkt sterk in op de partijautonomie. Het gaat immers om beschermend recht, voornamelijk opgesteld ten voordele van de werknemer gelet op de feitelijke machtsongelijkheid waardoor de arbeidsverhoudingen vaak worden gekenmerkt. Nochtans zijn er een aantal ontwikkelingen waardoor deze klassieke uitgangspunten in vraag komen te staan.

Op twee van deze trends, wordt hier gewezen. Vooreerst kan worden opgemerkt dat de idee van 'gelijkheidscompensatie', die ervan uitgaat dat werkgever en werknemer wel formeel aan elkaar gelijk zijn, maar niet materieel, zodat de werknemer extra door het arbeidsrecht moet worden beschermd, in sommige gevallen wordt opgegeven.[84] Hierbij wordt de vaststelling gedaan dat er steeds meer werknemers zijn die niet meer tegen het machtsspel moeten worden beschermd.[85] Als het inderdaad zo is dat de machtsongelijkheid de oorzaak is van een afwijkende regeling door het arbeidsrecht,[86] dan zou het ook zo moeten zijn dat een arbeidsovereenkomstenwet overbodig wordt op het ogenblik dat deze oorzaak komt te vervallen. Nochtans is het maar de vraag of men in dergelijke hypothese zonder meer kan terugvallen op het burgerlijk recht. Zelfs indien er materiële gelijkheid bestaat, naast formele, zou de juridische band van ondergeschiktheid nog blijven bestaan.

Dit brengt de discussie bij een tweede ontwikkeling. Het basiscriterium voor de toepassing van de Wet op de arbeidsovereenkomsten, het ondergeschikt verband, staat ook voor belangrijke uitdagingen. In de 21ste eeuw verdwijnt het klassiek en typisch beeld van de werknemer die presteert onder gezag, leiding en toezicht van de werkgever, steeds verder. In de plaats komt een groot aantal werknemers met een ruime vrijheid bij de uitvoering van het werk, zodat het vaak niet zonder meer duidelijk is of de werknemer nog gedetailleerde instructies krijgt met betrekking tot het uit te voeren werk.[87] Men zal dan ook naar de materiële en organisatorische omkadering moeten kijken om de vraag of er al dan niet ondergeschiktheid aanwezig is, te beantwoorden. Verder is er ook de vervaging van het gezag door het perspectief van de netwerkmaatschappij. De verhoudingen, hoofdzakelijk in het economische gebeuren, zowel binnen als buiten ondernemingen, worden niet langer hiërarchisch maar translateraal. De 'netwerknemer' zal opereren in het raam van één of meer netwerken, zijn werk of werkportfolio voornamelijk zelf samenstellen en afwerken.[88] De noties 'gezag' en 'ondergeschikt verband' staan dus ook onder druk.

Het is denkbaar dat deze, en andere ontwikkelingen – zoals de afschaffing van het discriminerende onderscheid tussen arbeiders en bedienden – de weg effenen voor

---

[84] A.T.J.M. JACOBS, "De arbeidsovereenkomst in het NBW", *N.J.B.* 1994, 1041.

[85] *Idem.*

[86] I.P. ASSCHER-VONK, "Compensatie van ongelijkheid tussen werknemers", in L. BETTEN e.a., *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer, Kluwer, 1997, 2 e.v.

[87] C. ENGELS, "Contract labour, de afhankelijke zelfstandige of de zelfstandige afhankelijke", in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, Die Keure, 1998, 271.

[88] R. BLANPAIN, "Werken in de 21ste eeuw. Pleidooi voor een culturele revolutie", in F. FLEERACKERS (ed.), *Mens en recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber Amicorum Jan M. Broekman*, Leuven, Peeters, 5.

een eenheidsstatuut voor eenieder die zijn arbeid ter beschikking stelt of deelneemt aan een economische activiteit. Over de respectieve rol van de Arbeidsovereenkomstenwet en het burgerlijk recht zal dan in elk geval eens goed moeten worden nagedacht.

Gezag en ondergeschiktheid in de 21e eeuw. Van werknemer naar medewerker?[1]

Patrick Humblet

In de arbeidsrelatie resulteert het onderhandelingsproces tussen de sollicitant en de potentiële werkgever steeds weer in een "tegen betaling door de werknemer aanvaarden van de van ouds bestaande machtsverhouding welke het de werkgever mogelijk maakt de arbeidsverrichtingen op zijn persoonlijk belang te oriënteren".[2] Door het sluiten van de arbeidsovereenkomst doet zich een eigenaardig fenomeen voor. De gelijkheid van de partijen die in het verbintenissenrecht vooronderstelt is, gaat in de arbeidsovereenkomst teloor: er wordt een verticale gezagsverhouding gecreëerd, wat een paradoxaal fenomeen is in een door een egalitaire ideologie beheerste rechtstak.[3]

De notie "gezag" duikt voor de eerste maal op in artikel 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900:[4] *arbeider is hij die zich ertoe verbindt onder gezag, leiding en toezicht te werken.* Nergens in de tekst van de wet, noch in de parlementaire voorbereiding wordt er gepoogd een definitie gegeven.[5] In de rechtspraak en rechtsleer spreekt men in de regel zelfs alleen over "ondergeschiktheid", wat in feite een correlaat is van het gezag[6] en wat noch in de huidige Arbeidsovereenkomstenwet, noch in één van haar voorlopers als dusdanig wordt vernoemd. Evenmin als voor het begrip 'gezag'bestaat er voor de notie 'ondergeschiktheid' een nauwkeurige omschrijving. Dit is verwonderlijk omdat het criterium gezag/ondergeschiktheid het enige middel is waarmee (ver)huur van diensten kan worden onderscheiden van de

---

1 Wie meer omvattende studies i.v.m. de evolutie van het gezagsbegrip wil raadplegen, verwijzen we naar C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 644 p.; M. JAMOULLE, "La notion de subordination et son évolution", in *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Coll. Scientifique de la Faculté de Droit, 1994, 109-136 en K. VAN DEN LANGENBERGH, *Les faux indépendants. La différence difficile entre le travail indépendant et le travail dans les liens de subordination*, Brussel, Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 252 p. (deze extra uitgave van de *Revue du travail/Arbeidsblad* is ook in het Nederlands beschikbaar).
Voor een recente rechtsvergelijkende studie zie A. SUPIOT (ed.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, 36 e.v. Deze auteur wijdt aan dit onderwerp ook een aantal rechtstheoretische beschouwingen in A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, 280 p. en in A. SUPIOT, "Les nouveaux visages de la subordination", *Droit Social* 2000, 131-145. Een ander zeer interessant (maar jammer genoeg vrij kort) artikel: J. RAY, "De Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail", *Droit Social* 1995, 634-637.

2 F.J.H.M. VAN DER VEN, "Over de aard der arbeidsovereenkomst" in M. BAKELS (ed.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer, Kluwer, 1977, 247.

3 G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, 275.

4 *B.S.* 14 maart 1900.

5 H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1995, 192.

6 R. BOURGEOIS en R. VAN PUT, "La révision unilatérale du contrat de louage de travail", *T.S.R.* 1970, 291.

aanneming van werk[7] en dus als het ware de sleutel is die toegang geeft tot het arbeidsrecht.[8]

§ 1. Gezag en ondergeschiktheid: een bron van voortdurende discussie

De vraag of er al of niet sprake is van gezag/ondergeschiktheid heeft de voorbije honderd jaar geleid tot vinnige debatten in rechtspraak en rechtsleer.

Het waarschijnlijk oudste dispuut betreft de vraag of de economische afhankelijkheid doorslaggevend is om vast te stellen of iemand al of niet verbonden is door middel van een arbeidsovereenkomst.[9] Hierover is ondertussen een consensus bereikt. Het criterium wordt door de Belgische rechtbanken niet als preponderant beschouwd.[10]

Een ander belangrijk twistpunt betreft de vraag of bepaalde personen wel ondergeschikt *kunnen* zijn. Op grond van vooroordelen betwijfelt men bijvoorbeeld dat een niet-medicus leiding kan geven aan een arts of heeft men er moeite mee dat een man onder het gezag van zijn echtgenote zou kunnen werken.[11]

Bijna iedereen is het er nu over eens dat ongeveer elk beroep door middel van een arbeidsovereenkomst (en dus onder gezag) kan worden uitgeoefend. Er rest nog één taboe: de advocatuur. Hoewel een aantal advocaten en vooral advocaten-stagiairs werken in omstandigheden die vergelijkbaar zijn met deze in ondernemingen bestaat er bij sommigen toch nog een grote weerzin[12] om te erkennen dat het beroep in ondergeschiktheid kan worden uitgeoefend. De Arbeidsrechtbank te Brussel heeft onlangs voor een primeur gezorgd door te bepalen dat een advocaat onder gezag *kan* werken.[13] Dit zal de balies misschien ertoe aanzetten om hun verzet tegen het principe van de advocaat-bediende op te geven.

---

7 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, nr. 845.

8 O. VANACHTER, "Naar een andere interpretatie van elementen uit het arbeidsrecht onder invloed van het sociale zekerheidsrecht?" in *Raakvlakken tussen het sociale zekerheidsrecht en andere rechtstakken*, I, Brussel, Bruylant, 1979, 230; R. BLANPAIN, "Ondergeschikt verband: de sleutel op de deur van het arbeidsrecht", *T.S.R.* 1998 (bijzonder nummer), 1-14.

9 Voor een diepgaand (historisch) overzicht zie C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, 197 e.v.

10 Zie recent F. HENDRICKX, "Het ondergeschikt verband. Overzicht van rechtspraak 1990-1998", *T.S.R.* 1999, 13 e.v.

11 Zie R. ELST, "Arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten", *T.S.R.* 1988, 24-30.

12 Deze weerzin heeft niet alleen een emotioneel karakter. Zie C. VERCAMMEN, "Beoordelingsvrijheid in dienstverband: na de geneesheer, ook de advocaat onder arbeidsovereenkomst?", *R.W.* 1992-93, 1365-1366.

13 Arbrb. Brusel 8 december 2000, *R.W.* 2000-2001, 1208.

Een punt waarover nog geen eensgezindheid bestaat, betreft de kwalificatie van de overeenkomst door de partijen.[14] Zij kunnen weliswaar een afspraak maken over de wijze van samenwerking (al of niet onder gezag), maar de feitelijke toestand - in de perceptie van de rechter – primeert.[15] In de huidige stand van zaken kan er dan ook geen zekerheid bestaan over de aanwezigheid van gezag/ondergeschiktheid zodat het resultaat van een geding onvoorspelbaar is. De rechtbank wordt gedegradeerd tot een loterij.

§ 2. Adieu au salariat

In het zicht van de 21ste eeuw hebben tenoren uit verschillende wetenschappelijke disciplines[16] opgeworpen dat het gezag stilaan aan het verdwijnen is ten gevolge van een aantal maatschappelijke veranderingen.

We evolueren naar een dienstenmaatschappij waarbij routinetaken worden vervangen door creatieve jobs die vaak wereldwijd moeten worden gepresteerd. De werkgever werft mensen aan die taken uitoefenen die hij zelf niet kent en stelt ze tewerk op plaatsen waar hij ze niet in het oog kan houden. De arbeid krijgt een nomadisch aspect. De vaste werkstek verdwijnt: *work is where I have my meetings.*[17] Controle, leiding en toezicht zijn - althans volgens de zieners - in een kenniseconomie nog nauwelijks mogelijk. Dit heeft een weerslag op de gezagsverhouding. In een artikel in het *Economisch en Sociaal Tijdschrift* heeft Jean-Luc Dehaene deze tendens zeer treffend verwoord: "De arbeiders en bedienden die een vast takenpakket moesten uitvoeren, en wier prestaties dus gemakkelijk gemeten konden worden aan het aantal uitgevoerde taken of het aantal gepresteerde uren, verdwijnen meer en meer. Van een cultuur van gehoorzaamheid evolueerden onze bedrijven naar een cultuur van verantwoordelijkheid. De 'werker' van het begin van deze eeuw is een 'medewerker' geworden".[18] Het einde van het salariaat is dus in zicht. Het gezag evaporeert.

In het recht wordt een denkpatroon gehanteerd dat tot dezelfde conclusie moet leiden.

---

[14] Zie C. WANTIEZ, "Droit du travail et qualification conventionnelle", *J.T.T.* 1991, 441-444; recenter: F. HENDRICKX, "Het ondergeschikt verband. Overzicht van rechtspraak 1990-1998", *l.c.*, 19 e.v. Voor een rechtstheoretische benadering zie A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 116 e.v.

[15] Zie o.a. F. HENDRICKX, "Het ondergeschikt verband. Overzicht van rechtspraak 1990-1998", *l.c.*, 19 e.v.

[16] J.L. LAVILLE, *Une troisième voie pour le travail*, Parijs, Desclée De Brouwer, 1999, 68. Deze auteur verwijst ook omstandig naar Angelsaksische auteurs die dezelfde mening zijn toegedaan. Voor België zie R. BLANPAIN, *Heb ik morgen nog een job?*, Leuven, Peeters, 1993, 80 p.

[17] C. HANDY, *Beyond certainty. The changing world of organisations*, London, Hutchinson, 1995, 149 e.v. Zie ook C. HANDY, *The empty raincoat. Making sense of the future*, London, Arrow books, 1995, 280 p.

[18] J.L. DEHAENE, "Financiële participatie van werknemers", *E.S.T.* 1998, 331. Ook andere auteurs nemen een dergelijke terminologie in de mond: M. JAMOULLE, "Le contrat de travail à l'épreuve du temps", *Soc. Kron.* 1998, 473.

Hoewel de definitie van de arbeidsovereenkomst in de Wet van 1900 "gezag, leiding en toezicht" naast elkaar vermeldde, bestond sinds de jaren zestig de tendens om vooral de nadruk te leggen op het eerste component.[19] Leiding en toezicht werden als bijkomstig beschouwd om de ondergeschiktheid vast te stellen. Dit waren immers slechts exponenten van het gezag. In de Wet van 1963 m.b.t. de handelsvertegenwoordigers werd dan ook bewust[20] nog maar alleen de term "gezag" vermeld. Desondanks werden in de coördinatie van de arbeidsovereenkomstenwetten in 1978 de drie begrippen nog naast elkaar gebruikt. Tijdens commissievergaderingen werd zonder succes aangedrongen op het schrappen van "leiding" en "toezicht".[21] In 1981 werd een nieuwe poging ondernomen.[22] Bij artikel 1 van de Wet 17 juli 1985[23] werd de tekst van de wet uiteindelijk gewijzigd. In de Arbeidsovereenkomstenwet blijft alleen het diffuse begrip "gezag" staan. Dit wordt door de rechtspraak op een vrij wazige manier ingevuld. Zo volstaat het dat een werkgever het *recht* heeft om bevelen te geven - m.a.w. dat gezag *kan* worden uitgeoefend - opdat er sprake zou zijn van een gezagsverhouding.[24] Leiding en toezicht zijn dus niet langer relevant.[25] Maar dat zijn nu juist de criteria aan de hand waarvan men meestal het gezag detecteert.

Wanneer een rechter wordt geconfronteerd met een betwisting over al of niet ondergeschiktheid gaat hij het arbeidsproces analyseren. Een aantal feitelijke elementen (die in de regel wijzen op leiding en toezicht) worden opgeteld en zo wordt eventueel tot het bestaan van gezag geconcludeerd. Voor de rechter is gezag de som van leiding en toezicht, maar omdat deze elementen niet meer worden vermeld in de wet ontbreekt elk houvast.

Het is evident dat in een dergelijk intellectueel klimaat verwarring troef is.[26] De discussie zou louter academisch zijn, ware het niet dat de R.S.Z.-administratie zeer actief jaagt op schijnzelfstandigen. Wanneer de opdrachtgever als werkgever wordt

---

[19] Zie voor de evolutie van gezag, leiding en toezicht naar gezag: H. LENAERTS, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, nr. 138 e.v.

[20] *Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 85, 51-56 en *Hand.* Senaat 22 mei 1963, 1141 en 28 mei 1963, 1170.

[21] *Parl. St.* Senaat 1977-78, 258, nrs. 4 en 5.

[22] Voorstel tot wijziging van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *Parl. St.* Senaat, 1981-82, nr. 80.

[23] *B.S.* 31 augustus 1985.

[24] Dit standpunt is in vele arresten en vonnissen aan bod gekomen. We beperken ons dan ook tot een verwijzing naar de commentatoren: o.a. H. LENAERTS, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, nr. 140 en recent F. HENDRICKX, "Het ondergeschikt verband. Overzicht van rechtspraak 1990-1998", *l.c.*, 10-12.

[25] Zie H. LENAERTS, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, nr. 141.

[26] Zie A. VAN REGENMORTEL, "Onderscheid tussen werknemer en zelfstandige", in J. VAN STEENBERGE en A. VAN REGENMORTEL (ed.), *Actuele problemen van het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1995, 33.

gekwalificeerd, kan dit zijn faillissement betekenen.[27] Om alsnog enig houvast te hebben, gaan juristen dan ook op zoek naar constructies.

§ 3. Op zoek naar rechtszekerheid

De mechanismen kunnen verschillende vormen aannemen.[28] Het succes ervan is wisselend. Zo werd de door Georges Leekens gebruikte constructie waarbij een managementvennootschap een trainer ter beschikking stelde van Club Brugge zowel door de Arbeidsrechtbank te Brugge[29] als door het Arbeidshof te Gent[30] als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd i.p.v. als een aannemingsovereenkomst.

In de vleessector heeft men getracht enige rechtszekerheid te creëren door het formuleren van een gedragscode in een collectieve arbeidsovereenkomst.[31] Werkgevers die deze naleven, zouden worden gerust gelaten door de inspectiediensten.[32]

Men kan uiteraard ook trachten de definitie van de arbeidsovereenkomst zodanig aan te passen dat discussie wordt uitgesloten. In een studie geschreven in opdracht van het ministerie van Tewerkstelling en Arbeid suggereert Van den Langenbergh de artikelen uit de Arbeidsovereenkomstenwet waarin het gezagsbegrip wordt geformuleerd, als volgt te amenderen:[33]

"Het bestaan van gezag dient de rechter te onderzoeken aan de hand van alle feitelijke elementen van de zaak. Volgende elementen wijzen noch op zichzelf, noch in onderling verband op af- of aanwezigheid van gezag: de terminologie van de overeenkomst, de aansluiting bij een kas voor zelfstandigen of bij de rijksdienst voor sociale zekerheid, de inschrijving in het handelsregister, het hebben van een BTW-nummer en de omstandigheid dat een persoon als zelfstandige of als werknemer is opgetreden in de betrekkingen met de fiscale administratie. Bij het onderzoek naar het bestaan van het gezag mag de rechter aldus geen rekening houden met voornoemde elementen".

---

27 Zie over de gevolgen van een foute kwalificatie G. VAN LIMBERGHEN, "Schijnzelfstandigen, quasi-werknemers, loze werkgevers en neo-koppelbazen, naar een kwalificatietheorie", *R.W.* 1991-92, 73-74.

28 R. BLANPAIN, "Ondergeschikt verband: de sleutel op de deur van het arbeidsrecht?", *l.c.*, 9-10.

29 Arbrb. Brugge 28 september 1994, *J.T.T.* 1995, 307. Zie C. ENGELS, "De management-vennootschap en het sociale recht. Update naar aanleiding van het geval Leekens", *Or.* 1995, 193-210.

30 Arbh. Gent 26 maart 1998, onuitg.

31 Deze C.A.O. werd op 15 februari 1996 gesloten in het P.C. nr. 118 en werd vervangen door de C.A.O. van 9 september 1998. Beide collectieve arbeidsovereenkomsten werden niet algemeen bindend verklaard. Voor een commentaar zie K. VANGOIDSENHOVEN, "Een opmerkelijke collectieve arbeidsovereenkomst in de vleessector", *Or.* 1997, 37-39.

32 Deze informatie werd medegedeeld door F. LEROUX (nationaal voorzitter Fenavian) op de Associare-studiedag van 27 november 1998.

33 K. VAN DEN LANGENBERGH, *Les faux indépendants. La différence difficile entre le travail indépendant et le travail dans les liens de subordination*, Brussel, Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 2000, 233-234.

Maar ook met een dergelijke wetswijziging zijn de problemen niet van de baan. Rechtbanken beschouwen het sociaal statuut, BTW-nummer en inschrijving in het handelsregister nu in de regel ook al niet als een doorslaggevend element bij de kwalificatie.[34] Indien een dergelijke maatregel toch een positief effect zou hebben, zal dit waarschijnlijk van korte duur zijn. Wie sociale zekerheid wil ontwijken, houdt dan in de toekomst immers rekening met de wetswijziging en past zijn constructie aan.

De middenstandsorganisatie NCMV (nu Unizo) heeft haar heil gezocht in een formule.[35] Het Unizo-systeem vertrekt van de criteria die door de rechtbanken worden gebruikt voor het maken van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen. Deze werden gebundeld in negen hoofdcategorieën: "algemeen, gezag, kwalificatie van de overeenkomst, inkomen, organisatievermogen, ondernemingsrisico, gebruik van grondstoffen, beschikken over een eigen zaak en aansluiting bij een instelling". Aan de hand hiervan werd een lijst opgesteld met eerst veertien en later twaalf criteria in vraagvorm. Al naargelang het antwoord wordt een bepaalde vaste score toegekend. Zo krijgt men voor de topic "deelname in winst en/of verlies" 13 punten indien het antwoord ja is en worden geen punten toegekend wanneer het antwoord negatief is. De totaalstand (op 100) bepaalt de graad van (on)zelfstandigheid. Voor twijfelgevallen zou een sociale rulingcommissie (met bindend advies) in het leven moeten worden geroepen.

Dit is zonder twijfel de meest doordachte denkoefening ooit om een onderscheid te kunnen maken tussen werknemers en zelfstandigen. Maar waarschijnlijk is ook deze niet sluitend.

Een mathematisch model krijgt in een milieu van - in de regel cijferblinde - juristen al snel een zekere respectabiliteit. De formule Claeys bijvoorbeeld is voor vele arbeidsrechtbanken de standaard voor het berekenen van opzeggingsvergoedingen. Er is echter een inhoudelijk verschil tussen de formule Claeys en het Unizo-model.

Van de drie parameters die in de formule Claeys worden gebruikt - anciënniteit, leeftijd en jaarloon - zal in principe alleen de laatste aanleiding kunnen geven tot betwisting. In het Unizo-model worden echter niet minder dan 12 criteria gebruikt waardoor de mogelijkheid tot discussie veel groter wordt. Daarnaast zijn de Unizo-parameters - in tegenstelling tot deze van de formule Claeys - niet gebaseerd op cijfers. Zo is bijvoorbeeld één van de criteria de "onderworpenheid aan de interne controle of sanctiemogelijkheid". De werkgever kan beweren dat er geen sprake is van controle, de werknemer beweert van wel. Dit is dus een kwestie van appreciatie en een potentiële bron van betwisting.

De elementen van de formule Claeys hebben een eenmalig karakter. Zij worden vastgesteld op het moment van de beëindiging van de overeenkomst. Een verhou-

---

34 F. HENDRICKX, "Het ondergeschikt verband. Overzicht van rechtspraak 1990-1998", *l.c.*, 46-49.

35. X., Het dossier schijnzelfstandigen: een nieuwe formule, Brussel, NCMV, 10 p. Deze formule en bijbehorende commentaren vindt men ook terug in *T.S.R.* 2001, themanummer, 105-299.

ding tussen een werkgever en een werknemer of een onderaannemer-zelfstandige daarentegen is voortdurend in beweging. Iemand kan een hoge score hebben (en dus zelfstandige zijn) en enkele maanden later een veel lager cijfer halen (en dus werknemer zijn). Een sociale rulingcommissie biedt dan ook waarschijnlijk weinig soelaas. Zij kan alleen maar iets zinnigs zeggen over een persoon op een bepaald moment, maar kan geen uitspraken doen voor het verleden of naar de toekomst toe.

Tot slot hebben wij de indruk dat de geestelijke vaders van het Unizo-model het probleem hoofdzakelijk sociologisch hebben benaderd. Men is vertrokken van het beeld dat men heeft van een zelfstandige, heeft dat geanalyseerd en het resultaat hiervan onder de vorm van criteria geformuleerd. We illustreren dit.

Een zelfstandige is iemand die (een deel van) de winst opstrijkt. Het hoeft ons dan ook niet te verwonderen dat het criterium "substantiële deelname in winst en verlies" goed is voor 13 punten (op 100) en dus een belangrijk element is in het model. Een arbeidsovereenkomst impliceert evenwel dat men tegen betaling van een loon onder gezag arbeid verricht. De verloning is een element dat *naast* het gezag staat en kan dus niet op gezag wijzen.

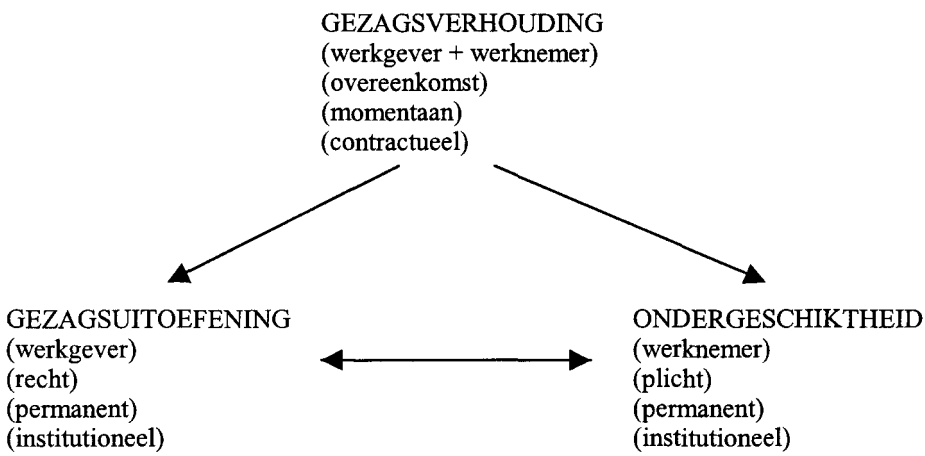
Ondanks het feit dat het model vernieuwend oogt, verschilt het in feite in niets van de werkwijze die de doorsnee-rechter gebruikt bij de benadering van een vraag over al of niet ondergeschiktheid. Feiten die wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst of aannemingsovereenkomst worden naast elkaar geplaatst. De merite van het Unizo-model bestaat erin om - in tegenstelling tot de rechter die *intuïtief* tewerk gaat - het probleem *structureel* te benaderen. Wij daarentegen zijn voorstander van een *deductieve* aanpak. We vertrekken vanuit een gezagsconcept, toetsen de feiten hieraan en komen dan tot een conclusie.

§ 4. Gezag, gezagsverhouding en gezagsuitoefening[36]

Door het sluiten van de arbeidsovereenkomst ontstaat er een gezagsverhouding. Deze heeft twee facetten: de (band van) ondergeschiktheid (in hoofde van de werknemer) en het recht op gezagsuitoefening door de werkgever. De gezagsverhouding ontstaat op het moment van het sluiten van de overeenkomst en is contractueel van oorsprong. De gezagsuitoefening daarentegen is een permanent en institutioneel gegeven.

---

[36] De hier besproken ideeën werden veel minutieuzer beschreven in P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1994, 420 p.



Daar waar bepaalde aspecten van de arbeidsrelatie soms zeer minutieus worden geregeld - men denke maar aan alles wat met veiligheid en gezondheid te maken heeft - werd over de gezagsuitoefening als dusdanig nooit gelegifereerd. Door deze abstinentie ontstaat er als het ware een parallelle rechtsorde, dit is een sfeer binnen dewelke de partijen "hun waarden en belangen naar goeddunken onder elkaar kunnen bevorderen en beschermen, *op voorwaarde dat zij daarbij de wet niet overtreden*".[37] Rechtsantropologen spreken in dit verband over een "*semi autonomous social field*".[38] De synoniemen die hiervoor in andere rechtsdisciplines worden gebruikt, zijn legio: "substatelijke rechtsorde",[39] "*rechtsleere Räume*",[40] "*un espace de non-droit*",[41] enz. Ook de onderneming is een autonome juridische ruimte. De werkgever is volledig vrij in zijn gezagsuitoefening in zoverre hem geen expliciete beperkingen worden opgelegd door een hogere instantie. Zo mag hij geen verborgen videocamera's plaatsen omdat de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 68 - een nationale norm - dat expliciet verbiedt. Een rechter kan de werkgever verbieden om zijn werknemers af te tasten op grond van het recht op privacy dat wordt gegarandeerd door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: een supranationale norm.

---

[37] J. GIJSSELS, *Recht, ruim bekeken*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 18.

[38] S.F. MOORE, "Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study", *Law and Society Review* 1973, 719-746; zie ook J. GRIFFITHS, 'What is legal pluralism", *Journal of legal pluralism* 1986, nr. 24, 1-55.

[39] J. GIJSSELS, *Recht, ruim bekeken*, 15 e.v.

[40] H. SINZHEIMER, *Gründzuge des Arbeitsrechts*, Jena, Fischer, 1927, 46. Misschien is *rechts*freie *Raüme* een betere benaming.

[41] L. FRANCOIS, "Le non-droit du travail: développement des relations sociales en dehors des itinéraires juridiques classiques", in *L'hypothèse du non-droit*, Liège, Faculté de droit, 1978, 92 e.v.; deze auteur baseert zich vooral op SANTI ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, 174 p.
Zie ook J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1969, 20 e.v.; G. SPITAELS, "L'idée du droit social", in P. VAN DER VORST (ed.), *A l'enseigne du droit social belge*, Brussel, Ed. de l'ULB, 1978, 77 e.v.

Omdat de externe beperkingen van het werkgeversgezag bijna onbestaande zijn, is het omnipresent in een onderneming. De gezagsuitoefening is dan ook *het* kernbegrip dat ons in staat moet stellen om het onderscheid te maken tussen de arbeidsovereenkomst en de aannemingsovereenkomst.

Wanneer men het fenomeen 'gezagsuitoefening' op ondernemingsvlak bestudeert, stelt men vast dat dit een zeer complex gegeven is.

De werkgever beschikt over de *trias societatis*: de regelgevende, de leidinggevende en de disciplinaire macht:
- de regelgevende macht is het recht om normen, procedures en sancties te formuleren;
- de leidinggevende macht is het recht om bevelen, verboden en geboden te formuleren. De werkgever mag met andere woorden bepalen wat iemand doet, wanneer, waar en hoe hij het doet;
- de disciplinaire macht: het tuchtrecht.

Een rechter die wil oordelen over het al of niet bestaan van een arbeidsovereenkomst of aannemingsovereenkomst moet zich in onze optiek eerst een beeld maken van de wijze waarop de gezagsuitoefening is georganiseerd binnen de onderneming aan de hand van de hierboven beschreven exponenten. Vervolgens moet hij onderzoeken in hoeverre de werknemer in een dergelijke structuur wordt ingeschakeld. De toets geschiedt op basis van criteria van organisatorische aard.[42]

Door de alomtegenwoordigheid van de gezagsuitoefening heeft de rechter vele aanknopingspunten. Met de deductieve methode kan dan ook met vrij grote zekerheid worden vastgesteld hoe een persoon arbeidt: als werknemer of als zelfstandige.

§ 5. De transformatie van de gezagsuitoefening

Sceptici zullen zich waarschijnlijk afvragen of de methode die wij hierboven hebben geformuleerd niet strijdig is met de uitspraken van de futurologen die het einde van het gezag preken. Hoog opgeleide, creatieve arbeidskrachten kan je immers niet bevelen; over hen kan je geen gezag uitoefenen. Of vergissen de toekomstvoorspellers zich?

Een secretaresse die in 1920 afstudeerde, heeft gans haar leven met dezelfde soort schrijfmachine gewerkt. In 2001 zal haar kleindochter bijna jaarlijks nieuwe informaticatoepassingen moeten leren. Maar betekent dit dat ze niet langer ondergeschikt is? Creativiteit wordt dan weer verward met de kennis van gesofisticeerde technieken.

---

[42] Een toets op basis van criteria van organisatorische aard wordt door sommige Nederlandse rechters toegepast. Zie C.J.H. JANSEN en C.J. LOONSTRA, *Functies onder spanning. Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, Monografieën Sociaal Recht nr. 7, 1997, 42.

Een bedrijfsjurist die een multinational begeleidt bij een fusie zal waarschijnlijk zijn verbeelding moeten gebruiken. Maar is dat ook het geval voor zijn collega die dossierbeheerder is in een verzekeringsmaatschappij en voor de honderdste maal een geval van waterschade behandelt? Meestal bestaat er geen verschil tussen de fabrieksarbeider en de jurist. Beiden presteren repetitieve arbeid onder gezag.

Ook de stelling van onze ex-premier dat het conflictmodel zou verdwijnen,[43] lijkt onwaarschijnlijk. De idee dat de tegenstelling tussen arbeid en kapitaal in de onderneming zou kunnen worden getranscendeerd, is veeleer een geloofsbelijdenis in de christelijk-sociale leer dan een toekomstvisie. De vakbonden zijn misschien minder combattief dan vroeger, maar dat wijst meer op een institutionalisering van deze organisaties dan op een ontwapening van de militanten. Wie de teksten van de Beweging voor Syndicale Vernieuwing leest,[44] kan vaststellen dat de strijdbijl nog niet is begraven. Sterker nog, de recente nihilistische acties bij Cellatex in Givet (Frankrijk) waarbij arbeiders ermee dreigden om de fabriek op te blazen,[45] wijzen op een verharding van de acties door de basis.

Gezag is een essentieel element in een conflictmodel. Het deemstert dus niet weg.[46]

Elke productiewijze kent haar specifieke vorm van gezagsuitoefening. In de oudheid werd gebruik gemaakt van slaven die tot werken werden aangezet onder dreiging van de bullepees. De 19de eeuwse manufacturen werden in panoptische vorm geconstrueerd zodat permanente controle mogelijk was.[47] In beide gevallen wordt gezag uitgeoefend, maar de methoden verschillen. Door de transitie van manufactuur naar fabriek wordt de gezagsuitoefening subtieler. De mens staat niet langer centraal in het productieproces, maar wordt een aanhangsel van de machine.[48] De werknemer heeft geen zeggenschap meer over de productietijd, maar moet het ritme van de machine volgen. De discipline wordt gemechaniseerd. Wie ooit Chaplin aan het werk zag in *Modern Times* weet waarover wij het hebben.

In de 21ste eeuw zal de controle van de werknemer blijven bestaan maar zal het fysieke aspect bijna volledig wegvallen. De telewerker die on-line werkt, wordt bijvoorbeeld gesuperviseerd via de modemverbinding (aantal aanslagen per uur,

---

[43] Zie *supra*.

[44] Deze tekst vindt men o.a. terug in R. D'ORAZIO, *Debout! L'esprit de Clabecq*, Brussel, EPO, 1998, 133-143.

[45] Zie o.a. B. STURTEWAGEN, "Grens Voorbij", *De Standaard* 19 juli 2000.

[46] Sommige auteurs komen via een andere redenering dan de onze tot een min of meer gelijkaardig resultaat, bv. A.M. GROZELIER, "La fin du salariat entre mythe et mystification" in M. VALKOULIS (ed.), *Travail salarié et conflit social*, Paris, PUF, 1999, 37-52.

[47] Zie M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, 176.

[48] F. TANGHE, *Recht en politiek in de spiegel van het marxisme*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 111 en F. TANGHE, "La critique marxiste du contrat de travail", *R.I.E.J.* 1981, 87.

momenten waarop wordt gewerkt, outputcontrole, enz.).[49] De croupier in het casino wordt in het oog gehouden door bijenoogcamera's.

De gezagsuitoefening is een constante[50] doorheen de geschiedenis, maar verandert steeds van aanschijn. Er bestaat dan ook geen inhoudelijk verschil tussen het gebruik van de karwats door de opzichter op de galei en het opleggen van een geldboete aan een fabrieksarbeider. In beide gevallen wordt er gezag uitgeoefend. De 'humanisering' van de wijzen waarop dit gebeurt, wordt hierbij foutief geïnterpreteerd als een verdwijnen van de gezagsuitoefening.

§ 6. Freedom is slavery[51]

In een technologisch geavanceerde maatschappij als de onze wordt de werkgever geconfronteerd met zeer hoog opgeleide werknemers. De kans dat deze botsen met de hiërarchische bedrijfsstructuur is groot.[52] Het gevaar van contestatie kan men afwenden door allerhande vormen van participatie op te zetten zodat de werknemer zich identificeert met het bedrijf (bijvoorbeeld door middel van financiële participatie) of de indruk krijgt dat hij inspraak heeft.[53]

Men kan de confrontatie ook uit de weg gaan door isolatie van het individu. Dit wordt onder andere bewerkstelligd door de verzelfstandiging van de job. De ondergeschiktheid wordt gecamoufleerd door een verschuiving van het arbeidsrecht naar het handelsrecht.[54]

Wanneer iemand als (schijn)zelfstandige wordt ingehuurd, vallen een aantal lastige beperkingen weg: de arbeidswet moet niet worden nageleefd, er kan niet uitgehuild worden bij de werknemersorganisaties, enz. Het belangrijkste effect is evenwel dat de economische afhankelijkheid serviliteit genereert. De (schijn)zelfstandige heeft geen controle meer nodig. De discipline wordt geïnterioriseerd.

---

[49] De minister van Tewerkstelling en Arbeid wierp tijdens een commissievergadering op dat dit geen rechtsreekse controle is daar de werkgever niet met zekerheid weet of de persoon die met de P.C. werkt wel zijn werknemer is (*Parl. St.* Kamer, 1995-96, nr. 232/6, 21). Dit standpunt lijkt ons toch moeilijk verdedigbaar.

[50] In deze zin ook D. MEDA, *Le travail. Une valeur en voie de disparition*, Paris, Alto/Aubie, 1995, 149-150.

[51] G. ORWELL, *Nineteen eighty-four*, London, Peguin, s.d., p. 7 en op vele andere pagina's.

[52] E. MANDEL, *Het laatkapitalisme*, Amsterdam, Van Gennep, 1976, 405-406; zie ook G. COURTOIS, "La critique du contrat de travail chez Marx", *Archives de philosophie du droit* 1967, 50: "*Le pouvoir patronal a beau d'être absolu en droit, il se heurte à un contre pouvoir dû au savoir de l'ouvrier (...)*".

[53] Zie B. MAHNKOPF, "Hegemony and Consent: patterns of regulation in internal company social relations and their legitimation effect", *Berkeley Journal of Sociology: A critical Review* 1986, 49: "*The participation in company decisions is primarily tolerated or sometimes even desired because it defuses conflict*".

[54] Zie L. BOLTANSKI en E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, 517.

Personen met een werknemersstatuut worden met een gelijkaardige techniek geconfronteerd. De werknemer wordt fysiek uit de onderneming verwijderd – hij wordt thuisarbeider – of hij wordt geestelijk geïsoleerd. In dit laatste geval krijgt hij een dergelijke mate van vrijheid bij de uitvoering van zijn arbeid dat het lijkt alsof hij niet langer aan het gezag is onderworpen. Dat is echter een illusie. De dreiging van het gezag is alomtegenwoordig zodat de werknemer zichzelf zal controleren. Hij is niet getransformeerd tot een medewerker van de werkgever maar is verworden tot diens cipier.

Arbeiders – bedienden : een 10-punten programma

Maxim Stroobant

1. *Het probleem van de gelijkberechtiging* en de gelijke behandeling van de werknemers is steeds een hoofdbekommernis geweest van de Belgische en de internationale vakbeweging. Ook de werkgeversorganisaties volgden de problematiek op de voet en stonden niet weigerachtig tegenover regelingen die een positieve oplossing beoogden.

Nochtans verloopt het proces van de gelijke behandeling van alle werknemers bijzonder moeizaam. De reden daarvoor is wellicht dat het meestal minder gaat om een principiële discussie dan om een belangenafweging. Vrouwen worden beschouwd als goedkopere arbeidskrachten dan hun mannelijke collega's. Migranten bieden aan het bedrijfsleven eenzelfde voordeel. De arbeiders als een afzonderlijke groep handhaven binnen de totaliteit van de werknemers houdt eveneens voor het bedrijfsleven héél wat positieve punten in.

Het kaderpersoneel heeft steeds gepleit voor een specifieke behandeling en heeft deze eveneens bekomen vooral in het raam van conventionele en persoonlijke afspraken op het niveau van de onderneming.

En tenslotte is er nog de meest fundamentele ongelijke behandeling met name deze tussen arbeid en kapitaal in de onderneming waarbij kapitaal de dominerende factor is in het productieproces en arbeid deze dominantie ondergaat. Terloops weze hier gewezen op het feit dat internationalisering en globalisering van de economie het onderscheid accentueren tussen kleinkapitaal en grootkapitaal en het kleinkapitaal inzake de economische besluitvorming meer en meer buiten spel zetten.

2. *Wil men de draagwijdte* van het onderscheid tussen arbeider en bediende beter vatten dan doet men er goed aan het probleem te stellen binnen de boven geschetste context. Context die bovendien binnen de algemene maatschappelijke verhoudingen moet gezien worden.

De sociale partners en vooral de vakbeweging plaatsen vandaag de discussie omtrent het onderscheid arbeider-bediende op de agenda van het sociaal overleg. Zij doen dat vandaag niet voor de eerste maal.

Sedert de Tweede Wereldoorlog was het punt een eis van de arbeiderscentrales overgenomen door de interprofessionele organisaties.

De bediendecentrales beperkten er zich toe de positie van hun leden te vrijwaren. Hun houding was dat gelijkschakeling niet mocht leiden tot de afbraak van de rechten van de bedienden.

Dit laatste plaatste de werkgevers dan weer in een moeilijk parket want meteen zouden aan de grotere groep van de arbeiders de voordelige rechten van de bedien-

den moeten worden toegekend op het vlak onder meer van de opzeggingstermijnen, het gewaarborgd loon, de pensioenregeling en dergelijke.

Het probleem werd er niet eenvoudiger op. Nu eens stond het punt voor de sociale partners gans vooraan op de agenda van het sociaal overleg. Dit leidde tot de uniformiseringswet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten. Dan weer werd het punt meer intern behandeld.

Vandaag is het probleem reeds lang geen principieel probleem meer. Vandaag gaat het er vooral om te weten hoe men bij die onderdelen van de rechtspositie, die een basis vormen van ongelijke behandeling, de discriminatie zal wegnemen.

Het is dus volkomen fout de sociale partners in deze aangelegenheid van laksheid te beschuldigen.

3. *Intussen evolueert het productieproces* in de hooggeïndustrialiseerde wereld zodanig dat het vroegere onderscheid tussen hoofdarbeid en handarbeid ook om arbeidsorganisatorische redenen fel onder druk komt te staan. De zware industrie verliest terrein in ons land en de dienstensector evenals de elektronische industrie, als methode van arbeidsorganisatie, rukken op.

Noch de oorspronkelijke Wet van 10 maart 1900 op het "arbeidscontract" noch deze van 8 augustus 1922 op het "bediendecontract" geven een theoretische verklaring voor het onderscheid tussen de arbeider en de bediende. De levensbeschouwelijke dualistische visie op de wereld, die de geest voorrang geeft op de materie, reikt weliswaar een verklaring aan. Maar deze is in de dagelijkse praktijk van de arbeidsverhoudingen niet echt relevant. Tevens is het zelfs in het raam van een praktische benadering niet vanzelfsprekend om een arbeidsprestatie als een loutere fysieke of een loutere intellectuele activiteit te bestempelen. Het is bovendien zeer de vraag of nadenken niet eveneens een fysieke activiteit is.

4. *Hoe moet het nu verder?* Met als uitgangspunt dat de enige rechtspositie voor arbeiders en bedienden progressief en stapsgewijze moet opgebouwd worden menen wij dat enkele concrete voorstellen hiertoe kunnen bijdragen :

1° Er is in de eerste plaats de keuze van de strategie. De trapsgewijze aanpak is er een onderdeel van. Het initiatief van de sectorale en federale gesprekspartners later is een tweede onderdeel.

De federale en interprofessionele onderhandelaars dienen in de huidige fase op te treden als katalysator die de krachtlijnen van de te bereiken objectieven moeten bepalen. De inrichting van een federale Arbeidsconferentie over de toenadering van beide rechtsposities lijkt aangewezen. De wetgever zal nadien zijn regulerende rol vervullen.

2° Het zou niet eerlijk zijn een louter terminologische operatie door te voeren waarbij de noties arbeider/bediende slechts formeel zouden worden vervangen door noties als werknemer of gesalarieerde. Een volledige inhoudelijke uniformering is

noodzakelijk. Dit stelt uiteraard het probleem van de subgroepen zoals bijvoorbeeld deze van het kaderpersoneel. De algemene categorie van gesalarieerde moet in voldoende gemeenschappelijke rechten geconcretiseerd worden wil men vermijden dat zij inhoudloos zou zijn.

Inderdaad indien bepaalde subgroepen als lager kader, middenkader, hoger kader, topkader te veel specifieke aspecten gaan vertonen dan wordt het algemeen en gemeenschappelijk concept een puur formele vertoning.

Met het zogenaamde individualiseren van het personeelsbeleid en vooral met het prestatiegericht belonen gaat het die richting uit. Van dat prestatiegericht belonen mag men trouwens zeggen dat het het recht op arbeid, dat aan iedere burger een menswaardig leven moet waarborgen, straal negeert.

3° Van de huidige verschilpunten tussen arbeiders en bedienden vallen vooral op de loonberekening, de ontslagregeling met de opzegvergoedingen, de loonwaarborg bij schorsing van de individuele arbeidsovereenkomst en bepaalde onderdelen van de extralegale sociale zekerheid. Zij moeten systematisch worden aangepakt in een perspectief van voortdurende verbetering van de sociale welvaart. Het behoud van de globale waarde van de verworven rechten moet gewaarborgd worden, wat interne verschuivingen van rechten en verplichtingen niet onmogelijk maakt. Aan de minimumopzeggingstermijn van de bedienden wordt niet getornd. Over het aanvullend conventioneel gedeelte kan wel onderhandeld worden. Het kan beschouwd worden als een extralegaal voordeel in de sector.

Deze systematische en progressieve aanpak veronderstelt een geïntegreerd sociaal overlegprogramma, waarin het sectorale overleg een prioritaire rol moet spelen. Veralgemening van de voorgestelde maatregelen naar zwakke sectoren toe moet financieel ondersteund worden door een Intersectoraal Solidariteitsfonds, gespijsd door het bedrijfsleven in zijn totaliteit samen met de overheid.

4° De financiële kostprijs van de ganse operatie moet door de Overheid mede in haar fiscaal beleid worden opgenomen. Zo kunnen opzeggingsvergoedingen voor de arbeiders aan een bijzonder fiscale regeling worden onderworpen wat hun draagvlak voor de ontslagen werknemer zou kunnen vergroten. Opzeggingsvergoedingen en opzeggingstermijn blijven met elkaar verbonden.

5° Het stelsel van uurloonberekening bij de arbeiders kan nu reeds vervangen worden door een maandloonberekening. Een oefening die best eerst op sectoraal vlak wordt doorgevoerd.

6° Op het vlak van de extralegale sociale voordelen dient de stap te worden gezet om met één algemene personeelsgroep te werken. Subgroepen mogen het gemeenschappelijk stelsel niet van alle inhoud beroven.

7° Op het vlak van de inspraakorganen in de onderneming moeten de afzonderlijke kiescolleges van arbeiders en bedienden vervangen worden door één homogeen

kiescollege voor gans het personeel. Er moet nochtans over gewaakt worden dat de diverse afdelingen van het bedrijf zoveel als mogelijk vertegenwoordigd worden.

Hiermede wordt uiteraard het probleem van het kaderpersoneel scherp gesteld. Men kan echter bezwaarlijk in naam van de gelijke behandeling het onderscheid arbeider/bediende wegwerken en het onderscheid hogerkader laten bestaan.

8° Aansluitend hierbij denkt men uiteraard aan de paritaire comités. Men hoeft niet onmiddellijk aan samensmelting te werken.

In een eerste fase zouden overeenstemmende comités voor arbeiders en voor bedienden in een overkoepelende structuur kunnen worden ondergebracht. Deze kan instaan voor gemeenschappelijke agendapunten en voor coördinatie.

9° Gelijktijdig met dit alles moeten de vakbonden overwegen hun interne structuren aan te passen. Het samenstellen van een homogene vakbondsafvaardiging moet in overweging kunnen genomen worden. Overkoepelende contactstructuren tussen arbeiders- en bediendecentrales moeten mogelijk zijn.

10° De Overheid kan deze processen administratief en financieel ondersteunen. Het groeiproces moet echter de verantwoordelijkheid blijven van de sociale partners.

Het onderscheid tussen arbeiders en bedienden

Othmar Vanachter

Iedereen aanvaardt vandaag dat het onderscheid arbeiders-bedienden volledig achterhaald is. Dit is logisch, want wat is de dag van vandaag in hoofdzaak handenarbeid en wat is in hoofdzaak hoofdarbeid? Omdat het geen objectief criterium van onderscheid is, is een verschillende behandeling op basis van dit onderscheid ongrondwettelijk. Het wil niet zeggen dat alle werknemers in het vervolg identiek moeten behandeld worden.

Om het te stellen in de termen die het Arbitragehof al bij herhaling gebruikte: "De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel."

Dat het verschil tussen arbeiders en bedienden niet meer op een objectief criterium berust is dus voor iedereen duidelijk. De eensgezindheid verdwijnt wanneer het over concrete voorstellen gaat om het onderscheid weg te werken. Vooral het grote verschil in opzeggingstermijnen vormt het belangrijkste knelpunt. De opzeggingstermijnen van bedienden verminderen tot die voor de arbeiders zal nooit aanvaard worden door de bedienden en hun vakorganisaties. Het omgekeerde zal op een blijvend verzet van de werkgevers stuiten.

Maar ook een oplossing die ergens in het midden ligt van de huidige termijnen voor arbeiders en bedienden is niet vanzelfsprekend. Noch in de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 75, noch in het overgrote deel van de sectorale regelingen waren de werkgevers bereid om de opzeggingstermijnen voor arbeiders zo ver te verlengen. De afstand is daar nog zeer groot. Van de bedienden kan moeilijk geëist worden dat ze de voor hen bestaande voordelen in die mate opgeven. Het Hof van Cassatie oordeelde trouwens dat in geval van onrechtmatige discriminatie de discriminatie in die zin moet weggewerkt worden dat de slachtoffers van de discriminatie dezelfde behandeling krijgen als de andere werknemers.[1]

Toch moet er een oplossing gevonden worden om uit deze impasse te geraken. De volgende ideeën kunnen wellicht helpen om tot die oplossing te komen.

Er moet **nu** begonnen worden met het wegwerken van het onderscheid. Het probleem op de lange baan schuiven zal de oplossing alleen maar moeilijker maken.

---

[1] Cass. 27 januari 1994, *Soc. Kron.* 1994, 75.

Het wil niet zeggen dat onmiddellijk schoon schip moet gemaakt worden met alle verschilpunten die er zijn. Men moet een redelijke termijn voorzien om de operatie helemaal rond te krijgen.

Bij de ontwikkeling van het sociaal recht is er in België altijd een samenwerking geweest tussen de overheid en de sociale partners. Deze weg is ook aangewezen voor de oplossing van het hier voorliggend probleem. De overheid kan in samenwerking met de interprofessionele sociale partners een basisregeling uitwerken die geldt voor alle werknemers. Door overleg op sectoraal vlak kan de basisregeling verder uitgewerkt worden.

Men moet nu beginnen en daarbij eerst die punten aanpakken die langs beide kanten het minst pijn doen. Door op die manier de wijzigingen op gang te brengen zal een dynamiek ontstaan die toelaat in een later stadium de grotere pijnpunten aan te pakken.

Men zou bijvoorbeeld kunnen beginnen met het afschaffen van de aparte kamers in de arbeidsrechtbanken. Is er nog één zinnig argument om binnen de arbeidsrechtbanken aparte arbeiders- en bediendekamers te hebben? Het afschaffen ervan benadeelt noch de arbeiders, noch de bedienden. Noch voor de werkgevers, noch voor de overheid is er een bijkomende kost.

Waarom moet het loon voor arbeiders per uur en dat voor bedienden per maand berekend worden? Waarom moet het loon van de arbeiders twee keer per maand en dat voor de bedienden één keer per maand betaald worden? Kan ook dit niet vrij eenvoudig en dus vrij vlug gelijkgeschakeld worden?

Waarom is er een andere regeling voor het betalen van het vakantiegeld? Ook dat verschil kan zonder een verlaging van de rechten van de arbeiders en de bedienden en zonder verhoging van de kostprijs voor de werkgever weggewerkt worden. Wellicht is het aangewezen voor bedienden de oplossing te kiezen die nu voor de arbeiders bestaat. Men mag ervan uitgaan dat er de dag van vandaag meer wijzigingen zijn in de loopbaan van een werknemer dan vroeger. Het betalen van het vakantiegeld via een vakantiekas heeft dan voordelen.

De carensdag werd voorzien toen in het begin van de jaren zestig het gewaarborgd weekloon voor arbeiders werd ingevoerd. De bedoeling was misbruiken van arbeiders tegen te gaan. In uitvoering van een reeds gestemde wet (de Wet van 13 juni 1999 betreffende de controlegeneeskunde) wordt momenteel gewerkt aan een betere regeling voor de controle van arbeidsongeschiktheid. Dus ook een regeling om misbruiken op hetzelfde terrein tegen te gaan. Is het geen goede gelegenheid om samen met deze uitvoeringsbesluiten ook het probleem van de carensdag aan te pakken?

Normaal gesproken zijn er in 2004 sociale verkiezingen. Men zou er moeten in slagen om daartegen de afzonderlijke kiescolleges voor arbeiders en bedienden af te schaffen. Men moet er daarbij wel voor zorgen dat alle afdelingen en groepen binnen de onderneming voldoende vertegenwoordigd zijn in de ondernemingsraad

en het preventiecomité. Voor de ondernemingsraad stelt zich ook het probleem van het in 1985 ingevoerde apart kiescollege voor het kaderpersoneel. Het lijkt weinig zinvol een apart kiescollege voor deze werknemerscategorie te behouden wanneer het onderscheid arbeiders-bedienden wordt afgeschaft.

Een gemeenschappelijk kiescollege voor arbeiders en bedienden bij de sociale verkiezingen moet leiden tot een gemeenschappelijke vakbondsafvaardiging voor arbeiders en bedienden in de ondernemingen waar een vakbondsafvaardiging moet opgericht worden. Via de gemeenschappelijke vakbondsafvaardiging komt men automatisch tot gemeenschappelijk overleg op ondernemingsniveau en daaraan gekoppeld ook op sectoraal niveau. Het zal moeten uitmonden in het samensmelten van nu nog gescheiden paritaire comités. Men kan er nu al voor zorgen om geen afzonderlijke paritaire comités meer op te richten. Iets wat blijkbaar al gebeurt. Dat deze ontwikkelingen invloed zullen hebben op de structuren van de werknemersorganisaties is onvermijdelijk. Maar ook daar zijn nu reeds veranderingen aan de gang.

Voor arbeiders zijn er een aantal schorsingsgevallen die voor bedienden niet geregeld zijn. Vooral het inleggen van tijdelijke werkloosheid om economische redenen springt hierbij in het oog. Zowel het afschaffen voor arbeiders als het ongewijzigd invoeren voor bedienden lijkt hier een moeilijk haalbare kaart. Men zal hier een nieuw objectief onderscheidingscriterium moeten vinden waardoor een verschillende behandeling redelijk te verantwoorden is. Men kan denken aan werknemers die al dan niet rechtstreeks betrokken zijn bij de productie.

Er is een zeer groot verschil in proefperiode. Het maximum voor arbeiders is 14 dagen, het maximum voor bedienden is 12 maanden. Men mag niet vergeten dat de maximumduur voor bedienden sluipend verlengd is, eerst van 3 tot 6 maanden en daarna van 6 tot 12 maanden. Vooral deze laatste verlenging was door niemand gevraagd. Het was in 1985 een compensatie voor het niet vergemakkelijken van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd. Deze verlenging is blijven bestaan toen eerst tijdelijk in 1994 en daarna in 1998 definitief binnen bepaalde perken opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd mogelijk werden. Kan hier geen gelijkschakeling gerealiseerd worden door terug te keren tot het maximum van vóór 1985 en een onderscheid op basis van het jaarloon te behouden? Men mag toch ook veronderstellen dat de huidige wervings- en selectietechnieken veel beter zijn dan voorheen. Wil men een korte proefperiode voor sommige werknemers behouden zal men in navolging van het vorige punt moeten zoeken naar een andere objectief onderscheidingscriterium.

De moeilijkste brok is en blijft de vastheid van betrekking. Men moet er niet mee beginnen, want dan geraakt men er nooit uit. Eens voldoende gelijkschakelingsdynamiek aanwezig is, zal men ook dit punt moeten aanpakken. Ook hier enkele ideeën.

De huidige regeling ging ervan uit dat de arbeiders meer waarde hechten aan mobiliteit en de bedienden aan stabiliteit. Dit beeld is volledig voorbijgestreefd. Bij de huidige generatie bedienden, zeker bij de jongeren, zijn er heel wat die mobiliteit

hoog in het vaandel dragen terwijl er heel wat arbeiders zijn waarvoor stabiliteit zeer belangrijk is.

Wanneer de discussie gaat over het verlengen (voor arbeiders) of het inkorten (voor bedienden) van de opzeggingstermijnen zal men er moeilijk uitgeraken. Het gaat over de bescherming van de betrekking van een werknemer, over het belonen van zijn trouw aan de onderneming en over het bieden van een mogelijkheid om liefst zo vlug mogelijk een nieuwe passende betrekking te vinden. Men moet een poging ondernemen om deze doelstellingen te realiseren via andere wegen dan via lange of korte opzeggingstermijnen.

Mogelijke wegen zijn op de eerste plaats rechtvaardiging van het ontslag. Niet rechtstreeks omdat er voor beide partijen nadelige punten aan zitten. Misschien moet eerder gedacht worden aan de veralgemening van de regeling voor willekeurig ontslag zoals zij nu voor werklieden bestaan. Indien hier een bevredigende oplossing uit de bus kan komen, kan ook gedacht worden aan het afschaffen van sommige beschermingsregelen.

Belangrijk is ook het recht op vorming. De kansen op het behoud van de tewerkstelling of op het vinden van een nieuwe tewerkstelling stijgen met het (permanente) vormingsniveau van de werknemer. Recht op vorming is vandaag een veel betere bescherming van de betrekking dan lange opzeggingstermijnen.

Indien men zijn betrekking verliest, komt het er op aan zo vlug mogelijk een nieuwe job te vinden. Een recht op individuele outplacement kan hier helpen.

De discussie over de lange opzeggingstermijnen is veeleer een discussie over hoge opzeggingsvergoedingen. De lange opzeggingstermijnen zijn niet realistisch. Zij worden zelden gepresteerd. De vergoeding die in de plaats ervan betaald wordt, valt zeer theoretisch samen met de nodige tijd om een gelijkwaardige betrekking te vinden. Het is veel meer een vergoeding voor de trouw aan de onderneming.

Men moet nadenken of deze trouw niet op een andere manier kan vergoed worden. Men zou kunnen denken aan een bepaald percentage van het loon dat door de werkgever op de ene of de andere manier gereserveerd wordt. Het wordt bijvoorbeeld gestort in een fonds. Wanneer een werknemer ontslagen wordt, kan hij aanspraak maken op dat bedrag. Indien hij het verkiest kan hij het bedrag ook overdragen naar het fonds van zijn nieuwe werkgever. Indien het fonds sectoraal georganiseerd wordt, kan het bij verandering van werkgever binnen dezelfde sector nog gemakkelijker doorlopen. Op elk moment van zijn loopbaan kan de werknemer over het voor hem gereserveerde gedeelte beschikken wanneer hij om een of andere reden nood heeft aan extra geld. En waarom zou deze vergoeding van de trouw aan de onderneming niet kunnen gecombineerd worden met de huidige ideeën over de tweede pensioenpeiler. De fiscaal gunstige bepalingen die daar voorzien zijn kunnen dan ook voor het belonen van de trouw aan de onderneming toegepast worden.

Deze bijdrage heeft niet de pretentie een pasklare oplossing te bieden voor alle problemen die het onderscheid arbeiders-bedienden stelt. Er is nog heel wat denk-

werk en overleg nodig om tot voor iedereen bevredigende oplossingen te komen. De enige bedoeling is bij te dragen tot een debat dat op een evenwichtige wijze een einde wil maken aan het voorbijgestreefde onderscheid dat nu nog gemaakt wordt tussen arbeiders en bedienden.

Opleidingsbeding: pleidooi voor duidelijkheid

Guy Cox

Een thema dat hoort tot het individuele arbeidsovereenkomstenrecht en dat na 100 jaar nog steeds geen expliciete regeling kreeg in de Arbeidsovereenkomstenwet is het scholingsbeding. Het aantal artikels, bijdragen in handboeken en gerechtelijke uitspraken dat erover handelt toont nochtans aan dat het thema niet onomstreden is.

Volstaat de vaststelling dat er een controverse bestaat over een - op het eerste gezicht - marginaal punt uit de individuele arbeidsrelatie op zich, om te pleiten voor een expliciete regeling? Is dat andere dictaat, om zoveel mogelijk regels te schrappen en dus ook om te verhinderen dat er bij worden gecreëerd, niet belangrijker? Volgens mij niet.

In deze bijdrage zal ik trachten aan te tonen waarom zowel werknemers en werkgevers als de gehele samenleving gebaat is bij een weloverwogen uitdrukkelijke regeling.

§ 1. Band opleiding en werkloosheid

Vorming en opleiding verlopen langs verschillende kanalen: via basisopleiding, voorgezette vorming en permanente opleiding. Hierbij dragen zowel de overheid en de sociale partners als de individuele werkgever en werknemer eigen verantwoordelijkheden. Het is evenwel een feit dat de gepaste kwalificatie, tijdens welke fase van het levenslang leerproces ze ook verworven werd, de kansen op de arbeidsmarkt sterk doet toenemen. Er is meer. Opleiding heeft immers ook een rechtstreekse impact op de bestrijding van armoede, op de maatschappelijke integratie en de sociale uitsluiting en aan de andere zijde ook op de productiviteit en de economische ontwikkeling. Ik wil mij hier evenwel beperken tot de invloed op de positie op de arbeidsmarkt.

"Vier op tien schoolverlaters die enkel een diploma lager onderwijs op zak hebben, blijven zonder werk", blokletterde een krant[1] op 10 maart laatstleden toen ze een verslag wijdde aan het jaarlijks rapport van de VDAB over de werkzoekende afgestudeerden. Dit is een hoog aantal, zeker wanneer men weet dat de werkvooruitzichten voor schoolverlaters er gemiddeld sterk op vooruitgingen.

Laten we de cijfers even voor zich spreken:

---

[1] *De Financieel Economische Tijd* 10 maart 2001.

Werkgelegenheidsgraad per leeftijd en per behaald diploma

	EU-15	B	DK	D	F	NL	FIN	S
15-24 jaar	38,5	25,5	66,0	46,2	26,5	62,7	45,0	35,4
Lager Secundair (L)	33,5	14,8	62,9	69,4	14,7	55,9	29,2	24,3
Hoger Secundair (M)	48,8	31,5	70,8	67,2	36,9	74,5	59,7	56,5
Hoger Onderwijs (H)	57,0	66,6	67,9	75,0	42,2	92,8	75,5	44,1
25-49 jaar	76,4	79,2	85,3	79,1	77,8	82,5	80,9	81,4
Lager Secundair (L)	64,3	66,0	73,4	63,7	66,9	69,6	72,6	69,7
Hoger Secundair (M)	79,9	82,0	86,5	79,9	81,6	86,2	79,4	82,7
Hoger Onderwijs (H)	87,5	91,0	90,6	89,4	85,7	92,1	88,4	86,6
50-59 jaar	60,3	50,1	76,4	63,2	62,7	61,4	69,0	81,4
Lager Secundair (L)	48,7	37,8	61,9	49,0	54,6	47,9	60,9	72,8
Hoger Secundair (M)	66,7	58,2	77,9	63,1	66,9	67,2	68,9	81,9
Hoger Onderwijs (H)	80,9	74,3	87,1	80,5	79,5	82,1	84,3	92,0
15-59 jaar	65,6	62,9	79,7	69,9	64,3	74,6	71,1	72,4
Lager Secundair (L)	53,2	46,2	66,8	61,6	50,3	60,8	54,7	56,8
Hoger Secundair (M)	71,5	66,8	82,2	74,9	70,6	81,0	73,5	78,4
Hoger Onderwijs (H)	84,0	86,7	89,4	87,0	79,2	90,2	87,1	84,5

Bron: Eurostat "Enquête sur les Forces de Travail - Résultats 1999"

Indien men de werkzaamheidsgraad voor de ganse groep van 15 tot 64-jarigen in aanmerking neemt dan bedraagt deze voor België, respectievelijk Europa, 59,3 % en 62,1 % in 1999. Uit deze tabel blijkt overduidelijk dat de werkzaamheidsgraad toeneemt naarmate het scholingsniveau stijgt en dit ongeacht de leeftijdsklasse of het feit dat een land globaal een hoge of lage werkzaamheidsgraad heeft.

Dezelfde cijferreeks voor de *werkloosheidsgraad* geeft een spiegelbeeld te zien: de werkloosheidsgraad daalt naargelang het scholingsniveau stijgt.

Werkloosheidsgraad per leeftijd en per behaald diploma

	EU-15	B	DK	D	F	NL	FIN	S
15-24 jaar	18,4	22,6	10,0	8,9	26,5	7,4	28,6	16,3
Lager Secundair (L)	21,6	30,4	9,1	9,9	35,7	10,3	40,4	22,3
Hoger Secundair (M)	16,8	20,1	10,6	7,9	24,2	4,8	22,3	15,3
Hoger Onderwijs (H)	15,3	14,4	.	7,3	16,9	.	.	.
25-49 jaar	8,5	7,6	4,2	7,9	11,0	3,0	8,8	7,1
Lager Secundair (L)	13,0	13,3	7,6	15,1	16,8	5,7	14,6	12,6
Hoger Secundair (M)	7,5	6,8	3,8	7,7	9,6	2,3	9,7	7,3
Hoger Onderwijs (H)	5,3	3,2	3,1	4,1	6,5	1,7	4,9	4,1
50-59 jaar	7,9	6,2	4,8	12,6	8,9	2,5	8,5	5,3
Lager Secundair (L)	9,5	8,4	6,3	17,6	11,4	2,8	11,9	6,0
Hoger Secundair (M)	8,1	6,2	5,1	13,1	8,1	2,5	8,7	6,0
Hoger Onderwijs (H)	4,6	2,9	3,0	7,9	4,3	(2,0)	4,1	3,5
15-59 jaar	9,7	8,8	5,3	9,0	12,2	3,7	11,9	7,6
Lager Secundair (L)	13,6	14,0	7,9	14,2	17,4	6,4	19,9	11,7
Hoger Secundair (M)	9,0	8,4	5,0	8,7	11,1	2,7	12,0	8,0
Hoger Onderwijs (H)	5,8	3,8	3,1	5,0	7,0	1,8	4,9	3,9

Bron: Eurostat "Enquête sur les Forces de Travail - Résultats 1999"

De verdere opsplitsing van deze cijfers naar Vlaanderen, Wallonië, Brussel en België geeft volgende resultaten voor 1998 en 1999.

Werkgelegenheidsgraad per behaald diploma

1998				
	Vlaanderen	Wallonië	Brussel	België
Totaal	60,29%	53,57%	53,66%	57,52%
LO of geen	34,98%	29,83%	32,41%	33,05%
LSO	48,10%	42,73%	41,02%	45,64%
HSO	66,48%	59,15%	52,82%	63,16%
HNUO-KT	84,09%	78,47%	74,44%	81,44%
HNUO-LT	86,05%	81,11%	79,45%	84,06%
UO	87,27%	83,83%	83,69%	85,60%
1999				
	Vlaanderen	Wallonië	Brussel	België
Totaal	62,50%	54,80%	54,10%	59,30%
LO of geen	34,60%	30,80%	29,60%	32,70%
LSO	52,70%	45,60%	41,60%	49,40%
HSO	68,70%	59,90%	54,60%	64,90%
HNUO-KT	85,60%	79,40%	79,70%	83,20%
HNUO-LT	86,30%	80,60%	78,30%	83,80%
UO	87,50%	86,20%	83,90%	86,40%

LO of geen: Lager Onderwijs of geen diploma
LSO: Lager Secundair Onderwijs
HSO: Hoger Secundair Onderwijs
HNUO-KT: Hoger Niet-Universitair Onderwijs Korte Type
HNUO-LT: Hoger Niet-Universitair Onderwijs Lange Type
UO: Universitair Onderwijs

Bron: NIS, Enquête naar de arbeidskrachten 1998 - 1999

Werkloosheidsgraad per behaald diploma				
1998				
	Vlaanderen	Wallonië	Brussel	België
Totaal	5,44%	13,64%	18,51%	9,05%
LO of geen	10,26%	23,42%	36,73%	16,83%
LSO	7,85%	18,87%	26,52%	13,14%
HSO	5,36%	13,74%	19,63%	8,77%
HNUO-KT	1,81%	5,81%	6,53%	3,56%
HNUO-LT	3,00%	5,01%	5,77%	3,86%
UO	2,16%	4,41%	4,82%	3,36%
1999				
	Vlaanderen	Wallonië	Brussel	België
Totaal	5,37%	12,56%	18,73%	8,56%
LO of geen	10,90%	20,27%	48,64%	16,70%
LSO	7,38%	17,35%	28,68%	11,84%
HSO	4,82%	12,70%	19,30%	7,99%
HNUO-KT	2,69%	5,96%	6,73%	3,98%
HNUO-LT	2,82%	5,53%	7,47%	4,01%
UO	2,54%	3,81%	5,58%	3,41%

LO of geen: Lager Onderwijs of geen diploma
LSO: Lager Secundair Onderwijs
HSO: Hoger Secundair Onderwijs
HNUO-KT: Hoger Niet-Universitair Onderwijs Korte Type
HNUO-LT: Hoger Niet-Universitair Onderwijs Lange Type
UO: Universitair Onderwijs

Bron: NIS, Enquête naar de arbeidskrachten 1998 - 1999

§ 2. Europees pleidooi

Sinds in november 1997 de Europese werkgelegenheidsstrategie in Luxemburg eens en voorgoed op het spoor gezet werd met de jaarlijks weerkerende Richtsnoeren, Nationale Actieplannen, Gezamenlijk Verslag over de werkgelegenheid en de Aanbevelingen aan de lidstaten,[2] maakt vorming en opleiding een belangrijk deel uit van die strategie. Elk jaar opnieuw versterkt trouwens de nadruk op de noodzaak een geïntegreerde strategie voor *life long learning* te ontwikkelen met streefdoelen enz.

Die verhoogde aandacht blijkt onder meer in de vernieuwde werkgelegenheidsrichtsnoeren voor 2001.In de horizontale doelstellingen van deze richtsnoeren werd een deel van de conclusies van de Europese Raad van Lissabon (23 en 24 maart 2000) verwerkt. Er wordt bijvoorbeeld aangedrongen op het ontwikkelen van een alomvattende en coherente strategie voor levenslang leren. Dit moet mensen toelaten

[2] Wat men nu de "open coördinatiemethode" is gaan heten.

gedurende hun hele leven in te spelen op economische en sociale veranderingen. De ontwikkeling van systemen van zowel lager, middelbaar en hoger onderwijs, bijscholing en beroepsopleiding voor jonge mensen en volwassenen dient hierin begrepen te zijn.

Binnen de 4-pijlerstructuur van de werkgelegenheidsrichtsnoeren besteedt vooral pijler 1 inzake de verbetering van de inzetbaarheid verder veel aandacht aan het thema van onderwijs, opleiding en levenslang leren. Richtsnoer 4 spoort de lidstaten aan om in hun nationale actieplannen van 2001[3] de nodige aandacht te besteden aan het verbeteren van de kwaliteit van onderwijs- en opleidingsstelsels. Dit behelst zowel de initiële beroepsopleiding als het levenslang leren. Zowel de basisvaardigheden van jonge mensen worden benadrukt als de noodzaak om het aantal jongeren dat vroegtijdig het onderwijssysteem verlaat te verminderen. Daarnaast moeten eveneens de voorwaarden worden gecreëerd om de volwassenen een betere toegang tot levenslang leren te geven. Tevens wordt aandacht gevraagd om via de erkenning van kwalificaties, verworven kennis en vaardigheden, de mobiliteit te vergemakkelijken en het levenslang leren te bevorderen.

In de aanbevelingen die de Raad van de Europese Unie aan België gaf op basis van de wijze waarop België deze Europese werkgelegenheidsstrategie had geïmplementeerd via zijn nationaal actieplan van 2000, stond trouwens een expliciete aanbeveling inzake vorming en opleiding:[4] ons land wordt aangemaand om een volledige strategie te implementeren inzake opleiding en levenslang leren teneinde de knelpunten inzake bepaalde kwalificaties te voorkomen en tevens om de economie en de kennismaatschappij een steviger basis te geven.

§ 3. Hoe goed doen we het in België?

De kwalificatie van de actieve bevolking hangt natuurlijk niet uitsluitend af van het basisonderwijs, maar daar wordt wel de fundering en de attitude gevestigd die later kan en moet aangevuld worden. Een van de pijnpunten in het onderwijs vormt het feit dat er nog steeds te veel jongeren de school voortijdig verlaten. Voor gans Europa bedroeg in 1999 het percentage van 18- en 24-jarigen dat de school verliet met maximaal een getuigschrift van het lager secundair onderwijs nog 20 %. In België bedroeg dit aandeel ook nog steeds 15,2 %[5] (13 % in Vlaanderen). De Top van Lissabon droeg de Lidstaten op om dit cijfer tegen 2010 minstens te halveren.

Anderzijds bezat binnen de Europese Unie in 1999 meer dan 60 % van de bevolking op beroepsactieve leeftijd (25-64) een vorming die minstens gelijk was aan hoger secundair onderwijs. Natuurlijk zijn ook hier de resultaten ongelijk voor de verschillende lidstaten. Zweden, Duitsland en Denemarken bereiken een niveau dicht bij 80 %. België zit bij de middenmoters met een percentage van 57,4 %.

---

[3] Deze moeten worden ingediend bij de Europese Commissie begin mei 2001.

[4] Raad van de Europese Unie 5 januari 2001.

[5] Bron: *Labor Force Survey* 1992-1999.

Hoe kwijten bedrijven en werknemers zich in België van hun taak om dit onderwijs aan te vullen via voortdurende vorming in de ondernemingen? In het jaarverslag van 2000 inventariseert de Hoge Raad voor de Werkgelegenheid een aantal beschikbare gegevens op basis van de analyse van de sociale balansen van 1998.[6] Hieruit blijkt dat ongeveer 36,5 % van het personeelseffectief van de privé-sector in de loop van 1998 van vorming genoot die gemiddeld 36 uur duurde. Dit komt overeen met 0,9 % van alle in de ondernemingen gepresteerde uren of 2,3 % van de gemiddelde arbeidsduur van een voltijdse werknemer. De gemiddelde kost bedroeg iets meer dan 64.000 fr. per persoon. Het totale bedrag aan vorming besteed bedroeg aldus gemiddeld 1,4 % van de personeelskosten. Dit bedrag sluit evenwel de louter sectorale vormingsinspanningen die voor een deel voortspruiten uit de Interprofessionele akkoorden (ondermeer de bijdrage van 0,10 % voor risicogroepen), nog NIET in.[7] Bovendien dekt de analyse van de sociale balansen nog niet alle ondernemingen en is de validiteit van de gegevens sterk beïnvloed doordat niet alle ondernemingen informatie verstrekken.

Deze sociale balansen leren ook dat het budget dat ondernemingen aan vorming hebben besteed in 1998 met 14 % steeg ten opzichte van 1997; in 1997 bedroeg het totale budget immers slechts 1,3 % en in 1996 nog slechts 1,2 %. Natuurlijk zijn ook hier de inspanningen niet gelijk verdeeld tussen de ondernemingen en de sectoren. Bovendien is het meestal zo dat de vormingsinspanningen ook niet gelijk verdeeld zijn over de verschillende personeelscategorieën binnen de onderneming.

Uit onderzoek blijkt dat ondernemingen doorgaans bijvoorbeeld meer geneigd zijn te investeren in de permanente vorming van die werknemers die reeds de hoogste basisopleiding genoten; anderzijds zijn vormingsinspanningen vaak geconcentreerd in de beginfase van de tewerkstelling en op jongeren. Binnen Europa heeft de leeftijdsgroep 25-34 jaar een 7-maal hogere kans om aan vorming deel te nemen dan de leeftijdsgroep 55-64 jaar.[8]

Op het gebied van de inspanningen die inzake vorming en permanente vorming in de ondernemingen geleverd worden is een internationale vergelijking gemaakt door de OESO in 1999.[9] Deze studie toont aan dat België achterop loopt in vergelijking met het gemiddelde van de andere landen zowel op het gebied van de participatie (het aantal werknemers dat een vorming gevolgd heeft) als inzake de duur van de vorming (gemiddeld aantal uren van een vorming). Opnieuw, weinig verrassend, zijn het de Scandinavische landen en het Verenigd Koninkrijk die het goede voorbeeld geven. Aan de andere zijde van het spectrum bevinden zich vooral mediterrane en Centraal-Europese landen, net voorafgegaan door België hetgeen duidelijk blijkt uit volgende synthetische grafiek :

---

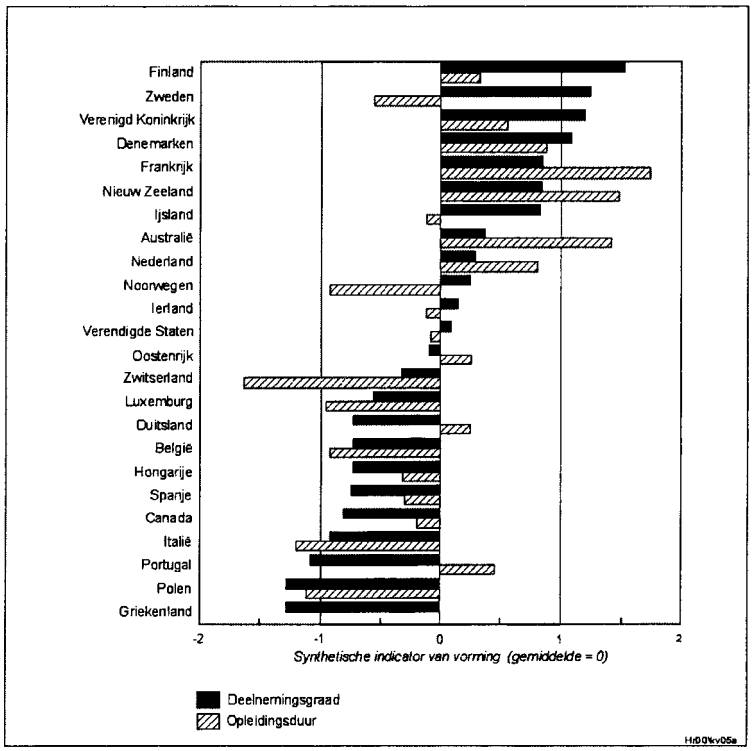
6 HOGE RAAD VOOR DE WERKGELEGENHEID, *Jaarverslag 2000*, bijlage III, 23 e.v.

7 Hierop komen we verder terug.

8 *Joint Employment Report 2000*, 39.

9 OCDE, *Perceptives de l'Emploi, 1999, Formations de Travailleurs adultes dans les pays de l'OCDE: mesure et analyse*, 147-192.

Grafiek 1 - Synthetische indicator van permanente vorming: deelnemingsgraad en opleidingsduur



Bron: OESO, 1999

De Europese Unie verwerkte in zijn Gemeenschappelijk Verslag over de Werkgelegenheid 2000 de Europese cijfers over opleidingen en permanente vorming op basis van de "*Labor Force Survey*". Daar wordt op basis van enquêtes nagegaan wie in de loop van de voorbije 4 weken deelgenomen heeft aan de vorming of opleiding.[10]

Het algemeen Europees resultaat wordt als zwak bestempeld, hoewel sinds 1997 toch in stijgende lijn. De participatiegraad in de bevolkingsgroep van 25 tot 64 jaar bedroeg immers nog 6,5 % in 1997 en was in '99 reeds opgeklommen tot 8 %. Het slechtst presteerden de mediterrane landen, Frankrijk, Duitsland en Ierland; het best weer Zweden, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk met gemiddelden rond of boven 20 %. België zit in dit onderzoek net onder het Europese gemiddelde.

[10] *Joint Employment Report 2000*, 38 e.v.

§ 4. Rol sociale partners

Gezien de impact van onderwijs, vorming en opleiding op onder meer de werking van de arbeidsmarkt, de productiviteit en de economische ontwikkeling en rekening houdend met de grote inspanning die België nog moet doen om de afstand te overbruggen ten opzichte van de voorbeeldige Lidstaten zal op elk niveau moeten onderzocht worden hoe 'een aantal tandjes kan bijgestoken worden'. Want het is natuurlijk zaak om op alle fronten te werken aan een geïntegreerde strategie.

Zowel de overheid als de ouders dragen verantwoordelijkheid voor het welslagen van het onderwijsproject. Voor wat daarop aansluit (of moet aansluiten) zijn naast ondernemingen en werknemers (en werklozen) ook de diverse overheden (creëren van reglementaire kader, geven van fiscale en andere stimuli, ...) en de sociale partners verantwoordelijk.

Alvast de sociale partners hebben met hun Interprofessioneel akkoord van 1999/2000 en voor 2001/2002 aangetoond dat zij de goede richting kozen. Door overeen te komen dat de ondernemingen bij elk akkoord meer moeten besteden aan de permanente vorming van hun personeel en/of de werkzoekenden, gaven zij te kennen zelf overtuigd te zijn van de noodzakelijke mentaliteitsomslag. Het streefcijfer van 1,9 % van de loonkosten (overeenkomstig het gemiddelde van de drie buurlanden) werd vooropgesteld voor 2004. Einde 2000 moest het aandeel reeds 1,4 % bedragen. Het recentste interprofessioneel akkoord stelt 1,6 % voorop voor einde 2002. Volgens de analyse van de sociale balansen zou het objectief van 1,4 % reeds gemiddeld gerealiseerd zijn in 1998.[11]

Daarnaast zetten de sociale partners in hun interprofessioneel akkoord 2001-2002 de specifieke inspanning van 0,10% voor vorming en tewerkstelling van risicogroepen verder. Mede hierdoor ontstond in de sectorale en ondernemingsonderhandelingen een dynamiek waarin vorming steeds vaker als een belangrijk onderdeel van de onderhandelingsagenda werd aanzien.

In het kader van de Europese werkgelegenheidsrichtsnoeren wordt meermaals gewezen op deze verantwoordelijkheid voor de partners om tot afspraken te komen over maatregelen ter verbetering van scholing en bijscholing voor volwassenen. Dit is trouwens slechts één van de punten waar de Europese Werkgelegenheidsstrategie oproept om in de tenuitvoerlegging meer alomvattend partnerschappen met de sociale partners uit te bouwen.[12]

Het is dan ook niet verwonderlijk dat het engagement van de Belgische sociale partners om de investeringen in permanente vorming progressief te vermeerderen, lof krijgt in het Gemeenschappelijk Verslag over de Werkgelegenheid 2000.[13] [14]

---

[11] HOGE RAAD VOOR DE WERKGELEGENHEID, *Jaarverslag 2000*, bijlage III, 25.

[12] Zie horizontale doelstellingen van de werkgelegenheidsrichtsnoeren voor 2001.

[13] Zie Deel II, bijlage over de Lidstaten.

De sociale gesprekspartners zouden er uiteraard best aan doen hun rol niet te (laten) beperken tot inspanningen voor risicogroepen, sectorale vormingsfondsen en globale verhoging van het aandeel van de loonmassa dat aan permanente vorming wordt besteed - hoe belangrijk deze doelstellingen dan ook mogen zijn. Minstens op vier fronten kan en moet in het kader van een globale strategie ten voordele van permanente vorming, de dynamiek nog sterk vergroot worden.

Met het educatief verlof, dat *in se* een goed stelsel is, moet meer te doen zijn in het kader van het levenslang leren. Gemiddeld gebruikt slechts 2 % van het totale aantal werknemers dit stelsel. Ongeveer 70 % van alle gebruikers is jonger dan 40. Een eerste stap die politiek reeds aangekondigd werd is de uitbreiding van de toegang tot deeltijdse werknemers en de verdere administratieve vereenvoudiging. De sociale partners speelden hierop in tijdens hun recentste interprofessioneel akkoord. Andere domeinen die nog onvoldoende aandacht van de partners krijgen zijn het industrieel leerlingwezen en de combinatie leren en werken (Koninklijk Besluit nr. 495).

Een derde thema waar de partners best trachten ook een stimulerende rol te spelen is in de implementatie van een stelsel waarbij vooral buitenschoolse verworven kwalificaties op een eenvormige wijze kunnen gevaloriseerd en gecertificeerd worden.

---

[14] "Europa" heeft terecht aandacht voor de dynamische rol die de sociale partners op nationaal (en Europees) vlak kunnen spelen bij het implementeren van de werkgelegenheidsstrategie. Het realiseren van de werkgelegenheidsdoelstelling van Europa mag trouwens als een 'fundamentele doelstelling' begrepen worden, waarvoor men een beroep doet op de verantwoordelijkheidszin en het voluntarisme van de sociale partners.
Het is des te meer enorm verontrustend dat de Europese Commissie (DG mededinging) het nodig vindt in een recente verordening over 'opleidingssteun' dd.12 januari 2001 *(PB. L.* 10/20 van 13 januari 2001) de middelen die vanuit de sectorale fondsen worden gebruikt voor opleidingsprojecten in ondernemingen, als publieke middelen en dus mogelijk als 'Staatssteun' te kwalificeren indien de bijdrage door de werkgevers aan deze fondsen opgelegd is door de overheid (bijvoorbeeld via algemeen verbindend verklaarde CAO). Dit brengt immers mee dat daardoor het gebruik van deze puur conventionele middelen administratief enorm aan banden zou gelegd worden.
Normaliter zou het gebruik van deze middelen dan immers op voorhand aangemeld moeten worden aan de Commissie die nagaat of hierdoor geen concurrentieverstoring zou kunnen optreden. Slechts nadat via een langdurige en omslachtige procedure groen licht bekomen wordt van de Commissie mag een dergelijk project dan uitgevoerd worden. De genoemde verordening strekt er weliswaar toe deze voorafgaande goedkeuringsprocedure wat te verlichten indien de steun die aan opleidingsprojecten van ondernemingen gegeven wordt bepaalde maximum intensiteiten en andere voorschriften respecteert ; omvangrijke en gedetailleerde verslaggeving achteraf blijft nodig.
Een dergelijke ingreep in de vlotte autonome werking van de sectorale vormingsfondsen is natuurlijk de beste garantie om elke dynamiek en ieder voluntarisme bij de partners volledig in de kiem te smoren. Het valt te vrezen dat zij snel zullen opteren om alle financiële middelen voor vorming niet meer te solidariseren maar nog uitsluitend in de eigen onderneming aan te wenden (waar de Europese Commissie er niet op toekijkt).
Bovendien is de kwalificatie als staatssteun van de middelen van sectorale vormingsfondsen natuurlijk niet uitsluitend gereserveerd voor opleidingsprojecten van ondernemingen. Er is immers geen enkele reden waarom deze kwalificatie dan ook niet zou gelden wanneer die middelen worden ingezet voor bijvoorbeeld tewerkstellingsprojecten.
Dit is een zoveelste voorbeeld waarmee kan geïllustreerd worden dat een coherent Europees beleid momenteel nog steeds uitsluitend geacht wordt aanwezig te zijn indien elke Europese politiek zich schikt naar de zaligmakende liberale economische imperatieven van DG-concurrentie.
Bij het ter perse gaan is het conflict tussen DG-concurrentie en de Belgische overheid respectievelijk sectorale fondsen nog niet van de baan.

Ook op het niveau van de Internationale Arbeidsorganisatie werden hierover tijdens de Internationale Arbeidsconferentie van juni 2000 afspraken gemaakt en op Europees vlak onderkent men eveneens het belang van dit instrument.[15]

Niet enkel in het collectieve arbeidsrecht kunnen de sociale partners hierover afspraken maken die passen binnen het reglementaire kader. Ook op individueel arbeidsrechtelijk vlak kan deze thematiek impact hebben indien het individuele recht straks gekaderd wordt waardoor de werknemer vanwege zijn werkgever een attest moet krijgen over de competenties die hij tijdens zijn arbeidsovereenkomst verworven heeft op eigen initiatief of in opdracht van het bedrijf. De Hoge Raad voor de Werkgelegenheid onderstreepte trouwens herhaaldelijk het belang van een dergelijk kader voor de promotie van de voortdurende vorming in de ondernemingen.[16] Een vierde bijkomend aandachtspunt dat nog meer vervlochten is met het individuele arbeidsrecht, betreft het scholingsbeding of de scholingsclausule. Waarom verdient het scholingsbeding onze aandacht en deze van de sociale partners? Zijn er goede redenen voor de wetgever om na 100 jaar stilzwijgen de spelregels inzake het scholingsbeding vast te leggen? Op deze vragen is een antwoord maar mogelijk nadat de huidige stand van doctrine en rechtspraak toegelicht zijn.

§ 5. Synthese huidige opvatting over geldigheid scholingsbeding

A. Begrip

De wetgever spreekt niet (expliciet) over het scholingsbeding en geeft er dus ook geen definitie van. In rechtsleer en rechtspraak circuleren meerdere vergelijkbare omschrijvingen. Doorgaans houdt men het bij een beding waarbij de werkgever zich ertoe engageert een werknemer op zijn kosten een opleiding te verstrekken en de werknemer zich in ruil ertoe verbindt gedurende een zekere tijd in dienst te blijven. Indien de werknemer de onderneming voortijdig verlaat op eigen initiatief of omdat hij omwille van een dringende reden door de werkgever wordt afgedankt, moet hij een in de clausule voorziene vergoeding betalen aan de werkgever.

B. Rechtsgeldigheid

Over de rechtsgeldigheid van dergelijke bedingen is, ook doordat de wetgever zwijgt, al jarenlang getwist in doctrine en rechtspraak. Grosso modo kan men drie strekkingen onderscheiden.

Een *eerste eerder geïsoleerde opvatting* houdt in dat een scholingsbeding onvoorwaardelijk *geldig* is.[17]

---

[15] *Joint Employment Report 2000*, 43.

[16] HOGE RAAD VOOR DE WERKGELEGENHEID, *Jaarverslag 2000*, 9 en bijlage III, 29.

[17] Arbrb Brussel 23 februari 1987, *J.T.T.* 1987, 414.

Een *tweede stelling* die vooral in de doctrine maar ook in een deel van de rechtspraak steun vindt besluit tot *ongeldigheid van dit beding.*[18] Hierbij wordt verwezen naar de artikelen 6 en 37 van de Arbeidsovereenkomstenwet en naar de voorbereidende besprekingen van die wet. Tijdens de parlementaire voorbereiding had de minister immers verklaard dat dergelijke clausules voortaan strijdig zouden zijn met artikel 37 en artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet[19] omdat ze de verplichtingen van de werknemer wanneer hij zijn ontslag geeft verzwaren ten opzichte van hetgeen artikel 37 van de Arbeidsovereenkomstenwet voorschrijft.
Maar er zijn ook andere motieven aangehaald om tot de ongeldigheid te besluiten, zoals het feit dat het scholingsbeding afbreuk doet aan het verbod om zich voor het leven te verbinden.[20] Een meer recente stelling leidt de ongeldigheid af uit de schending van artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat de aansprakelijkheid van een werknemer voor de schade die hij veroorzaakt bij de uitvoering van de overheidsovereenkomst beperkt tot de zware fout of de veel voorkomende lichte fout. Een scholingsbeding zou immers die wettelijk vastgelegde aansprakelijkheid van de werknemer verzwaren.[21]

Een derde strekking besluit tot de voorwaardelijke geldigheid van scholingsbedingen. Deze strekking zoekt meestal steun in een Cassatiearrest van 19 september 1973.[22] In dat arrest besliste het Hof van Cassatie dat het Arbeidshof in een concreet geval uit zijn autonome vaststelling dat de werknemer op basis van het beding geen vergoeding wegens contractbreuk moest betalen, doch enkel een gedeelte van de opleidingskosten moest terugbetalen, wettig kon afleiden dat het opleidingsbeding niet tot doel had de opzeggingstermijn die de werknemer moest naleven, te verlengen.

Uit dat Cassatiearrest kan dus worden afgeleid dat een opleidingsbeding geldig *kan* zijn op voorwaarde dat het voorziet in de terugbetaling van gemaakte opleidingskosten en geen werkelijke schadevergoeding wegens het ontslag is.[23] Of de rechter ook *verplicht* is tot deze conclusie blijkt niet uit het arrest. Die te betalen som moet

---

[18] *Parl. St.* Senaat, 1977-78, nr 258/2, 51 en 52.

[19] Zie o.m. Arbh. Gent 4 maart 1988, *Soc. Kron.* 1989, 131, noot J. JACQMAIN; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 21 april 1995, *J.T.T.* 1996, 283, Arbrb. Brussel 13 december 1971, *J.T.T.* 1973, 119; J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1992, p. 27-28, nr. 12; D. CUYPERS, "Rechtsmisbruik in het arbeidsrecht revisited", in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 5, Gent, Mys en Breesch, 1997, p. 98, nr. 215; V. PETRY, "Over opleidingen betaald door de werkgever, misbruik van ontslagrecht en scholingsbedingen", *Or.* 1989, 30.

[20] P. VAN DER VORST, "La clause d'écolage dans les contrats de louage de travail à durée indéterminée ou la licéité d'une stipulation contractuelle qui entrave le droit de démission en le rendant plus onéreux", *J.T.T.* 1974, 161-164.

[21] Arbh.Antwerpen (afd.Hasselt) 21 april 1995, *J.T.T.* 1996, 283; D. CUYPERS, "Rechtsmisbruik in het arbeidsrecht revisited", *l.c.*, p. 98, nr.215; J. JACQMAIN, "La clause d'écolage: à dure école", noot onder Arbh.Gent 4 maart 1998, *l.c.* 32.

[22] Cass. 19 september 1973, *R.W.* 1973-74, 1389.

[23] M. WEYNS, *Arbeidsovereenkomstengids*, 2000, 88.

dan natuurlijk in verhouding staan tot de reële extra uitgaven die de werkgever deed met het oog op de opleiding.[24]

Andere geldigheidsvoorwaarden die door de voorstanders van deze thesis worden genoemd betreffen de duur van de in het beding opgelegde 'trouw' aan de onderneming. Of die duur redelijk is moet *in concreto* worden beoordeeld. Een duurtijd van twee, drie of zelfs vijf jaar werd reeds in de rechtspraak als aanvaardbaar beschouwd. Deze duur moet ook in verhouding staan tot het belang van de functie.[25] Het bedrag dat als kostenvergoeding aangerekend wordt moet ook afnemen naargelang de in het beding bepaalde termijn verstrijkt. Uiteraard kan het opleidingsbeding geen uitwerking hebben indien de werkgever zelf zonder dringende reden de arbeidsovereenkomst beëindigt. In dat geval zou men immers te maken hebben met een zuiver potestatieve voorwaarde.[26] Tenslotte wordt meermaals als geldigheidsvoorwaarde opgesomd dat de opleiding niet enkel voor het bedrijf een meerwaarde mag opleveren, maar ook de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt moet versterken.[27]

Het Hof van Cassatie heeft in 1997 nogmaals de gelegenheid gehad om zich uit te spreken over de geldigheid van het scholingsbeding;[28] meer duidelijkheid werd evenwel niet gecreëerd. Het Arbeidshof te Antwerpen had *in concreto* beslist dat de vergoeding die in het scholingsbeding was vastgelegd in feite een schadevergoeding was. Zonder een algemene uitspraak te hoeven doen, besliste het Hof van Cassatie dat het Arbeidshof hieruit geldig kon afleiden dat hierdoor het ontslagrecht van de werknemer werd beperkt. Uit dit Cassatiearrest kan wel worden afgeleid dat de rechter die het scholingsbeding interpreteert als een bijkomende schadevergoeding voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, *kan* besluiten tot de nietigheid van het beding.[29] Dat hij dit *moet* doen kan evenwel niet afgeleid worden uit het arrest.

Aangezien de vergoeding die voorzien is in het scholingsbeding in principe slechts zal gevraagd worden bij dit voortijdig vertrek van de werknemer, zal de feitenrechter vaak geneigd zijn deze betaling, zelfs al beoogt ze de contractueel overeengekomen vergoeding van gemaakte kosten, te zien als een bijkomende schadevergoeding bij het ontslag. De geldigheid van het scholingsbeding komt daardoor sterk onder druk te staan, gegeven dit Cassatiearrest. In elk geval is de appreciatie van de feitenrechter bijna altijd determinerend.[30]

---

[24] I. VAN PUYVELDE, "Beperkingen van het ontslagrecht van de werknemer", *A.T.O.* O 208-265 (+ geciteerde rechtspraak).

[25] I. VAN PUYVELDE, *l.c.*; R.C. GOFFIN, "L'aménagement négocié des conditions du licenciement", *Soc. Kron.*, 1998, 59.

[26] I. VAN PUYVELDE, *l.c.*; R.C. GOFFIN, *l.c.*

[27] M. WEYNS, *o.c.*, 88 verwijst naar casus waar geoordeeld werd dat een opleiding van een arbeidster in het lassen van plastieke zakken, niet aan deze voorwaarde voldoet (Arbrb. Brussel 17 december 1990, *R.S.R.* 1991, 212).

[28] Cass. 10 maart 1997, *J.T.T.* 1997, 322 noot C. WANTIEZ.

[29] I. PLETS, noot: "(On)zekerheid over de geldigheid van het scholingsbeding", *A.J.T.* 1997-98, 218.

[30] C. WAUTIEZ, noot onder Cass. 10 maart 1997, *J.T.T.* 1997, 324.

Bovendien lijkt dit arrest het pad te effenen voor de toetsing van de scholingsbedingen aan artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet waar het stelt dat de vergoeding die in een scholingsbeding als schadevergoeding voor gedane investeringen opgenomen is, als aansprakelijkheidsbeding kan worden beschouwd. Het is anderzijds ook duidelijk dat ook hier het Hof van Cassatie een onderscheid maakt tussen een schadevergoeding en een terugbetaling van gemaakte opleidingskosten.[31]

C. Waarom wijzigen?

Het is niet de bedoeling hier nog langer stil te staan bij deze drie strekkingen en bij alle varianten en nuanceringen ervan. In de aangehaalde studies worden de diverse theorieën grondig geanalyseerd en wordt er uitvoerig verwezen naar rechtspraak.

Hoe boeiend deze discussie ook is, zij bevredigt niet meer. Te lang reeds wordt in dit dispuut ter plaatse getrappeld. Dit kan duels opleveren van een hoog juridisch niveau, maar we schieten er niet mee op. Want hoezeer men ook kan voorspellen welke soorten opleidingsbedingen zeker ongeldig zullen worden verklaard bij een eventuele toetsing door de rechtbanken, men kan nog niet met zekerheid aangeven welke waarborgen in het beding moeten zitten opdat het met zekerheid geldig zal worden verklaard.

En deze onzekerheid werkt verlammend. Zij is verlammend voor het voluntarisme van veel werkgevers om meer te investeren in de vorming en opleiding van hun werknemers. Want wat schieten we ermee op dat gaandeweg de rechtszekerheid aan de hand van de evoluerende rechtspraak, elk decennium een fractie dichterbij komt. Wat baat die te trage evolutie indien men weet dat de resterende rechtsonzekerheid ongetwijfeld dagelijks menig werkgever ertoe overhaalt om toch maar niet in bijkomende vorming te investeren. Uiteraard blijven er tientallen goede redenen intact om toch die investering te doen. Ik stel enkel vast dat te veel werkgevers aarzelen onder invloed van de onduidelijkheid.

En wie is daarvan het eerste slachtoffer? Niet zozeer de onderneming in kwestie want die vindt doorgaans op de arbeidsmarkt wel, vroeg of (vaak) laat iemand met de gewenste kwalificatie tegen de 'marktprijs'. Slachtoffers zijn eerder nog de werknemers en de maatschappij. Want deze impasse leidt tot desinvestering in vorming, tot een groter vormingstekort bij werknemers en dus ook tot minder weerbare werknemers met duidelijk minder kansen op de arbeidsmarkt. Een stroever werkende arbeidsmarkt met afnemende productiviteit en minder economische welvaart zijn andere rechtstreekse gevolgen.

In het eerste deel van dit artikel werd duidelijk de band aangetoond die bestaat tussen vorming en opleiding en de werking van de arbeidsmarkt. Het is daarom nodig dat snel en adequaat regelgevend wordt opgetreden om een duidelijke en evenwichtige verdeling van rechten en plichten van werkgever en werknemer

---

[31] M. DEVOS, "Bloemlezing arbeidsrecht: juli 1996 - juli 1997 (I)", *Or.* 1998, 12.

hieromtrent op papier te zetten. Want de huidige rechtsorde blijft momenteel in gebreke om op dat punt het maatschappelijk verkeer afdoend te regelen.

Het is trouwens een misvatting te denken dat de werknemers door de huidige onduidelijkheid een betere bescherming zouden genieten. Fundamenteel leidt die onduidelijkheid er immers toe dat veel vorming aan hen voorbijgaat. Bovendien zoeken meer inventieve ondernemingen alternatieven voor het scholingsbeding waarbij de rechtsgeldigheid (voorlopig) minder betwist wordt, maar waarbij de rechten van de werknemer niet noodzakelijk goed beveiligd zijn. Zo is geweten dat in sommige publicaties onomwonden gepleit wordt voor het opnemen in de arbeidsovereenkomst van de afspraak dat de werknemer de faciliteit krijgt om op eigen kosten een opleiding te volgen die later in een keer of in meerdere keren geheel of gedeeltelijk wordt 'terugbetaald' door de onderneming onder de vorm van een anciënniteitspremie indien de werknemer voldoende lang in de onderneming blijft.

Anderzijds blijven ook de ondernemingen op hun honger in de huidige regeling want zij kunnen zich op geen enkele wijze verzekeren van de rendabiliteit van hun investering in de opleiding van hun werknemers. Het gaat er hierbij niet om de werknemers te culpabiliseren ; uiteraard is er een andere werkgever die vaak aan de basis ligt van het voortijdig vertrek van de vers opgeleide werknemer. De goede oude (?) regel '*Pacta sunt servanda*' kan misschien nog wel wat diensten bewijzen. En omdat de werknemer in de grote meerderheid der gevallen toch in een ondergeschikte positie aan de onderhandeling begint, is het uiteraard nodig dat er duidelijke spelregels worden opgesteld door de wetgever en/of de sociale partners.

D. De lege ferenda

De sociale gesprekspartners hebben in hun interprofessioneel akkoord 2001/2002 onder de hoofding "Efficiëntere werking van de arbeidsmarkt" een engagement opgenomen om de problematiek van het scholingsbeding voor 1 juli 2001 in de Nationale Arbeidsraad te onderzoeken. Zij verbonden zich ertoe te onderzoeken of en zo ja, onder welke voorwaarden, in de mogelijkheid van een scholingsbeding kan worden voorzien in de regelgeving.

Men mag hopen dat de sociale partners hun opdracht ter harte nemen en deze passus niet beschouwen als een loutere 'stijlfiguur' om een bepaald dispuut niet te hoeven uitdiscussiëren.

Want zoals aangetoond dragen zij een grote verantwoordelijkheid om deze kans aan te grijpen en aan te tonen dat het hun menens is om bedrijven en werknemers ook via deze weg op het spoor van de permanente vorming te zetten. Twintig jaar geleden bereikten ze geen eensgezindheid over een voorstel om elk opleidingsbeding nietig te verklaren. De omstandigheden en de tijdsgeest zijn nu anders. Nu luidt de opdracht spelregels vast te leggen die geldige opleidingsbedingen moeten respecteren zodat ze zowel de belangen van de werknemers als van de werkgevers dienen.

De spelregels moeten garanderen dat akkoorden tot stand komen die een evenwicht respecteren tussen de belangen van beide partijen en op die wijze de smeerolie vormen voor nog maar eens een radertje in de arbeidsmarkt dat vlotter draait.

De leidraad bij het uitwerken van een dergelijke evenwichtige regeling moet het evenredigheidsbeginsel zijn of nog de proportionaliteit tussen de rechten en plichten van elk der 2 partijen. Er moet evenredigheid bestaan tussen de ondernemingstrouw die men vraagt aan de werknemer en de meerwaarde die de werknemer verwerft op de arbeidsmarkt aan overdraagbare competenties, dit wil zeggen competenties die niet enkel in het betrokken bedrijf rendabel zijn. Er moet evenredigheid bestaan tussen de duur van het scholingsbeding en de extra inspanning die de werkgever levert in het kader van het opleidingsbeding, tussen deze duur en het belang van de functie die de werknemer uitoefent (ondermeer uitgedrukt in het bezoldigingsniveau). Er moet evenredigheid zijn tussen de eventueel terug te betalen kosten ingeval van voortijdig vertrek en de termijn dat de werknemer het beding reeds respecteerde. Die evenredigheid moet ook bestaan tussen de vergoeding en de reële meeruitgaven. Die vergoeding moet trouwens in een redelijke verhouding staan tot het loon ; zij mag er nooit toe leiden dat de werknemer *de facto* onmogelijk een einde kan maken aan het contract.

In geen geval kan het beding uitwerking hebben ingeval het voortijdig einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van de beslissing van de werkgever (tenzij ingeval van dringende reden in hoofde van de werknemer).

Anderzijds mag men bij het uitwerken van de spelregels uiteraard ook niet vervallen in het andere uiterste ; redelijke trouw van de werknemer mag natuurlijk niet ontaarden in een versterken van het immobilisme van onze Belgische werknemers, dat nu reeds zozeer op de korrel genomen wordt door OESO, IMF en andere bezorgde schoonmoeders.

§ 6. Conclusie

Een duidelijke regeling inzake geldige scholingsbedingen gaat het totale palmares van de Belgische permanente opleiding niet opeens rooskleurig maken. Daarvoor is de impact van het scholingsbeding zelf te beperkt. Aangezien het de sociale partners zijn die samen met de overheid het dossier op hun tafel vinden, kan een impassedoorbrekende oplossing van hun hand die het fundamenteel recht van de werknemer op opleiding én de gerechtvaardigde verwachting van de werkgever op rendement verzoent, een getuigenis vormen van het geëvolueerde bewustzijn over het belang van *life long learning*. Hier de bakens verzetten kan illustratief zijn voor de mentaliteitswijziging die nodig is om ons op niveau van de voorbeeldige lidstaten te hijsen bij het ontginnen van de enige natuurlijke rijkdom die ons land rijk is, namelijk de kennis en vaardigheden.

Hoe kan een dergelijke evenwichtige regeling worden tot stand gebracht? Het lijkt mij niet redelijk een dergelijke genuanceerde evenwichtsoefening exclusief over te laten aan de wetgever. Een complementariteit tussen een kaderwet en een collectieve

arbeidsovereenkomst van de Nationale Arbeidsraad of bij ontstentenis van een Koninklijk Besluit kan de nodig soepelheid opleveren om binnen een wettelijk vast kader de regels zo nodig aan te kunnen passen aan de evoluerende maatschappelijke, economische en sociale context. Het blijft dan ook mogelijk dat de Nationale Arbeidsraad ruimte creëert voor sectorale differentiatie binnen afgelijnde grenzen via sectorale collectieve arbeidsovereenkomsten.

De geest van de hele oefening moet natuurlijk zijn scholingsbedingen *mogelijk maken*, zij het in een evenredige belangenafweging. Wanneer de oefening misbruikt wordt om in de mate van het mogelijke scholingsbedingen onmogelijk te maken dan is men verkeerd bezig, want dan tekent men voor minder vorming en minder weerbaarheid.

De sociale partners zijn nu als eerste aan zet wanneer ze in de Nationale Arbeidsraad uitvoering gaan geven aan deze passus uit het Interprofessioneel Akkoord 2001/2002. Door resoluut te kiezen voor het win-win-scenario kunnen zij definitief komaf maken met het huidig lose-lose-scenario voor werknemers en werkgevers.

Sociale partners hebben ooit de neiging rituelen op te voeren wanneer ze overleg plegen over moeilijke thema's. Dat ritueel heeft iets van een paringsdans. Laat dit paringsritueel 'vruchtbaar' zijn, in alle betekenissen van het woord.

Statutair of niet statutair: that's the question...

Ria Janvier

§ 1. Inleiding

Zonder afbreuk te doen aan de bijdragen van de andere auteurs die nader ingaan op bepaalde inhoudelijke facetten van de arbeidsovereenkomstenwetgeving, is het door ons behandelde thema het meest centrale. Vooraf aan om het even welke discussie over de regels vervat in een bepaalde wet, rijst immers de vraag wie onder de toepassing van de beoogde wet valt.

De Arbeidsovereenkomstenwet[1] "regelt de arbeidsovereenkomsten voor werklieden, bedienden, handelsvertegenwoordigers en dienstboden".[2] Daar wordt aan toegevoegd dat zij ook van toepassing is op de genoemde werknemers "tewerkgesteld 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 door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, en wier toestand niet statutair geregeld is".[3]

Het eerste dat opvalt bij de lezing van deze bepaling, is dat de opsomming van publiekrechtelijke werkgevers, totaal verouderd is en niet aangepast aan de actuele Belgische staatsstructuur. Er wordt namelijk geen gewag gemaakt van de gemeenschappen en de gewesten.

Bovendien is ook de omschrijving "door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs" volkomen achterhaald, aangezien de sector van het onderwijs reeds jaren tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort. Het is trouwens nog maar de vraag of de vrije gesubsidieerde onderwijsinstellingen wel thuishoren onder de noemer van publiekrechtelijke werkgevers. Daarop wordt verder nog dieper ingegaan.

Abstractie gemaakt van het voorgaande, komt het erop neer de scheidingslijn te trekken tussen de personeelsleden in overheidsdienst die binnen de werkingssfeer van de Arbeidsovereenkomstenwet zijn begrepen, en degenen "wier toestand statutair geregeld is" en op basis daarvan uit de toepassing van die wet zijn gesloten.

---

1 De term "Arbeidsovereenkomstenwet" is de gebruikelijke afkorting voor de Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

2 Art. 1 eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet.

3 Art. 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

Het begrip "statutair" wordt - volgens Mast - in dit verband in twee verschillende betekenissen gebruikt.[4]

Voor het overheidspersoneel impliceert het woord "statutair" dat de dienstbetrekking wordt geregeld door algemene en onpersoonlijke bepalingen die op de partijen toepassing vinden ingevolge een eenzijdige aanstelling door de overheid. Aangaande het officieel gesubsidieerd onderwijs bestaat er weinig betwisting over dat zelfs de tijdelijke leerkrachten onder een bepaald statuut in de hierboven beschreven betekenis vallen.[5]

Wat betreft het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs, geeft deze notie reeds lange tijd aanleiding tot hoogoplopende discussies. Ook actueel blijft de vraag of er volledige klaarheid bestaat in de rechtstoestand van de desbetreffende personeelsleden.

Wij zullen daarom - bij de bespreking van het toepassingsgebied van de Arbeidsovereenkomstenwet - een zelfde tweedeling aanhouden. In een eerste luik gaan wij nader in op de kwalificatie van de arbeidsverhoudingen in de publieke sector. Een tweede onderdeel is gewijd aan de rechtspositie van de personeelsleden van het vrij gesubsidieerd onderwijs.

Voor de volledigheid kan erop worden gewezen dat de kwalificatie van de arbeidsverhoudingen niet alleen een weerslag heeft op de toepasselijkheid van de Arbeidsovereenkomstenwet, maar ook van belang is naar de bevoegde rechtsmacht.[6] Een benoeming kan, als eenzijdige administratieve rechtshandeling, door de Raad van State worden vernietigd.[7] Bij contractuele werving daarentegen zijn de arbeidsrecht-

---

[4] A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, 15e druk, 210, nr. 210.4.

[5] Zie onder meer Cass. 2 april 1990, *Soc. Kron.* 1990, 339, noot; Arbh. Brussel 18 december 1984, *J.T.T.* 1985, 187, *Rechtspr. Arb. Br.* 1985, 362 en 1986, 207; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 7 april 1987, *J.T.T.* 1988, 288, noot en *Limb. Rechtsl.* 1987, 72; Arbh. Antwerpen 22 april 1988, *Soc. Kron.* 1991, 303, noot; Arbrb. Brussel 26 maart 1990, *Rechtspr. Arb. Br.* 1990, 314.
Contra Arbh. Luik 15 juni 1988, *J.T.T.* 1988, 410, noot; Arbrb. Charleroi 6 november 1984, *Rev. Rég. Dr.* 1985, 103.

[6] J. PETIT, *Sociaal procesrecht*, ICA, Algemene reeks 14, Brugge, Die Keure, 2000, 538-540, nr. 500. Zie ook Ch. BAMPS, "Contractuele verhoudingen en de bevoegdheid van de Raad van State", noot bij R.v.St., PUTMAN, nr. 53.088, 3 mei 1995, *T. Gem.* 1996, 268-276; E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 77-82, nrs. 100-108.

[7] Art. 14 R.v.St.-Wet.
Zie ook J. SAROT, J. LIGOT en S. GEHLEN, "Le statut des agents de l'Etat devant le juge administratif", *A.T.P.* 1977-1978, 81 e.v.
Gelet op art. 157 derde lid en art. 159 G.W. kan geen toepassing worden gemaakt van de, in een statuut ingeschreven, regel dat alle geschillen tussen de publiekrechtelijke werkgever en zijn personeelsleden tot de exclusieve bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoren (zie R.v.St., MIROIR, nr. 39.205, 9 april 1990; R.v.St., HERBIN, nr. 44.889, 12 november 1993, *Rev. Rég. Dr.* 1994, 266, uittreksel verslag van de auditeur DAGNELIE, dat evenwel werd vernietigd door Cass. (Verenigde Kamers) 17 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 976, *J.L.M.B.* 1995, 47, *Journ. Proc.* 1995, afl. 275, 25, noot F. TULKENS, *J.T.* 1995, 164, *Rev. Rég. Dr.* 1994, 599, noot, *R.W.* 1994, 599, noot en *Soc. Kron.* 1995, 124, noot J. JACQMAIN).

banken en de arbeidshoven bevoegd om zich uit te spreken over eventuele geschillen die daaruit voortvloeien.[8]

Wat betreft de toepasselijkheid van de sociale zekerheid voor werknemers, heeft men af te rekenen met het merkwaardige fenomeen dat, hoewel op het eerste gezicht de contractuele of statutaire tewerkstelling doorslaggevend is, bij nader inzien de benoeming in vast dienstverband[9] belangrijker blijkt.[10]

Voor geschillen over subjectieve rechten, zoals het recht op wedde of op een pensioen, zijn daarentegen weer andere rechtbanken bevoegd (cf. O. DE LEYE "De afbakening van de bevoegdheid van de Raad van State en van de arbeidsgerechten", *R.W.* 1975-1976, 1.705 e.v.; zie ook R.v.St., PETITJEAN, nr. 35.249, 22 juni 1990; Arbh. Bergen 8 mei 1992, *Soc. Kron.* 1992, 459, noot J. JACQMAIN; Arbh. Luik 24 februari 1993, *Soc. Kron.* 1995, 138, noot J. JACQMAIN).

8 Art. 578, 1° Ger. W.
De Raad van State heeft zich reeds verscheidene malen onbevoegd verklaard in conflicten binnen de contractuele sfeer, op grond van de overweging dat meerzijdige rechtshandelingen niet voor vernietiging vatbaar zijn.
Zie R.v.St., DEBRA, nr. 6.419, 27 juni 1958; R.v.St., PIERART, nr. 7.180, 26 juni 1959; R.v.St., ROTSAERT, nr. 7.183, 26 juni 1959; R.v.St., PITSEYS, nr. 7.243, 2 oktober 1959; R.v.St., HARBOORT, nr. 8.048, 13 september 1960; R.v.St., BRABANT, nr. 8.058, 23 september 1960; R.v.St., BROHÉE, nr. 12.230, 17 februari 1967; R.v.St., VINCKE, nr. 12.470, 21 juni 1967; R.v.St., JADOT, nr. 15.908, 8 juni 1973; R.v.St., HIMPE, nr. 18.756, 14 februari 1978; R.v.St., HERCOT, nr. 21.558, 18 november 1981; R.v.St., GUSTOT, nr. 26.019, 8 januari 1986.
In drie gevallen waarin de overheid die bevoegd was om het statuut van het personeel vast te stellen, had geopteerd voor het contractuele regime of voor een hybride regeling, achtte de Raad van State zich daarentegen niet onbevoegd (R.v.St., PISSOORT, nr. 26.138, 5 februari 1986 [Nationale Loterij]; R.v.St., SCICHILONE, nr. 33.346, 8 november 1989 [Nationale Maatschappij van Buurtspoorwegen]; R.v.St., DEGIVE, nr. 36.565, 6 maart 1991 [Nationale Loterij]).
Zie ook O. DE LEYE, "De statutaire of contractuele aard van de rechtspositie van het personeel van parastatale instellingen als criterium van de bevoegdheid van de Raad van State", *T.B.P.* 1968, 122-128.
Ook de omgekeerde situatie doet zich voor, met name dat de arbeidsgerechten zich *ratione materiae* onbevoegd moeten verklaren om zich uit te spreken over een vordering vanwege een personeelslid dat onder een bepaald statuut viel (zie bijvoorbeeld Cass. 2 april 1990, *Soc. Kron.* 1990, 339, noot).

9 Dit brengt met zich dat het gegeven dat het personeelslid, op het stuk van de verschuldigde sociale-zekerheidsbijdragen, werd bejegend zoals een contractant, niet toelaat een onderscheid te maken tussen de contractuele en de statutaire tewerkstellingswijze (cf. Cass. 2 april 1990, *Soc. Kron.* 1990, 339, noot). De tijdelijke statutairen worden immers, wat betreft de bijdrageregeling voor de sociale zekerheid voor werknemers, op dezelfde wijze behandeld als hun contractueel geworven collega's. In zoverre het zogenoemde enig statuut over de ganse lijn wordt doorgetrokken, liggen de zaken uiteraard wel enigszins anders, want zulks zou impliceren dat er geen tijdelijke statutairen meer (kunnen) bestaan. Niettemin blijft zelfs in die vooronderstelling de discussie mogelijk ten aanzien van de stagedoende of op proef benoemde personeelsleden. Dit geldt *a fortiori* voor de sector van het officieel onderwijs waar de groep van de tijdelijke, statutaire leerkrachten nog niet geëlimineerd is. Omgekeerd werd het feit dat op de wedde van het betrokken personeelslid enkel bijdragen werden ingehouden voor de sector gezondheidszorg, in een ander geval weer wel aangegrepen als één van de argumenten om het bestaan van een arbeidsovereenkomst uit te sluiten (Arbh. Brussel 9 februari 1990, *Soc. Kron.* 1990, 302, noot J. JACQMAIN).

10 Zie R. JANVIER, *Sociale bescherming van het overheidspersoneel*, Brugge, Die Keure, 1990, twee delen, 1.136 p.; R. JANVIER, "Rapport sur la protection sociale des agents publics en Belgique" in X. (ed.), *La protection sociale des agents publics en Europe*, Association des Rencontres Européennes des Fonctions Publiques, Paris, La documentation Française, 1993, 75-118; R. JANVIER, "D. Toepassingsgebied en bijdrageregeling overheidspersoneel" in D. SIMOENS en J. PUT (eds.), *Ontwikkelingen*

§ 2. Kwalificatie van de arbeidsverhoudingen in de publieke sector

A. Vermoeden van statutaire tewerkstelling

De vraag welk rechtskarakter de verhouding tussen de overheid en haar personeel kan vertonen, heeft lange tijd het voorwerp uitgemaakt van de meest spitsvondige theorieën.[11] In de huidige stand van de rechtspraak en de rechtsleer[12] wordt evenwel de theorie van de eenzijdige aanstelling en de daaruit voortvloeiende statutaire rechtstoestand, algemeen aangenomen.

Als regel geldt dat de normale tewerkstellingswijze in de publieke sector van statutaire aard is.[13] Dit betekent niet dat contractuele werving absoluut uitgesloten is, maar wel dat de eenzijdige aanstelling als de gewone figuur moet worden aangezien.

Ook de toestand van de leden van een ministerieel kabinet is, blijkens de rechtspraak, als statutair te kwalificeren.[14]

Het criterium bij uitstek om de statutaire en de contractuele tewerkstelling van elkaar te onderscheiden, is de wijze waarop de rechtsverhouding tot stand is

---

van de sociale zekerheid 1990-1996, Verslagboek van de vervolmakingscyclus, Brugge, Die Keure, 1996, 171-307 en *T.S.R.* 1996, bijzonder nummer, 171-307; R. JANVIER, "Toepassingsgebied en bijdrageregeling overheidspersoneel: wetgeving en rechtspraak" in D. SIMOENS en J. PUT (eds.), *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1995-2000*, Verslagboek van de vervolmakingscyclus, Brugge, Die Keure, 2001, ter perse.
Zie ook E. DELOOF, "De sociale zekerheid van het overheidspersoneel", *B.T.S.Z.* 1995, 193-212.

[11] Zie W. DE GROOTE, "Het evolutieproces van ambt en ambtenaren", *T.B.P.* 1950, 12 e.v.

[12] HORION wierp zich op als één van de laatste verdedigers van de contractuele tewerkstelling in de publieke sector ("Droit social et secteur public", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1956, 23-54). Hij toetst in zijn bijdrage de verschillende argumenten ten voordele van de statutaire rechtstoestand op hun waarde en tracht deze te weerleggen.
In antwoord hierop werden de overwegingen van HORION tegengeargumenteerd door BUTTGENBACH en DEMBOUR ("Nature du lien juridique unissant les administrations publiques à leurs agents", *R.J.D.A.* 1958, 1-12).

[13] Zie Cass. 29 april 1960, *Arr. Cass.* 1960, 771; Cass. 9 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-1988, 1.165, *J.T.T.* 1989, 44, noot, *Pas.* 1988, I, 1096, *R.W.* 1988-1989, 677 en *T.S.R.* 1988, 287 (impliciet); Arbh. Luik 3 februari 1982, *J.T.T.* 1984, 60; Arbh. Brussel 18 december 1984, *J.T.T.* 1985, 187 en *Rechtspr. Arb. Br.* 1985, 362 en 1986, 207; Arbrb. Doornik 9 maart 1979, *J.T.T.* 1980, 146; Rb. Luik 30 maart 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1.353; Arbrb. Namen 22 april 1991, *Rev. Rég. Dr.* 1991, 332.

[14] Zie Arbrb. Brussel 19 februari 1979, *J.T.T.* 1979, 281; Arbrb. Brussel 24 juni 1986, *Rechtspr. Arb. Br.* 1986, 433 (verkort); Pol. Hasselt 5 december 1979, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10.293.
Cf. J. JACQMAIN, "Les mystères du cabinet ministériel", noot onder Arbrb. Brussel 25 juni 1992, *Soc. Kron.* 1992, 471, nr. 1.
Anders is het wanneer een personeelslid dat als contractant is tewerkgesteld bij een overheidsadministratie, naar een kabinet wordt gedetacheerd (J. JACQMAIN, *l.c.*, 471, nr. 2).

gekomen.[15] De unilaterale aanstelling door de overheid doet een statutair dienstverband ontstaan.[16]

De volledige of gedeeltelijke afwezigheid van een uitgewerkt statuut is, op zich, zonder belang. Aangenomen wordt dat het ontbreken van een uitgewerkt personeelsstatuut niet met zich brengt dat de belanghebbenden contractueel verbonden zijn met de overheid of dat ze in een niet permanente betrekking werden aangesteld.[17]

Bij gebrek aan een dergelijk statuut moet toepassing worden gemaakt van de zeer algemene beginselen die aan de statutaire tewerkstelling ten grondslag liggen.[18] Hiertoe behoort onder andere het proportionaliteitsbeginsel, de regel van de onpartijdigheid, de eerbiediging van de rechten van de verdediging en, uiteraard, het gelijkheidsprincipe.[19]

Aangezien het contractuele regime de uitzondering is en er als het ware een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van een statutaire rechtsverhouding geldt,[20] zal

---

[15] Cass. 13 juni 1973, *Arr. Cass.* 1973, 995, noot H.L., *J.T.T.* 1985, 187, *Pas.* 1973, I, 949, noot H.L. en *T.S.R.* 1974, 55.

[16] Zie Cass. 18 november 1985, *Arr. Cass.* 1985-1986, 377, *J.T.T.* 1986, 375, *Pas.* 1986, I, 323, *R.W.* 1985-1986, 2.302 (verkort) en *Soc. Kron.* 1986, 37, noot J. JACQMAIN; Arbh. Antwerpen 21 september 1981, *R.W.* 1982-1983, 844 (UIA); Arbh. Luik 25 september 1986, *J.T.T.* 1987, 271 en *T.S.R.* 1987, 216; Arbh. Antwerpen 22 april 1988, *Soc. Kron.* 1991, 303, noot; Arbh. Brussel 25 juni 1990, *Soc. Kron.* 1991, 307, noot; Arbh. Bergen 2 oktober 1991, *J.T.T.* 1991, 484 (verkort), noot; Arbrb. Dinant 21 oktober 1980, *J.T.T.* 1981, 16 en *Jur. Liège* 1981, 57; Arbrb. Brussel 19 januari 1988, *Rechtspr. Arb. Br.* 1989, 67; Arbrb. Bergen 27 juni 1988, *J.T.T.* 1989, 13; Arbrb. Brussel 26 maart 1990, *Rechtspr. Arb. Br.* 1990, 314.

[17] R.v.St., GEMEENTE KAPELLEN, nr. 18.863, 30 maart 1978.
Ook volgens het Hof van Cassatie kan een fragmentair statuut volstaan om tot de statutaire tewerkstelling te besluiten (Cass. 21 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 85, *Pas.* 1973, I, 78 en *R.W.* 1972-1973, 1284; Cass. 13 juni 1973, *Arr. Cass.* 1973, 995, noot H.L., *J.T.T.* 1985, 187 en *Pas.* 1973, I, 949, noot H.L.; Cass. 25 juni 1979, *Pas.* 1979, I, 1.235; zie ook Arbh. Luik 3 februari 1982, *J.T.T.* 1984, 60).
Zie ook E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent", *A.P.T.* 1990, 16; E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 65-67, nrs. 85-86.
Contra Arbrb. Charleroi 6 november 1984, *Rev. Rég. Dr.* 1985, 103 (tijdelijk aangeworven pianoleraar voor de gemeentelijke muziekacademie). Dit vonnis werd evenwel hervormd door het Arbeidshof te Bergen in zijn arrest van 21 april 1986 (*J.T.* 1986, 596 en *Soc. Kron.* 1987, 247).

[18] Zie R.v.St., DE KEMPENEER, nr. 3.775, 29 oktober 1954; R.v.St., CARPENTIER, nr. 8.823, 6 oktober 1961; R.v.St., CLEMENT, nr. 10.619, 15 mei 1964; R.v.St., COLLE, nr. 11.907, 24 juni 1966; R.v.St., ROOSENS, nr. 12.084, 1 december 1966, *R.J.D.A.*, 1967, 65, advies auditeur C. HUBERLANT; R.v.St., CHARLIER, nr. 12.199, 2 februari 1967; R.v.St., GEERTS, nr. 12.902, 3 april 1968, *R.J.D.A.* 1968, 297, noot J. LIGOT; R.v.St., DACOSSE en HALET, nr. 13.711, 26 september 1969; R.v.St., VAN DER BEKEN, nrs. 16.398 en 16.399, 7 mei 1974; R.v.St., ANTONISSEN, nr. 16.594, 26 juli 1974; R.v.St., GEMEENTE KAPELLEN, nr. 18.863, 30 maart 1978.

[19] Cf. O. DAURMONT, "Les principes généraux du droit de la fonction publique" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 97, nr. 123 en E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent", *A.P.T.* 1990, 17.

[20] E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent", *A.P.T.* 1990, 14; E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 52-53, nr. 67.

de tewerkstelling onder arbeidsovereenkomst moeten blijken uit een formele - of minstens een zekere en ondubbelzinnige[21] - wilsuiting.[22]

Net zoals het bijzonder moeilijk is om uit te maken welke criteria uiteindelijk doorslaggevend zijn om het onderscheid te maken tussen een arbeidsovereenkomst en een aannemingsovereenkomst, is het vrijwel onmogelijk een lijst op te stellen van omstandigheden die determinerend zijn om te besluiten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst, dan wel van een statutaire rechtsverhouding.[23]

Uitgaande van de vaststelling dat het *in casu* ging om tijdelijke betrekkingen, werd de afwezigheid van een speciaal statuut[24] en/of het gegeven dat de betrokkene slechts werd geworven voor een beperkte duur,[25] dan wel voor de uitvoering van een

---

21 GILLET betoogt dat, wanneer er onduidelijkheid bestaat inzake de kwalificatie die de partijen aan hun arbeidsverhouding hebben willen geven, het voorhanden zijn van een "werkzekerheidsclausule" niet van aard is om als onderscheidend criterium dienst te doen (E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent", *A.P.T.* 1990, 14-16; E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 57-65, nrs. 74-84).
Dezelfde auteur hekelt ook het feit dat de partijen vaak onzorgvuldig zijn bij het kwalificeren van hun arbeidsverhouding (E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X., *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 54-55, nr. 70).

22 Zie Cass. 5 oktober 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992, 1.171, *J.T.T.* 1992, 479 (verkort), *Pas.* 1992, I, 1118, *R.W.* 1992-1993, 678 (verkort), *Soc. Kron.* 1993, 20 (verkort), noot en *T. Gem.* 1993, 321, noot; Arbh. Luik 3 februari 1982, *J.T.T.* 1984, 60; Arbh. Brussel 18 december 1984, *J.T.T.* 1985, 187 en *Rechtspr. Arb. Br.* 1985, 362 en 1986, 207; Arbh. Bergen 5 september 1985, *J.T.T.* 1986, 376 (impliciet); Arbh. Bergen 21 april 1986, *J.T.* 1986, 596 en *Soc. Kron.* 1987, 247; Arbh. Luik 10 april 1989, *J.T.T.* 1990, 310 en *Rev. Rég. Dr.* 1989, 378 (samenvatting); Arbh. Luik 29 juni 1989, *Rev. Rég. Dr.* 1989, 569; Arbh. Bergen 6 mei 1993, *J.T.T.* 1993, 359, noot en *T.S.R.* 1993, 446, gevolgd na een heropening van de debatten door Arbh. Bergen 3 maart 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1388, noot B. PATERNOSTRE; Arbrb. Dinant 5 mei 1987, *J.T.T.* 1988, 51, noot; Arbrb. Brussel 19 januari 1988, *Rechtspr. Arb. Br.* 1989, 67; Arbrb. Namen 22 april 1991, *Rev. Rég. Dr.* 1991, 332.
Volgens een arrest van 25 september 1986 van het Arbeidshof te Luik (*J.T.T.* 1987, 271 en *T.S.R.* 1987, 216) hangt de toepassing van hetzij de Arbeidsovereenkomstenwet, hetzij de statutaire bepalingen daarentegen niet af van de wil van de partijen, maar van de reële juridische toestand. Zie ook R.v.St., SOLON, nr. 19.754, 13 juli 1979; R.v.St., CAERS, nr. 20.280, 24 april 1980; R.v.St., MOTTAR, nr. 42.502, 30 maart 1993, *J.T.T.* 1994, 234, noot; R.v.St., PUTMAN, nr. 53.088, 3 mei 1995, *T. Gem.* 1996, 259, noot Ch. BAMPS (waarin het blijkbaar gaat om een aannemingsovereenkomst voor een tewerkstelling als zelfstandige).

23 GILLET heeft wel getracht, aan de hand van een onderzoek van de belangrijkste rechtspraak, een overzicht te geven van de omstandigheden die in deze of gene concrete casus de balans hebben doen overhellen in de richting van de statutaire of contractuele rechtsverhouding (E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 67-74, nrs. 87-96).

24 Zie R.v.St., HIMPE, nr. 18.756, 14 februari 1978 (tijdelijk onderhoudspersoneel van het toenmalige rijksonderwijs); R.v.St., CLAES, nr. 27.026, 15 oktober 1986 (tijdelijk onderhoudspersoneel van het toenmalige rijksonderwijs); Arbh. Gent AR nr. 468/84, 13 april 1987, onuitg. (tijdelijk toezichtspersoneel bij wegenwerken).

25 Dit moet strikt worden opgevat in die zin dat opeenvolgende vernieuwingen het tijdelijke karakter van de aanstelling miskennen (cf. R.v.St., WATTIER, nr. 27.191, 26 november 1986).

welomschreven werk[26] blijkbaar wel voldoende geacht om te mogen besluiten tot de toepasselijkheid van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Omgekeerd bewijst het feit dat het personeelsstatuut een aantal regels omvat die aan de arbeidsovereenkomstenwetgeving werden ontleend, niet dat het gaat om een contractuele tewerkstelling.[27]

In de huidige stand van de wetgeving en de rechtspraak komt het ons voor dat enkel in zoverre een geschreven arbeidsovereenkomst voorligt, tot de contractuele tewerkstelling kan worden besloten. Dit betekent dat iedere arbeidsovereenkomst, ook wanneer deze voor onbepaalde tijd wordt gesloten,[28] - in afwijking van de algemene arbeidsrechtelijke regel[29] - hoe dan ook op schrift moet worden gesteld.

Het lijkt evident dat de wil van de partijen slechts zal primeren in zoverre geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling de statutaire werving verplicht stelt[30] en/of de contractuele tewerkstellingswijze voorbehoudt voor bepaalde welomschreven gevallen (*cf. infra*, B).

De rechtstoestand van het personeel in overheidsdienst is dus in beginsel van reglementaire aard. Daarmee wordt bedoeld dat de rechten en plichten van de ambtenaar eenzijdig bij wet, decreet, reglement of ordonnantie door de openbare overheid zijn vastgesteld. Daarenboven kan deze rechtstoestand op dezelfde wijze, naargelang van de dienstnoodwendigheden, worden gewijzigd. De benoeming is dan de eenzijdige handeling waarbij het wettelijk of reglementair statuut toepasselijk wordt gemaakt op de ambtenaar. Bijgevolg is de benoeming de voorwaarde om een welbepaald persoon de reglementair geregelde status te doen verkrijgen. De aanvaarding van het ambt – zoals die tot uiting komt in de eedaflegging - mag geenszins worden beschouwd als een instemming die een overeenkomst met zich brengt.

Kenmerkend voor de statutaire rechtsverhouding is met andere woorden de eenzijdige wijzigbaarheid ervan. In een reglementaire situatie staat de veranderlijkheid voorop,[31] die - naast de continuïteit en de benuttigingsgelijkheid - behoort tot de algemene beginselen van de openbare dienst. Een contractuele rechtsverhouding

---

[26] R.v.St., KEMPENAERS, nr. 11.959, 20 september 1966.

[27] Zie R.v.St., ANCIAUX, nr. 2.563, 12 juni 1953; R.v.St., MANNE, nr. 36.181, 8 januari 1991.

[28] Vanuit die gezichtshoek is het markant dat, in een zeer summier gemotiveerd vonnis van de Arbeidsrechtbank te Charleroi van 6 november 1984 (*Rev. Rég. Dr.* 1985, 103), het ontbreken van een geschrift precies wordt ingeroepen om tot de tewerkstelling met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te besluiten.

[29] Cf. art. 9 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

[30] Zie R.v.St., LANGLET, nr. 22.384, 25 juni 1982; R.v.St., FOLENS, nr. 23.880, 13 januari 1984; R.v.St., GEERTS, nr. 25.085, 28 februari 1985.
Zie ook E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent", *A.T.P.* 1990, 10; E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X., *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 25-26, nr. 27 en 53, nr. 68.

[31] B. PEETERS, "De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contractuele of een reglementaire verhouding?", *R.W.* 1990-1991, 139.

daarentegen is in principe niet eenzijdig wijzigbaar; de wederzijdse instemming van de partijen is hier vereist.[32] Van oudsher wordt om die reden de figuur van de arbeidsovereenkomst, minstens in theorie, van de hand gewezen. Die wordt gebruikelijk beschouwd als een belemmering voor de goede werking van de administratie omdat het niet opgaat dat een reorganisatie van de openbare diensten zou stuiten op verkregen rechten van het personeelslid.

B. Mogelijkheid tot werving onder arbeidsovereenkomst

1. Overheidsbesturen

a. Federale ministeries

Conform de Wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken mogen de wervingen bij de overheidsdiensten die behoren tot het federaal administratief openbaar ambt[33] - waartoe onder meer de besturen en andere diensten van de federale ministeries behoren[34] -, uitsluitend gebeuren volgens de in de personeelsstatuten vastgestelde regels.[35]

In afwijking hiervan kunnen de besturen en andere diensten van de federale ministeries personen onder het stelsel van een arbeidsovereenkomst in dienst nemen,[36] om meer bepaald:[37]

- aan uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften te voldoen;
- ambtenaren te vervangen die hun betrekking niet of slechts deeltijds bekleden;
- bijkomende of specifieke opdrachten te vervullen.

---

[32] Art. 1134 tweede lid B.W.

[33] Cf. art. 1 § 1 tweede lid Wet 22 juli 1993.

[34] Art. 1 § 1 tweede lid 1° Wet 22 juli 1993.

[35] Art. 3 § 1, 1° Wet 22 juli 1993.
Deze regel is niet nieuw, want een analoge bepaling trof men reeds aan in art. 8 § 1 K.B. nr. 56, 16 juli 1982 betreffende de werving in sommige overheidsdiensten (*B.S.* 24 juli 1982) en in art. 51 § 3 eerste lid Wet 28 december 1973 betreffende de budgettaire voorstellen 1973-1974 (*B.S.* 29 december 1973). Het laatstgenoemde artikel werd evenwel opgeheven bij art. 36, 2° Wet 22 juli 1993 en ook het K.B. nr. 56, 16 juli 1982 was hetzelfde lot beschoren, zoals mag blijken uit art. 36, 8° Wet 22 juli 1993.
In zekere zin vindt het principe van de statutaire aanstelling ook bevestiging in de Belgische Grondwet, waarin staat te lezen dat de Koning de ambtenaren bij het algemeen bestuur "benoemt" (art. 107 tweede lid G.W.).

[36] Zie MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN OPENBAAR AMBT, Omz. nr. 349, 28 oktober 1991 - Toestand van het contractueel personeel in de besturen en andere diensten van de ministeries en in sommige instellingen van openbaar nut, B.S. 22 november 1991 en T.B.P. 1992, 258-267. Dit ministerieel rondschrijven werd gewijzigd en aangevuld door MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN OPENBAAR AMBT, Omz. nr. 349bis, 3 maart 1992, B.S. 27 maart 1992.

[37] Art. 4 § 1 Wet 22 juli 1993.
Hetzelfde principe was ook reeds ingeschreven in art. 8 § 2 eerste lid K.B. nr. 56, 16 juli 1982, zoals vervangen bij art. 4 Wet 20 februari 1990 (*B.S.* 13 maart 1990). Bedoeld K.B. nr. 56, 16 juli 1982 werd inmiddels echter opgeheven bij art. 36, 8° Wet 22 juli 1993.

Bij de invoering van het stelsel van de gesubsidieerde contractuelen bij de federale, de gemeenschaps- en de gewestelijke overheidsdiensten, werd trouwens verduidelijkt dat precies in de hierboven weergegeven omstandigheden een beroep kon worden gedaan op deze bijzondere tewerkstellingsvorm.[38]

Voorts kan aan de besturen en andere diensten van de federale Staat - bij in ministerraad overlegd koninklijk besluit - machtiging worden verleend voor indienstneming van personen met een arbeidsovereenkomst om permanent opdrachten te vervullen. Deze mogelijkheid blijft beperkt tot de periode gedurende welke vaste betrekkingen van de personeelsformatie niet kunnen worden ingevuld bij gebrek aan voldoende geslaagden voor de vergelijkende wervingsexamens die het Selectiebureau van de federale overheid (Selor) organiseert om in deze betrekkingen te voorzien.[39] Vanzelfsprekend moeten deze wervingen gebeuren binnen het aantal op de personeelsformatie vastgelegde betrekkingen.[40]

b. Overheidsbesturen op gemeenschaps- en gewestniveau

De overheidsbesturen op gemeenschaps- en gewestniveau zijn in de eerste plaats gebonden door 'het Koninklijk Besluit tot bepaling van de algemene principes',[41] ook wel APKB genoemd.[42] Dit besluit vindt uitwerking op het personeel van de diensten van de gemeenschaps- en van de gewestregeringen, net als op de personeelsleden van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en het College van de Franse Gemeenschapscommissie. Het gaat om het koninklijk besluit dat - in uitvoering van de bijzondere wetten tot hervorming van de instellingen[43] - de krijtlijnen aangeeft binnen welke de onderscheiden gemeenschappen, gewesten en gemeenschapscommissies gestalte kunnen geven aan een eigen rechtspositieregeling voor hun personeel.[44]

---

38 Initieel art. 94 § 2 Programmawet 30 december 1988 (*B.S.* 5 januari 1989), dat naderhand werd opgeheven bij art. 33 § 2 Wet 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken (*B.S.* 14 augustus 1993), om de eenvoudige reden dat het overbodig was geworden.

39 Art. 3 § 2 eerste lid Wet 22 juli 1993, ingevoegd bij art. 21, 1° Wet 20 mei 1997 houdende diverse maatregelen inzake ambtenarenzaken (*B.S.* 8 juli 1997).

40 Art. 3 § 2 tweede lid Wet 22 juli 1993 dat verwijst naar art. 4 § 5 Wet 22 juli 1993.

41 Het gaat om het K.B. 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (*B.S.* 9 januari 2001).

42 Cf. art. 33 APKB.

43 Zie art. 87 § 4 Bijz. Wet 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen; art. 54 Wet 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap; art. 40 § 1 Bijz. Wet 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen.

44 Gegeven de finaliteit van het APKB, is het opmerkelijk dat het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene principes de indruk wekt dat het niet enkel bindend is voor de hiervoor genoemde besturen, maar ook voor de personeelsleden bij het federaal bestuur van de Staat, zoals mag blijken uit de libellering van titel I en van art. 1 § 1 APKB.

Ook het APKB bevestigt de regel dat aan de personeelsbehoeften exclusief wordt voldaan door ambtenaren,[45] met andere woorden door in vast dienstverband tewerkgestelde,[46] statutaire personeelsleden.[47] Het geeft tegelijk een omschrijving van de omstandigheden waarin "niettemin" personen bij arbeidsovereenkomst kunnen worden geworven,[48] namelijk om:[49]

- aan uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften te voldoen, hetzij voor in de tijd beperkte acties hetzij voor een buitengewone toename van het werk;
- ambtenaren te vervangen bij gehele of gedeeltelijke afwezigheid, ongeacht of ze in dienstactiviteit zijn of niet, wanneer de duur van die afwezigheid tot vervanging noodzaakt en waarvan de modaliteiten worden bepaald in het statuut;
- bijkomende of specifieke opdrachten te vervullen, waarvan de lijst vooraf wordt bekendgemaakt door elke uitvoerende macht;
- te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide van belang voor de uit te voeren taken.

In vergelijking met de Wet van 22 juli 1993 voegt het APKB van 22 december 2000 dus een vierde categorie van mogelijke contractanten toe.

Het ligt voor de hand dat bijvoorbeeld het *Vlaams Personeelsstatuut* deze basisprincipes enkel kan overnemen.[50] Ook de administratie Ambtenarenzaken van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap[51] beklemtoont dat de organieke regeling voor het in dienst nemen van contractueel personeel een restrictief karakter heeft.[52]

---

45 Art. 2 § 1 eerste lid APKB.

46 Art. 1 § 1 aanhef APKB.

47 Art. 1 § 2 APKB.

48 Art. 2 § 1 tweede lid APKB.

49 Voor een verdere toelichting bij de onderscheiden omstandigheden waarin een overheidsdienst een beroep kan doen op het contractuele wervingsprocédé verwijzen wij naar R. JANVIER, *Contractanten in overheidsdienst*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 2e druk, in voorbereiding.
Zie ook Verslag aan de Koning bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen, *B.S.* 9 januari 2001, 421-422.

50 Art. XIV 2 Vlaams Personeelsstatuut.

51 MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP, Handleiding voor het beheer van contractueel personeel van het ministerie van de Vlaamse gemeenschap, Brussel, eigen uitgave, 1998, losbladig, I.16.

52 Zie ook toelichting bij het Vlaams Personeelsstatuut, art. XIV 2.

c. Provinciale en plaatselijke besturen

Algemeen

Ook bij tewerkstelling in dienst van de provinciale en plaatselijke besturen[53] - met inbegrip van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn[54] - is de statutaire tewerkstelling de regel.

In sommige gevallen wordt het onderscheid tussen een ambt van tijdelijke, dan wel van bestendige aard aangevoerd om te besluiten dat - bij betwisting over de tewerkstellingswijze - degene die een permanent ambt bekleedt, moet worden geacht onder statuut te zijn geworven.[55]

Zo heeft de Raad van State ook tegenover de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn de indienstneming van personeel onder de regeling van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst om betrekkingen van de vaste personeelsformatie in te vullen, gekwalificeerd als een wervingsprocédé dat de uitzondering moet blijven.[56]

---

[53] PÂQUES en PARTSCH trachten de principiële statutaire tewerkstelling in de gemeentelijke context te verantwoorden vanuit de noodzaak aan "stabiliteit van de gemeentelijke betrekkingen" (M. PÂQUES en G. PARTSCH, "Chapitre 5 - L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale" in X. (ed.), *La fonction publique locale en mutation*, Droit et gestion communale n° 5, UCL, Centre du Droit de la Gestion et de l'Economie Publiques, Bruxelles, La Charte, 1995, 150-160; M. PÂQUES en G. PARTSCH, "L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale", *T.S.R.* 1996, 24-36, nrs. 21-36).

[54] Art. 43 tweede lid O.C.M.W.-Wet. Bedoeld wordt de Wet 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

[55] Zie R.v.St., ROSSEELS, nr. 3.270, 31 maart 1954, *T.B.P.* 1954, 391, noot F. DEBAEDTS, R.v.St., DUFOUR, nr. 25.556, 4 juli 1985; Gent 9 februari 1957, *T.B.P.* 1957, 228; Arbh. Bergen 20 maart 1980, *J.T.T.* 1980, 152; Arbh. Luik 3 februari 1982, *J.T.T.* 1983, 60; Arbh. Brussel 18 december 1984, *J.T.T.* 1985, 187 en *Rechtspr. Arb. Br.* 1985, 362 en 1986, 207; Arbh. Bergen 5 september 1985, *J.T.T.* 1986, 376; Arbh. Bergen 21 april 1986, *J.T.* 1986, 596 en *Soc. Kron.* 1987, 247; Arbrb. Doornik, 9 maart 1979, *J.T.T.* 1980, 146.

[56] Zie R.v.St., JADOT, nr. 15.908, 8 juni 1973 (openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn); R.v.St., DUPONT, nr. 19.012, 24 mei 1978 (openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn); R.v.St., HERCOT, nr. 21.558, 18 november 1982 (gemeente).
Niettemin geeft de Raad van State toe dat er geen enkele wettelijke bepaling is waarin een verbod van werving van gemeentepersoneel met een arbeidsovereenkomst wordt opgelegd. Veeleer het tegendeel is waar aangezien art. 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet indirect deze mogelijkheid erkent (R.v.St., MANNE, nr. 36.181, 8 januari 1991, *T. Gem.* 1991, 356).
De regels inzake de principiële statutaire werving, vervat in de Wet 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken, zijn trouwens - conform zijn art. 3 § 2, 7° - niet van toepassing op de provincies en gemeenten en evenmin op de instellingen die ervan afhangen.
Er mag evenwel geen afbreuk worden gedaan aan art. 145 Nieuwe Gemeentewet, noch aan de Wet 30 juli 1903 betreffende de stabiliteit van de gemeentelijke betrekkingen (cf. E. GILLET, "Le personnel contractuel des communes", *Rev. Dr. Comm.* 1993, 157-162).

Het Arbeidshof te Bergen was, in een arrest van 20 januari 1992,[57] echter van oordeel dat, zelfs al werd de betrokkene door de gemeenteraad, weliswaar tijdelijk en elke keer opnieuw, aangesteld om een - *in casu* - blijvende betrekking waar te nemen, deze werving is gebeurd met een arbeidsovereenkomst.[58]

Wat betreft de specifieke groep van de "beambten" die de ambtenaar van de burgerlijke stand bijstaan, heeft - in weerwil van hun bijzondere positie in de Nieuwe Gemeentewet[59] - het Arbeidshof te Bergen op 13 juli 1995 beslist dat ook zij zich normaliter in een statutaire, en niet in een contractuele, rechtspositie bevinden.[60]

In de *gemeenschappelijke krachtlijnen van 14 juli 1993 voor een samenhangend personeelsbeleid in de lokale en regionale besturen* van het **Vlaamse Gewest**, de zogeheten Krachtlijnennota Kelchtermans, staat hierover te lezen: "Contractueel personeel kan enkel tijdelijk, en strikt beperkt in aantal, worden aangenomen, op basis van een voorafgaand besluit van de gemeenteraad en voorzover een afdoende motivering wordt gegeven".[61] De commentaar hierbij verwijst naar de hierboven reeds aangehaalde bijzondere situaties die een contractuele werving kunnen verantwoorden.[62]

Ook in de omzendbrief BA 98/02 van 31 maart 1998 die een toelichting biedt bij de uitvoering van het sectoraal akkoord 1995-1996, wordt de prioriteit van de statutaire tewerkstelling nogmaals in de verf gezet. De besturen wordt met aandrang gevraagd

---

[57] *J.L.M.B.* 1992, 1.121 (samenvatting) en *J.T.T.* 1993, 158.

[58] Zie ook, voor een zeer specifiek geval, Arbh. Brussel 29 november 1988, *Rechtspr. Arb. Br.* 1989, 123.

[59] Zie art. 154 Nieuwe Gemeentewet.

[60] Arbh. Bergen 13 juli 1995, *J.T.T.* 1996, 282.
Zie ook E. GILLET, "Le personnel contractuel des communes", *Rev. Dr. Comm.* 1993, 162-163. Deze auteur neemt ter zake geen duidelijk standpunt in. Deze vaststelling gaat in zekere zin ook op voor M. PÂQUES en G. PARTSCH, "Chapitre 5 - L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale" in X. (ed.), *La fonction publique locale en mutation*, Droit et gestion communale n° 5, UCL, Centre du Droit de la Gestion et de l'Economie Publiques, Bruxelles, La Charte, 1995, 149; M. PÂQUES en G. PARTSCH, "L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale", *T.S.R.* 1996, 21-22, nr. 17. Contra *Parl. St.* Kamer 1990-1991, nr. 1400/4, 3.

[61] Zie MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP, Departement Economie, Werkgelegenheid en Binnenlandse Aangelegenheden, *Omz. nr. BA 93/07, 14 juli 1993 betreffende de algemene weddeschaalherziening en gemeenschappelijke krachtlijnen voor een samenhangend personeelsbeleid in de lokale en regionale besturen, B.S.* 3 september 1993, 19.436, punt 3.1.2., in fine.

[62] Zie MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP, Departement Economie, Werkgelegenheid en Binnenlandse Aangelegenheden, *Omz. nr. BA 93/07, 14 juli 1993 betreffende de algemene weddeschaalherziening en gemeenschappelijke krachtlijnen voor een samenhangend personeelsbeleid in de lokale en regionale besturen, B.S.* 3 september 1993, 19.429, punt C, I, 3.1., 5°.
Dit wordt nogmaals herhaald in MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP, Departement Economie, Werkgelegenheid, Binnenlandse Aangelegenheden en Landbouw, *Omz. nr. BA 98/02, 31 maart 1998 - Uitvoering sectoraal akkoord 1995-1996 - Omzetting overuren, nacht-, zaterdag- en zondagprestaties - Prioriteit statutaire tewerkstelling - Deeltijdse statutaire aanwerving - Voorkoming verdringingseffect bij aanwerving - Uitvoering protocol nr. 75, B.S.* 20 mei 1998, 16.305, punt 2.

de contractuele tewerkstelling, waar mogelijk, te beperken en prioriteit te verlenen aan de statutaire tewerkstelling.[63]

Vergelijkbaar daarmee beklemtoont het Sociaal Handvest van 28 april 1994, uitgaande van het Ministerie van het **Brussels Hoofdstedelijk Gewest**, voor de onder zijn bevoegdheid ressorterende plaatselijke besturen, dat de contractuele tewerkstellingswijze exceptioneel is.

Arbeidsovereenkomsten zijn enkel mogelijk voor uitzonderlijke, welbepaalde en in de tijd beperkte opdrachten, en voor de tijdelijke vervanging van statutaire personeelsleden, behalve wanneer het directie- of leidinggevende functies betreft. Daarnaast mag ook het schoonmaak- en restaurantpersoneel via een arbeidsovereenkomst worden geworven. Mits uitdrukkelijke motivering vanwege de gemeenteraad, kan de gemeente eveneens zijn toevlucht nemen tot het contractuele wervingsprocédé voor seizoenspersoneel en - wat wel merkwaardig is - voor het personeel dat deeltijdse betrekkingen binnen de formatie inneemt.[64]

De wetgeving betreffende de gesubsidieerde contractuelen die geldt voor de provinciale en plaatselijke overheidsdiensten,[65] verschaft op zijn beurt geen richtlijnen betreffende de omstandigheden waarin deze personeelsleden kunnen worden ingezet,[66] en het resultaat is er dan ook naar.

Particulariteiten voor de openbare centra voor maatschappelijk welzijn

Op te merken valt dat diverse bijzondere bepalingen uit de O.C.M.W.-Wet aan deze diensten uitdrukkelijk de bevoegdheid verlenen om gebruik te maken van het contractuele procédé.[67]

---

[63] Zie MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP, Departement Economie, Werkgelegenheid, Binnenlandse Aangelegenheden en Landbouw, *Omz. nr. BA 98/02, 31 maart 1998 - Uitvoering sectoraal akkoord 1995-1996 - Omzetting overuren, nacht-, zaterdag- en zondagprestaties - Prioriteit statutaire tewerkstelling - Deeltijdse statutaire aanwerving - Voorkoming verdringingseffect bij aanwerving - Uitvoering protocol nr. 75*, *B.S.* 20 mei 1998, 16.305, punt 2.

[64] Zie MINISTERIE VAN HET BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST, *Sociaal Handvest 28 april 1994 - Harmonisatie van het administratief statuut en algemene weddeherziening voor het personeel van de plaatselijke besturen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest*, *B.S.* 26 januari 1995, 1.771, punt 7.1.

[65] Zie art. 1 K.B. nr. 474, 28 oktober 1986 tot opzetting van een stelsel van door de Staat gesubsidieerde contractuelen bij sommige plaatselijke besturen.

[66] Cf. MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP, Departement Economie, Werkgelegenheid en Binnenlandse Aangelegenheden, *Omz. nr. BA 93/07, 14 juli 1993 betreffende de algemene weddeschaalherziening en gemeenschappelijke krachtlijnen voor een samenhangend personeelsbeleid in de lokale en regionale besturen*, *B.S.* 3 september 1993, 19.429, punt C, I, 3.1., 5°.

[67] Zie ook E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 44-50, nrs. 56-64; D. DÉOM, "Chapitre 6 - Le personnel des centres publics d'aide sociale" in *La fonction publique locale en mutation*, Droit et gestion communale n° 5, UCL, Centre du Droit de la Gestion et de l'Economie Publiques, Bruxelles, La Charte, 1995, 191-198.
Conform de richtlijnen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zal de raad voor maatschappelijk

Het staat het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn vrij om, mits machtiging van de bevoegde minister, voor *bepaalde betrekkingen van de maatschappelijke werkers, van het verplegend en verzorgend personeel, van het hulppersoneel en van het meesters-, vak- en dienstpersoneel* tot contractuele werving over te gaan. Deze vorm van werving moet wel, bij de vaststelling van de personeelsformatie, expliciet worden aangegeven.[68]

Het personeel van een *O.C.M.W.-ziekenhuis* mag door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, binnen de goedgekeurde personeelsformatie, maar zonder dat een machtiging vereist is, met een schriftelijke arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen.[69]

In de omzendbrief BA 98/02 van 31 maart 1998 voor de plaatselijke overheidsdiensten van het Vlaamse Gewest wordt erop gewezen dat, specifiek voor de O.C.M.W.'s, de mogelijkheid tot contractuele tewerkstelling moet behouden blijven voor diensten en instellingen waar een flexibel personeelsbeleid noodzakelijk wordt gemaakt door de concurrentie met de particuliere sector, de fluctuerende vraag naar de aangeboden dienstverlening of het projectmatig karakter van bepaalde activiteiten.[70]

Verder kan de contractuele werving ook worden aangewend om het hoofd te bieden aan *bijzondere omstandigheden*, meer concreet tijdens de vacature van bepaalde betrekkingen, in geval van tijdelijke afwezigheid van de titularis van een dergelijke betrekking of bij rampen.[71] Dit soort van werving dient normaliter te gebeuren binnen de perken van de personeelsformatie,[72] behoudens voor dringende en onvoor-

---

welzijn of het bevoegde orgaan zich niettemin moeten verantwoorden voor de gevallen waarin het contractuele type wordt aangehouden (zie MINISTERIE VAN HET BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST, *Sociaal Handvest 28 april 1994 - Harmonisatie van het administratief statuut en algemene weddeherziening voor het personeel van de plaatselijke besturen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest*, *B.S.* 26 januari 1995, 1.813, punt 7.1).

68 Art. 55 § 1 O.C.M.W.-Wet.
Bij gebrek aan een dergelijke machtiging en voor zover het personeelskader niet voorziet in de werving onder arbeidsovereenkomst, wordt het personeelslid geacht zich in een statutaire rechtspositie te bevinden, temeer daar er geen geschreven arbeidsovereenkomst voorhanden is (R.v.St., GEERTS, nr. 25.085, 28 februari 1985).

69 Art. 55*bis* O.C.M.W.-Wet.
Zie, wat betreft de beoefenaars van de geneeskunst, art. 48 O.C.M.W.-Wet en, voor een toepassing van deze bepaling, R.v.St., GUSTOT, nr. 26.019, 8 januari 1986; R.v.St., FRENCK, nr. 38.963, 6 maart 1992, *J.T.T.* 1993, 8, noot en *Soc. Kron.* 1992, 479 (samenvatting), noot J. JACQMAIN; R.v.St., BALLAUX, nr. 40.884, 29 oktober 1992, *A.P.M.* 1992, 198 (samenvatting), *Soc. Kron.* 1994, 379 (samenvatting), noot J. JACQMAIN en *T.B.P.* 1993, 482, noot J. JACQMAIN; M. MEYNTJENS-APERS, *Het juridisch statuut van de OCMW-ziekenhuisgeneesheren*, Brugge, Die Keure, 1991, 17-30.

70 Zie MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP, Departement Economie, Werkgelegenheid, Binnenlandse Aangelegenheden en Landbouw, *Omz. nr. BA 98/02, 31 maart 1998 - Uitvoering sectoraal akkoord 1995-1996 - Omzetting overuren, nacht-, zaterdag- en zondagprestaties - Prioriteit statutaire tewerkstelling - Deeltijdse statutaire aanwerving - Voorkoming verdringingseffect bij aanwerving - Uitvoering protocol nr. 75*, *B.S.* 20 mei 1998, 16.305, punt 2.

71 Art. 56 §§ 1 en 2 O.C.M.W.-Wet.

72 Art. 56 § 1 O.C.M.W.-Wet.

ziene taken in geval van ramp.[73] Tegelijk is het mogelijk gedeeltelijk af te wijken van de gestelde wervingsvoorwaarden.[74] Het veeleer uitzonderlijke karakter hiervan maakt dat een dergelijke aanstelling uiteraard slechts van korte duur mag zijn.[75]

Ten slotte werd het O.C.M.W. - in het verlengde van zijn opdracht tot maatschappelijke dienstverlening[76] - gemachtigd tot tijdelijke werving, buiten de personeelsformatie om, van *personen die hulp ontvangen*, om hen op die wijze in staat te stellen het bewijs te leveren van een zekere tewerkstellingsperiode, waaraan de betrokkenen het voordeel van bepaalde sociale uitkeringen ontlenen.[77] Ook in deze hypothese gaat het om een contractuele tewerkstelling die wordt beheerst door de Arbeidsovereenkomstenwet.[78]

De mogelijkheid bestaat zelfs om, onder bepaalde voorwaarden, deze personen ter beschikking te stellen van de gemeenten, van verenigingen zonder winstoogmerk met een sociaal of cultureel doel, van een ander openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn of van een vereniging van O.C.M.W.'s, dan wel van een bij de R.S.Z.P.P.O. aangesloten openbaar ziekenhuis.[79]

2. Overheidsinstellingen

a. Intercommunales

De intercommunales hebben in zekere zin de keuze tussen het reglementaire en het contractuele regime.[80] Vereist is wel dat de contractuele band tussen de intercommunale in kwestie en haar personeel op onmiskenbare wijze kan worden vastgesteld.

---

[73] Art. 56 § 2 O.C.M.W.-Wet.

[74] Art. 56 § 1 O.C.M.W.-Wet.

[75] Art. 56 §§ 4 en 5 O.C.M.W.-Wet.

[76] Cf. art. 1 O.C.M.W.-Wet.

[77] Art. 60 § 7 eerste lid O.C.M.W.-Wet.

[78] Art. 56 § 3 eerste lid O.C.M.W.-Wet.

[79] Art. 60 § 7 tweede lid O.C.M.W.-Wet. Deze bepaling werd pas ingelast bij art. 34 Wet 22 december 1995 houdende maatregelen tot uitvoering van het meerjarenplan voor de werkgelegenheid (*B.S.* 30 december 1995, derde uitgave) en verder verruimd bij art. 168 Wet 29 april 1996 houdende sociale bepalingen (*B.S.* 30 april 1996, tweede uitgave).

[80] R.v.St., SOLON, nr. 19.754, 13 juli 1979; R.v.St., BAETEN, nr. 35.619, 2 oktober 1990.
Zie ook E. BOON en D. SIMONS, "Status en rechtsvorm van de intercommunale en supercommunale nutsbedrijven, met inbegrip van de status van het personeel", *T.B.P.* 1961, 210; E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent", *A.P.T.* 1990, 11; E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 32, nr. 39; J. VANHAEVERBEEK, *Les intercommunales*, Droit et Justice, nr. 6, Bruxelles, Nemesis, 1988, 88-89, nr. 58; J. VANHAEVERBEEK, "Chapitre 7 - Le personnel des intercommunales" in *La fonction publique locale en mutation*, Droit et gestion communale n° 5, UCL, Centre du Droit de la Gestion et de l'Economie Publiques, Bruxelles, La Charte, 1995, 201-211.

Wij menen hieruit te moeten afleiden dat enkel in zoverre een schriftelijke arbeidsovereenkomst voorligt, tot de contractuele tewerkstelling mag worden besloten.[81]

Het feit dat een intercommunale de vorm aanneemt van een handelsvennootschap,[82] ontneemt deze instelling niet de status van publiekrechtelijke rechtspersoon.[83] Ongeacht hun vorm en doel, hebben de intercommunales immers nooit een handelskarakter.[84] Dit impliceert dat ook ten overstaan van deze verenigingen van gemeenten de principiële statutaire tewerkstelling blijft gelden,[85] behoudens uitdrukkelijk andersluidende wilsuiting.

b. Federale, gemeenschaps- en gewestelijke instellingen

Tegenover de openbare instellingen die onder de bevoegdheid vallen van de federale overheid of van een gemeenschap of een gewest, vertrok men lange tijd van dezelfde idee, namelijk dat er een zekere vrijheid bestond om te kiezen voor de ene of de andere wervingswijze.[86]

Voor zover overigens expliciet werd bepaald dat alle personeelsleden in dienst van de betrokken instelling contractueel worden geworven, is er geen betwisting mogelijk.[87] De Wet van 22 juli 1991 betreffende de Nationale Loterij[88] bijvoorbeeld laat er geen twijfel over bestaan dat het volledige personeelsbestand van deze instelling onder arbeidsovereenkomst wordt tewerkgesteld.[89]

Ook wanneer in de toepasselijke wetgeving de instelling nadrukkelijk werd gemachtigd om in bepaalde omstandigheden of voor zekere taken contractanten aan te trekken, wordt de mogelijkheid tot contractuele tewerkstelling algemeen aanvaard. Moeilijker wordt het bij gebrek aan een dergelijk duidelijk houvast.

Vroeger werd dit stilzwijgen door de Raad van State[90] geïnterpreteerd in die zin dat, niettegenstaande de normale tewerkstellingswijze van statutaire aard is, geen enkele

---

81 Cf. Arbh. Brussel 9 februari 1990, *Soc. Kron.* 1990, 302, noot J. JACQMAIN.

82 Zie art. 5 Wet 22 december 1986 betreffende de intercommunales.

83 Zie art. 3 aanhef Wet 22 december 1986 betreffende de intercommunales.

84 Cf. art. 3 in fine Wet 22 december 1986 betreffende de intercommunales.

85 Zie Arbh. Luik 20 november 1980, *Jur. Liège* 1981, 137; Arbh. Luik 25 september 1986, *J.T.T.* 1987, 271 en *T.S.R.* 1987, 216; Arbh. Bergen 2 oktober 1991, *J.T.T.* 1991, 484 (verkort), noot.

86 Zie Arbh. Brussel 9 februari 1990, *J.T.T.* 1991, 11, noot, *Rechtspr. Arb. Br.* 1990, 148 en *Soc. Kron.* 1990, 302, noot J. JACQMAIN; J. VIAENE, "Het recht van de openbare instellingen om personeel bij overeenkomst in dienst te nemen", *T.B.P.* 1978, 133-139.

87 Uit de rechtspraak van de Raad van State kan worden afgeleid dat het voltallige personeel van het Nationaal Instituut voor Landbouwkrediet onder het contractuele regime valt (R.v.St., SWALENS, nr. 26.913, 24 september 1986).

88 *B.S.* 31 juli 1991.

89 Art. 14 § 1 eerste lid Wet 22 juli 1991.

90 Zie R.v.St., PIERART, nr. 7.180, 26 juni 1959; R.v.St., ROTSAERT, nr. 7.183, 26 juni 1959; R.v.St., NATIONALE CONFEDERATIE VAN HET BOUWBEDRIJF, nr. 7.298, 16 oktober 1959; R.v.St., DEBRA, nr.

wetsbepaling de publiekrechtelijke rechtspersonen verbiedt om personen in dienst te nemen met een arbeidsovereenkomst voor zekere buitengewone werkzaamheden.[91] Ook bij het tot stand komen van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1973 werd die zienswijze aangehouden.[92]

Actueel wordt men echter geconfronteerd met verscheidene beperkingen wat betreft de mogelijkheid tot contractuele werving.[93]

De stelregel die voorkomt in de reeds eerder aangehaalde Wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken - meer bepaald dat de wervingen dienen te gebeuren overeenkomstig de in de personeelsstatuten gestelde regels -, vindt immers evenzeer uitwerking op een groot aantal openbare instellingen dat onder het gezag, de controle of het toezicht van de federale overheid valt,[94] op de openbare instellingen van sociale zekerheid[95] en algemeen ook op de federale openbare instellingen die onder de toepassing vallen van de Wet Toezicht Parastatalen.[96]

7.526, 18 januari 1960; R.v.St., HARBOORT, nr. 8.048, 13 september 1960; R.v.St., BRABANT, nr. 8.058, 23 september 1960; R.v.St., SONNAERT, nr. 9.263, 23 maart 1962; R.v.St., MARKEY, nr. 9.264, 23 maart 1962; R.v.St., POSKIN, nr. 9.265, 23 maart 1962; R.v.St., LEMMENS en RONGÉ, nr. 12.032, 18 oktober 1966; R.v.St., CEULEMANS, nr. 20.261, 18 april 1980.
Cf. Cass. 29 april 1960, *J.T.* 1960, 718, *Pas.* 1960, I, 1.000, concl. adv.-gen. P. MAHAUX en *R.J.D.A.* 1960, 280, noot E. DEBRA.

91 Anders is het wanneer een personeelslid wordt geworven voor een lange duur, zonder bijzondere opdracht en zonder dat een speciale kwalificatie vereist was (cf. R.v.St., PUISSANT, nr. 16.297, 14 maart 1974).

92 In zijn advies bij het ontwerp dat het K.B. 8 januari 1973 is geworden (*B.S.* 23 februari 1973, 2.385-2.386), had de Raad van State - tegen de achtergrond van zijn vrijwel constante rechtspraak - geoordeeld dat het niet noodzakelijk was in bedoeld statuut uitdrukkelijk de regel op te nemen die het recht erkent om personeel bij overeenkomst in dienst te nemen. Uit het verslag aan de Koning bij het hierboven genoemde K.B. (*B.S.* 23 februari 1973, 2.377) blijkt dat de wetgever hiermee kon instemmen, in zoverre hij bevestigt dat sommige personeelsleden nog steeds in dienst zullen worden genomen of behouden blijven onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomsten.

93 E. GILLET, "Eléments d'évolution du droit de la fonction publique dans ses rapports avec le droit social", *Soc. Kron.* 1986, 33.

94 Een lijst van de beoogde federale openbare instellingen maakt het voorwerp uit van art. 1 § 1 tweede lid 2° Wet 22 juli 1993, zoals integraal vervangen bij art. 12, 1) Wet 22 maart 1999 houdende diverse maatregelen inzake ambtenarenzaken (*B.S.* 30 april 1999, eerste uitgave; err., *B.S.* 27 augustus 1999, eerste uitgave).

95 Art. 1 § 1 tweede lid 3° Wet 22 juli 1993, ingevoegd bij art. 43 K.B. 3 april 1997 houdende maatregelen met het oog op de responsabilisering van de openbare instellingen van sociale zekerheid, met toepassing van artikel 47 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels (*B.S.* 30 april 1997, derde uitgave).

96 Art. 3 § 1, 2° in combinatie met art. 1 § 1 en § 3 Wet 22 juli 1993.
Ook voordien was overigens dezelfde stelregel vervat in art. 8 § 1 K.B. nr. 56, 16 juli 1982, reeds van overeenkomstige toepassing op de openbare instellingen bedoeld bij de Wet Toezicht Parastatalen, uitzondering gemaakt voor de instellingen van categorie C en voor enkele expliciet vermelde instellingen van een andere categorie. Dit stond in zoveel bewoordingen te lezen in art. 1 § 1, 2° K.B. nr. 56, 16 juli 1982, zoals gewijzigd bij de Programmawet 30 december 1988 (*B.S.* 5 januari 1989). Zoals reeds eerder werd aangegeven, werd het K.B. nr. 56, 16 juli 1982 opgeheven bij art. 36, 8° Wet 22 juli 1993.

Bij koninklijk besluit kunnen nog andere openbare instellingen worden verplicht om de elementaire regel van de statutaire werving te eerbiedigen.[97]

Voorts is de limitatieve lijst van omstandigheden waarin niettemin tot indienstneming onder het stelsel van een arbeidsovereenkomst mag worden overgegaan ook bindend voor bepaalde **openbare instellingen die onder het gezag, de controle of het toezicht van de federale overheid staan**. Het gaat concreet om de openbare instellingen van sociale zekerheid en om de openbare instellingen die worden beoogd door de Wet Toezicht Parastatalen en die onder de bevoegdheid van het Comité voor de nationale, de gemeenschaps- en de gewestelijke overheidsdiensten vallen, met uitzondering van degene die een financiële, industriële of handelsactiviteit uitoefenen.[98]

Dezelfde federale openbare instellingen kunnen, zoals de federale ministeries, ook bij koninklijk besluit worden gemachtigd om contractanten te werven voor permanente opdrachten in geval van het ontbreken van voldoende geslaagden voor de daartoe door Selor georganiseerde vergelijkende wervingsexamens.[99]

Zoals reeds werd aangegeven, vindt de Wet van 22 juli 1993 evenzeer toepassing op de openbare instellingen van sociale zekerheid, zij het dat voor deze groep bepaalde particulariteiten gelden. Voor deze instellingen zal namelijk een afzonderlijke lijst van bijkomende of specifieke opdrachten bij koninklijk besluit worden vastgelegd en een apart koninklijk besluit[100] worden uitgevaardigd dat de voorwaarden en de wijze regelt waarop personen in dienst worden genomen bij arbeidsovereenkomst.[101] Daarenboven wordt van de kant van de openbare instellingen voor sociale zekerheid uitdrukkelijk de mogelijkheid erkend om contractanten te werven voor de uitvoering van taken op het vlak van informatica die een gespecialiseerde kennis of ervaring vereisen van niveau 1 of 2+ en waarvoor geen personeel kon worden geworven volgens de gewone procedures.[102]

Voor de andere federale openbare instellingen waarop de Wet van 22 juli 1993 toepasselijk is, maar die niet beantwoorden aan de hierboven geformuleerde omschrijving, worden de voorwaarden waaronder naar het systeem van de contractuele

---

97 Cf. art. 3 § 1, 2° in fine Wet 22 juli 1993.

98 Art. 4 § 1 Wet 22 juli 1993, waarvan de inleidende bepaling werd vervangen bij art. 44 § 1 K.B. 3 april 1997.
Ook in het verleden gold voor de desbetreffende openbare instellingen een analoge regeling, gelet op art. 8 § 2 van het inmiddels - bij art. 36, 8° Wet 22 juli 1993 - opgeheven K.B. nr. 56, 16 juli 1982.

99 Art. 3 § 2 Wet 22 juli 1993.

100 Art. 4 § 2 Wet 22 juli 1993 vindt immers geen uitwerking op de openbare instellingen van sociale zekerheid (zie art. 4 § 7 Wet 22 juli 1993, ingevoegd bij art. 44 § 2 K.B. 3 april 1997 en vernummerd bij art. 14 Wet 22 maart 1999 en art. 11*bis* Wet 22 juli 1993, ingevoegd bij art. 46 K.B. 3 april 1997 en volledig vervangen bij art. 18 Wet 22 maart 1999).

101 Art. 4 § 8 Wet 22 juli 1993, ingevoegd bij art. 44 § 2 K.B. 3 april 1997 en vernummerd bij art. 14 Wet 22 maart 1999.

102 Art. 4 § 9 Wet 22 juli 1993, ingevoegd bij art. 44 § 2 K.B. 3 april 1997 en vernummerd bij art. 14 Wet 22 maart 1999.

werving mag worden gegrepen, geregeld bij in ministerraad overlegd koninklijk besluit, op voordracht of met akkoord van de federale minister van Ambtenarenzaken.[103]

Dezelfde beperking tot de klassieke situaties waarin naar het contractuele wervingsprocédé mag worden gegrepen, treft men in vrijwel identieke bewoordingen[104] aan in het Decreet van de Vlaamse Raad van 12 december 1990 betreffende het bestuurlijk beleid,[105] dat van toepassing is op de daarin opgesomde **openbare instellingen die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap en van het Vlaamse Gewest.**[106]

Voor verscheidene **overheidsinstellingen die onder de bevoegdheid vallen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest,**[107] staan de zaken er niet anders voor,[108] zoals mag blijken uit de Ordonnantie van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad van 9 juli 1992 betreffende het personeel van sommige instellingen van openbaar nut.[109]

Dit is overigens niet meer dan logisch gelet op het *"het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene principes"*, waarin de genoemde beginselen inzake contractuele werving werden bevestigd. Dit komt erop neer dat de onderscheiden publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen, de gewesten, van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, gelijkelijk gebonden zijn door deze beperkende regels.

Niettemin laat het APKB de ruimte om bij decreet tot oprichting van een gemeenschaps- of gewestinstelling[110] te specificeren dat voor de activiteiten die een publiekrechtelijke rechtspersoon verricht in mededinging met andere publieke of private marktdeelnemers, aan de personeelsbehoeften wordt voldaan door personen die bij arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen.[111] De bedoeling hiervan is, volgens het verslag aan de Koning bij het Koninklijk Besluit van 22 december 2000, "rekening te houden met de behoeften van de instellingen van het zogenaamde ondernemingstype wanneer zij activiteiten verrichten in mededinging met andere publieke of private marktdeelnemers. In die omstandigheden is het aangewezen, niet alleen met het oog op het voortbestaan, maar vooral ook met het oog op de groei en positieve ontwikkeling van deze activiteiten, dat zij onder vergelijkbare omstandigheden met

---

[103] Art. 5 Wet 22 juli 1993.

[104] Art. 65 Decr. Vl. R. 12 december 1990.

[105] *B.S.* 21 december 1990.

[106] Zie art. 64 §§ 1 en 2 Decr. Vl. R. 12 december 1990.

[107] Volgens art. 2 Ord. Br. H. R. 9 juli 1992 is deze van toepassing op de Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling (BGDA), het Brussels Instituut voor Milieubeheer (BIM), de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij (BGHM) en het Centrum voor Informatica voor het Brusselse Gewest (CIBG).

[108] Art. 3 §§ 1 en 2 Ord. Br. H. R. 9 juli 1992.

[109] *B.S.* 31 juli 1992.

[110] Bedoeld wordt het decreet in de zin van art. 9 tweede lid Bijz. Wet 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

[111] Art. 2 § 2 eerste lid APKB.

de andere marktdeelnemers kunnen werken."[112] Bij wijze van voorbeeld wordt verwezen naar sommige activiteiten verricht door de Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding (V.D.A.B.) en zijn Brusselse en Franstalige tegenhanger.

Ook wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon voor het wezen van zijn opdracht in mededinging treedt met andere publieke of private marktdeelnemers, kan het oprichtingsdecreet bepalen dat aan de personeelsbehoeften wordt voldaan door personen die bij arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen.[113] Het verschil met de voorgaande hypothese is dat in het eerste geval contractanten kunnen worden aangetrokken voor bepaalde concurrentiegebonden activiteiten, daar waar in de tweede hypothese de mogelijkheid wordt opengelaten om - gegeven de concurrentiële positie op de markt - het volledige personeelsbestand op contractuele basis tewerk te stellen. Het verslag aan de Koning bij het APKB noemt hier als voorbeelden de VRT en De Lijn.[114]

Deze verruiming in vergelijking met het opgeheven APKB van 26 september 1994[115] is niet meer en niet minder dan een soort van regularisatie van een bestaande toestand. Het volledige personeelsbestand van De Lijn is immers van oudsher verbonden met een arbeidsovereenkomst. De Vlaamse Radio- en Televisieomroep (VRT) heeft een 'gemengd' personeelsbestand, met die nuance dat sedert de recente hervormingen enkel nog het principe van de contractuele werving wordt gehuldigd (*cf. infra*).

Met deze reparatie ondervangt de regelgever de vroegere bezwaren ten opzichte van het lijstensysteem zoals dat gangbaar was onder het voormalige APKB van 26 september 1994. Toen was het idee dat enkel de publiekrechtelijke rechtspersonen die afhangen van de gemeenschappen, de gewesten, van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie zoals die voorkwamen op daartoe opgestelde lijsten,[116] gebonden zijn door het koninklijk

---

[112] Zie Verslag aan de Koning bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen, *B.S.* 9 januari 2001, 422.

[113] Art. 2 § 2 tweede lid APKB.

[114] Zie Verslag aan de Koning bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen, *B.S.* 9 januari 2001, 422.

[115] Art. 32 APKB.

[116] Cf. art. 62 § 1 eerste lid APKB 26 september 1994.
Zie K.B. 20 oktober 1992 tot uitvoering, voor de Vlaamse Executieve, van artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit van 22 november 1991 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de

besluit tot bepaling van de algemene principes. Na een voorzichtige opmerking van de Raad van State,[117] daarin bijgevallen door Gillet,[118] leek ook het Arbitragehof de mening toegedaan dat niet alleen de instellingen die werden opgesomd in de vermelde lijsten, maar alle openbare instellingen, zonder uitzondering, die onder de bevoegdheid vallen van een gemeenschap of een gewest, gebonden zijn door het APKB.[119]

Het nieuwe APKB ondervangt dit probleem op zeer inventieve wijze. Het APKB van 22 december 2000 is wel degelijk bindend voor alle openbare instellingen die onder de bevoegdheid ressorteren van een gemeenschap, een gewest, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie. Tegelijk laat datzelfde APKB toe dat bepaalde van die instellingen uitsluitend een beroep doen op het contractuele wervingsprocédé. Dit brengt dan weer met zich dat welgeteld één artikel uit het APKB de beoogde instellingen effectief bindt en zelfs daar kan aan worden getwijfeld. Het enige artikel uit het APKB dat betrekking heeft op de rechtspositie van de contractanten, betreft hun geldelijk 'statuut' (sic). Dit komt erop neer dat zij recht hebben op een gelijkwaardige verloning als de ambtenaar met hetzelfde of een gelijkwaardig ambt.[120] Als de instelling in kwestie echt het onderste uit de kan wil halen, zou zij kunnen betogen dat ook dit artikel - bij gebrek aan een referentie in de instelling van een 'ambtenaar met een zelfde of een gelijkwaardig ambt' - geen bindende waarde heeft.

---

executieven en van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (*B.S.* 17 november 1992); K.B. 20 oktober 1992 tot uitvoering, voor de Executieve van de Franse Gemeenschap, van artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit van 22 november 1991 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de executieven en van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (*B.S.* 17 november 1992); K.B. 20 oktober 1992 tot uitvoering voor de Waalse regering, voor [van] artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit [van] 26 september 1994 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (*B.S.* 17 november 1992), dat - zowel wat betreft het opschrift, als op het inhoudelijke vlak - werd gewijzigd en tegelijk aangevuld bij K.B. 14 februari 1996 (*B.S.* 24 april 1996); K.B. 20 oktober 1992 tot uitvoering, voor de Brusselse Hoofdstedelijke Executieve, van artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit van 22 november 1991 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de executieven en van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (*B.S.* 17 november 1992), zoals aangevuld bij K.B. 24 maart 1994 (*B.S.* 4 mei 1994); K.B. 9 november 1992 tot uitvoering, voor de Executieve van de Duitstalige Gemeenschap, van artikel 62, § 1, van het koninklijk besluit van 22 november 1991 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de Executieven en van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen (*B.S.* 18 november 1992).

[117] R.v.St. (afd. wetg.) 26 juli 1994, *B.S.* 1 oktober 1994, 24.881.

[118] E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 28-29, nr. 31.

[119] Arbitragehof nr. 39/97, 14 juli 1997, *A.A.* 1997, 533, *B.S.* 14 augustus 1997, 20.880 en *T.B.P.* 1997, 748 (samenvatting).

[120] Art. 30 APKB.

Zoals eerder reeds aangehaald, vormt de Vlaamse Radio- en Televisieomroep (VRT) die de vorm heeft van een naamloze vennootschap van publiek recht,[121] in zekere zin een buitenbeentje.[122] Conform het Decreet van het Vlaams Parlement van 29 april 1997 betreffende de omzetting van de BRTN in een naamloze vennootschap van publiek recht[123] worden de gedelegeerd bestuurder en de andere leden van het directiecomité alleszins tewerkgesteld met een overeenkomst gesloten met de VRT.[124] De leden van het middenkader worden evenzeer met een arbeidsovereenkomst in dienst genomen, waarbij de ambten in het voormalige statutaire middenkader werden opgeheven.[125] Ten slotte worden ook de andere personeelsleden door de nieuwe VRT geworven met een arbeidsovereenkomst, zonder afbreuk te doen aan de statutaire rechtspositie van de reeds in dienst zijnde personeelsleden.[126]

Anders is het wat betreft de "la Radio-Télévision belge de la Communauté française" (RTBF). De RTBF kan als "autonoom overheidsbedrijf van culturele aard"[127] een beroep doen op contractuele personeelsleden in dezelfde omstandigheden die gelden voor de autonome overheidsbedrijven,[128] hoewel de RTBF geen autonoom overheidsbedrijf is in de zin van de Wet van 21 maart 1991.[129]

Niettegenstaande de Wet van 22 juli 1993 niet van toepassing is op de **autonome overheidsbedrijven**,[130] is het deze laatste instellingen evenzeer slechts toegestaan personen onder arbeidsovereenkomst te werven en tewerk te stellen in dezelfde omstandigheden die gelden voor de andere openbare instellingen. Voor deze groep was reeds eerder de mogelijkheid geopend om terug te grijpen naar het contractuele wer-

---

[121] Zie art. 2 § 1 en art. 3 Decr. Vl. R. 29 april 1997 betreffende de omzetting van de BRTN in een naamloze vennootschap van publiek recht (*B.S.* 1 mei 1997); art. 1 B. Vl. Reg. 9 december 1997 betreffende de omzetting van de BRTN in de naamloze vennootschap van publiek recht VRT en betreffende de goedkeuring van de statuten (*B.S.* 25 december 1997).

[122] In het hierboven aangehaalde arrest van het Arbitragehof nr. 39/97 ging het trouwens om een betwisting die betrekking had op bepalingen betreffende de toenmalige BRTN.

[123] *B.S.* 1 mei 1997.

[124] Art. 13 § 4 Decr. Vl. R. 29 april 1997.

[125] Art. 21 Decr. Vl. R. 29 april 1997.

[126] Art. 22 Decr. Vl. R. 29 april 1997.

[127] Art. 1 eerste lid Decr. Fr. Gem. R. 14 juli 1997 houdende het statuut van de "Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF)" (*B.S.* 28 augustus 1997).

[128] Art. 29 Decr. Fr. Gem. R. 14 juli 1997.

[129] Tegen deze bepaling, die de mogelijkheden tot contractuele werving verruimt, werd een beroep tot vernietiging ingesteld bij het Arbitragehof. Dit beroep werd evenwel onontvankelijk verklaard omdat de verzoeker in zijn hoedanigheid van vakbondsafgevaardigde en statutaire ambtenaar niet het vereiste belang doet blijken (zie Arbitragehof nr. 12/99, 20 januari 1999, *B.S.* 12 februari 1999, 4.130).

[130] De autonome overheidsbedrijven waren ook onttrokken aan de werkingssfeer van het vroegere art. 51 Wet 28 december 1973 betreffende de budgettaire voorstellen 1973-1974 (cf. art. 51 § 1 B. 7° Wet 28 december 1973, zoals aangevuld bij art. 50 Wet 21 maart 1991) en vielen evenmin onder de toepassing van het inmiddels opgeheven K.B. nr. 56, 16 juli 1982, zoals bleek uit zijn art. 17*bis*, dat werd ingelast bij art. 53 Wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

vingsprocédé voor de uitvoering van taken die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen.[131]

Voor twee autonome overheidsbedrijven, te weten Belgocontrol[132] en de naamloze vennootschap van publiek recht "Brussels International Airport Company"[133] (BIAC), geldt een afwijkende regeling. Hoewel ook voor deze bedrijven het uitgangspunt wordt gehandhaafd dat het personeel wordt geworven en tewerkgesteld conform het door de bevoegde instantie vastgestelde personeelsstatuut,[134] wordt daaraan toegevoegd dat dit geen afbreuk doet aan het recht van Belgocontrol en van BIAC om de werknemers die zij op de datum van hun indeling als autonome overheidsbedrijven onder een contractueel stelsel in dienst had, verder onder zo'n stelsel tewerk te stellen.[135] Voorts is het Belgocontrol en de BIAC toegelaten om, buiten de reguliere mogelijkheden om contractanten te werven, personeel met een arbeidsovereenkomst in dienst te nemen in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald in een regeling die door het paritair comité met een meerderheid van tweederden van de stemmen werd aangenomen.[136] Bovendien kan een regeling worden getroffen, voor zover die met tweederden van de stemmen door het paritair comité wordt aanvaard en bij koninklijk besluit wordt bekrachtigd, tot inrichting van een facultatief stelsel dat de leden van het statutaire personeel van Belgocontrol en de BIAC de mogelijkheid biedt om naar het contractuele stelsel over te gaan.[137]

---

131 Art. 29 § 1 tweede lid Wet 21 maart 1991.
Dat bepaalde contractanten bij de economische overheidsbedrijven eventueel met een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers zouden worden aangeworven, lijkt ons nogal vergezocht (cf. J. JACQMAIN, "Le contrat de travail dans les administrations de l'Etat", *Soc. Kron.* 1991, 331, nr. 2.3).
Zie in het algemeen J. JACQMAIN, "Le statut du personnel des entreprises publiques autonomes" in X. (ed.), *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles (ULB), Bruxelles, Bruylant, 1992, 171-193.

132 Zie titel VI Wet 21 maart 1991, zoals vervangen bij art. 32 K.B. 2 april 1998 tot hervorming van de beheersstructuren van de luchthaven Brussel-Nationaal (*B.S.* 11 april 1998).
Art. 1 § 4 eerste lid 4° Wet 21 maart 1991, dat in die zin werd aangevuld bij art. 2 K.B. 25 augustus 1998 tot indeling van de Regie der Luchtwegen als autonoom overheidsbedrijf (*B.S.* 1 september 1998).

133 Titel VII Wet 21 maart 1991, zoals ingevoegd bij art. 10 K.B. 2 april 1998 tot hervorming van de beheersstructuren van de luchthaven Brussel-Nationaal (*B.S.* 11 april 1998).
Art. 1 § 4 tweede lid Wet 21 maart 1991, dat werd toegevoegd bij art. 1 K.B. 25 augustus 1998 tot indeling van de naamloze vennootschap "Brussels Airport Terminal Company" als autonoom overheidsbedrijf en tot goedkeuring van de wijzigingen aan haar statuten (*B.S.* 1 september 1998).

134 Art. 175 § 1 aanhef Wet 21 maart 1991 (Belgocontrol).
Art. 189 § 1 aanhef Wet 21 maart 1991 (BIAC).

135 Art. 175 § 1 Wet 21 maart 1991 (Belgocontrol).
Art. 189 § 1 Wet 21 maart 1991 (BIAC).

136 Art. 175 § 2 Wet 21 maart 1991 (Belgocontrol).
Art. 189 § 2 Wet 21 maart 1991 (BIAC).

137 Art. 175 § 3 Wet 21 maart 1991 (Belgocontrol).
Art. 189 § 3 Wet 21 maart 1991 (BIAC).

Wat betreft de Belgische Technische Coöperatie (BTC) zijn de mogelijkheden tot contractuele werving analoog aan wat werd bepaald in de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.[138]

Gaat het tot slot om een zeldzame openbare instelling ten overstaan waarvan de mogelijkheid tot contractuele werving niet beperkt is, dan geldt ter zake wel een principiële keuzevrijheid. Gillet merkt op dat het daarbij vooral gaat om publiekrechtelijke rechtspersonen die bij wijze van vereniging - en niet als een stichting - zijn tot stand gekomen en die vaak de vorm hebben van een handelsvennootschap.[139]

§ 3. Rechtspositie van de personeelsleden in het vrij gesubsidieerd onderwijs[140]

A. Evolutie[141]

Voor alle duidelijkheid dient vooraf beklemtoond dat de discussie zich enkel toespitst op de gesubsidieerde personeelsleden in het vrij onderwijs. Hoewel het predikaat 'gesubsidieerd' gebruikelijk wordt gelinkt aan de vrije onderwijsinstellingen als werkgever, is vooral het gegeven dat het gaat om betoelaagd personeel, van belang.

Aanvankelijk bestond de rechtspositieregeling voor de personeelsleden van het vrij gesubsidieerd onderwijs uit een bonte verzameling van diverse regels met een even diverse oorsprong.[142]

Na het uitvaardigen van de Schoolpactwet van 29 mei 1959[143] kwam het aan de paritaire comités toe om een zogenaamd stabiliteitsstatuut uit te vaardigen.[144] Enkel voor het lager en technisch onderwijs werd hieraan uitvoering gegeven. Wat het middelbaar onderwijs betreft, werd een gelijksoortige regeling goedgekeurd, maar dan door officieuze paritaire comités. Op een gegeven ogenblik tekende zich in de rechtspraak en de rechtsleer een duidelijke tendens af om de rechtspositie in het onderwijs op

---

[138] Art. 35 § 1 tweede lid Wet 21 december 1998 betreffende de oprichting van de «Belgische Technische Coöperatie» in de vorm van een vennootschap van publiek recht (*B.S.* 30 december 1998, derde uitgave).

[139] E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent", *A.P.T.* 1990, 11; E. GILLET, "La nature juridique de la relation entre l'administration et son agent" in X. (ed.), *Précis de Fonction Publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 32, nr. 38.

[140] Over de juiste kwalificatie van de arbeidsverhoudingen in de sector van het vrij gesubsidieerd onderwijs is al heel wat inkt gevloeid. Wij beperken ons voor onze analyse tot enkele van de meest recente bijdragen.

[141] Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving, R. VERSTEGEN, "De arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs zijn (nog altijd) contractueel van aard", *R.W.* 1998-1999, 66-68, nrs. 5-12.

[142] Zie J. DUJARDIN, "Het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en van de gesubsidieerde P.M.S.-centra", *T.O.R.B.* 1990-1991, 65.

[143] *B.S.* 19 juni 1959.

[144] Art. 45 § 9 Schoolpactwet.

basis van zowel de officiële als de officieuze regeling te kwalificeren als contractueel en onderworpen aan de Arbeidsovereenkomstenwet.

Precies op dat moment is de wetgever tussengekomen. De Wet van 11 juli 1973[145] die de Schoolpactwet heeft gewijzigd, verklaarde namelijk de uitvoerende macht - en niet langer de paritaire comités - bevoegd om de basisregels voor het 'statuut'[146] van het personeel in het onderwijs vast te leggen. De personeelsleden in de sector van het vrij gesubsidieerd onderwijs zouden daardoor niet langer onder de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet vallen. Dit leidde tot de conclusie dat de toekomstige arbeidsverhoudingen van statutaire, en dus niet van contractuele aard zou zijn.

Het Hof van Cassatie maakte echter vrij snel komaf met deze laatste zienswijze. In een arrest van 25 juni 1979 was het hof van mening dat statutaire regels die eenzijdig worden opgelegd, enkel voorkomen bij de overheid en dat in het vrij onderwijs de dienstbetrekking blijft ontstaan door een overeenkomst tussen beide partijen. Dit impliceert dat het regime van het vrij gesubsidieerd onderwijs contractueel blijft[147] en dat bijgevolg de Arbeidsovereenkomstenwet voor deze groep zijn gelding behoudt.[148]

Voor de *universitaire instellingen* geldt een andere regeling in de vorm van de Wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen.[149] Die Financieringswet gaf aan de universiteitsbesturen van de vrije instellingen de opdracht om voor hun personeel een statuut vast te leggen dat gelijkwaardig is aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat.[150]

Het Hof van Cassatie heeft hier geoordeeld dat de vrije universitaire instellingen op grond van deze bepaling verplicht kunnen zijn af te wijken van arbeidsrechtelijke bepalingen om de gelijkwaardigheid te realiseren, maar ging er tegelijk van uit dat de rechtsverhouding niettemin contractueel van aard blijft.[151]

Binnen de Raad van State was (en is) de verdeeldheid troef. De Nederlandstalige Kamer van de Raad van State oordeelde op 24 maart 1989 dat het hier toch een statutaire rechtsverhouding betreft, waardoor de Raad van State bevoegd is uitspraak

---

[145] *B.S.* 30 augustus 1973.

[146] Zie P.P. VAN GEHUCHTEN, "Le "statut" du personnel de l'enseignement secondaire libre subventionné", *Soc. Kron.* 1991, 347.

[147] Cass. 25 juni 1979, *R.W.* 1979-1980, 199.
In dezelfde zin Cass. 10 oktober 1988, *R.W.* 1988-1989, 886.

[148] C. ENGELS, "De vastheid van betrekking in het katholiek onderwijs opnieuw ter discussie gesteld. Enkele bedenkingen bij het Cassatiearrest van 10 oktober 1988", *R.W.* 1988-1989, 872.

[149] *B.S.* 17 september 1971.

[150] Art. 41 Wet 27 juli 1971.

[151] Cass. 11 oktober 1982, *R.W.* 1982-1983, 1.825-1.829, concl. adv.-gen. H. LENAERTS.

te doen bij betwistingen.[152] De Franstalige Kamer, daarentegen, besloot tot driemaal toe tot het bestaan van een contractuele arbeidsverhouding,[153] daarin gevolgd door het Hof van Cassatie,[154] dat bij zijn oorspronkelijke interpretatie bleef. Ook het Arbitragehof sprak zich - enigszins ongevraagd - in dezelfde zin uit.[155]

Wat meer specifiek de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap betreft, is er inmiddels het Decreet van de Vlaamse Raad van 12 juni 1991.[156] Ten overstaan van het academisch personeel van de vrije universiteiten zou tot een statutaire tewerkstelling kunnen worden besloten.[157] Het administratief en technisch personeel in dienst van de vrije universitaire instellingen zou dan weer in een contractuele arbeidsrelatie staan,[158] waarvoor tegelijk de sociale zekerheid voor werknemers blijft gelden.[159]

Een volgende stap in de evolutie was het Decreet van de Vlaamse Raad van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en de gesubsidieerde psycho-medische centra,[160] dat van toepassing is op zowel het officieel als het vrij gesubsidieerd onderwijs.[161]

---

152 R.v.St., MERSCH, nr. 32.320, 24 maart 1989, *R.W.* 1988-1989, 1.400-1.407.

153 R.v.St., VREBOSCH, nr. 43.707, 5 juli 1993, *Soc. Kron.* 1994, 70-71, noot J. JACQMAIN, "Le personnel subsidié des universités libres et la compétence judiciaire"; R.v.St., DECAUX, nr. 54.149, 30 juni 1995, *J.T.* 1996, 173; R.v.St., ISTACE, nr. 55.114, 13 september 1995, *A.P.M.* 1995, 154 (samenvatting).

154 Zie onder meer Cass. 13 mei 1991, *J.T.T.* 1991, 314-315; Cass. 30 november 1992, *R.W.* 1992-1993, 1.957, concl. proc.-gen. H. LENAERTS.

155 Arbitragehof nr. 82/95, 14 december 1995, *B.S.* 17 januari 1996, 941-949 en *T.O.R.B.* 1995-1996, 244 (uittreksel), noot J. DE GROOF, "Over de rechtsverhouding tussen de universiteit en zijn personeel".

156 *B.S.* 4 juli 1991.

157 M. MAGITS en L. VENY, "Juridische opmerkingen bij het voorontwerp van Decreet betreffende de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap", *T.B.P.* 1991, 298-299.

158 M. MAGITS en L. VENY, *l.c.*, 299.

159 Wat betreft de toepasselijkheid van de Jaarlijkse Vakantiewet Werknemers op het administratief en technisch personeel in dienst van de vrije universitaire instellingen, kan worden verwezen naar Cass. 7 september 1992, *Arr. Cass.* 1992, 1.074 (verkort), *J.T.T.* 1992, 452, noot, *R.W.* 1992-1993, 644 (verkort) en *Soc. Kron.* 1993, 16 (verkort), noot. Het bestreden arrest *de dato* 5 maart 1991, uitgaande van het Arbeidshof te Brussel, werd gepubliceerd in *Soc. Kron.* 1991 231. Dit wordt voorafgegaan door de studie van L. VENY, "Nogmaals de rechtspositie van het personeel van de vrije universiteiten: duidelijkheid graag!", *Soc. Kron.* 1991, 214-217.

160 *B.S.* 25 mei 1991; err., *B.S.* 4 januari 1992.
Voor een eerste commentaar bij dit decreet, zie J. DUJARDIN, "Het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en van de gesubsidieerde P.M.S.-centra", *T.O.R.B.* 1990-91, 65-74.

161 De rechtspositieregeling van het personeel van het Gemeenschapsonderwijs maakt op zijn beurt het voorwerp uit van een afzonderlijk decreet van de Vlaamse Raad dat dezelfde datum draagt en op hetzelfde ogenblik werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 25 mei 1991.
Een toelichting bij enkele verschilpunten wordt geboden door J. VAN STEENBERGE, "Het sociaal statuut van het onderwijzend personeel: contractueel of statutair", *T.O.R.B.* 1993-1994, 239.

Opnieuw rees de vraag naar de consequenties voor de kwalificatie van de arbeidsverhoudingen van de in het vrij gesubsidieerd onderwijs tewerkgestelde personeelsleden. Het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State biedt ter zake geen uitsluitsel.[162] De Vlaamse regering koos blijkbaar voor het handhaven van de contractuele band in het vrij onderwijs. Dit valt af te leiden uit de artikelen 20, 32 en 40 van het genoemde decreet waarin gewag wordt gemaakt van een "overeenkomst" in het vrij gesubsidieerd onderwijs, en van een "(aanstellings)besluit" in het officieel gesubsidieerd onderwijs.

Het Hof van Cassatie sloot zich, op 4 oktober 1993, prompt bij deze visie aan in de volgende cryptische bewoordingen (*cf. infra*, B): "...dat hoewel de personeelsleden van het vrij onderwijs aldus onder een statuut zijn geplaatst, hun dienstbetrekking niet statutair geregeld is, nu zij uit een arbeidsovereenkomst is ontstaan".[163] We hebben hier dus te maken met de nogal ingewikkelde situatie dat enerzijds het arbeidsrecht, met inbegrip van de Arbeidsovereenkomstenwet, door de decreetgever goeddeels is uitgeschakeld, wat anderzijds niet betekent dat het personeel zich in een statutaire toestand bevindt.[164] Deze zienswijze die het Hof van Cassatie reeds jaren aanhoudt, wordt ook gevolgd door de lagere rechtbanken.[165]

Langs de zijde van de Franse Gemeenschap werd de rechtspositie voor het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs geconcipieerd als een variant-arbeidsovereenkomst,[166] daar waar voor het officieel gesubsidieerd onderwijs een publiekrechtelijk statuut[167] werd uitgewerkt. De rechtspositieregeling voor het onderwijzend personeel in de Franse Gemeenschap vertoont niettemin een grote gelijkenis met zijn Vlaamse pendant die de rechtspositie van het personeel in het gemeenschapsonderwijs beheerst.[168]

Zie ook R. VERSTEGEN, "De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling inzake rechtspositie, medezeggenschap en inspraak van het personeel in het onderwijs", *R.W.* 1994-1995, 1.146.

[162] *Parl. St.* Vl. R. 1990-1991, nr. 471/1, 100-108.

[163] Cass. 4 oktober 1993, *R.W.* 1994-1995, 116, *Soc. Kron.* 1994, 73-74, noot J. JACQMAIN, "Le personnel de l'enseignement libre subventionné: l'imagination judiciaire au pouvoir" en *T.O.R.B.* 1993-1994, 120-122, noot B. PLETINCK.

[164] Zie W. RAUWS, "Enige beschouwingen nopens de rechtspositie van het personeel van het gesubsidieerd vrij onderwijs", *T.O.R.B.* 1992-1993, 147-150; W. RAUWS, "De rechtspositie van het personeel in het vrij gesubsidieerd onderwijs" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 1993, 354, nr. 489.

[165] Zie onder meer Arbh. Gent 11 oktober 1993, *R.W.* 1993-1994, 1.036; Arbh. Gent 16 februari 1994, *R.W.* 1994-1995, 408; Arbh. Antwerpen 12 januari 1996, *Soc. Kron.* 1997, 23; Arbrb. Gent 28 oktober 1996, *T.O.R.B.* 1996-1997, 190; Arbrb. Tongeren 10 november 1998, *T.O.R.B.* 1998-1999, 277, noot P. DESENDER.

[166] Decr. Fr. Gem. R. 1 februari 1993 houdende het statuut van de gesubsidieerde personeelsleden van het gesubsidieerd vrij onderwijs, *B.S.* 17 februari 1993; err., *B.S.* 16 maart 1993.

[167] Decr. Fr. Gem. R. 6 juni 1994 tot vaststelling van de rechtspositie van de gesubsidieerde personeelsleden van het officieel gesubsidieerd onderwijs, *B.S.* 13 oktober 1994.

[168] S. VAN CRAEYMEERSCH, "Twee autonome gemeenschappen, twee verschillende statuten? Vergelijking van de rechtspositie van het personeel van het gesubsidieerd vrij onderwijs in de Vlaamse en Franse Gemeenschap", *T.O.R.B.* 1993-1994, 11-15.

Wat betreft de *hogescholen* regelt het Decreet van het Vlaams Parlement van 13 juli 1994[169] op volstrekt eenvormige wijze de rechtspositie van het personeel in alle Vlaamse hogescholen. Bedoeld Vlaams Hogescholendecreet verduidelijkt echter nergens of het voor het vrij onderwijs nog steeds om een arbeidsovereenkomst gaat, dan wel om een publiekrechtelijke rechtspositieregeling.

Het Decreet van de Franse Gemeenschapsraad van 24 juli 1997[170] op zijn beurt bevat wel voldoende aanknopingspunten om te concluderen dat de contractuele optie voor het personeel van de vrije hogescholen wordt behouden.

Het ontbreken in het Vlaamse Hogescholendecreet van enig houvast, gaf opnieuw voldoende voer voor onzekerheid, tot het arrest Joye en Gees van de Raad van State. In een lijvig arrest van 4 juni 1997 sprak de Raad van State zich uit in publiekrechtelijke zin, wat de bevoegdheid van de raad involveerde,[171] en waarmee hij de visie van het eerder aangehaalde arrest van 24 maart 1989 bevestigde (*cf. supra*).

Daarmee was kous geenszins af. Op 18 december 1997 heeft het Hof van Cassatie in verenigde kamers namelijk dit arrest van de Raad van State vernietigd, overwegende dat "de rechtspositie van de personeelsleden van eiseres in ruime mate bepaald wordt door het vermelde decreet, nu die personeelsleden onder een 'statuut' zijn geplaatst, waarvan de partijen niet naar eigen goeddunken kunnen afwijken. Dat die beperking van de contractuele vrijheid van de partijen niet inhoudt dat de verhouding tussen de partijen haar privaatrechtelijke en contractuele aard verliest, nu die verhouding ontstaan is uit een arbeidsovereenkomst tussen een privaatrechtelijke instelling en haar werknemers."[172]

Met deze uitspraak heeft het Hof van Cassatie de statutaire lezing van de dienstbetrekking van personeelsleden van een vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling in het algemeen en van een vrije gesubsidieerde hogeschool in het bijzonder afgewezen.[173]

---

[169] *B.S.* 31 augustus 1994.

[170] Decr. Fr. Gem. R. 24 juli 1997 "fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française", *B.S.* 6 november 1997.

[171] R.v.St., JOYE en GEES, nr. 66.653, 4 juni 1997, *T.B.P.* 1997, 640-643 (samenvatting), uittreksel verslag eerste auditeur R. VAN DER GUCHT en *T.O.R.B.* 1997-1998, 124-129, noot J. BAERT en noot W. RAUWS, "Zijn personeelsleden van een vrije hogeschool werknemers of ambtenaren?".
Voor de volledigheid wijzen wij erop dat de Raad van State bij arrest nr. 74.618 van 25 juni 1998 de eerder bij arrest nr. 59.902 van 5 juni 1996 bevolen schorsing van de bestreden beslissing heeft opgeheven.

[172] Cass. (Verenigde K.) 18 december 1997, *R.C.J.B.* 1999, 691, noot J. JACQMAIN, *R.W.* 1998-1999, 87, noot W. RAUWS, *Soc. Kron.* 1998, 302, noot J. JACQMAIN, "Contribuer à la solution, ou au problème?" en *T.O.R.B.* 1997-1998, 131.

[173] Zie hierover ook W. RAUWS, "Personeelsleden in vrije onderwijsinstellingen en de bevoegde rechter", noot onder Cass. 18 december 1997, *R.W.* 1998-1999, 88.

Dit impliceert dan ook de bevoegdheid van de arbeidsgerechten en niet van de Raad van State indien er betwistingen ontstaan.[174]

In zijn arrest van 18 december 1997 en het reeds eerder geciteerde arrest van 4 oktober 1993 (*cf. supra*) overweegt het Hof van Cassatie dat de personeelsleden in het vrij gesubsidieerd onderwijs, op wie het bedoelde decreet van toepassing is, onder een statuut zijn geplaatst. Er is sprake van een statuut omdat de rechtspositie geregeld is door algemene en onpersoonlijke bepalingen, aldus het arrest van 1993, waarvan de partijen niet naar eigen goeddunken kunnen afwijken, dixit het Hof van Cassatie in 1997. Het Decreet van 1991 stelt echter uitdrukkelijk dat deze bepalingen op de personeelsleden toepasselijk worden door een arbeidsovereenkomst. De algemene en onpersoonlijke bepalingen kunnen dus geen aanleiding geven tot een eenzijdige aanstelling die karakteristiek is voor een publiekrechtelijke of statutaire rechtspositie. Het privaatrechtelijk karakter van de instellingen heeft het contractuele karakter van de arbeidsverhoudingen tot gevolg. Vrije onderwijsinstellingen zijn en blijven privaatrechtelijke instellingen en werven hun personeel daarom via een arbeidsovereenkomst. Dat is de stelling van het Hof van Cassatie, door de jaren ongewijzigd. En dat standpunt lijkt een algemene gelding te hebben voor alle vrije onderwijsinstellingen.[175]

De Raad van State gaf zich evenwel niet gewonnen en legde een prejudiciële vraag voor aan het Arbitragehof.[176] In al zijn wijsheid kwam het Arbitragehof tot de bevinding dat de grondwet niet geschonden is door het feit dat de decreetgever de personeelsleden in het gesubsidieerd vrij onderwijs onder een contractuele rechtspositie heeft geplaatst, met als gevolg dat de Raad van State niet bevoegd is om kennis te nemen van de geschillen betreffende hun aanstelling en benoeming.[177] In de uitlegging van Verstegen heeft het Arbitragehof enkel beslist dat de keuze voor contracten in het vrij onderwijs kan verantwoord zijn, zonder dat dit een verplichting inhoudt.[178]

Amper enkele dagen na de uitspraak van het Arbitragehof erkende de Raad van State, weliswaar prima facie, zijn onbevoegdheid in geschillen over de rechtspositie van een personeelslid in dienst van de Vrije Universiteit Brussel. De raad overweegt daarbij dat de grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van onderwijs de vrije onder-

---

[174] R. VAN DER GUCHT, Verslag van de eerste auditeur-afdelingshoofd bij R.v.St., JOYE, nr. 73.464, 5 mei 1998, *T.B.P.* 1998, 458.

[175] Dit is het besluit van VERSTEGEN nadat hij de principiële draagwijdte van het cassatiearrest van 18 december 1997 onder loep heeft genomen in R. VERSTEGEN, "De arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs zijn (nog altijd) contractueel van aard", *R.W.* 1998-1999, 69-70, nrs. 13-18.

[176] R.v.St., JOYE, nr. 73.464, 5 mei 1998.

[177] Arbitragehof nr. 66/99, 17 juni 1999, *B.S.* 27 augustus 1999, tweede uitgave, 31.908-31.912, *R.W.* 1999-2000, 531-533, noot R. VERSTEGEN, "Voor het handhaven van een contractuele grondslag voor de arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs bestaat een grondwettelijke verantwoording" en *T.O.R.B.* 1999-2000, 224-227.

[178] R. VERSTEGEN, "Voor het handhaven van een contractuele grondslag voor de arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs bestaat een grondwettelijke verantwoording", noot onder Arbitragehof nr. 66/99, 17 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 533-537 en meer in het bijzonder 535, nr. 7.

wijsinstellingen het recht verschaft om onderwijs aan te bieden dat op een filosofische, ideologische of godsdienstige opvatting van eigen keuze is gebaseerd. Tegelijk impliceert die vrijheid van onderwijs voor de inrichtende macht de vrijheid om het personeel te kiezen dat wordt tewerkgesteld voor de verwezenlijking van de eigen onderwijsdoelstellingen. Die keuzevrijheid werkt op zijn beurt door in de arbeidsverhouding tussen de inrichtende macht en haar personeel en brengt met zich dat die rechtsverhouding van contractuele aard is.[179]

Gegeven zijn interpretatie van het arrest van het Arbitragehof, kan Verstegen niet akkoord gaan met de hierboven door de Raad van State ontwikkelde redenering dat de in de Grondwet ingeschreven vrijheid van onderwijs noodzakelijk de contractuele aard van de arbeidsverhouding in het vrij onderwijs impliceert.[180] De Groof ziet op zijn beurt zo'n intrinsieke verwevenheid van de contractuele lezing met de fundamentele onderwijsrechten wel zitten.[181]

Wie dacht dat daarmee de strijdbijl tussen het Hof van Cassatie en de Raad van State voorgoed zou begraven zijn, heeft het mis. Reeds tot tweemaal toe is de zaak verwezen naar de algemene vergadering van de afdeling administratie van de Raad van State. De bedoeling hiervan is "de eenheid van de rechtspraak te verzekeren".[182] De considerans luidt dat indien over de bevoegdheid van de Raad van State inzake geschillen over de rechtspositie van het personeel in het vrij gesubsidieerd onderwijs geen eenheid van rechtspraak bestaat binnen de raad zelf, bezwaarlijk kan worden aangenomen dat de raad ter zake kennelijk onbevoegd zou zijn.[183] Wordt vervolgd.

B. Statuut versus statutair

De overheid werft normaliter aan onder een reglementair statuut, maar kan - afhankelijk van de toepasselijke wetgeving - ook gebruik maken van de figuur van de arbeidsovereenkomst (*cf. supra*, § 2). Het is in beginsel de overheid die de dienst inricht die ook het statuut van zijn ambtenaren vaststelt. Private personen daarentegen stellen over het algemeen hun personeel tewerk met een arbeidsovereenkomst. Zij missen in principe de mogelijkheid tot eenzijdig verbindend optreden, dat wordt geacht tot het wezen van een publiekrechtelijk statuut te behoren.

---

[179] R.v.St., SUE, nr. 81.469, 29 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 239-240 en *T.O.R.B.* 1999-2000, 460, noot J. DE GROOF, "Slechts de contractuele lezing van de arbeidsverhoudingen in het vrij onderwijs is verstaanbaar met de Grondwet: een nieuw dogma?" - Nog over de juridische kwalificatie van de verhouding tussen de gesubsidieerd vrije onderwijsinstelling en haar personeel.

[180] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 535, nr. 9.

[181] J. DE GROOF, "Slechts de contractuele lezing van de arbeidsverhoudingen in het vrij onderwijs is verstaanbaar met de Grondwet: een nieuw dogma?" - Nog over de juridische kwalificatie van de verhouding tussen de gesubsidieerde vrije onderwijsinstelling en haar personeel, *T.O.R.B.* 1999-2000, 475-481.

[182] Deze procedure staat beschreven in art. 92 R.v.St.-Wet.

[183] R.v.St., LEMAN, nr. 84.385, 23 december 1999; R.v.St., HEYLEN, nr. 85.323, 15 februari 2000.

Bijgevolg rijst de vraag of het voor instellingen die werden opgericht op privé initiatief, eveneens mogelijk is in de verhouding met hun personeel onder een reglementair statuut te ressorteren. Cruciaal is of het personeel wordt geworven en de rechtspositieregeling dus toepasselijk gemaakt door eenzijdige aanstelling, dan wel door overeenkomst. In beide gevallen kan men inzake de rechtspositieregeling spreken van een 'statuut': in het officieel onderwijs gaat het om het een administratiefrechtelijke regeling met eenzijdig handelen, waarvoor de Raad van State bevoegd is, daar waar in het vrij onderwijs het geheel van algemene bepalingen die de rechtsverhouding beheersen, niet belet dat de verhouding ontstaat op contractuele basis.[184] Indien er sprake is van een contractuele basis, moet worden besloten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst, te weten een overeenkomst tot het presteren van arbeid in ondergeschikt verband, wat de bevoegdheid van de arbeidsgerechten impliceert.[185]

Wanneer de overheid autonome instellingen opricht, wordt daarbij doorgaans aan de bestuursorganen de opdracht gegeven om voor hun personeel een statuut vast te leggen. Zoiets is eveneens mogelijk bij de oprichting van private instellingen die meewerken aan de verzorging van een openbare dienst. Wat de vrije onderwijsinstellingen betreft, werd die opdracht aanvankelijk toevertrouwd aan de paritaire comités, daarna aan de uitvoerende macht en uiteindelijk pas door de decreetgever geconcretiseerd.

In alle gevallen is het Hof van Cassatie ervan blijven uitgaan dat de bedoelde regeling er één zou zijn die via arbeidsovereenkomst toepasselijk wordt gemaakt en dus te kwalificeren is als een statuut in de ruime zin (*cf. supra*, A). Welke instantie de bepalingen vaststelt, is bijgevolg geen doorslaggevend criterium om uit te maken of het om een statuut in de strikte of de ruime zin gaat.[186]

In het arrest Joye en Gees van 4 juni 1997 maakte de Raad van State niet het onderscheid tussen een reglementair statuut en de contractuele rechtsverhouding op basis van de wijze waarop de rechtsverhoudingen toepasselijk worden, maar wel op grond van de mogelijkheid om in individuele gevallen af te wijken van het "statuut". Bij een reglementair statuut is dit niet mogelijk; bij een contractuele rechtsverhouding wel.[187]

Ook op een ander punt is dat arrest interessant in zoverre het een begin van antwoord biedt op de vraag of een reglementair statuut wel eenzijdig kan worden opgelegd.[188] De Raad van State stelt: "essentieel is voor het personeel niet de wijze van aanwerving, contractueel of niet, maar wel het juridisch regime waaronder het komt te staan; dat contractueel of niet contractueel aangeworven, het personeelslid

---

[184] Zie onder meer Arbrb. Bergen 25 april 1997, *J.T.T.* 1998, 118.

[185] R. VERSTEGEN, "De arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs zijn (nog altijd) contractueel van aard", *R.W.* 1998-1999, 71-72, nrs. 23-24.

[186] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 72, nrs. 25-26.

[187] R. VERSTEGEN (*l.c.*, 72, nr. 28) draait de zaken juist om.

[188] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 73, nr. 29.

in principe maar in dienst van de overheid zal komen te staan als het dat heeft gewild, aangezien in principe niemand gedwongen kan worden in overheidsdienst te staan".

Verstegen meent dat het voor de kwalificatie van de eigenlijke arbeidsrelatie beslissend is wat er werkelijk gebeurt, en niet wat de overheid beweert te doen. Een aantal keren de term "overeenkomst" gebruiken, kan niet volstaan om wat fundamenteel een eenzijdige rechtsverhouding is, tot een contractuele verhouding om te vormen. Het Hof van Cassatie heeft evenwel herhaaldelijk geweigerd om de in het statuut gekozen kwalificatie terzijde te schuiven.[189]

Voor het Hof van Cassatie is het doorslaggevende argument dat het hier een privaatrechtelijke instelling betreft. Dit brengt met zich dat de rechtsverhouding door een overeenkomst en niet door een eenzijdige aanstelling tot stand komt. Met dit - door Verstegen als zuiver dogmatisch betitelde - argument zou er nooit sprake kunnen zijn van eenzijdig handelen van vrije onderwijsinstellingen in het verlenen van de diploma's. De vraag blijft dus of de wet- of decreetgever de vrije gesubsidieerde onderwijsinstellingen de mogelijkheid hebben gegeven om tegenover hun personeel eenzijdig op te treden.[190] In zijn zoektocht naar een antwoord op deze vraag grijpt Verstegen naar de tekst van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Volgens Verstegen zouden de "gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs" moeten verdwijnen uit het 'misleidende' artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet. Hij meent dat dit artikel meestal vooringenomen en dus foutief wordt gelezen. Artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet onttrekt het personeel van de overheid wiens toestand statutair geregeld is, niet aan de toepassing van die wet. Het overheidspersoneel is er immers van rechtswege niet aan onderworpen omdat het geen arbeidsovereenkomsten sluit, maar eenzijdig wordt aangesteld. Het artikel heeft een interpretatieve waarde: omdat er vaak verwarring bestaat, bepaalt het tweede lid dat ook het personeel van de genoemde overheden wiens toestand niet statutair geregeld is, en dat dus een arbeidsovereenkomst sluit, binnen de werkingssfeer van deze wet is begrepen.

Elementaire juridische en taalkundige logica, zo vervolgt Verstegen, leert dat nu ook hetzelfde moet gelden voor het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs waarvan de toestand respectievelijk statutair en niet statutair geregeld is. En hier begint de vooringenomenheid: het dogma zegt dat een particuliere persoon niet eenzijdig kan aanstellen. Daarom moet de term "statuut" hier op tweeërlei wijze worden geïnterpreteerd en inzake het vrij gesubsidieerd onderwijs in ruime zin worden begrepen. Verstegen gaat daar totaal niet mee akkoord. Dat de term "statuut" twee betekenissen kan hebben - enerzijds een publiekrechtelijke rechtspositieregeling die eenzijdig wordt opgelegd en anderzijds een geheel van voorschriften betreffende de rechtstoestand van de betrokkenen die het bestaan van een overeenkomst niet uitsluiten (*cf. supra*, § 1) - is ongetwijfeld correct. Ook met de vaststelling dat er

---

[189] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 73, nr. 30.

[190] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 73, nr. 31.

heel wat teksten zijn waarin de term "statuut" een dubbelzinnige betekenis heeft, en waar pas uit de keuze van degene die het "statuut" opstelt, blijkt om welke rechtsverhouding het precies gaat, is Verstegen het eens. De auteur stelt evenwel dat nooit voorheen in artikel 1 Arbeidsovereenkomstenwet of de voorloper daarvan die dubbele betekenis is teruggezocht. Dat die nu ook nog aanwezig zou zijn in een tekst waarin de vrije onderwijsinstellingen worden toegevoegd aan een lijst van overheidsdiensten waarvoor de notie "statutair geregeld" logischerwijze maar één betekenis kan hebben, is vanuit de tekst gezien niet overtuigend. Dan zou de betekenis van "statutair geregeld" en het juridisch effect van de bepaling verspringen naargelang van de instellingen waarover het gaat, zonder dat de wet zelf daar ook maar de minste aanduiding voor geeft. Rechtstreeks zou het artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet dan interpretatief verklaren dat het personeel wiens toestand niet "statutair geregeld" is, om het even welke betekenis aan "statutair geregeld" wordt gegeven, onderworpen is aan de Arbeidsovereenkomstenwet. Dit zou niet beletten dat ook het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs, wiens toestand "statutair geregeld" is, niettemin een arbeidsovereenkomst sluit en dus onderworpen is aan de Arbeidsovereenkomstenwet. Dit personeel zou dan echter impliciet met een argument *a contrario* door deze tekst van het toepassingsgebied van laatstgenoemde wet worden uitgesloten. Van het personeel wiens toestand niet statutair is geregeld, wordt interpretatief verduidelijkt dat het onder de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet valt. Daaruit kan *a contrario* worden afgeleid dat dit artikel tegelijk constitutief inhoudt dat het de personeelsleden wier toestand statutair geregeld is, onttrekt aan de werking van de Arbeidsovereenkomstenwet. Deze constitutieve betekenis zou enkel gelden voor het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs. Over het personeel van de genoemde overheden wier toestand statutair geregeld is, zegt de wet niets, omdat er van een arbeidsovereenkomst geen sprake is. Het minste dat van dit artikel kan worden gezegd, zo besluit Verstegen, is dat het krakkemikkig en misleidend is.[191]

Hij gaat verder met te stellen dat het niet ondenkbaar is dat de wetgever een echte statutaire regeling voor ogen had. In dat geval was het dan ook volkomen logisch de vrije onderwijsinstellingen te vermelden, naast de overheden die hun personeel in principe eenzijdig aanstellen. Daarin zou dan de wil van de wetgever tot uiting komen om aan de gesubsidieerde vrije onderwijsinstellingen de bevoegdheid te verlenen om ook tegenover hun personeel eenzijdig op te treden, zoals ze dat ook kunnen tegenover hun leerlingen en studenten bij het al of niet uitreiken van diploma's. Het handelen van de vrije instellingen wordt daardoor een stukje meer overheidshandelen. Verstegen meent dat het juridisch niet ondenkbaar is om aan een particuliere instelling toe te staan eenzijdig personeel te werven, echter wel op voorwaarde dat de wetgever dit wil. Enkel in dat geval is er sprake van een statutaire rechtsverhouding. De auteur is de mening toegedaan dat de wetgever precies in artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet heeft willen duidelijk maken dat de vrije gesubsidieerde onderwijsinstellingen na het uitwerken van het in de School-

[191] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 73-74, nrs. 32-33.

pactwet bedoelde statuut voortaan hun personeel eenzijdig aanstellen, onder publiekrechtelijk statuut dus, net zoals de in dat artikel genoemde overheden.[192]

Hij voegt daar echter wel aan toe dat deze visie voor discussie vatbaar blijft, en dat de verklarende nota bij de herziening van de Grondwet het debat in de rechtsleer is komen hypothekeren.[193] Daarin staat namelijk te lezen dat de rechtspositie van het personeel, waarmee een vrije inrichtende macht een arbeidscontract afsluit, nooit identiek kan zijn aan het statuut van het personeel van het rijksonderwijs, noch aan dat van het personeel van provincies en gemeenten.[194] Verstegen erkent dat het daarmee vrijwel onmogelijk wordt zijn standpunten *de lege lata* te verdedigen, gelet op de uitspraken van het Hof van Cassatie die alle dezelfde een - aan de door hem verdedigde opvatting - tegengestelde lijn volgen.[195]

Uiteindelijk ligt het initiatief bij de decreetgever die de keuze kan maken tussen statuut en arbeidsovereenkomst wat betreft het personeel van het gesubsidieerde vrij onderwijs, met alle voor- en nadelen van dien. Artikel 24 § 5 van de Grondwet kan ook een belangrijke factor zijn bij een eventuele keuze voor een identiek statuut. Wel is het duidelijk dat het gelijkheidsbeginsel niet dwingt tot een uniforme rechtspositie die zover zou gaan het onderscheid tussen contract en reglementair statuut ongedaan te maken. Het verschil in de juridische aard van de instellingen kan ook een verschil in behandeling verantwoorden.[196]

De decreetgevers hebben zich nog niet uitgesproken over het antwoord op de vraag of de Arbeidsovereenkomstenwet misschien nog aanvullend van toepassing blijft. Als zij hierover het stilzwijgen bewaren, dan blijft die wet normaliter van toepassing, voor zover dat uiteraard nog met de decretale regelgeving te verzoenen is.[197] Hierbij dient opgemerkt dat de wetgever, toen deze nog bevoegd was inzake onderwijs, zich in artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet had uitgesproken tegen de aanvullende werking ervan in het vrij gesubsidieerd onderwijs zodra de toestand van het personeel er statutair geregeld zou zijn.

De minimale betekenis die men aan artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet naar het oordeel van Verstegen dient te geven, is dat de decretale regelingen voor het gesubsidieerde personeel van de vrije onderwijsinstellingen dat personeel onttrekken aan de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet, niet omdat er geen arbeidsovereenkomst meer zou zijn, maar omdat de wetgever heeft gewild dat de onderwijsregeling in de plaats zou komen van de Arbeidsovereenkomstenwet. Wie een dubbele betekenis aanvaardt van de term "statuut" in artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet, komt tot de bevinding dat die wet geen suppletore werking heeft naast de decretale regelgeving. De reden is dat deze decreten een "statutaire"

---

[192] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 74, nr. 34.

[193] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 74, nr. 35.

[194] *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 100-1/1°, 6.

[195] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 75, nr. 36.

[196] R. VERSTEGEN, *l.c.*, 75, nrs. 37-38.

[197] Zie onder meer L. LENAERTS, noot onder Arbh. Antwerpen 12 januari 1996, *Soc. Kron.* 1997, 25.

regeling in afgezwakte zin bevatten, die meebrengt dat de Arbeidsovereenkomstenwet niet langer van toepassing is.[198]

Wie daarentegen aanneemt dat "statutair geregeld" in de zin van artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet maar één betekenis kan hebben, moet noodgedwongen tot een andere conclusie komen. In dat geval is in het vrij onderwijs de toestand van het personeel nog nergens statutair geregeld, aangezien geen enkel decreet daarvoor een regeling heeft uitgewerkt die als volwaardig statutair kan worden geïnterpreteerd. In dat geval geldt de Arbeidsovereenkomstenwet nog steeds suppletoir ten opzichte van de bestaande decretale regelingen. Het is evenwel niet heilzaam deze juridisch coherente interpretatie naar voren te blijven schuiven, gegeven dat het Hof van Cassatie die zo expliciet heeft verworpen.[199]

Hierboven hebben wij, gelet op het aangesneden thema, heel wat aandacht besteed aan de proeve tot interpretatie van artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet vanwege Verstegen. Het mag duidelijk zijn dat hij dit artikel vooral aangrijpt om zijn strijd pro statutaire rechtsverhouding van het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs kracht bij te zetten.

Als wij daarentegen de geschriften erop naslaan van de pleitbezorgers van de contactuele arbeidsrelatie, de ene al wat heviger dan de andere,[200] lijkt er een vrij grote consensus te bestaan over het feit dat de gesubsidieerde personeelsleden in dienst van een vrije onderwijsinstelling aan de werkingssfeer van de Arbeidsovereenkomstenwet zijn onttrokken.[201] Er wordt weliswaar een overeenkomst gesloten die veeleer de vorm aanneemt van een toetredingscontract waardoor de verdere arbeidsrelatie wordt beheerst door een geheel van algemene en onpersoonlijke bepalingen.

En... indien een rechtgeaarde jurist het echt niet meer ziet zitten, dan grijpt hij logisch terug naar de *sui generis* formule.[202] Voor de door ons aangehaalde problematiek, te weten de vraag wie onder de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet valt, is deze eindconclusie zonder belang. Zodra vaststaat dat het personeelslid niet verbonden is door een arbeidsovereenkomst, valt de betrokkene niet onder de

---

198 R. VERSTEGEN, *l.c.*, 75-76, nr. 40.

199 R. VERSTEGEN, *l.c.*, 76, nr. 41.

200 Aan te bevelen is zeker ook de lijvige studie over onder meer de gevolgen van de contractuele lezing van de hand van J. DE GROOF, "Slechts de contractuele lezing van de arbeidsverhoudingen in het vrij onderwijs is verstaanbaar met de Grondwet: een nieuw dogma?" - Nog over de juridische kwalificatie van de verhouding tussen de gesubsidieerde vrije onderwijsinstelling en haar personeel, *T.O.R.B.* 1999-2000, 462-472.

201 Zie W. RAUWS, "Enige beschouwingen nopens de rechtspositie van het personeel van het gesubsidieerd vrij onderwijs", *T.O.R.B.* 1992-1993, 147-150; W. RAUWS, "De rechtspositie van het personeel in het vrij gesubsidieerd onderwijs" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 1993, 354, nr. 489.

202 Zie J. DUJARDIN, "Het decreet van 27 maart 1991 betreffende de rechtspositie van sommige personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs en van de gesubsidieerde P.M.S.-centra", *T.O.R.B.* 1990-1991, 67.

Arbeidsovereenkomstenwet, ongeacht of hij in een statutair of een *sui generis* dienstverband staat.

C. Besluit

Wanneer wij de **kwalificatie van de arbeidsverhoudingen in de publieke sector** in ogenschouw nemen, zal vooraf moeten worden uitgemaakt of de overheidsdienst het personeelslid statutair, dan wel contractueel heeft geworven. Omwille van het vermoeden van statutaire tewerkstelling zal er slechts sprake zijn van een contractuele arbeidsverhouding indien een geschreven arbeidsovereenkomst voorligt. Zodra evenwel vaststaat dat met het personeelslid een arbeidsovereenkomst werd gesloten, is het evident dat de Arbeidsovereenkomstenwet integraal toepassing vindt.

Hoewel het uitgangspunt dat de normale tewerkstellingswijze in de publieke sector van statutaire aard is, te pas en te onpas wordt bevestigd in de wetgeving en in de rechtspraak, stuiten wij in dit verband op twee merkwaardige fenomenen.

Enerzijds merken wij, weliswaar schoorvoetend, een geleidelijke verruiming wat betreft de omstandigheden waarin de overheid 'niettemin' een beroep kan doen op het contractuele wervingsprocédé. Recent voorbeeld daarvan is de toevoeging in het APKB van een vierde categorie van contractanten, namelijk "om te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken". Aangezien wij mogen veronderstellen dat dit soort taken op hoog niveau mee tot de kerntaken van de overheid moet worden gerekend, staat deze evolutie haaks op wat de pleitbezorgers van de statutaire tewerkstelling voorstaan, namelijk dat het onmogelijk is dergelijke taken uit te besteden aan contractanten. En de verruimingsoperatie gaat nog verder. Voortaan wordt contractuele tewerkstelling ook getolereerd zodra de concurrentie met de particuliere sector speelt. Dit laatste geldt zowel voor de openbare instellingen als voor de openbare centra voor maatschappelijk welzijn. Het leidmotief daarbij is dat daardoor een flexibel personeelsbeleid mogelijk wordt, waaruit wij - *a contrario* - deduceren dat de statutaire arbeidsverhouding dergelijke flexibiliteit in de weg staat. Ook deze kentering is hoogst markant te noemen. Het klassieke argument pro statutaire tewerkstelling is dat enkel via die weg de overheid de mogelijkheid heeft om eenzijdig wijzigingen aan te brengen aan de rechtspositieregeling zonder dat het personeelslid daar verworven rechten kan tegenover stellen, dus met andere woorden flexibiliteit troef. Nu lijkt het wel of men de zaken omkeert.

Anderzijds valt op dat, zodra het bestaan van een arbeidsovereenkomst kan worden bewezen, er blijkbaar geen discussie is over een eventuele herkwalificatie wanneer zou blijken dat een arbeidsovereenkomst 'buiten categorie' werd gesloten. Daarmee bedoelen wij de werving van een contractant in omstandigheden die niet expliciet staan vermeld bij de hypothesen in afwijking op het beginsel van de statutaire werving. Dit heeft waarschijnlijk te maken met de vrij ruime, of noem het veeleer vage omschrijving van de toestanden die een tewerkstelling op contractuele basis kunnen verantwoorden. Niettemin is het onze overtuiging, vanuit onze persoonlijke ervaring en op basis van de cijfermatige verhouding tussen het aantal statutairen

versus contractanten in overheidsdienst,[203] dat de theorie en de praktijk soms mijlenver uit elkaar liggen.

Hoewel de interpretatie van artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet voor het personeel in dienst van een publiekrechtelijke werkgever weinig problemen oplevert, rijst de vraag of de tekst van deze bepaling in zijn huidige versie dient te worden behouden. Het is evident dat wanneer het personeelslid gebonden is door een statuut in de gebruikelijke betekenis van een geheel van algemene en onpersoonlijke bepalingen die door de overheid eenzijdig worden opgelegd en eenzijdig kunnen worden gewijzigd, het onttrokken is aan de werkingssfeer van de Arbeidsovereenkomstenwet bij gebrek aan het voorhanden zijn van een arbeidsovereenkomst.

Een meer proactieve benadering zou erin kunnen bestaan om bij de omschrijving van het toepassingsgebied van de Arbeidsovereenkomstenwet te verduidelijken dat deze wetgeving uitwerking vindt ongeacht de 'aard' van de werkgever. Het feit dat tussen de werkgever en het personeelslid een arbeidsovereenkomst werd gesloten, volstaat om tot de toepasselijkheid van de Arbeidsovereenkomstenwet te besluiten, waarbij het niet ter zake doet of die werknemer in dienst is van een privaatrechtelijke, dan wel een publiekrechtelijke werkgever.

Wat vervolgens de **rechtspositie van de personeelsleden van het vrij gesubsidieerd onderwijs** aangaat, bestaat er een vrij algemene consensus dat de Arbeidsovereenkomstenwet geen uitwerking (meer) vindt op de diverse personeelscategorieën in dienst van deze inrichtende macht(en).

Het mag duidelijk zijn dat in de problematiek betreffende de statutaire versus de contractuele rechtspositie hogere en andere belangen spelen die nog weinig van doen hebben met de interpretatie van artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet. Vooreerst is er de procedureslag tussen de Raad van State en het Hof van Cassatie. Beide hoge, hogere of hoogste (schrappen wat niet past) rechtscolleges strijden om de eer. Uiteindelijk werd het Arbitragehof aangesproken als scheidsrechter om de kamp te beslechten met een licht voordeel voor het Hof van Cassatie, maar het lijkt erop dat de Raad van State toch nog een ultieme poging onderneemt om 'eenheid van rechtspraak' te bewerkstelligen. En dan is er uiteraard ook nog die ongrijpbare eigenheid van de privaatrechtelijke rechtspersonen als aanbieders van een publiek goed (geen gemeen goed, maar misschien wel gemeengoed) dat wij als 'onderwijs' betitelen. Onze eigenheid en bescheidenheid zijn echter van een voldoende gehalte om in deze gevoelige discussie geen eindoordeel, laat staan een waardeoordeel te vellen. Wat ons enkel opvalt, is de passie waarmee tal van rechtsgeleerden deze probleemstelling tegemoet treden, met misschien nog een grotere verbetenheid dan degene die het Hof van Cassatie en de Raad van State vertoont.

---

[203] Zie FEDERAAL MINISTERIE VAN AMBTENARENZAKEN, Dienst van Algemeen Bestuur, *Overzicht van de personeelssterkte in de overheidssector*, Toestand op 30 juni 1999 en op 1 januari 2000, Brussel, eigen uitgave; RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID VAN DE PROVINCIALE EN PLAATSELIJKE OVERHEIDSDIENSTEN, *Jaarverslag 1998*, Brussel, eigen uitgave.

Om terug te keren naar het door ons behandelde thema, moeten wij toegeven dat ook onze geest door al die passie is vertroebeld.

Wij herhalen onze suggestie om artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet op een meer positieve wijze te herschrijven (*cf. supra*). Daardoor moet het duidelijk zijn dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst het enige determinerende criterium is om tot de toepasselijkheid van de Arbeidsovereenkomstenwet te besluiten, zonder dat het publiekrechtelijke versus het privaatrechtelijke karakter van de werkgever ter zake doet. Deze suggestie die de hete brij van de aard van de rechtsverhouding van het personeel in het vrij gesubsidieerd onderwijs laat voor wat hij is, houdt evenwel ook een zeker gevaar in. Aan de ene zijde zou deze demarche door de gepassioneerde onderwijsjuristen wel eens kunnen worden aangegrepen om het debat te heropenen. De enen zullen in zo'n herformulering van artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet de ultieme (h)erkenning zien van het bestaan van een statutaire arbeidsrelatie in het vrij gesubsidieerd onderwijs. De anderen zullen dezelfde stap waarschijnlijk kwalificeren als de finale outing van de wetgever die eindelijk uitkomt voor zijn ware liefde voor de contractuele rechtsverhouding. Het verhaal is dan niet ten einde. Indien de laatste strekking na jaren de bovenhand haalt, rijst de vraag of de Arbeidsovereenkomstenwet dan (opnieuw) een suppletore waarde krijgt voor de gesubsidieerde personeelsleden in het vrij onderwijs. Zoals nu de discussie neerkomt op een zoektocht naar de juiste uitlegging van de notie "statutair" in artikel 1 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet waarbij statuut en statutair duidelijk(?) een andere betekenis hebben, zal dan de strijd losbarsten over het antwoord op de vraag of het personeelslid dat door middel van een overeenkomst verbonden is met de inrichtende macht, wel gebonden is door een arbeidsovereenkomst in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet. Eigen(aardig)heid verzekerd!

Om de indruk te vermijden dat wij niet gepassioneerd zouden zijn door Het Recht (met hoofdletters), behouden wij ons het recht (met kleine letters) voor op een kleine zijsprong. In de discussie over de aard van de rechtsverhouding van het personeel in dienst van het vrij gesubsidieerd onderwijs, maakt een aantal auteurs terecht het onderscheid tussen de zogenaamde organieke versus de functionele openbare diensten.

Lang geleden, in onze jonge jaren, hebben wij het gegeven dat uitsluitend het organieke criterium in tel is, reeds op de korrel genomen.[204] Het voorrecht van de statutaire tewerkstelling in de strikte betekenis - als dit dan al een adequate omschrijving zou zijn - is een prerogatief van de publiekrechtelijke rechtspersonen. Het komt er bijgevolg op aan uit te maken wanneer men te maken heeft met een publiekrechtelijke rechtspersoon, waarvoor gewoonlijk wordt teruggegrepen naar de kwalificatie als administratieve overheid in de zin van de Raad van State-Wet. Het levend(ig) bewijs dat ook dit geen sluitend criterium is, zijn de vrije onderwijsinstellingen die

---

[204] Zie R. JANVIER en M. RIGAUX, "Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking" in P. GEVERS (red.), *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, Brugge, Die Keure, 1987, 37-139.

wel als administratieve overheid worden bestempeld als zij diploma's uitreiken,[205] maar (voorlopig?) niet in hun optreden ten overstaan van hun personeel. Het omgekeerde is het geval voor de openbare adviesorganen: deze publiekrechtelijke rechtspersonen zijn geen administratieve overheden wanneer zij adviezen verstrekken, maar wel indien zij hun beslissingsmacht uitoefenen tegenover van hun personeel.[206]

Het is echter niet zozeer de moeilijkheid om duidelijke grenzen te trekken tussen werkgevers met een privaatrechtelijk, dan wel publiekrechtelijk karakter die ons het meest bezwaart. Waar wij vooral moeite mee hebben, is de koppeling tussen organieke openbare diensten en het adagium van de statutaire tewerkstelling. Wij hebben eerder al getracht aan te tonen dat de klassieke argumentatie voor de werving op basis van een statuut niet alleen opgaat voor organieke, maar evenzeer voor functionele openbare diensten. De nood aan veranderlijkheid impliceert dat het statuut eenzijdig moet kunnen worden gewijzigd. Het beginsel van de (benuttigings)gelijkheid noodzaakt tot het uitwerken van algemene en onpersoonlijke bepalingen die geen *intuitu personae* allures (zouden) mogen hebben. Deze behoeften zijn er evenzeer binnen functionele openbare diensten die zich niettemin blijkbaar voldoende kunnen behelpen met de formule van de arbeidsovereenkomst. Om deze en nog tal van andere redenen, waaronder de actuele discrepantie tussen het principe van de statutaire tewerkstelling en het relatief grote aandeel contractanten in overheidsdienst en de roep naar een voor beide groepen personeelsleden coherent en consistent personeelsmanagement, hebben wij onze bedenkingen bij het behoud van het 'statuut' in zijn huidige vorm. Maar ook in deze discussie spelen blijkbaar weer andere en hogere belangen.

---

[205] R.v.St., FRANSSENS, nr. 21.467, 16 oktober 1981.

[206] A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, 856-857, nr. 858.

Het recht op veilige en gezonde arbeid

Othmar Vanachter

§ 1. De negentiende eeuw: eerste schuchtere maatregelen

Het begin van de industrialisatie viel samen met een periode waarin de liberale ideeën op de voorgrond traden. In die tijdsgeest was een reglementerend optreden van de overheid ongepast. De rol van de overheid bestond erin de obstakels voor de vrije ontplooiing van de individuen weg te nemen. Het '*laisser faire*'-beginsel werd hoog geprezen.

De toenemende industrialisatie dwong de overheid echter tot tussenkomsten. Heel wat bedrijven waren hinderlijk voor de omwonenden. De overheid kon deze bedrijven niet verbieden, omdat de ontwikkeling van de nijverheid een van haar belangrijkste betrachtingen was. Anderzijds kon zij de gevaren voor de volksgezondheid niet over het hoofd zien. Daarom kwam er een reglementering op de gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke inrichtingen.

De bedoeling van deze reglementering was dus niet de gezondheid en de veiligheid van de werknemers te beschermen. Men wou veeleer de ongemakken, die de openbare veiligheid en gezondheid in het gedrang konden brengen, voorkomen of beperken. Onrechtstreeks konden toch ook de werknemers er baat bij vinden. De veiligheidsnormen, opgelegd door deze reglementering, boden onrechtstreeks ook een bescherming voor de werknemers.

Dat deze onrechtstreekse bescherming onvoldoende was, bleek uit verschillende onderzoekingen die in de loop van de 19de eeuw uitgevoerd werden over de situatie van de arbeiders in de nijverheid. Al deze onderzoekingen wezen op een schrijnende ellende en op onduldbare toestanden wat betreft de arbeidsomstandigheden. De hoger vermelde tijdsgeest verzette zich echter tegen elke overheidsinmenging en elke poging van de overheid om tussen te komen in de arbeidsvoorwaarden stootten op heftige tegenstand in het parlement.

Toch waren er vanaf het midden van de 19de eeuw schuchtere pogingen om via het stelsel van de geklasseerde inrichtingen meer rechtstreeks in te grijpen ten voordele van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Een eerste stap werd gezet door het Koninklijk Besluit van 12 november 1849[1] waardoor de reglementering in verband met de geklasseerde inrichtingen herzien werd. De eerste zorg bleef nog altijd de ontwikkeling van de nijverheid en de bescherming van de openbare veiligheid en gezondheid. Het Koninklijk Besluit van 12 november 1849 bevatte daarom geen enkele precieze norm in verband met de arbeidsveiligheid. Er werd enkel gespecifieerd dat de aanvraag voor de vergunning de maatregelen moest meedelen

---

[1] *M.B.* 13 november 1849.

"die men zich voornam te nemen om de ongemakken van de inrichting te vermijden of te verminderen, zowel voor de omwonenden als in het belang van de werknemers".

Dit koninklijk besluit werd vervangen door het Koninklijk Besluit van 29 januari 1863.[2] Daarin werd nog een kleine stap verder gezet. Er werd bepaald "dat de vergunningen afhankelijk waren van de voorwaarden die noodzakelijk geoordeeld werden in het belang van openbare veiligheid, gezondheid en geriefelijkheid evenals in het belang van de arbeiders verbonden aan de inrichting". Er waren dus nog altijd geen vaste normen inzake arbeidsveiligheid. Maar op dat punt kregen de bevoegde instanties die de vergunningen toekenden, een appreciatierecht.

Zoals met gans de sociale wetgeving, kwam de doorbraak er na de onlusten van 1886. Deze zware onlusten, waarbij heel wat doden vielen, deden de regering opschrikken. Zij kon er eindelijk toe aangezet worden om wetgevend in te grijpen. De wetgever kon de vraag van sociaal vooruitstrevenden naar sociale wetten niet meer afwijzen met het argument dat de arbeiders zelf blijkbaar niet geïnteresseerd waren in een dergelijke wetgeving. Men kon niet langer beweren dat de werknemers tevreden waren met hun toestand.

Ten aanzien van de arbeidsveiligheid ging de regering voort op de ingeslagen weg. Geen aparte wetgeving maar nog preciezere voorschriften in de reglementering op de gevaarlijke en hinderlijke inrichtingen. Overeenkomstig het Koninklijk Besluit van 27 december 1886[3] moesten de inrichtingen van klasse I op een duidelijke wijze de voorgestelde maatregelen opsommen die tot doel hadden, in het belang van de arbeiders, de gezondheid en de veiligheid in de werkplaatsen te verzekeren. In de vergunningsaanvraag moesten zij vermelden: het aantal in de inrichting tewerkgestelde arbeiders, hun leeftijd en geslacht, de arbeidsduur per dag, de duur van de rustpauzen per dag en per week, de manier van verwarming, verlichting en verluchting van de lokalen, de zorg voor netheid, de bij een ongeval te verstrekken medische en farmaceutische zorgen, de voorzorgen die men dacht te nemen tegen gevaren van ontploffing of brand, tegen het ontsnappen van stoom, gas en stof, tegen de letsels van machines of drijfriemen en tenslotte, de maatregelen met het oog op de interne hygiëne (wasplaatsen, rustplaatsen, ontsmettingen, enz.).

§ 2. Aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen

Op het einde van de 19de eeuw namen de problemen in verband met de arbeidsveiligheid zo'n uitbreiding dat de tot dan toe gevolgde methode niet meer voldeed. Dit was vooral te wijten aan de steeds grotere mechanisering van het productieproces. Dit had op zijn beurt een grote toename van het aantal arbeidsongevallen tot gevolg. Een van de grootste knelpunten daarbij was de juridische aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen.

---

[2] *M.B.* 30 januari 1863.

[3] *M.B.* 28 december 1886.

Op het einde van de 19de eeuw was er nog geen speciale wetgeving in verband met arbeidsongevallen. De schadeloosstelling bij arbeidsongevallen was geregeld door de beginselen van het gemeen recht en meer speciaal door de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek. Dit betekende concreet dat het slachtoffer van een arbeidsongeval, wilde hij kunnen aanspraak maken op een schadevergoeding ten laste van de werkgever, diende te bewijzen dat de door hem geleden schade te wijten was aan de fout, de lichte tekortkoming, de nalatigheid of het gemis aan voorzorg van de werkgever. Ook kon hij bewijzen dat de schade te wijten was aan de fout van een aangestelde van de werkgever of dat de schade veroorzaakt was door zaken die onder bewaring van de werkgever stonden.

Een dergelijk bewijs is uiteraard moeilijk te leveren. Een arbeidsongeval was toen en is ook nu nog dikwijls het gevolg van een samenloop van ongelukkige omstandigheden. Dikwijls kan ook een fout van het slachtoffer aangetoond worden. Hij was onvoorzichtig of leefde een of ander voorschrift niet na. Bovendien bezat het slachtoffer in die periode geen garanties tegen een mogelijke insolvabiliteit van de werkgever. Tenslotte had een mogelijke gerechtigde af te rekenen met langdurige processen, zodat hij ondertussen tot een staat van behoeftigheid kon gebracht worden. Het aantal niet vergoede slachtoffers van een arbeidsongeval werd geschat op 77 %.

Er werden pogingen ondernomen om in het kader van het gemeen recht een bevredigende oplossing te vinden. De theorieën van Ch. Sainctelette zijn het bekendste voorbeeld. Deze auteur behandelde de aansprakelijkheid voor de schade bij arbeidsongevallen op basis van de contractuele aansprakelijkheid overeenkomstig de artikelen 1135, 1147 en 1148 van het Burgerlijk Wetboek. Hij redeneerde dat de werkgever er zich contractueel toe verbonden had de veiligheid van de werknemers te vrijwaren. Op het einde van de arbeidsovereenkomst moest hij de arbeidskracht teruggeven in de staat waarin hij ze ontvangen had. Kon hij dat niet, dan had hij de overeenkomst niet nageleefd. Hij moest dan de schade vergoeden die het gevolg was van deze contractuele fout, tenzij hij het bestaan van een buitenstaande oorzaak, waarvoor hij niet verantwoordelijk was, kon bewijzen. De theorie van Sainctelette kwam dus neer op het verleggen van de bewijslast. Niet de werknemer moest bewijzen dat de werkgever een fout begaan had, maar de werkgever moest bewijzen dat de fout niet bij hem lag.

§ 3. Tussenkomst van de wetgever

Heel wat lagere rechtbanken pasten deze theorie toe. In die periode was er trouwens een zeer overvloedige rechtspraak in verband met de burgerrechtelijke aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen. Dit staat in schrille tegenstelling tot de huidige periode waar deze problematiek nog zelden of nooit voor de rechtbanken ter sprake komt. Dit heeft uiteraard niets te maken met het feit dat er nu meer of minder arbeidsongevallen zouden gebeuren. Het heeft daarentegen alles te maken met de regeling die rond 1900 getroffen werd in verband met arbeidsongevallen, inbegrepen het voorkomen ervan.

De door de rechtspraak gegeven oplossing – de theorie van Sainctelette – kon de gerezen problemen niet oplossen. Dit was nog meer zo omdat het Hof van Cassatie in een arrest van 1889[4] deze theorie volledig had verworpen. De rechtbanken waren daarom terug aangewezen op de nog minder bevredigende oplossing van artikel 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek. Er gingen daarom meer en meer stemmen op om het probleem te regelen door een tussenkomst van de wetgever.

Een belangrijke stap in de reglementering van de arbeidsveiligheid was het Koninklijk Besluit van 21 september 1894 betreffende de salubriteit van de werkplaatsen en de bescherming van de arbeiders tegen arbeidsongevallen.[5] Voor de eerste keer werden in een algemeen reglement normen betreffende de arbeidsveiligheid uitgevaardigd. Het betrof een verzameling van de bepalingen die tot dan toe verspreid lagen in de vergunningsbesluiten voor afzonderlijke inrichtingen.

Deze reglementering zat nog altijd in de sfeer van de geklasseerde inrichtingen. Bovendien bood zij geen oplossing voor het hoger geschetste probleem van de aansprakelijkheid. Daarvoor was immers een tussenkomst van de wetgever nodig. Dit zou gebeuren door drie belangrijke wetten die duidelijk met elkaar in verband staan. Het betreft de Wetten van 2 juli 1899 betreffende de veiligheid en de gezondheid van de werknemers,[6] de Wet van 10 maart 1900 betreffende de arbeidsovereenkomst[7] en de Wet van 24 december 1903 betreffende de arbeidsongevallen.[8] Hierbij waren de wetten van 1899 en 1900 gedeeltelijk de voorbereiding van de Arbeidsongevallenwet van 1903.

De Wet van 2 juli 1899 gaf aan de Koning de bevoegdheid om ten voordele van de werknemers maatregelen inzake veiligheid en hygiëne te treffen. De wet voorzag ook strafsancties tegen het niet respecteren van deze maatregelen. Het was de voorloper van de huidige Welzijnswet Werknemers van 4 augustus 1996.[9]

De tweede wet in de rij was de Wet van 10 maart 1900 betreffende de arbeidsovereenkomst. De eerste bedoeling van deze wet was niet het verzekeren van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Toch was deze wet toen ook voor deze problematiek zeer belangrijk. Omdat de problematiek van de arbeidsongevallen zo actueel was, werd er in het parlement, bij de voorbereiding van deze wet, meer gesproken over een reglementering van de arbeidsongevallen dan over een reglementering van de arbeidsovereenkomsten. Bovendien bevatte de wet een belang-

---

4 Cass. 28 maart 1889, *B.J.* 1889, kol. 934.

5 *M.B.* 28 september 1894.

6 *B.S.* 12 juli 1899.

7 *B.S.* 14 maart 1900.

8 *B.S.* 28-29 december 1903.

9 *B.S.* 18 september 1996.
De Wet van 2 juli 1899 werd vervangen door de Wet van 10 juni 1952 (*B.S.* 19 juni 1952). Deze wet nam zonder veel wijzigingen de beginselen van de Wet van 2 juli 1899 over. Zij voegde wel de inspraak van de werknemers via het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen toe.

rijke bepaling in verband met de veiligheid en de hygiëne op het werk. Artikel 11 bepaalde dat de werkgever onder meer verplicht is "met de nauwgezetheid van een goed huisvader en ondanks elk tegenovergesteld beding, te zorgen dat de arbeid geschiede onder behoorlijke voorwaarden, ten opzichte van de veiligheid en de gezondheid van den werkman, en dat dezen, als hem een ongeval overkomt, de eerste hulpmiddelen kunnen verstrekt worden. Te dien einde moet, in de nijverheidsinrichtingen waar meer dan tien werklieden arbeiden, eene verbandkist voortdurende ter beschikking van het personeel zijn."

In de context van toen was deze bepaling zeer belangrijk. De wet stelt uitdrukkelijk dat de werkgever verantwoordelijkheden draagt ten aanzien van de veiligheid en de gezondheid van de werkman. Hierdoor ondersteunde de wetgever de theorie van Sainctelette. In 1889 had het Hof van Cassatie deze theorie nog verworpen omdat ze niet op voldoende juridische gronden steunde. Artikel 11 van de Wet van 10 maart 1900 gaf een juridische grond.

Niet dat dit artikel de theorie van Sainctelette volledig onderschreef. Artikel 11 verplicht de werkgever niet de veiligheid en de gezondheid van de werklieden in alle omstandigheden te garanderen. Het bevat geen resultaatsverbintenis. De werkgever voldoet aan zijn verplichtingen wanneer hij er "met de nauwgezetheid van een goed huisvader" over waakt dat de arbeid gepresteerd wordt in veilige en gezonde omstandigheden. Ook de werkman zelf kreeg trouwens verplichtingen inzake veiligheid en gezondheid. Artikel 7 stelde dat de werkman verplicht is "zich te onthouden van alles wat hetzij zijne eigene veiligheid, hetzij die van zijne medearbeiders of van anderen zou kunnen schaden." Toch werden tot 1905 op basis van artikel 11 van de Wet van 10 maart 1900 heel wat werkgevers veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding wanneer zich in hun onderneming een arbeidsongeval had voorgedaan.

Rechtspraak op basis van dit artikel was er slechts tot in 1905 omdat in dat jaar de derde wet namelijk de Wet van 24 december 1903 betreffende de arbeidsongevallen van kracht werd. Deze wet betekende een revolutie ten aanzien van de burgerrechtelijke beginselen van de aansprakelijkheid. Men verliet bewust de gemeenrechtelijke beginselen, namelijk fout, schade en oorzakelijk verband tussen fout en schade, en introduceerde de beginselen die ook nu nog grosso modo in de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 terug te vinden zijn.

Het fout-beginsel werd vervangen door dit van het professioneel risico. Arbeidsongevallen (en later ook beroepsziekten) werden beschouwd als een risico voor het bedrijf. De vergoeding ervan wordt een last voor het bedrijf en de werkgever moet er bij de berekening van zijn productiekosten rekening mee houden. Wanneer zich een arbeidsongeval voordoet moet niet meer gezocht worden naar de oorzaak van het ongeval. Het maakt geen verschil meer uit of het ongeval te wijten is aan de fout van de werkgever, van een aangestelde van de werkgever of van het slachtoffer. Het arbeidsongeval kan ook te wijten zijn aan toeval of overmacht. Dit is allemaal zonder belang. De werknemer moet alleen bewijzen dat hij het slachtoffer was van een arbeidsongeval. Vanaf dat ogenblik heeft hij recht op de in de wet voorziene forfaitaire vergoeding.

Ook dit laatste is een belangrijke afwijking van de normale beginselen van het burgerlijk recht. De vergoeding die het slachtoffer van een arbeidsongeval krijgt, staat niet in verhouding tot het geleden en bewezen nadeel. De vergoeding is forfaitair en staat in verhouding tot het loon dat de werknemer verdient.

Tenslotte voorzag de wet de nodige waarborgen tegen de insolvabiliteit van de werkgever. Oorspronkelijk kon de werkgever zich op vrijwillige basis tegen het risico van arbeidsongevallen verzekeren. Later werd die verzekering verplicht. Was de werkgever verzekerd, dan had het slachtoffer een rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar. In het andere geval was de schuldvordering van een slachtoffer van een arbeidsongeval bevoorrecht en was er eventueel de tussenkomst van een waarborgfonds.

In de oorspronkelijke wet van 1903 waren al deze beginselen weliswaar nog niet totaal gerealiseerd. Oorspronkelijk werd bijvoorbeeld de last verdeeld tussen de werkgever en de werknemer. Slechts 50 % van de schade werd ten laste van de werkgever gelegd. De rest bleef ten laste van werknemer. Slechts door de Wet van 10 juli 1951[10] werd de last bijna volledig op de werkgever gelegd.

§ 4. De wetgever valt stil

Niettemin werden in de wet van 1903 de grote lijnen uitgetekend die ook nu nog aanwezig zijn in de reglementering van de arbeidsongevallen. In deze regeling probeerde men tot een bevredigende oplossing voor het slachtoffer te komen. De wetgever ging er blijkbaar van uit dat hij daarmee voldoende tussengekomen was ten aanzien van de veiligheid en de gezondheid bij het werk. Na de inwerkingtreding van de wet van 1903 vindt men nog weinig rechtspraak over de verantwoordelijkheid bij arbeidsongevallen. Ook van de kant van de wetgever is het merkwaardig stil.

Elke discussie over het oorspronkelijk zo druk besproken artikel 11 van de Wet van 10 maart 1900 viel stil zodat er ook weinig of geen verdere evolutie in deze bepaling te bespeuren viel. Merkwaardig is dat een met artikel 11 vergelijkbare bepaling niet opgenomen werd in de Wet van 7 augustus 1922 op de bediendenarbeidsovereenkomst.[11] Voor een bediende moest de werkgever er dus niet voor zorgen "dat de arbeid geschiede onder behoorlijke voorwaarden, ten opzichte van de veiligheid en de gezondheid". De bediende werd door de Wet van 7 augustus 1922 evenmin verplicht "zich te onthouden van alles wat hetzij zijne eigene veiligheid, hetzij die van zijne medearbeiders of van anderen zou kunnen schaden". Het had ongetwijfeld te maken met het feit dat bedienden veel minder dan werklieden het slachtoffer waren van een arbeidsongeval. Het had ongetwijfeld ook te maken met het feit dat door de arbeidsongevallenwet de grote discussie over de aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen voorbij was.

---

[10] *B.S.* 15 juli 1951.

[11] *B.S.* 16-17 augustus 1922.

Ook na de coördinatie door het Koninklijk Besluit van 20 juli 1955[12] was er in de Arbeidsovereenkomstenwet voor de bedienden geen sprake van bepalingen over veiligheid en gezondheid bij het werk. De Wet van 21 november 1969[13] die belangrijke wijzigingen bracht zowel aan de Wet van 10 maart 1900 als aan de bij Koninklijk Besluit van 20 juli 1955 gecoördineerde wetten, bracht voor de bedienden geen wijziging ook al probeerde deze wet de bepalingen voor werklieden en bedienden al wat dichter bij elkaar te brengen.

Ondertussen was artikel 11 van de Wet van 10 maart 1900 wel gewijzigd door de Wet van 4 maart 1954.[14] Overeenkomstig het oorspronkelijk artikel 11 moest enkel in de nijverheidsinrichtingen waar meer dan tien werklieden werkten, een verbandkist voortdurend ter beschikking van het personeel zijn. Door de Wet van 4 maart 1954 werd deze verplichting uitgebreid tot alle werkgevers ongeacht het aantal door hen tewerkgestelde werklieden.

Het aldus gewijzigde artikel 11 werd bijna letterlijk overgenomen in de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978.[15] Artikel 20, 2° van die wet luidt:

"De werkgever is verplicht:
.....
2° als een goed huisvader te zorgen dat de arbeid wordt verricht in behoorlijke omstandigheden met betrekking tot de veiligheid en de gezondheid van de werknemer en dat hem bij een ongeval de eerste hulpmiddelen verstrekt kunnen worden. Te dien einde moet een verbandkist voortdurend ter beschikking van het personeel zijn."

Ook de verplichting die voor de werkman voorkwam in artikel 7 werd bijna woordelijk overgenomen uit de oude wet van 10 maart 1900. Artikel 17, 4° van de Arbeidsovereenkomstenwet luidt:

"De werknemer is verplicht:
4° zich te onthouden van al wat schade kan berokkenen hetzij aan zijn eigen veiligheid, hetzij aan die van zijn medearbeiders, van zijn werkgever, of van derden."

Slechts in 1978 werden deze verplichtingen opgenomen ten aanzien van alle werknemers waarop de Arbeidsovereenkomstenwet van toepassing is, inbegrepen de bedienden. Het gebeurde bijna geruisloos want in de parlementaire voorbereiding werd er weinig aandacht aan besteed.

Bij artikel 17, 4° werd geen enkele opmerking gemaakt, noch door de minister bij zijn toelichting, noch door de Raad van State, noch in de Kamer van Volksvertegenwoordigers, noch in de Senaat.

---

[12] *B.S.* 3/4 oktober 1955.

[13] *B.S.* 9 januari 1970.

[14] *B.S.* 12 maart 1954.

[15] *B.S.* 22 augustus 1978, err. 30 augustus 1978.

Over artikel 20, 2° werd dan toch nog iets meer gezegd. In het oorspronkelijk ontwerp was de volgende tekst uit artikel 11 van de Wet van 10 maart 1900 niet overgenomen: "... en dat deze, als hem een ongeval overkomt, de eerste hulpmiddelen kunnen verstrekt worden. Te dien einde moet een verbandkist voortdurend ter beschikking van het personeel zijn". De Raad van State vroeg daarover uitleg aan de gemachtigde van de minister. Deze verklaarde dat tot deze weglating besloten werd omdat de desbetreffende bepaling dubbel gebruik maakt met het bepaalde in de artikelen 174 tot 183*ter* van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming (ARAB), waarin de "eerste hulp bij ongevallen" systematisch is uitgewerkt. De Raad van State merkte op dat deze uitleg maar klopt in zover de in het ontwerp bedoelde werknemers zich op de bepalingen van het Algemeen Reglement voor de arbeidsbescherming kunnen beroepen.[16]

Omdat het ontwerp ook toepasselijk was op werknemers tewerkgesteld in familieondernemingen en op dienstboden werd deze bepaling terug opgenomen in het wetsontwerp. Het zijn immers twee categorieën werknemers waarop de bepalingen van het ARAB op dat ogenblik niet toepasselijk waren.

De Raad van State merkte nog op dat de woorden "en ondanks elk tegenovergesteld beding" evenmin overgenomen waren uit de Wet van 10 maart 1900. Hierbij merkte de Raad op dat deze beschikking in artikel 20, 2° overbodig is geworden om reden van het bepaalde in artikel 6 van het ontwerp. In artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet staat nu immers de veel algemener bepaling waardoor alle met de bepalingen van de wet en haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen met nietigheid worden gesanctioneerd voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren.

Bij de bespreking van artikel 20, 2° in de bevoegde senaatscommissie vroegen verschillende senatoren nadere ophelderingen. Zo vroeg een senator zich af waarom voor de werkgever de verplichting niet is opgenomen om voor de nodige en aangepaste werkkleding te zorgen. Ook werd de vraag gesteld waarom geen melding wordt gemaakt van de verplichting voor de aannemers van openbare werken die werknemers tewerkstellen, te zorgen voor de nodige schuilplaatsen. Een andere vraag was waarom niet bepaald wordt dat de werkgever ook verantwoordelijk is voor goede en voldoende sanitaire installaties? Een senator wou uitleg over de betekenis van de woorden: "als een goed huisvader te zorgen". Waarom wordt er ook niet naar het arbeidsreglement verwezen, dat toch heel wat bepalingen inhoudt inzake de veiligheid en de gezondheid van de arbeider? Om welke reden maakt men enkel melding van de inhoud van het verbandkistje?

De minister verklaarde onder meer dat de verwijzing naar de "zorg van een goed huisvader" gehandhaafd is omdat zij de juridische grenzen aangeeft van de aansprakelijkheid van de werkgever. De werkgever is aansprakelijk voor de gevolgen van zijn lichte schuld en deze wordt gemeten naar wat redelijkerwijze mag worden verwacht van een persoon die een normale voorzichtigheid aan de dag legt.[17]

---

[16] Advies Raad van State, Senaat, 1974, 67-68.

[17] *Gedr. St.* Senaat 381, B.Z. 1974, nr. 1, 67.

Hiermee bevestigde de minister de interpretatie die reeds in 1900 gegeven was aan artikel 11 van de Wet van 10 maart 1900.

In verband met het bezorgen van aangepaste werkkleding aan de werknemers, het ter beschikking stellen van schuilplaatsen en sanitaire installaties verwees de minister naar het Algemeen Reglement voor de arbeidsbescherming. Hij wees erop dat de verplichtingen van de werkgevers in dit verband uitvoerig vervat zijn in dat reglement, dat volgens hem nog een ruimer toepassingsgebied heeft.

Naar aanleiding van de tweede lezing vraagt een senator of hier niet moet worden bepaald wat de inhoud is van de verbandkist. De minister verwees in zijn antwoord andermaal naar de desbetreffende bepalingen van het Algemeen Reglement voor de arbeidsbescherming.

Uit dit overzicht moge voldoende blijken dat de wetgever na 1900 de arbeidsveiligheid en gezondheid niet wou gerealiseerd zien via bepalingen in de Arbeidsovereenkomstenwet. De verschillende verwijzingen tijdens de voorbereiding van de Arbeidsovereenkomstenwet naar het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming wijzen erop dat de wetgever een andere weg was ingeslagen.

§ 5. Het reglementarisme

Door de drie hoger vermelde wetten, die uitgevaardigd werden rond de vorige eeuwwisseling, had de wetgever inderdaad een andere weg ingeslagen. Een weg die hij bijna 100 jaar gevolgd heeft. De kernpunten ervan kunnen als volgt samengevat worden:

1. het parlement geeft aan de Koning de bevoegdheid om maatregelen uit te vaardigen in verband met de veiligheid en de gezondheid van de werknemers;
2. er wordt een speciale inspectiedienst opgericht om de toepassing van de uitgevaardigde maatregelen te controleren;
3. op het niet respecteren van deze maatregelen staan strafsancties;
4. de werkgever krijgt de wettelijke verplichting ervoor te zorgen dat de arbeid verricht wordt in behoorlijke omstandigheden wat betreft veiligheid en gezondheid van de werknemers;
5. de burgerrechtelijke aansprakelijkheid die uit deze verplichting voor de werkgever voortvloeit, wordt grotendeels opgeslorpt door de reglementering in verband met de arbeidsongevallen en later in verband met de beroepsziekten; slechts bij opzet blijft de normale burgerrechtelijke aansprakelijkheid spelen.

Op basis van de bevoegdheid die Hij gekregen had, werden door de Koning heel wat besluiten uitgevaardigd die aan de werkgever verplichtingen oplegde in verband met veiligheid en gezondheid op het werk. Zo veel zelfs dat op een bepaald ogenblik een onoverzichtelijke kluwen van reglementering dreigde te ontstaan. Om hierin enige ordening te brengen werden de bepalingen van deze afzonderlijke koninklijke

besluiten onmiddellijk na de tweede wereldoorlog gecoördineerd in het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming.[18]

Dit reglement, zij het met veel wijzigingen, was gedurende ongeveer 50 jaar het basisdocument inzake de reglementering ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid op het werk.

§ 6. Het ARAB in vraag gesteld

Vele landen in West-Europa zijn sinds de jaren zeventig intensief bezig geweest met het herdenken van hun politiek inzake arbeidsveiligheid en -gezondheid. De steeds verdere aangroei van gevaren in de geïndustrialiseerde landen eiste voortdurend nieuwe maatregelen. De centrale overheid bleek minder en minder in staat te zijn de diversificatie, de intensiteit en de schaalvergroting van deze bedreigingen te overzien en kon niet tijdig meer voor bijsturing zorgen. De hervormingen in de verschillende landen pogen dan ook de bedrijven tot een eigen voorkomingspolitiek te brengen.

Aansluitend bij deze ontwikkeling was er de evolutie in het rechtsdenken. In sommige landen heeft men terecht fundamentele vragen gesteld omtrent de mogelijkheden en de beperkingen van het veiligheids- en gezondheidsrecht. Een inflatie van wetteksten biedt geen waarborg voor een goede arbeidsbescherming. De eisen van de werknemers om door informatie en medezeggenschap actief betrokken te worden bij het uitstippelen van het preventiebeleid in de onderneming hadden eveneens tot gevolg dat de preventie naar het ondernemingsniveau verlegd werd.

In de tweede helft van de jaren zeventig heeft België zijn wetgeving op het vlak van de arbeidsveiligheid en -gezondheid in grote mate aangepast aan deze nieuwe tendenzen. Het Koninklijk Besluit van 20 juni 1975 in verband met het voorkomingsbeleid[19] is er de duidelijkste exponent van.

Nochtans bleef een nieuwe benadering van de reglementering zich opdringen. Van langsom meer werd het ARAB in vraag gesteld. Het ARAB is ontstaan in een bepaald sociaal, economisch en technisch klimaat na de industriële revolutie. Het heeft duidelijk zijn verdienste. Het was een goede leidraad voor wie het goed meende met de arbeidsveiligheid en daar effectief iets wou aan doen. Als instrument om op te treden tegen wie het niet zou nauw nam met de arbeidsveiligheid was het minder geschikt.

Sinds de coördinatie van 1946-1947 zijn er talrijke wijzigingen doorgevoerd onder invloed van syndicale acties, technische ontwikkelingen, politieke krachtlijnen, spectaculaire ongevallen.

---

[18] Het ARAB werd afgekondigd bij R.B. 11 februari 1946 (*B.S.* 3 april 1946) en R.B. 27 september 1947 (*B.S.* 3 oktober 1947).

[19] *B.S.* 15 juli 1975.

Het resultaat was een onoverzichtelijk geheel van zeer gedetailleerde wettelijke beschikkingen, naast algemene bepalingen. Er waren zowel doublures als hiaten. Deze ongecoördineerde groei van wettelijke bepalingen was boven het bevattingsvermogen van iedereen uitgegroeid. Er was nood aan een herstructurering, een vereenvoudiging en een betere hanteerbaarheid van de wettelijke beschikkingen.

Ondertussen was Europa ook niet stil blijven zitten. Na de Europese Eenheidsakte van 17 en 28 februari 1986,[20] kunnen over de problematiek van arbeidsveiligheid en gezondheid bij gekwalificeerde meerderheid, maatregelen uitgevaardigd worden. Het gebeurde door de zogeheten kaderrichtlijn van 12 juni 1989[21] en de vele bijzondere richtlijnen die er op volgden. Het omzetten van al deze richtlijnen in Belgisch recht en vooral het integreren ervan in het ARAB was geen sinecure.

§ 7. Ook de basiswet is aan herziening toe

De evaluatie van het ARAB leerde dat een herstructurering van het ARAB alleen niet volstond. Van bij de aanvang was het duidelijk dat de basiswet, de Wet van 10 juni 1952, bij de discussie moest betrokken worden.

De tekst van de basiswet was nog meer onleesbaar dan de teksten van het ARAB. De artikelen 1 en 1*bis* van deze wet waren schoolvoorbeelden van hoe een wetsartikel niet moet zijn: lang, slecht gestructureerd, onleesbaar.

Bovendien stond in de wet niet veel meer. Sinds de bepalingen over de bescherming van de werknemersvertegenwoordigers overgeheveld waren naar de Wet van 19 maart 1991,[22] was de Wet van 10 juni 1952 bijna zonder inhoud geworden. Over de arbeidsveiligheid en -gezondheid stond er weinig of niets in. De wet deed niet veel meer dan op dat terrein een blanco cheque geven aan de uitvoerende macht.

Men kon vragen stellen bij deze manier van doen. Moet het parlement zelf zijn verantwoordelijkheid niet opnemen en in deze toch wel belangrijke materie zelf de basisbeginselen vastleggen die dan door de uitvoerende macht nader kunnen uitgewerkt worden? De arbeidsveiligheid en -gezondheid is zo belangrijk dat ook het parlement stelling moet nemen.

Sommige Europese richtlijnen konden niet in het Belgisch recht omgezet worden zonder een wijziging van de basiswet. Dit was o.m. het geval met het toepassingsgebied van de arbeidsveiligheidsreglementering. Het Koninklijk Besluit van

---

[20] *PB L* 169 van 29 juni 1987.

[21] Richtlijn van de Raad (89/391/EEG) van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk, *PB L* 183 van 29 juni 1989.

[22] Wet 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat personeelsafgevaardigden, *B.S.*, 29 maart 1991.

14 september 1992[23] wijzigde weliswaar het toepassingsgebied van het ARAB en paste dit aan aan de Europese verplichtingen. Maar daardoor ontstond er een contradictie met de wet van 1952. Naast andere elementen kan gewezen worden op de familieondernemingen. Vroeger was het ARAB niet toepasselijk op familieondernemingen. Deze uitsluiting werd weggelaten door het Koninklijk Besluit van 14 september 1992. De uitsluiting stond echter nog altijd in de Wet van 10 juni 1952.[24]

Ook voor het uitvoeren van de Europese richtlijn over de tijdelijke en mobiele bouwplaatsen was een wijziging van de wet noodzakelijk.[25]

Het voorstel om ook de wet bij de herstructurering te betrekken werd door de minister van Arbeid en Tewerkstelling aanvaard. Een bedenking was evenwel dat een nieuwe wet, alleen om stilistische redenen, niet kon. Men vond dat verder moest gegaan worden dan alleen maar het herschikken en herschrijven van bestaande teksten. Ook het inhoudelijke, en meer bepaald het beschermingsniveau, moest bekeken worden.

§ 8. De Welzijnswet Werknemers van 4 augustus 1996

Voortgaand op deze gedachtengang werd een voorstel voor een nieuwe wet uitgewerkt. De minister van Tewerkstelling en Arbeid vroeg over dit voorstel een advies van de Nationale Arbeidsraad. Een beetje verrassend was dit advies unaniem, zij het dat de raad de hete hangijzers uit de weg ging.[26] Ook de Raad van State werd om advies gevraagd en sprak zich lovend uit over het voorstel.[27] Vervroegde verkiezingen beletten dat het voorstel onmiddellijk aan het parlement werd voorgelegd. Gelukkig voor het voorstel volgde minister Smet zichzelf op als minister van Tewerkstelling en Arbeid zodat het voorstel niet begraven werd. Het kwam wel niet ongehavend uit de strijd van de lobbyisten. Met enkele belangrijke wijzigingen werd het op 14 september 1995 als wetsontwerp ingediend bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers.[28]

De Kamer keurde de tekst goed op 25 april 1996.[29] De Senaat maakte gebruik van zijn evocatierecht en wijdde ook een bespreking aan de nieuwe wet. Te veel taalfouten verhinderden dat de tekst in de plenaire vergadering van 13 juni 1996 werd goedgekeurd. De Senaat aanvaardde een aantal amendementen die echter uitsluitend

---

[23] *B.S.*, 30 september 1992.

[24] Zie Wet 10 juni 1952, art. 2, 1.

[25] Richtlijn 92/57/EEG van 24 juni 1992 betreffende de minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen.

[26] Advies van de Nationale Arbeidsraad nr. 1.110 van 1 december 1994.

[27] "Het voor advies voorgelegde ontwerp van wet bevat een regeling welke in het algemeen op een coherente wijze is geconcipieerd en uitgewerkt en op een adequate en zinvolle wijze wordt becommentarieerd in de memorie van toelichting" Advies R.v.St., L. 24.143/1 van 16 maart 1995, 7.

[28] *Gedr. St.* Kamer 1995 B.Z., 71/1.

[29] *Gedr. St.* Kamer 1995 B.Z., 71/10.

taalcorrecties betroffen. Het had wel voor gevolg dat een nieuwe behandeling door de Kamer noodzakelijk was. Aldus werd de wet definitief in de Kamer goedgekeurd op 20 juli 1996. De Koning ondertekende de wet op 4 augustus 1996 en als wet van die datum werd zij gepubliceerd in het Staatsblad van 18 september 1996.

§ 9. Belangrijkste vernieuwingen

A. Benaming

De wet krijgt een nieuwe naam mee. De benaming van de oude wet "betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen" klinkt oubollig. Daarom werd geopteerd voor "wet betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk". De term welzijn is de hedendaagse samenvatting van de termen "veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen". Hij staat tegenover de term "welvaart". In de context van de arbeidsverhoudingen duidt deze laatste term op de materiële omstandigheden van de arbeidsvoorwaarden, op wat kwantificeerbaar is. Welzijn slaat op de immateriële arbeidsomstandigheden, op het niet-kwantificeerbare.

Door sommigen werd deze nieuwe woordkeuze betreurd. De gebruikte term was volgens hen veel te ruim. Alles heeft immers met het welzijn te maken. Alle loons- en arbeidsvoorwaarden hebben invloed op het welzijn van de werknemers. De hoogte van het loon, het al dan niet recht hebben op een eindejaarspremie, het aantal uren dat per dag en per week moet gewerkt worden, het verhoogt of verlaagt het welzijn van de werknemer.

Met zo'n ruime interpretatie krijgt de Koning de mogelijkheid om alles in verband met loons- en arbeidsvoorwaarden zelf te regelen. Het parlement wordt totaal buiten spel gezet. Zowat gans het arbeidsrecht zou voortaan bij koninklijk besluit kunnen vastgesteld worden. Daarom werd voorgesteld toch maar de oude en vertrouwde termen veiligheid en gezondheid te gebruiken. Daarmee bleef de bevoegdheid van de Koning beperkt tot het treffen van de maatregelen die Hij ook reeds in uitvoering van de Wet van 10 juni 1952 kon treffen.[30]

De term welzijn werd behouden maar als compromis bepaalt de wet op welke meer concrete terreinen maatregelen kunnen getroffen worden. In die zin werd bepaald dat de Koning de werkgevers en de werknemers alle maatregelen kan opleggen die nodig zijn voor het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk. Het welzijn wordt nagestreefd door maatregelen die betrekking hebben op:
1° de arbeidsveiligheid;
2° de bescherming van de gezondheid van de werknemer op het werk;
3° de psychosociale belasting veroorzaakt door het werk;
4° de ergonomie;
5° de arbeidshygiëne;

---

[30] Zie de daartoe ingediende amendementen, *Gedr. St.* Kamer 1995, B.Z., 71/1-6.

6° de verfraaiing van de arbeidsplaatsen;
7° de maatregelen van de onderneming inzake leefmilieu, wat betreft hun invloed op de vorige vermelde punten.[31]

B. Het toepassingsgebied

Het toepassingsgebied van de Welzijnswet Werknemers is ruimer dan dit van de Wet van 10 juni 1952. De toenmalige basiswet had hetzelfde beperkt toepassingsgebied als het ARAB vóór het Koninklijk Besluit van 14 september 1992. Beide reglementeringen waren enkel toepasselijk op de werkgevers en hun personeel in de strikte betekenis van het woord. In de private sector ging het enkel om personen verbonden door een arbeidsovereenkomst. Bovendien waren de bepalingen niet toepasselijk onder meer op familieondernemingen.[32]

De wet is toepasselijk op werknemers in de ruime betekenis van het woord. Bedoeld worden niet alleen iedereen die met een werkgever verbonden is krachtens een arbeidsovereenkomst, maar ook iedereen die zonder arbeidsovereenkomst een arbeidsprestatie levert onder het gezag van een ander persoon. Dit slaat zowel op personeelsleden van de publieke als de private sector. Ook leerlingen en stagiairs, die in een onderneming of een instelling tewerkgesteld worden, vallen onder de reglementering. Enkel dienstboden en ander huispersoneel zijn nog uitgesloten uit het toepassingsgebied van de wet.[33]

Tot hier niet zoveel nieuws. De nieuwe welzijnswet gaat echter verder dan het klassiek begrip werknemer en de klassieke gelijkstellingen met werknemers die in veel andere arbeidsrechtelijke wetten terug te vinden zijn.[34] Benevens deze klassieke gelijkstellingen worden voor de toepassing van de wet met werknemers gelijkgesteld:
- de personen die een beroepsopleiding volgen waarvan het studieprogramma voorziet in een vorm van arbeid die al dan niet in de opleidingsinstelling wordt verricht;
- de leerlingen en studenten die een studierichting volgen waarvan het opleidingsprogramma voorziet in een vorm van arbeid die in de onderwijsinstelling wordt verricht.[35]

C. Preventie

De nieuwe wet legt sterk de nadruk op het voorkomen van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Preventie is de boodschap. De werkgever moet de nodige maatregelen treffen ter bevordering van het welzijn van de werknemers bij de uitvoering

---

[31] Zie Welzijnswet Werknemers, art. 4.

[32] Zie Wet 10 juni 1952, art. 2, 1.

[33] Welzijnswet Werknemers, art. 2 § 4.

[34] Zie bijvoorbeeld de Wet 5 december 1968, art. 2 § 1 en de Arbeidswet van 16 maart 1971, art. 1.

[35] Welzijnswet Werknemers, art. 2, § 1, tweede lid, 1° b) en e).

van hun werk. Daartoe moet hij de in de wet opgesomde preventiebeginselen toepassen.[36]

D. Verantwoordelijkheid voor andersmans personeel

Nog nieuw is dat de verantwoordelijkheid van de werkgever wordt uitgebreid. In de oude reglementering was de werkgever enkel verantwoordelijk voor zijn werknemers. Nu draagt een werkgever ook verantwoordelijkheden voor het personeel van andere werkgevers wanneer hij samen met die andere werkgever op dezelfde arbeidsplaats werkzaamheden verricht. Deze verantwoordelijkheden worden nog explicieter wanneer hij in zijn onderneming werkzaamheden laat uitvoeren door het personeel van een onderaannemer of door een zelfstandige. Samenwerken op eenzelfde arbeidsplaats komt veelvuldig voor bij bouwactiviteiten. Daarom wordt de verantwoordelijkheid op tijdeljke of mobiele bouwplaatsen nog specifieker gereglementeerd. Niet alleen de werkgever maar ook de bouwheer en de ontwerper van het gebouw, krijgen er verplichtingen in verband met veiligheid en gezondheid bij het werk.[37]

E. Nieuwe preventiestructuren

Een andere belangrijke vernieuwing betreft de preventiestructuren die elke onderneming moet voorzien. In de oude regeling was er een belangrijk probleem in kleine ondernemingen. In elke onderneming, dus ook in kleine ondernemingen, moest een dienst voor veiligheid, gszondheid en verfraaiing van de werkplaatsen opgericht worden. Heel wat kleine ondernemingen voldeden niet aan deze verplichting en als er al een dergelijke dienst was, dan bestond hij enkel op papier.

Er gebeurde dus weinig of niets ter preventie van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Daarom verplicht de huidige wet elke onderneming, groot en klein, om naast de oprichting van een Interne Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk aan te sluiten bij een Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk.[38] Slechts in de gevallen waar een onderneming alle verplichtingen, opgelegd aan de preventie- en beschermingsdienst met de eigen interne dienst kan nakomen, wordt zij van de verplichting een beroep te doen op een Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk, ontslagen. Een kleine onderneming moet naast de eigen interne dienst, steeds een beroep doen op een externe dienst. De bedoeling is dat op deze manier in elke onderneming aandacht voor preventie komt.

Een ander euvel in de oude reglementering was dat de dienst voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen en de arbeidsgeneeskundige dienst, naast elkaar functioneerden. Meer en meer is men er van overtuigd dat preventie

---

[36] Welzijnswet Werknemers, art. 5.

[37] Welzijnswet Werknemers, hoofdstuk III, IV en V.

[38] Welzijnswet Werknemers, art. 33.

van arbeidsongevallen en beroepsziekten een multidisciplinaire aanpakt vereist.[39] De ingenieur en de arts moeten samen met nog andere deskundigen het welzijn bij het werk benaarstigen. De nieuwe welzijnswet wil dit realiseren door te voorzien dat zowel de interne als de externe dienst multidisciplinair moeten zijn. Om de multidisciplinariteit te bereiken is een gecoördineerd optreden vereist van preventie-adviseurs en deskundigen die over verschillende vaardigheden beschikken. Die vaardigheden moeten betrekking hebben op:

- de arbeidsveiligheid,
- de arbeidsgeneeskunde,
- de ergonomie,
- de bedrijfshygiëne,
- de psychosociale aspecten van de arbeid.[40]

F. Inspraak van de werknemers

Aan de inspraak van de werknemers in deze voor hen belangrijke materie werd niet veel veranderd. Het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen werd omgedoopd in comité voor preventie en bescherming op het werk. Fundamentele wijzigingen werden niet aangebracht. Dat de vakbondsafvaardiging bij afwezigheid van het preventiecomité de taken van dit comité uitoefent kon reeds vroeger bij koninklijk besluit opgelegd worden. En het was ook zo gebeurd. Nu is deze bevoegdheid van de vakbondsafvaardiging in de wet zelf vastgelegd. Veel verschil maakt het niet uit. Wel nieuw is de werknemersinspraak bij afwezigheid van preventiecomité en vakbondsafvaardiging. In dat geval moeten de werknemers zelf rechtstreeks deelnemen aan de behandeling van vraagstukken die betrekking hebben op het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk. Hoe deze deelneming moet gebeuren moet bij een in ministerraad overlegd besluit door de Koning bepaald worden.[41] Tot onvrede van de Europese commissie werd deze bepaling nog niet uitgevoerd.

§ 10. Besluit

De geschiedenis van de reglementering over de veiligheid en de gezondheid op het werk loopt naast die van de Arbeidsovereenkomstenwet. Alhoewel het aanvankelijk anders was, was er in de Arbeidsovereenkomstenwet weinig aandacht voor deze problematiek. De wetgever koos een andere weg met een aparte reglementering.

---

[39] Zie art. 9 Verdrag n° 161 van de Internationale Arbeidsorganisatie "*concerning Occupational Health Services*" van 25 juni 1985. Dit verdrag werd door België nog niet geratificeerd (Zie International Labour Conference, 89th Session, 2001, *Ratifications by Convention and by country (as of 31 December 2000)*, International Labour Office, Geneva, 2001, 189 en 223).

[40] Zie art. 14 K.B. 27 maart 1998 betreffende de Interne Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk (*B.S.* 31 maart 1998, err. 11 juni 1998).

[41] Welzijnswet Werknemers, art. 52 en 53.

In de eveneens ongeveer honderdjarige geschiedenis van deze reglementering waren er belangrijke evoluties. Een zeer gedetailleerde en in vele koninklijke besluiten verspreide voorschriften kwamen uiteindelijk in het ARAB terecht. De bepalingen in verband met het voorkomingsbeleid duiden op een andere oriëntatie. De gedetailleerde reglementering bleef evenwel naast de nieuwe oriëntatie bestaan.

België herzag zijn staatsstructuur, waardoor niet alleen de federale overheid bevoegd bleef voor materies die met veiligheid en gezondheid op het werk te maken hebben. Vooral na de Europese eenheidsakte deed ook Europa een duit in het zakje. Het maakte een herstructurering van het ARAB en van de wet op basis waarvan de meeste bepalingen van het ARAB waren uitgevaardigd, noodzakelijk.

Het resulteerde in de Welzijnswet Werknemers van 4 augustus 1996. Deze wet heeft veel verdiensten. De belangrijkste is misschien nog wel dat de problematiek van het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk in de kijker gezet wordt. In voorbereiding op deze wet en eens de wet in het *Belgisch Staatsblad* verschenen was, werden er heel wat studiebijeenkomsten en andere manifestaties georganiseerd. Naar aanleiding van de nieuwe wet werd er heel wat gepubliceerd. Zelfs juristen kregen aandacht voor de problematiek. Over het ARAB, een uitgebreid wetboek over een belangrijke materie, namelijk de fysische en psychische integriteit van mensen, was er nauwelijks juridische literatuur te vinden. De Welzijnswet Werknemers en zijn uitvoeringsbesluiten heeft deze leemte opgevuld.

En dat is terecht. Veilige en gezonde arbeidsomstandigheden zijn voor de werknemers een recht. Een werknemer die 's morgens gezond en wel naar zijn werk vertrekt heeft het recht om 's avonds even gezond en wel thuis terug te keren. Het is zo vanzelfsprekend dat men er niet blijft bij stilstaan. Toch is de realiteit nog al te vaak anders. Nog te veel werknemers zijn het slachtoffer van een arbeidsongeval of een beroepsziekte waardoor zij niet meer of met een tijdelijke of blijvende ongeschiktheid thuis terug keren. Levensbedreigende arbeidsomstandigheden die men kende op het einde van de negentiende eeuw, zijn gelukkig voor het grootste deel verleden tijd. Maar nieuwe bedreigingen voor de fysisiche en psychische integriteit van de werknemer steken de kop op of krijgen meer aandacht. Typisch voorbeeld: de problematiek van het pesten op het werk.

Arbeid moet dienen tot ontplooiing en zelfrealisatie van de mens. Het recht op veilige en gezonde arbeid is evenwel nog niet in alle omstandigheden gerealiseerd.

Incidence des contrats de travail sur l'organisation collective et individuelle du temps de travail[1]

Michel De Gols

Le domaine du temps de travail semble être un de ceux qui échappent presque totalement à l'emprise du contrat individuel de travail. Les lois, les règlements et surtout les conventions collectives de travail donnent l'impression de dominer en maître ces matières.

Il s'agit là d'une approche probablement trop 'macro-juridique' (comme on parle de macro-économie) qui ne reflète pas la complexité des différentes facettes des multiples relations de travail qui permettent le bon fonctionnement d'une entreprise.

L'organisation du travail n'est elle-même pas une construction monolithique.

Elle recouvre tant l'organisation collective du temps de travail par la mise en place et le fonctionnement des différents régimes de travail que l'organisation individuelle du temps de travail, élément de gestion de la carrière. Elle combine ainsi des problèmes collectifs intéressants tous les travailleurs ou au moins des groupes homogènes parmi eux et des problèmes individuels, telles différentes formes de congé ou les interruptions de carrière.

§ 1. L'organisation collective du temps de travail

Avant l'adoption des premières lois sociales, à la fin du XIXème siècle, les relations entre l'employeur et ses travailleurs n'étaient régies que par quelques dispositions du code civil complétées par de rares règles coutumières. Le contrat de travail n'était en général pas constaté par écrit de sorte qu'il ne fallait en attendre aucune précision quant aux droits et obligations des parties. Toutes ces sources de droit n'offraient que peu de garanties aux travailleurs et elles étaient particulièrement discrètes sur les questions d'organisation du temps de travail.

En dehors de quelques fêtes traditionnelles ou locales qui assuraient de rares périodes de repos aux travailleurs, l'organisation du travail, et donc aussi du temps de travail, relevait de la décision arbitraire de l'employeur. Les limites du temps de travail n'étaient pas fixées par des règles juridiques; elles étaient plutôt liées à l'épuisement physique des ouvriers. Si des repos étaient accordés après la journée de travail, c'était pour permettre une récupération minimale permettant la reprise du travail le lendemain, assurant ainsi la poursuite de l'activité économique.

Si d'autres interruptions de travail survenaient, elles étaient liées à une baisse de l'activité économique et à l'absence de commandes. Loin de se réjouir de ces

---

[1] Ce texte a été écrit avant la convention collective no. 77 et la loi du 10 août 2001.

pauses, les travailleurs les craignaient, car elles signifiaient pour eux une absence d'un revenu nécessaire à assurer leurs besoins vitaux.

Le premier besoin auquel il fut satisfait fut donc de palier à cette incertitude constante qui laissait le travailleur à la merci de son employeur.

A. Règlements d'atelier

Et pour ce faire, il convenait que les données essentielles de l'organisation des temps de travail et des temps de repos, les horaires de travail, les pauses et les jours d'arrêts de travail, soient mis 'sur papier' même si ce document n'avait pas la qualité et la portée juridique d'un contrat de travail.

Ce premier pas fut réalisé par la loi du 15 juin 1896 qui imposa à l'employeur l'établissement d'un règlement d'atelier. Ce document était rédigé par l'employeur seul et n'avait donc aucun caractère conventionnel. Les travailleurs n'étaient que consultés sur son contenu. Le règlement devait toutefois faire l'objet d'une publicité portant ses dispositions à la connaissance de tous les travailleurs. Il constituait un engagement unilatéral de l'employeur à l'égard de ses travailleurs.

En matière d'organisation des temps de travail, le règlement d'atelier devait porter mention du commencement et de la fin de la journée de travail régulière, des intervalles de repos et des jours de chômage réguliers.[2]

Dans la fixation du contenu de ces mentions, l'employeur n'était limité par aucune prescription réglementaire, puisqu'en 1896, en dehors de la réglementation du travail des enfants de 1889, il n'existait aucune réglementation sur le temps de travail, ni sur les jours de repos.

La loi du 15 juin 1896 ne marque donc pas le passage d'un régime d'arbitraire à un régime conventionnel ou à un régime légalement encadré, mais le passage d'un régime d'arbitraire permanent à un régime d'arbitraire formalisé. On peut donc dire que si l'arbitraire n'est pas supprimé ses effets étaient ralentis par les formalités à respecter en cas de modification du règlement de travail.

B. Contrats de travail

C'est dans ce contexte peu favorable au travailleur que va intervenir la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail. Si elle s'insère dans ce contexte, on ne peut dire qu'elle va fondamentalement le changer, dans cette matière particulière de l'organisation du temps de travail.

Les seules dispositions qui sont en relation avec cette problématique, sont les articles 7 et 11. Ils précisent que le travailleur d'une part et l'employeur d'autre part,

---

[2] Article 2,1° de la loi du 15 juin 1896.

ont l'un l'obligation de travailler et l'autre l'obligation de faire travailler "dans les conditions, au temps et au lieu ***convenu***".

Ces dispositions impliquent donc que si des précisions ont été introduites dans le contrat de travail notamment en matière de temps et de conditions de travail, elles doivent être respectées, ce qui relève de la pure logique du droit contractuel dans lequel la convention devient la loi des parties. Elles n'impliquent, par contre, nullement l'obligation pour les parties d'insérer dans le contrat des dispositions en la matière, et ce d'autant plus que la loi du 10 mars 1900 n'impose nullement l'insertion de mentions obligatoire ni même la simple constatation du contrat de travail dans un écrit.

Autrement dit, en l'absence de réglementation des temps de travail et des temps de repos, la loi du 10 mars 1900 ne changea rien à l'impact que pourrait avoir le contrat de travail sur l'organisation du temps de travail par rapport à la situation antérieure sous le régime du code civil.

C. Réglementation des temps de travail et des temps de repos

Le véritable tournant sera pris au début du XXème siècle avec l'adoption des premières législations intervenant directement dans la problématique des temps de travail et des temps de repos. Le premier pas en ce sens fut fait par la loi du 17 juillet 1905 sur le repos du dimanche. Cette loi impose l'obligation d'un repos hebdomadaire dans les entreprises industrielles et commerciales. Ce repos hebdomadaire coïncide, sauf dérogation, avec le dimanche.

Cette nouvelle législation entraîne à la fois l'introduction d'une période hebdomadaire de repos et une réduction indirecte de la durée du travail, car compte tenu de l'importance des prestations journalières à cette époque, il était impossible de reporter les heures perdues le dimanche sur les autres jours de la semaine.

Pour la première fois, une loi limite les possibilités de déterminer librement les formes d'organisation du travail. Elle conditionne donc les dispositions qui doivent être introduites dans le règlement d'atelier ('les jours de chômage réguliers' qui seront les dimanches ou le jour de repos compensatoire en cas de travail habituel le dimanche). De même, étant d'ordre public, elle limite les possibilités des parties de déterminer dans leur contrat le temps pendant lequel le contrat pourra être exécuté.

Cette tendance se poursuivi par l'adoption, après la première guerre mondiale, de la loi dite 'des huit heures' (la loi du 14 juin 1921). Cette loi ne se contentait pas de limiter la durée journalière de travail à huit heures et la durée hebdomadaire de travail à quarante-huit heures, elle interdisait aussi le travail de nuit (des hommes, puisque celui des femmes l'était déjà dans le cadre des mesures protectrices qui leur étaient propres).

A nouveau les possibilités d'organiser le temps de travail se resserraient puisqu'il fallait à nouveau tenir comptes des contraintes supplémentaires entraînées par des limites et des interdictions de travail fixées par la réglementation.

Tant les initiatives des employeurs que les possibilités d'accord individuel voyaient leur terrain limité et encadré par des impératifs réglementaires destinés à protéger les travailleurs.

Les vacances annuelles (1936) et les jours fériés (1946-1947) viendront compléter cet arsenal législatif.

A ce stade de l'évolution du droit du travail, l'organisation du travail, et plus particulièrement des temps de travail et des temps de repos, reste, du point de vue collectif, l'apanage de l'employeur. Il est bien entendu de plus en plus limité par de nombreuses réglementions protectrices qui encadrent ses choix en vue d'améliorer les conditions de travail des travailleurs.

Le contrat de travail proprement dit se trouve un peu à l'écart de cette dialectique dans la mesure où l'organisation du travail, souvent influencée par le modèle tayloriste, laisse peu de place à des particularités individuelles. Tout le monde travaille le même nombre d'heures (à temps plein) et aux mêmes périodes dans des systèmes collectivement bien structurés surtout dans le monde industriel (travail en équipes et en continu).

D. Conseil d'entreprise et règlement d'atelier

Si la fin de la deuxième guerre mondiale n'apporte guère d'avancée en matière de temps de travail et de temps de repos, en dehors de la nouvelle législation sur les jours fériés payés (d'abord le régime provisoire de l'arrêté-loi du 7 février 1946 et ensuite le régime définitif de l'arrêté-loi du 25 février 1947) et d'une discussion entamée par une conférence tripartite convoquée par le Gouvernement sur la semaine de cinq jours et la réduction du temps de travail à 45 heures, une autre législation va redistribuer les cartes quant au processus de mise en place des régimes de travail.

En effet, la loi du 20 septembre 1948 donne au conseil d'entreprises la compétence d'établir et de modifier les règlements d'atelier. Or ces conseils d'entreprise sont composés à la fois de représentants de l'employeur et aussi de représentants élus par les travailleurs.

Ce seront donc eux, ***ensemble***, qui auront pour tâche de statuer sur les mentions obligatoires du règlement d'atelier et plus particulièrement sur la première mention obligatoire : le commencement et la fin de la journée de travail régulière, les intervalles de repos et les jours de chômage réguliers.[3]

L'employeur perd ainsi son pouvoir de déterminer unilatéralement l'organisation du travail dans son entreprise qu'il avait acquis au XIXème siècle et que les législations plus récentes avaient restreint et encadré, mais pas supprimé.

---

[3] Article 2,1° de la loi du 15 juin 1896.

Le contrat de travail ne s'en trouve néanmoins pas valorisé puisque le glissement s'effectue au profit des représentants des travailleurs et s'inscrit donc plutôt dans le cadre du droit collectif du travail.

Cette modification est néanmoins essentielle car il s'agit d'une des rares matières dans lesquelles le conseil d'entreprise se voit reconnaître un véritable pouvoir de codécision.

Et ce pouvoir qui lui est reconnu permet à la fois aux représentants des travailleurs:
- de jouer un rôle déterminant dans l'organisation du travail au sein de leur entreprise;
- d'imposer une discussion au sein de l'entreprise sur des formes de travail dont le principe aurait été convenu au niveau sectoriel.

Ce dernier élément est souvent mal compris. La réglementation des temps de travail et des temps de repos encadre les périodes de travail par la fixation de limites (durée du travail) et d'interdiction de travail (dimanche, jours fériés, nuit). Elle ***permet***, souvent à la suite d'une négociation au sein du secteur, des dérogations à ces limites et interdictions. Ces dérogations ne sont toutefois applicables dans une entreprise que pour autant qu'elles aient été intégrées dans les régimes de travail et dans les horaires mis en œuvre dans le règlement d'atelier (devenu depuis le règlement de travail). Elles ne peuvent donc l'être qu'à la suite d'une décision du conseil d'entreprise.

Les modifications apportées aux diverses réglementations sur le temps de travail ainsi que la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail (qui remplacèrent les anciens règlements d'atelier) n'ont pas changé grand chose aux principes exposés ci-dessus, si ce n'est qu'elles ont institutionnalisé le rôle des commissions paritaires dont l'activité s'était considérablement développée après la seconde guerre mondiale.

L'équilibre dans la prise de décision en cette matière restait le même :
- le principe est fixé par la loi;
- les dérogations à ces principes font l'objet d'une négociation au sein de la commission paritaire (souvent sous la forme d'un avis ou d'une demande préalable à la prise d'un arrêté réglementaire);
- la mise en œuvre des régimes de travail dans le cadre de ces règles générales et sectorielles se fait par décision du conseil d'entreprise, c'est-à-dire dans la plupart des cas, par un consensus entre l'employeur et les représentants des travailleurs.

E. Le travail à temps partiel: une nouvelle forme d'organisation du temps de travail

Le travail à temps partiel, comme forme d'organisation du travail, va changer cet équilibre au profit de l'aspect individuel et donc du contrat de travail.

En effet, si les horaires des travailleurs à temps partiel doivent, comme tous les autres horaires, être repris dans le règlement de travail à la suite d'une décision du conseil d'entreprise, chaque régime peut être particulier à un travailleur à temps partiel qui doit y consentir.

C'est ainsi que lorsque a été adoptée en 1981 la première réglementation spécifique au travail à temps partiel, elle s'appuyait sur ces deux piliers :
- le collectif en imposant l'introduction des horaires de travail à temps partiel dans le règlement de travail
- l'individuel en imposant la constatation du contrat de travail à temps partiel dans un écrit devant préciser le régime et l'horaire de travail.[4]

Cette plus grande individualisation des prestations liées au travail à temps partiel donnait au contrat de travail une place qu'il n'avait jamais eue dans le domaine des temps de travail.

Outre l'existence d'une obligation formelle de constater le contrat de travail à temps partiel par écrit, il est évident qu'un régime aussi individualisé que le travail à temps partiel doit faire l'accord d'un accord individuel entre l'employeur et le travailleur.

Les parties doivent déterminer quelle fraction d'un travail à temps plein sera prestée par le travailleur, selon quel régime de travail (horaires variables, horaires fixes, cycle sur plusieurs semaines) et enfin selon quels horaires (jours complets, demi-jours,....).

L'importance du contrat (écrit) même en matière de contrôle fut encore renforcée par l'obligation de conserver en annexe du règlement de travail le contrat de travail à temps partiel ou une copie de celui-ci de manière à pouvoir déterminer si un travailleur à temps partiel effectue bien ses prestations dans le cadre de ce qui a été convenu ou s'il preste des heures complémentaires (ou supplémentaires).[5]

F. Dérégulation, flexibilité ou le règne du collectif ?

La crise économique qui se développa dès le début des années '80 remit en cause l'édifice qui s'était construit au fil des années.

De nouvelles formes d'organisation du travail plus efficaces et mieux adaptées au développement de besoins particuliers devaient permettre de faire face à la concurrence dans un marché qui à la fois se rétrécissait du fait de la récession et qui s'ouvrait renforçant la concurrence entre les entreprises sur un marché qui s'internationalise. Les temps de travail se retrouvent en première ligne. Le départ du mouvement sera lancé par Michel Hansenne avec ses expériences d'aménagement du temps de travail.

---

[4] Article 11*bis* de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

[5] Article 157 de la loi du 22 décembre 1989.

La réglementation des temps de travail générale et sectorielle s'adapte aux besoins individuels des entreprises par le moyen d'accords tripartites (employeurs, syndicats et gouvernement) sous le couvert de la promotion de l'emploi.

Quelques années plus tard ces expériences furent consolidées dans le cadre d'une nouvelle législation (la loi du 17 mars 1987 relative à l'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises et convention collective de travail n°42 du 2 juin 1987, même intitulé) après avoir fait l'objet d'un accord entre les partenaires sociaux au sein du Conseil national du travail.

Cette législation change fondamentalement la philosophie de la réglementation traditionnelle des temps de travail et des temps de repos (qui continue par ailleurs à exister parallèlement à la nouvelle législation).

Alors que jusqu'alors tout le système de règles est fondé sur des conditions objectives de travail (travail en équipes, travail en continu, travaux de transport, chantiers éloignés, ...) de déroger aux principes généraux de limitation et d'interdiction, dans le nouveau régime, la dérogation est fondée sur l'accord conclu entre les partenaires sociaux, au niveau sectoriel ou au niveau de l'entreprise. Le passage se fait d'un régime objectif - un régime de travail est autorisé par qu'il est satisfait à des conditions fixées dans la réglementation - à un système subjectif dans lequel le régime de travail peut être instauré parce qu'il a fait l'objet d'un accord et que cet accord garanti qu'il satisfait réellement à un besoin et que les conditions de travail qui l'accompagnent sont acceptables.

Ce nouvel encadrement des régimes de travail n'est plus centré sur un cadre légal et réglementaire, mais sur des conventions collectives de travail sectorielles ou d'entreprise qui déterminent à la fois les procédures d'introduction des régimes de travail en question ainsi que le contenu de ces régimes et les conditions de travail qui les accompagnent.

On pourrait croire que l'aspect individuel n'y trouve pas son compte si un nouvel élément n'avait pas été ajouté par la convention collective de travail n°42 : le volontariat.

Si le régime de travail fait normalement l'objet d'un accord collectif, l'entrée individuelle dans un tel régime ne peut se faire que si le travailleur est volontaire, sauf si toute l'entreprise ou toute une division de celle-ci passe au nouveau régime de travail.

Alors que dans les réglementations antérieures cette question n'était pas réglée de sorte que l'insertion dans un régime de travail particulier (dans l'ensemble de ceux appliqués dans l'entreprise) pouvait mais ne devait pas faire l'objet de l'accord entre l'employeur et le travailleur et donc s'insérer dans le contrat de travail, l'insertion dans un nouveau régime de travail doit faire l'objet d'un accord individuel entre l'employeur et le travailleur qui peut être constaté dans le contrat de travail ou dans un avenant à celui-ci.

La flexibilité des temps de travail ne se limita pas aux nouveaux régimes de travail.

Des régimes d'horaires flexibles et l'annualisation du calcul de la durée du travail permirent une adaptation des régimes de travail à des besoins fluctuants des entreprises. Le contrat de travail ne s'y voyait reconnaître aucun rôle spécifique. La négociation collective (en général la convention collective de travail) constitue le contrepoids mis par le législateur à une flexibilité croissante dans l'organisation du temps de travail.

Seules les nouvelles règles sur le travail de nuit (convention collective de travail n°46) marquèrent un sursaut de l'individuel en imposant comme dans le cadre des nouveaux régimes de travail la condition du volontariat pour l'insertion dans un régime de travail comportant des prestations de nuit, sauf si toute l'entreprise ou toute une division de celle-ci passe au régime de travail de nuit.

G. Le contrat de travail a-t-il encore un rôle dans l'organisation collective du temps de travail ?

Le cadre tracé ci-dessus indique suffisamment que le contrat individuel de travail n'a pas un rôle décisif dans la mise en place ou le fonctionnement des différentes formes collectives d'organisation du temps de travail. Faut-il en conclure pour autant qu'il n'ait aucune incidence sur cette matière ou plutôt que son rôle doit être complémentaire par rapport à celui des instruments collectifs du droit du travail ?

En dehors des cas où une manifestation individuelle de volonté, qui peut être constatée dans le contrat individuel de travail, s'impose (travail à temps partiel, nouveaux régimes de travail et travail de nuit), ce contrat de travail individuel peut trouver sa place dans les créneaux suivants :

L'insertion ou la non-insertion du travailleur dans des régimes de travail particuliers

La plupart des réglementations relatives à l'organisation du travail n'imposent pas le travail sous certaines formes ou dans certaines plages de temps, mais se contentent de l'autoriser. Malgré l'interdiction de principe, l'existence de dérogations *permettent* (mais n'obligent pas) de travailler, par exemple, la nuit, le dimanche ou un jour férié.

Le contrat de travail peut déterminer dans quelle mesure un employeur et un travailleur conviennent de faire usage de cette dérogation dans le cadre général tracé par la convention collective de travail ou le règlement de travail selon le cas. Il en est de même pour des régimes d'horaires flexibles - article 20*bis* de la loi du 16 mars 1971 sur le travail - (ou d'horaires variables pour les travailleurs à temps partiel).

A l'inverse, une modification du règlement de travail étendant les possibilités horaires n'aura pas d'incidence sur un travailleur dont le contrat individuel prévoit expli-

citement l'horaire de travail ou prévoit qu'il ne sera en aucun cas occupé, par exemple, la nuit ou le week-end.

L'encadrement individuel d'une forme d'organisation collective du travail

En dehors de l'insertion ou non d'un travailleur dans un régime de travail se pose la question de savoir quelles sont les conditions de travail qui s'y attachent. Bien sûr une part des conditions de travail sera déterminée par des instruments collectifs fixant les règles générales applicables à tous les travailleurs qui effectuent la même tache, dans les mêmes conditions.

Mais les conditions particulières peuvent utilement faire l'objet de dispositions individuelles du contrat de travail. Ceci peut être le cas non seulement en matière de rémunération et d'avantage particulier mais aussi dans des domaines plus liés au temps de travail proprement dit, comme le nombre de week-end garanti au travailleur, le nombre de prestations qui peuvent être demandées, un jour férié, etc...

L'article 4 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail

Cet article 4 permet de déroger individuellement aux mentions insérées dans le règlement de travail moyennant l'accord du travailleur. Cet accord doit obligatoirement être constaté par écrit.

Peut-on dès lors déroger par un tel (contrat) écrit aux horaires de travail inséré dans le règlement de travail et individualiser de la sorte l'organisation du temps de travail ? Cette question met le système mis en place à la fois dans la loi du 8 avril 1965 et dans la loi du 16 mars 1971 (article 38*bis*) dans une position difficile.

Certains ont tenté de défendre que l'article 4 ne s'appliquait pas aux horaires de travail mentionnés dans le règlement de travail car l'article 38*bis* de la loi du 16 mars 1971 sur le travail interdit d'occuper des travailleurs en dehors de l'horaire repris dans le règlement de travail.

D'autres plus souples[6] ont soutenu que la dérogation était possible à condition de rester exceptionnelle et ne veiller qu'au besoins particuliers du travailleur (adaptation de l'horaire individuel à celui d'un transport en commun).

Dans le cadre de la tendance de plus en plus grande à une flexibilité accrue, l'application d'horaires individuels dérogeant aux horaires collectifs pourrait avoir pour effet de détricoter le tissu collectif de l'organisation du travail.

Il serait utile que le législateur se préoccupe de délimiter la portée de cette possibilité individuelle pour qu'elle cadre exactement dans la place que doit occuper le contrat individuel de travail dans l'organisation collective du temps de travail.

---

[6] J. PETIT, "Het Arbeidsreglement" in R. BLANPAIN (ed.), *Arbeidsrecht*, CAD, II, 16, n°31.

§ 2. L'organisation individuelle du temps de travail

L'organisation individuelle du temps de travail porte sur le déroulement de la carrière de chaque travailleur individuel. Cette organisation individuelle du temps de travail entre de façon beaucoup plus évidente dans le domaine du droit conventionnel individuel du travail. Le temps dans la carrière sera influencé par les interruptions de travail individuelles, le régime de travail (à temps plein, à temps partiel) et par la fin de la carrière.

Ce domaine du droit du travail est aussi beaucoup plus récent que ne l'est l'organisation collective du travail qui nous a fait remonter à la fin du XIXième siècle.

Pour tout dire, jusqu'à une époque relativement récente, il n'était pas question d'un cadre, autre que celui du droit civil, permettant aux travailleurs et à leurs employeurs d'envisager des mesures volontaires d'organisation individuelle du travail. Les seules absences en dehors des vacances annuelles étaient liées à des éléments de force majeure (maladie, chômage temporaire,...) ainsi qu'à des événements sociaux ou familiaux à caractère tout à fait ponctuels (petits chômages).

Une modulation de la carrière ne pouvait s'envisager que par voie d'accords individuels isolés sans aucune mesure d'encadrement ou d'accompagnement.

Le travailleur qui voulait interrompre sa carrière devait envisager de démissionner de son emploi, sauf s'il arrivait à convaincre son employeur de lui accorder un congé sans solde. Ce congé sans solde, s'il lui était reconnu conventionnellement, ne faisait l'objet d'aucune reconnaissance permettant de conserver des droits en matière de conditions de travail et de rémunération et de sécurité sociale. Il constituait en conséquence, pour beaucoup, un plongeon dans l'inconnu. Son application restait donc limitée.

De même, le travail à temps partiel, autre forme de gestion de la carrière, est resté pendant la plus grande partie du siècle, un phénomène individuel, réglé au niveau d'un pur accord individuel, sans réel encadrement tant en droit du travail qu'en droit de la sécurité sociale.

La fin de carrière enfin passait par une fin unilatérale ou de commun accord du contrat de travail et un passage vers un régime de retraite (éventuellement anticipé), moyennant réduction des droits à la pension.

Les dernières trente années du XXième siècle ont vu cette situation changer en profondeur.

A. L'interruption de la carrière professionnelle

L'interruption de la carrière professionnelle, lancée en 1985 par Michel Hansenne dans le cadre du partage du travail disponible, connut une évolution qui la fit passer par toutes les phases juridiques menant un accord individuel entre employeur et

travailleur à un droit inconditionnel, en passant par quelques variantes de congés thématiques.

A leur origine, les deux formes d'interruptions de carrière, la suspension totale des prestations et la réduction de celles-ci, étaient liées à un accord individuel conclu entre le travailleur et son employeur. Elles n'avaient aucun lien thématique (il ne fallait pas justifier pourquoi était convenue une interruption de carrière).

Cet accord portait à la fois sur le principe de l'interruption (dispense de prestations ou travail à temps partiel pendant une durée limitée) ainsi que les modalités de celle-ci (notamment le régime et les horaires de travail en cas de réduction des prestations) et le remplacement du travailleur, de sorte qu'il puisse bénéficier pendant son interruption d'une allocation à charge des pouvoirs publics.

L'interruption de carrière se situait donc entièrement dans le cadre du contrat de travail.

Peu à peu, cette nouvelle institution se détacha du cadre individuel pour s'intégrer dans des négociations collectives, d'abord d'entreprise puis de secteur, passant ainsi de la conclusion d'un accord individuel à l'exercice d'un droit reconnu par un instrument de droit collectif du travail.

De plus en plus, des conventions marquèrent l'évolution d'un régime athématique (sans objet bien déterminé) vers un régime thématique (l'interruption de carrière devait être justifiée par des motifs précis tels que l'éducation d'un jeune enfant, les soins à des personnes âgées, etc...).

Ce cadre collectif ne signifiait pas que tous les aspects individuels avaient disparus, car en cas de réduction des prestations, l'accord des parties devait toujours régler le nouveau régime de travail (à temps partiel) pendant la réduction des prestations.

Le pas suivant, dans la même direction fut franchi par la convention collective de travail n°56 du 13 juillet 1993 qui introduisit le droit à l'interruption de carrière à concurrence d'1 % des travailleurs occupés par l'entreprise. Le droit ainsi introduit au niveau interprofessionnel était un droit conditionné (max. d'1 % dans l'entreprise) mais athématique, car le travailleur ne devait pas justifier le motif de sa demande.

Par la suite, la réglementation pris le relais du conventionnel en passant d'une part d'un quota d'1 % d'interruption de carrière à 3 % et d'autre part en réintroduisant une série de congé thématique sous le large chapeau de l'interruption de carrière (congé pour soins palliatif, congé parental, congé pour soins à un membre du ménage ou de la famille atteint par une maladie grave) ne comptant pas dans le quota des 3 %. Parallèlement, furent étendues les possibilités de réduction des prestations à diverses formes de travail à temps partiel (4/5^{ième}, 3/4, 3/5^{ième} et mi-temps).

Ce qui doit être remarqué, c'est qu'outre cette extension considérable des droits à l'interruption de carrière (thématiques et athématiques) fut laissée ouverte la possibilité de conclure des conventions individuelles permettant à chaque travailleur de bénéficier d'une interruption de carrière pour autant que son employeur soit d'accord et ait accepté de le remplacer. L'absence de clarté des droits résultant de la difficulté pour le travailleur de savoir s'il se trouve dans le quota des 3% poussèrent beaucoup a préférer la sécurité de l'accord à d'éventuel litiges sur le droit.

Que l'origine de l'interruption de carrière se trouve dans une disposition réglementaire, conventionnelle collective ou conventionnelle individuelle, elle ne porte à chaque fois que sur une relation de travail bien précise et aura un impact sur les modalités d'exécution du contrat de travail qui règle cette relation de travail.

Droit conditionné, droit thématique ou accord collectif ou individuel, l'interruption de carrière reste un élément intervenant dans l'exécution du contrat individuel de travail. Soit parce qu'elle entraîne une suspension de l'exécution du contrat de travail et s'accompagne d'une protection particulière contre le licenciement. Soit parce que, sous sa forme de réduction des prestations, elle implique la transformation temporaire du contrat individuel de travail en contrat de travail à temps partiel dans le cadre duquel les parties sont amenées à déterminer le régime de travail et les horaires de travail.

Cette fonction de l'interruption de carrière de canaliser une grande partie des formes individuelles d'organisation du temps de travail et de gestion-temps de la carrière est encore renforcée par le plan annoncé par Madame L. Onkelinkx, vice première Ministre et Ministre de l'Emploi. Le crédit-temps, la semaine de 4 jours et les mesures offrant ces possibilités de réduction du temps de travail aux travailleurs prenant de l'âge s'inscrivent toutes dans le cadre général de l'interruption de carrière.

B. Le travail à temps partiel

Le travail à temps partiel a déjà été développé dans la première partie consacrée à l'organisation collective du temps de travail. Rien d'étonnant, car le travail à temps partiel est à la fois un mode d'adaptation du temps de travail aux besoins individuels du travailleur et est devenu aussi un mode d'organisation du travail utilisé par les employeurs. Le lien entre travail à temps partiel et le contrat de travail est évident, parce que le volume de travail convenu entre les parties est un élément essentiel de ce contrat de travail.

Le choix des horaires de travail, par contre, peut se dégager du domaine contractuel. En effet, s'il est possible aux parties de déterminer les horaires de travail du travailleur à temps partiel (journées complètes ou demi-journées, jours et heures de travail), il leur est également possible d'opter pour un régime d'horaires variables dans lequel le choix de l'horaire effectif revient à l'employeur seul (dans le cadre général de l'ensemble des horaires repris dans le règlement de travail) ce qui signifie que l'accord du travailleur ne porte plus que sur un principe de délégation de pouvoir à l'employeur et plus sur le contenu réel des obligations contractuelles. Plus

les horaires potentiels de travail deviennent nombreux, plus on se rapproche, dans un cadre légal spécifique, de potentielles modifications unilatérales des conditions de travail par l'employeur qui devraient normalement faire l'objet des restrictions de l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978.

C. Contrat de travail et fin de carrière

Si la carrière des travailleurs est influencée par le volume de travail qui aura été presté pendant toute la période d'activité professionnelle, la fin de carrière, et surtout une fin de carrière anticipée, représente un élément important de flexibilité. Pendant les premiers trois quart du XXème siècle, la fin de carrière n'était pas un problème de contrat, mais une question d'accès à un régime de retraite.

Les lois relatives au contrat de travail n'abordaient pas réellement ce point, de sorte que l'accès à ces régimes de retraite, lié à une fin du contrat de travail, devait être résolu par les parties selon les modalités qui leur convenaient le mieux. Ainsi, le contrat de travail du travailleur qui avait atteint l'âge pour accéder à la retraite pouvait prendre fin, soit de l'accord des parties, soit par un congé donné par le travailleur lui-même, soit par un congé donné par l'employeur.

Deux précisions à ce propos furent introduites dans la législation relative aux contrats de travail :

- l'interdiction de prévoir une clause résolutoire liée au fait d'atteindre l'âge de la pension : en tout état de cause la fin du contrat de travail doit être liée soit à un accord, soit à une manifestation de volonté de l'une des parties *au moment où la question de la fin du contrat se pose;*
- l'introduction de préavis réduits en faveur des *employés* (aussi bien pour le travailleur que pour l'employeur) lorsqu'il est mis fin au contrat à l'âge de la pension légale : cette possibilité compense les longs préavis qui devraient être respectés pour des travailleurs dont l'ancienneté peut, en raison de leur âge, être très importante.

La problématique de la fin de carrière, et son lien avec la fin du contrat de travail, fut relancée par la prépension. Après un début dans le secteur de la construction, la prépension qui résulte d'une recommandation de la Conférence nationale de l'Emploi du 3 avril 1973, fut consacrée dans la convention collective de travail n°17 du 19 décembre 1974. La prépension est en fait fondée sur un licenciement du travailleur par son employeur qui est tenu de lui octroyer, en plus des allocations de chômage, une indemnité complémentaire jusqu'à l'âge de la pension.

Au départ cette possibilité s'ouvrait à partir de 60 ans (58 ans à partir de 1988), mais très rapidement des conventions collectives de travail sectorielles et d'entreprise étendirent cette possibilité à des tranches d'âge nettement moins élevées. Certaines conventions d'entreprises descendirent même jusqu'à 48 ans.

Dans son principe, la prépension liée à un licenciement du travailleur résultait d'une décision unilatérale de l'employeur. De fait elle est devenue dans de nombreux cas une solution négociée avec le travailleur et même une possibilité proposée par le

travailleur lui-même à son employeur. Ainsi, elle devenait une possibilité de réduire la durée de la carrière professionnelle.

Le caractère 'volontaire' (ou en tout cas pas toujours imposé contre la volonté du travailleur) de la prépension transparaît d'ailleurs de la possibilité de mettre fin au contrat de travail moyennant des préavis réduits. Cette possibilité a été utilisée pour les employés dont les préavis, surtout en raison de l'ancienneté liée à l'âge, peuvent être d'assez longue durée, malgré le fait qu'elle soit à la marge des dispositions impératives de la loi du 3 juillet 1978. Mais elle l'a été aussi pour les ouvriers qui souvent lorsqu'ils sont licenciés en vue d'une prépension ne bénéficient pas de l'augmentation des délais de préavis négociée au sein des secteurs d'activité dans le cadre de l'article 61 de la loi du 3 juillet 1978.

Une variante de la prépension a été introduite par la convention collective de travail n°55 du 13 juillet 1993 : la prépension à mi-temps. La prépension à mi-temps permet au travailleur âgé qui n'est pas licencié, mais qui réduit ses prestations à un mi-temps de bénéficier d'allocations de chômage et d'une indemnité complémentaire à charge de l'employeur. Cette mesure n'a jamais eu un énorme succès.[7] Il faut dire qu'elle se rapproche fortement de la réduction à mi-temps des prestations dans le cadre de l'interruption de carrière, réduction qui donne droit au travailleur d'au moins 50 ans à une allocation d'interruption majorée uniquement à charge de l'ONEm et donc sans contribution de l'employeur.

Vieille maintenant de plus de 25 ans, la prépension aura survécu à toutes les attaques, même si elle s'en est trouvée sérieusement amaigrie, des tentatives d'économies aux avatars de l'égalité de traitement suscités par les instances européennes.

§ 3. Conclusions

Cet aperçu rapide des différentes formes d'organisation du temps de travail montre que la distinction entre mesures collectives et mesures individuelles n'était pas gratuite quand on veut se placer du point de vue du lien contractuel. Dans le domaine de l'organisation collective du temps de travail, l'essentiel du cadre est déterminé soit par la loi soit par des accords collectifs (conventions collectives de travail sectorielles ou d'entreprise, décision du conseil d'entreprise). Le contrat de travail n'intervient que pour préciser individuellement des modalités d'application de ces régimes collectifs.

Malgré le développement de plus en plus généralisé de régimes de travail flexibles, ce principe reste d'application, même si l'individuel se taille une place de plus en plus importante ce qui, comme en matière de travail à temps partiel redonne une place importante au contrat de travail.

---

[7] 706 bénéficiaires au 31 décembre 1998. MINISTÈRE FÉDÉRAL DE L'EMPLOI ET DU TRAVAIL, *Rapport d'évaluation 1999 de la politique fédérale de l'emploi*, 103.

Par contre, dans le domaine de l'organisation individuelle du travail, le contrat de travail a toujours joué un rôle prépondérant, même si ces dispositions contractuelles sont conclues dans le cadre d'accords collectifs ou de réglementations offrant un certain nombre de possibilités aux travailleurs individuels.

La tendance qui se développe actuellement d'offrir aux travailleurs de plus en plus possibilités de gérer leur carrière ainsi que de facilités pour combiner leur travail avec leurs obligations de leur vie privée, sociale ou familiale renforcera la place des dispositions individuelles du contrat de travail.

De macht en het recht tot ontslag

Kristof Salomez

De macht en het recht te ontslaan of ontslag te nemen zijn twee begrippen die duidelijk van elkaar dienen te worden onderscheiden. Daar waar het recht te ontslaan een door het recht toegekende macht is (een subjectief recht), is de ontslagmacht een louter feitelijke macht die verband houdt met het sanctioneringsmechanisme van het ontslagrecht.[1]

§ 1. Het ontslagrecht

A. Het verbod op levenslange binding

Rechtssubjecten worden geacht zich niet voor het leven te kunnen verbinden. Dit verbod op levenslange binding wordt beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel dat haar grondslag vindt in de bescherming van de individuele vrijheid.[2] Toepassingen van dit rechtsbeginsel kunnen onder meer worden gevonden in de regeling betreffende de huur van goederen, de vennootschappen en het vruchtgebruik.

Ook met betrekking tot de arbeidsovereenkomsten heeft de wetgever dit beginsel geëxpliciteerd. Zo bepaalt artikel 1780 van het Burgerlijk Wetboek: "Men kan zijn diensten slechts voor een tijd of voor een bepaalde onderneming verbinden".[3] Deze bijzondere aandacht voor de bescherming van de individuele vrijheid van de werknemer moet worden begrepen vanuit de specificiteit van deze overeenkomst.[4] Een arbeidsovereenkomst doet immers een band van ondergeschiktheid ontstaan.[5] De werknemer bevindt zich in een juridisch ondergeschikte positie ten opzichte van zijn werkgever. De werkgever heeft de bevoegdheid de werknemer te bevelen, en deze laatste heeft de verplichting hieraan te gehoorzamen.[6] Het hoeft geen betoog dat een dergelijke relatie een verhoogde bedreiging vormt voor de individuele vrijheid van

---

1 Met ontslagrecht verwijzen wij steeds naar het geheel van regels die het ontslag omringen (het objectief ontslagrecht), te onderscheiden van het subjectief recht te ontslaan (het subjectief ontslagrecht).

2 J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, Parijs, L.G.D.J., 1969, 25-30; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 814; R. DEKKERS, "De la rupture des contrats à durée illimitée" (noot onder Gent 16 januari 1956), *R.C.J.B.* 1957, 320.

3 Dit artikel werd ongeveer letterlijk overgenomen in art. 5 Wet op de werkliedenovereenkomst en in art. 1 Wet betreffende het bediendencontract.

4 M. JAMOULLE, "Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services", (noot onder Cass. 16 oktober 1969), *R.C.J.B.* 1970, 531-532.

5 Zie definities gegeven in de art. 2, 3, 4 en 5 Arbeidsovereenkomstenwet.

6 M. DELHUVENNE, "Algemene problematiek van de individuele arbeidsovereenkomst" in R. BLANPAIN (ed.), *CAD Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, Losbladig, II 1 122-126; C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 101-114; O. VANACHTER, "Arbeidsovereenkomstenrecht: toepassingsgebied" in B. MERGITS (ed.), *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, I 101 40 – 50.

de werknemer. Indien deze zich voor het leven aan een bepaalde werkgever zou binden ontstaat een toestand die vergelijkbaar is met, de sinds de Franse revolutie definitief verlaten, slavenarbeid. De wetgever van 1804 wou met andere woorden verhinderen dat via de contractuele weg, de slavernij, als een der instituten van het Ancien Regime, zou worden heringevoerd.[7]

Daar het verbod op levenslange binding haar grondslag vindt in de bescherming van de individuele vrijheid, kan niet ernstig worden betwijfeld dat dit verbod de openbare orde raakt.[8] Bedingen die in strijd zijn met dit verbod worden bijgevolg gesanctioneerd met een absolute nietigheid.[9]

B. Het recht eenzijdig te beëindigen

De omstandigheid dat men zich niet voor het leven kan verbinden hoeft geenszins te betekenen dat de duur van de overeenkomst van bij de aanvang moet zijn bepaald.[10] Met betrekking tot arbeidsovereenkomsten wordt dit bevestigd in artikel 7 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat bepaalt "de arbeidsovereenkomst wordt gesloten hetzij voor bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk, hetzij voor onbepaalde tijd". In het tweede lid van dit artikel wordt nogmaals benadrukt dat arbeidsovereenkomsten niet voor het leven kunnen worden gesloten. Hoewel dit niet met zoveel woorden wordt gesteld betreft het verbod van artikel 7 slechts de werknemer.[11]

De overeenkomsten voor onbepaalde duur moeten door elk der partijen eenzijdig kunnen worden verbroken. Bij ontstentenis van een dergelijk verbrekingsrecht zou immers een levenslange binding kunnen tot stand komen. Het recht een overeenkomst voor onbepaalde duur eenzijdig te beëindigen is dus een noodzakelijk gevolg van het verbod zich voor het leven te verbinden. Het eenzijdig verbrekingsrecht

---

7 F. LAURENT, *Principes de droit* civil, deel 25, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 491; B. MERGITS, "Conventionele beperkingen van het ontslagrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 408; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 485-486.

8 Voor art. 1780 B.W. zie reeds F. LAURENT, *o.c.*, nr. 492.

9 J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, T 4, Parijs, Presses Universitaires de France, 1996, 190-191; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 96 en 97; W. RAUWS, *o.c.*, 56; C. RENARD, en E. VIEUJEAN, "Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil Belge", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1962, 268-270; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y.LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 1996, nrs. 371, 372, 373; W. VAN GERVEN, "Algemeen deel" in W. VAN GERVEN en R. DILLEMANS (eds.), *Beginselen van het Belgisch privaat recht*, I, Antwerpen, Standaard, 1969, 432, 439-442.

10 Over de rechtsgeldigheid van contracten voor onbepaalde duur zie J. AZEMA, *o.c.*, 106-120.

11 De tekst van art. 7 Arbeidsovereenkomstenwet is een reproductie van de artikelen 1 en 5 van de bestaande werklieden- en bediendenwet zoals deze werden gewijzigd door de Wet van 21 november 1969 (*B.S.* 9 januari 1970, 232). Met de wetswijziging van 1969 werd geenszins een inhoudelijke wijziging van de voornoemde artikel beoogd. Zoals blijkt uit het verslag van de commissie voor arbeid en tewerkstelling (*Gedr. St.* Kamer 1968-69, 270/7) was het enkel de bedoeling de desbetreffende bepalingen taalkundig op punt te stellen.

vindt haar grondslag bijgevolg in de bescherming van de individuele vrijheid.[12] Net zoals het verbod op levenslange binding raakt het recht de overeenkomst voor onbepaalde duur eenzijdig te beëindigen de openbare orde. Het eenzijdig beëindigingsrecht kan dus niet worden weg bedongen.[13] Daar een dergelijk beding in strijd zou zijn met de openbare orde wordt zij gesanctioneerd met een absolute nietigheid.[14]

Het principe dat overeenkomsten voor onbepaalde duur door een eenzijdige wilsuiting kunnen worden beëindigd kreeg, voor wat de arbeidsovereenkomsten betreft, een wettelijke bevestiging in de wetten van 10 maart 1900 en 7 augustus 1922 die respectievelijk de arbeidsovereenkomsten voor werklieden en bedienden regelen.[15]

§ 2. De ontslagmacht

In wezen drukt de ontslagmacht de mogelijkheid uit, voor de partijen bij de arbeidsovereenkomst, deze eenzijdig te beëindigen buiten de grenzen van het ontslagrecht, buiten de grenzen van het hen toegekende recht te ontslaan of ontslag te nemen. De partijen kunnen de arbeidsovereenkomst beëindigen overeenkomstig de regels van het ontslagrecht. In voorkomend geval oefenen zij een subjectief recht uit. De effectiviteit van de ontslaghandeling staat vanzelfsprekend niet ter discussie. Het bestaan van een ontslagmacht impliceert dat de ontslaghandeling die strijdt met deze rechtsregels daardoor niet minder doelmatig wordt. Ook al werden de grenzen van het subjectief ontslagrecht overschreden, aan het hoofddoel van de rechtshandeling, met name het einde van de arbeidsovereenkomst, wordt niet geraakt. *In concreto* vertaalt de ontslagmacht zich dus in het ontbreken van de nietigheid, als sanctie op de overtreding van de regels die het recht met betrekking tot het ontslag stelt. Een regel van niet mogen wordt niet ondersteund door een regel van niet kunnen.[16]

Zoals is gebleken laat de ontslagmacht zich slechts kennen buiten de grenzen van het ontslagrecht. Binnen deze grenzen vallen recht en macht te ontslaan als het ware samen. De macht te ontslaan of ontslag te nemen wordt dan door het recht erkend en bekrachtigd. Deze macht neemt dan de hoedanigheid aan van een subjectief recht.

---

[12] J. AZEMA, *o.c.*, 146-149; L. CORNELIS, "De duur van het contract met opeenvolgende prestaties" in X (ed.), *Het contract met opeenvolgende prestaties*, Brussel, E.J.B., 1991, 53; R. DEKKERS, *l.c.*, 319-320; L. DEMEYERE, "Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten" in X (ed.), *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, E.J.B., 1993, 21-22; O. PORUMB, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale. Essai d'une théorie générale*, Parijs, Les presses modernes, 1937, 193.

[13] Cass. 16 oktober 1969, *R.C.J.B.* 1970, 527, met noot van M. PAPIER-JAMOULLE; Cass. 31 oktober 1975, *Pas.* 1976, 278; J. AZEMA, *o.c.*, 154; L. CORNELIS, *o.c.*, 815; B. MERGITS, *l.c.*, 407; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium Arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 1361-1362; V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1996, 624.

[14] Supra.

[15] Art. 19 Wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden, art. 12 Wet betreffende het bediendencontract.

[16] A. PITLO, *Het systeem van het Nederlands privaat recht naar het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Arnhem, Gauda Quint, 1990, 194.

De ontslagmacht kan dus worden beschouwd als een feitelijke macht, de overeenkomst te beëindigen met miskenning van de rechtsregels waaraan de wetgever het ontslag heeft willen onderwerpen.

§ 3. Het wettelijk kader

Noch door de wetgevers van 1900 en 1922, noch door deze van 1978 werd de ontslagmacht uitdrukkelijk erkend. In geen van deze wetten is een bepaling terug te vinden die verwijst naar het begrip ontslagmacht of die op algemene wijze de nietigheid van de ontslaghandeling uitsluit. Hieruit mag evenwel niet zonder meer worden afgeleid dat het ontslagrecht de nietigheid wel en de ontslagmacht niet kent. De uitsluiting van de nietigheidssanctie hoeft immers niet noodzakelijk op algemene en abstracte wijze te gebeuren. Deze optie kan ook worden genomen ter gelegenheid van de sanctionering van de diverse ontslagrechtsregels afzonderlijk.

A. De basisregels waaraan het eenzijdig beëindigingsrecht is onderworpen: de opzeggingstermijn en de dringende reden

Dit beëindigingsrecht realiseert zich door middel van een eenzijdige rechtshandeling.[17] De beëindiging is bijgevolg niet afhankelijk van de toestemming van de medecontractant. Dit betekent echter niet dat de belangen van deze laatste volledig kunnen worden genegeerd. Op grond van het algemeen verbintenissenrecht mag de beëindiging niet ontijdig gebeuren. De partij die de overeenkomst beëindigt moet zulks doen op een wijze die de medecontractant toelaat zich aan de gewijzigde toestand aan te passen.[18] De eenzijdige beëindiging dient dus met een opzeggingstermijn gepaard te gaan. De partij die de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur beëindigt zonder een voldoende opzeggingstermijn in acht te nemen, is schadeplichtig op grond van het aansprakelijkheidsrecht.[19] De medecontractant zal dus een vervangende opzeggingsvergoeding kunnen bekomen die de schade moet herstellen

---

[17] J. AZEMA, *o.c.*, 161; K. SALOMEZ, "De aanspraken van de ontslagen werknemer naar aanleiding van een schending van de informatie en raadplegingsplicht in de procedures collectief ontslag en sluiting van ondernemingen" in M. STROOBANT, M. DE SAMBLANX en P. VAN GEYT (eds.), *Bedrijfsorganisatie aan de vooravond van de 21ste eeuw*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 125-126; V. VANNES, *o.c.*, 627, 628.

[18] J. AZEMA, *o.c.*, 174; L. CORNELIS, *o.c.*, 814; R. DEKKERS, *l.c.*, 321; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, deel 2, Brussel, Bruylant, 1964, 730; O. PORUMB, *o.c.*, 216-222.

[19] De vraag naar de aard van deze aansprakelijkheid is afhankelijk van de aard van het recht te ontslaan. Indien het recht te ontslaan wordt opgevat als een contractueel recht dan wordt de betrokken aansprakelijkheidsvordering geregeld door de regels van de contractuele aansprakelijkheid. De verplichting een opzeggingstermijn in acht te nemen is dan gegrondvest op de wettelijke verplichting overeenkomsten te goeder trouw uit te voeren (art. 1134 lid 3 B.W.). Indien het recht te ontslaan daarentegen wordt opgevat als een buitencontractueel recht dan regelen de art. 1382 B.W. e.v. de aansprakelijkheid. De verplichting een opzeggingstermijn te respecteren dient dan te worden beschouwd als een algemene zorgvuldigheidsnorm. In de huidige rechtsleer wordt de voorkeur gegeven aan de eerste opvatting. Zie in deze zin L. CORNELIS, *o.c.*, 814; D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brugge, Die Keure, 1990, 127-135; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Deel 2, 319; W. RAUWS, "Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten inzonderheid bij ontslag van bedienden, tot de rechtsgeschiedenis", *R.W.* 1983-84, 283; W. VAN EECKHOUTTE, *o.c.*, 1371.

die hij als gevolg van de ontijdige verbreking heeft geleden.[20] De verplichting een opzeggingstermijn te respecteren vervalt voor de partij, wiens medecontractant zich gedraagt op een wijze, die een verdere gebondenheid onaanvaardbaar maakt.[21]

Met betrekking tot de werkliedenovereenkomsten kregen deze regels een wettelijke bevestiging in de Wet van 10 maart 1900.[22] Deze wet bepaalt in artikel 19: "Is de verbintenis voor eenen onbepaalden tijd gesloten, dan heeft iedere der partijen het recht ze te doen eindigen door opzegging aan de andere. Behoudens afwijkende bepaling, voortspruitende uit de overeenkomst of uit het gebruik, zijn de partijen gehouden elkander ten minste zeven dagen vooraf te verwittigen." In de artikelen 20 en 21 worden de gevallen bepaald waarin de arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd zonder voorafgaande opzegging. De artikelen 22, 23 en 24 tenslotte, bepalen de vergoeding die is verschuldigd indien de overeenkomst eenzijdig werd beëindigd zonder opzeggingstermijn en zonder gegronde reden (de dringende reden in de huidige wetgeving). Deze bepalingen zijn gekenmerkt door hun suppletief en wederkerig karakter. De vrijheid van de partijen in een afwijkende regeling te voorzien wordt dus niet beperkt. Indien echter bij overeenkomst ongelijke opzeggingstermijnen worden bepaald, gelden de langste termijnen voor beide partijen.[23] De bedienden hebben moeten wachten tot 1922 op een wettelijke bevestiging van deze ontslagregels.[24] Het in deze wet uitgewerkt ontslagrechtelijk systeem is echter niet langer van wilsaanvullende aard.[25] Daarenboven zijn de termijnen die de bediende in acht dient te nemen aanzienlijk korter dan deze die de werkgever moet respecteren indien hij een bediende wenst te ontslaan.[26]

Een gelijkaardig systeem werd later opgenomen in de Arbeidsovereenkomstenwet. De partijen bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur hebben op grond van de artikelen 32 en 37 het recht deze eenzijdig te beëindigen. Behoudens de hypothese van het ontslag om dringende reden (artikel 35) dient deze beëindiging van een opzeggingstermijn te zijn vergezeld (artikel 37). De duur van deze termijn wordt op imperatieve wijze bepaald in de artikelen 59 en 82. De overeenkomst voor bepaalde duur of voor een duidelijk omschreven werk kan slechts voortijdig worden beëindigd overeenkomstig de modaliteiten van het ontslag om dringende reden. (artikel 32, artikel 35). Een ontslag gegeven in strijd met deze bepalingen doet een recht op een opzeggingsvergoeding ontstaan. Artikel 39 bepaalt het bedrag van de opzeggingsvergoeding dat verschuldigd is indien een overeenkomst voor onbepaalde duur werd beëindigd zonder dringende reden en zonder inachtneming van een voldoende opzeggingstermijn. Dit bedrag stemt overeen met het lopende loon vermenigvuldigd met het deel van de opzeggingstermijn dat niet werd gerespecteerd. Artikel 40 bepaalt de omvang van de vergoeding die verschuldigd is wanneer een overeen-

---

[20] L. CORNELIS, *o.c.*, 814–815.

[21] J. AZEMA, *o.c.*, 180-181; R. Dekkers, *l.c.*, 321; L. DEMEYERE, *l.c.*, 27; O. Porumb, *o.c.*, 222-223.

[22] Wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, *B.S.* 14 maart 1900, 1089.

[23] Art. 19 lid 3 Wet op de arbeidsovereenkomst.

[24] Wet van 7 augustus 1922 betreffende het bediendencontract, *B.S.* 16-17 augustus 1922.

[25] Art. 17 Wet op het bediendencontract.

[26] Art. 12 Wet op het bediendencontract.

komst voor bepaalde duur of voor een duidelijk omschreven werk voortijdig en zonder dringende reden werd beëindigd.

Indien het ontslagrecht beperkt zou zijn gebleven tot deze regels, zoals dit in 1900 het geval was, zou zonder meer in het voordeel van de ontslagmacht kunnen worden besloten. Het niet respecteren van een voldoende opzeggingstermijn doet immers enkel een recht op een opzeggingsvergoeding ontstaan. Aan het ontslag als rechtshandeling wordt niet geraakt. In het systeem van de Wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden beschikten de partijen dus niet alleen over een recht maar ook over een macht te ontslaan of ontslag te nemen.

B. De evolutie van het ontslagrecht

Sedert 1900 heeft het ontslagrecht een ware metamorfose ondergaan. Niet enkel werden de basisregels met betrekking tot de opzegging en de dringende reden gewijzigd. Het ontslagrecht werd bovendien uitgebreid met tal van bijzondere ontslagverboden en beperkingen. Tevens werd door de Wet van 21 november 1969 de notie willekeurig ontslag ingevoerd.

1. De opzegging

De Wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden evenals de Wet betreffende het bediendencontract beperken zich ertoe de partij die tot ontslag overgaat, te verplichten, zijn medecontractant daarover vooraf in te lichten.[27] Met betrekking tot de inhoud van de kennisgeving en de wijze waarop deze kennisgeving moet worden verricht, worden in deze wetten geen eisen gesteld. De huidige arbeidsovereenkomstenwetgeving daarentegen, vereist op straffe van nietigheid, dat de kennisgeving van de opzegging het begin en de duur van de opzeggingstermijn vermeldt.[28] Ook de wijzen waarop de kennisgeving van de opzegging kan worden verricht, worden in de Arbeidsovereenkomstenwet bepaald. De werknemer kan deze kennisgeving verrichten, hetzij door afgifte van een geschrift, hetzij bij een ter post aangetekende brief, hetzij bij gerechtsdeurwaardersexploot. De opzegging die op een andere wijze ter kennis gebracht wordt van de werkgever, loopt op de klippen van de nietigheidssanctie.[29] Indien de opzegging uitgaat van de werkgever, kan de kennisgeving van de opzegging, enkel geschieden bij een ter post aangetekende brief, of door middel van een gerechtsdeurwaardersexploot. De nietigheid waartoe de schending van deze bepaling leidt kan niet worden gedekt, daarenboven kan ze door de rechter van ambtswege wordt vastgesteld.[30]

---

[27] Art. 19 Wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden, art. 12 Wet betreffende het bediendencontract.

[28] Art. 37 Arbeidsovereenkomstenwet.

[29] Art. 37 Arbeidsovereenkomstenwet.

[30] Art. 37 Arbeidsovereenkomstenwet.

De omstandigheid dat deze voorschriften gesanctioneerd worden met een nietigheid doet de vraag rijzen in welke mate dit de these van de ontslagmacht ondermijnt. Indien de nietigheid van de opzegging de nietigheid van de beëindigingshandeling impliceert is de these van de ontslagmacht immers onhoudbaar. Volgens constante rechtspraak van het Hof van Cassatie brengt de nietigheid van de opzegging de geldigheid van het ontslag echter niet in gedrang.[31]

Ter ondersteuning van deze rechtspraak worden in de doctrine drie argumenten aangebracht.

Een aantal auteurs verklaren deze cassatierechtspraak aan de hand van een strikte scheiding van de begrippen opzegging en ontslag. De opzegging en het ontslag worden als twee van elkaar te onderscheiden rechtshandelingen beschouwd.[32] De opzegging is de handeling waardoor de tegenpartij op de hoogte wordt gesteld omtrent de opzeggingstermijn. Het ontslag is de handeling door middel waarvan de overeenkomst wordt beëindigd. De nietigheid van de opzegging staat dan volledig los van de geldigheid van de ontslaghandeling. De overtuigende argumenten tegen deze stelling laten ons echter niet toe deze op het eerste zicht logische, verklaring te onderschrijven.[33]

Volgens een tweede stelling is de opzegging slechts een modaliteit waarmee het ontslag kan gepaard gaan. De opzegging wordt geassimileerd met de opzeggingstermijn.[34] Via de figuur van de gedeeltelijke nietigheid zou de geldigheid van het ontslag worden afgeschermd. Deze benadering van het opzeggingsbegrip staat echter in een problematische verhouding tot de tekst van artikel 37 Arbeidsovereenkomstenwet. Dit artikel bepaalt immers: "is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten, dan heeft ieder der partijen het recht om die te beëindigen door opzegging aan de andere". De opzegging wordt dus duidelijk beschouwd als een handeling door middel waarvan de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, een ontslag.

J. Clesse en M. Jamoulle tenslotte, vertrekken van het ons inziens correcte uitgangspunt dat de opzegging een beëindigingshandeling is.[35] De opzegging is als het ware

---

[31] Cass. 26 september 1973, *R.W.* 1973-1974, 1556; Cass. 23 maart 1981, *J.T.T.* 1981, 240; Cass. 11 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1038; Cass. 14 december 1992, *J.T.T.* 1993, 226; Cass. 6 januari 1997, *J.T.T.* 1997, 119.

[32] M. TAQUET en C. WANTIEZ, *Congé, préavis, indemnité*, Deel 1, Brussel, 1975, 182 en 184.

[33] Zie hierover K. SALOMEZ, "De aanspraken van de ontslagen werknemer naar aanleiding van een schending van de informatie en raadplegingsplicht in de procedures collectief ontslag en sluiting van ondernemingen" in M. STROOBANT, M. DE SAMBLANX en P. VAN GEYT (eds.), *Bedrijfsorganisatie aan de vooravond van de 21ste eeuw*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 140-141.

[34] J.F. FUNCK, "Nullité du congé, nullité du préavis", *Soc. Kron.* 1993, 295-296; D. VOTQUENNE, "Kennisgeving van de opzegging", (noot onder Cass. 14 december 1992), *J.T.T.* 1993, 227.

[35] M. JAMOULLE, *o.c.*, nr. 224; J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Luik, Collection Scientifique de le Faculté de Droit de Liège, 1992, nr. 73. Deze auteurs kunnen rekenen op een grote bijval in de rechtsleer, zie o.m. M. DE VOS, "De absoluut nietige opzegging van de arbeidsovereenkomst, absoluut geen nietig probleem, *R.W.* 1997-1998, 313-316; J.E. PETIT, "Nietigheid van ontslag en opzegging en rechtsgevolgen" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen,

een bepaalde ontslagvorm. Deze benadering van het opzeggingsbegrip wordt verzoend met de aangehaalde cassatierechtspraak via de techniek van de conversie.[36] De nietige opzegging wordt door de rechter omgezet, geconverteerd, in een onregelmatig maar geldig ontslag. Opdat de figuur van de conversie zou kunnen worden toegepast is onder meer vereist dat de partijen, (hier de partij vermits het ontslag een eenzijdige rechtshandeling is) indien zij zich van de nietigheid bewust zouden zijn geweest, met de nieuwe rechtshandeling hadden kunnen instemmen.[37] Hoewel de rechtsgevolgen die met de opzegging worden beoogd zeer dicht liggen bij deze die met het onregelmatig ontslag worden bereikt, is het niet uitgesloten dat de auteur van de nietige opzegging niet tot een onregelmatig ontslag zou zijn overgegaan indien hij op de hoogte was geweest van de nietigheidsgrond.[38] De conversie kan bijgevolg niet zonder meer worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de hoger vermelde cassatierechtspraak.[39] Deze rechtspraak staat immers los van de voorwaarden die voor de toepassing van de conversie verenigd moeten zijn.

Hoewel dit niet altijd de meest aangewezen oplossing is,[40] zijn ons inziens geen overtuigende juridische argumenten aanwezig tegen de doorwerking van de nietigheid van de opzegging naar het ontslag. Enkel een *a priori* aanvaarding van de ontslagmacht kan het ontslag afschermen voor deze nietigheid.

2. Ontslagverboden en beperkingen

Sinds de wetten van 1900 en 1922 werd het ontslagrecht verrijkt met tal van bijzondere beschermingen tegen ontslag. Deze regels van het bijzonder ontslagrecht beperken slechts het ontslagrecht van de werkgever. Het is doorgaans de bedoeling de dienstbetrekking te beschermen tegen uitzonderlijke situaties die een verhoogd risico opleveren voor de vastheid of de continuïteit van de dienstbetrekking. In het kader van dit opstel gaat onze aandacht uit naar de sancties die deze ontslagverboden en beperkingen vergezellen. Op basis van de sanctie onderscheiden wij drie categorieën van ontslagbeperkingen. In de eerste plaats zijn er de beperkingen die slechts worden gesanctioneerd met een vergoeding. Andere ontslagbeperkingen geven aanleiding tot een specifieke sanctie die in zekere zin de nietigheidssanctie benadert.

Kluwer, 1984, 5; W. RAUWS, "De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 410.

36 J. CLESSE, *o.c.*, 108-111.

37 L. CORNELIS, *o.c.*, 725; J. RONSE, "Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen", *T.PR.* 1965, 213-214.

38 Zie J. CLESSE, *o.c.*, 110.

39 Ibidem.

40 Art. 37 lid 2 Arbeidsovereenkomstenwet vereist op straffe van nietigheid de vermelding van het begin en de duur van de opzeggingstermijn in de kennisgeving van de opzegging. Deze vermelding moet de opgezegde partij toelaten na te gaan of zijn rechten met betrekking tot de opzeggingstermijn werden gerespecteerd. Het niet respecteren van een voldoende opzeggingstermijn kan slechts tot een opzeggingsvergoeding leiden doch verzet zich niet tegen de rechtsgeldigheid van het ontslag. De omstandigheid dat de schending van de vereiste van art. 37 lid 2 een zwaardere sanctie met zich meebrengt dan het geheel niet respecteren van het recht op een opzeggingstermijn kan niet meteen als de meest opportune oplossing worden beschouwd.

Tot slot kunnen een aantal ontslagbeperkingen worden opgemerkt die, voor wat hun sanctionering betreft, niet op de interesse van de arbeidswetgever hebben kunnen rekenen.

a. De bijzondere ontslagvergoeding

Tal van ontslagverboden en beperkingen worden gesanctioneerd met een bijzondere ontslagvergoeding.[41] De omstandigheid dat de schending van een ontslagbeperking slechts wordt gesanctioneerd met een schadevergoeding betekent dat enkel het recht te ontslaan wordt beperkt. Ook het ontslag dat wordt gegeven buiten de grenzen van zijn recht te ontslaan heeft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot gevolg. Aan de doelmatigheid van het ontslag wordt niet geraakt. De werkgever behoudt een macht te ontslaan.

b. De specifieke sancties

Wij onderscheiden de facultatieve reïntegratie en de sancties op de niet naleving van de procedure collectief ontslag. Beide sancties benaderen de nietigheidssanctie zonder dat ze hiermee mogen worden geassimileerd.

1) De facultatieve reïntegratie

Op grond van artikel 2 van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden[42] kunnen de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad of in het comité voor preventie en bescherming op het werk evenals de kandidaat-personeelsafgevaardigden slechts worden ontslagen om een dringende reden die vooraf door het arbeidsge-

---

[41] Zwangerschap: Verbod te ontslaan om redenen die verband houden met de lichamelijke toestand als gevolg van de zwangerschap of van de bevalling: art. 40 Arbeidswet; Vakbondsafgevaardigde: Verbod te ontslaan om redenen eigen aan de uitoefening van het mandaat van vakbondsafgevaardigde: art. 18 en 20 CAO nr. 5; Kandidaatstelling voor een politiek mandaat: Verbod te ontslaan om redenen die verband houden met de kandidaatstelling: art. 5 § 2 en § 5 Wet 19 juli 1976; Arbeidsgeneesheer: de werkgever kan de arbeidsgeneesheer enkel ontslaan overeenkomstig de procedure bepaald in de onderhavige wet: art 5 en 6 Wet 28 december 1977 tot bescherming van de arbeidsgeneesheren; Loopbaanonderbreking: Verbod te ontslaan om redenen die verband houden met de loopbaanonderbreking: art. 101 Herstelwet 22 januari 1985; Educatief verlof: Verbod te ontslaan om redenen die verband houden met de aanvraag tot educatief verlof: art. 118 Herstelwet 22 januari 1985; Nieuwe technologieën: de werkgever die de opgelegde informatie en overlegprocedure niet eerbiedigt mag niet ontslaan om redenen die verband houden met de invoering van de betrokken nieuwe technologie art. 6 § 1 en § 2 CAO nr. 39; Wijziging arbeidsreglement: Verbod te ontslaan om redenen die verband houden met de opmerkingen die werden gemaakt op grond van art 12 lid 3 met betrekking tot de wijziging van het arbeidsreglement: art. 12 ter arbeidsreglementenwet; Vaderschapsverlof: Verbod te ontslaan om redenen die verband houden met het vaderschapsverlof: art. 5 K.B. 17 oktober 1994 betreffende de omzetting van het moederschapsverlof in vaderschapsverlof bij overlijden of hospitalisatie van de moeder.

[42] De facultatieve reïntegratie is ook voorzien in het kader van de reglementering betreffende de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers. (zie: art. 23 Wet 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen; art. 7 CAO nr. 25 van 15 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers)

recht werd aangenomen, of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegd paritair orgaan werden erkend. De procedures die moeten worden in acht genomen worden bepaald in de artikelen 3 tot 11 van deze wet.

Wanneer de werkgever een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst zonder dat de voornoemde bepalingen werden in acht genomen, kan de werknemer of de organisatie die zijn kandidatuur heeft voorgedragen zijn herplaatsing in de onderneming vragen, onder dezelfde voorwaarden als die welke hij voor de beëindiging van de overeenkomst genoot.[43] Indien de werkgever ingaat op dit reïntegratieverzoek moet hij het gederfde loon uitbetalen en de uit hoofde van dat loon verschuldigde werkgevers- en werknemersbijdragen voor sociale zekerheid storten.[44] De herplaatste werknemer die voor de beëindiging een effectief vertegenwoordigingsmandaat bekleedde neemt dit mandaat opnieuw op.[45]

In zekere zin wordt via deze reïntegratie of herplaatsing teruggekomen op het ontslag. Er wordt getracht de toestand zoals die bestond voor de ontslaghandeling, zo dicht mogelijk te benaderen. De werknemer wordt gereïntegreerd in de onderneming onder dezelfde voorwaarden als voor de beëindiging, het gederfde loon wordt uitbetaald, de hierop verschuldigde sociale bijdragen worden gestort en het mandaat van personeelsafgevaardigde wordt opnieuw opgenomen. Op die manier wordt de figuur van de nietigheid zeer dicht benaderd. Men zou kunnen stellen dat deze herplaatsing de facto op de nietigheid van het ontslag neerkomt. Dit zou een aantasting van de ontslagmacht betekenen, ware het niet, dat deze reïntegratie slechts facultatief is. De werkgever kan niet worden gedwongen op het reïntegratieverzoek in te gaan evenmin dan dat de werknemer, of de organisatie die zijn kandidatuur heeft voorgedragen verplicht is de reïntegratie te vragen.

Wanneer de werknemer of de boven vermelde organisatie zijn reïntegratie niet heeft aangevraagd binnen de door de wet vastgestelde termijnen, is de werkgever gehouden een vergoeding te betalen gelijk aan het lopende loon dat overeenstemt met de duur van twee jaar, drie jaar of vier jaar afhankelijk van het aantal dienstjaren in de onderneming.[46]

Wanneer de werknemer of de betrokken organisatie de reïntegratie heeft gevraagd en deze door de werkgever niet werd aanvaard binnen 30 dagen na de dag waarop het verzoek hem bij een ter post aangetekende brief werd gezonden, moet deze werkgever voornoemde forfaitaire vergoeding betalen, evenals het loon voor het nog resterende gedeelte van de periode tot het einde van het mandaat van de leden die het personeel vertegenwoordigen bij de verkiezingen waarvoor hij kandidaat is geweest.[47]

---

[43] Art. 14 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

[44] Art. 15 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

[45] Art. 19 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

[46] Art. 16 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

[47] Art. 17 § 1 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

Het facultatief karakter van de reïntegratie impliceert dat de ontslagmacht van de werkgever niet wordt beperkt. De wetgever raakt immers niet aan de doelmatigheid van de ontslaghandeling. Zij biedt de werkgever enkel de mogelijkheid om op de gevolgen van zijn handeling terug te komen,[48] de werkgever wordt hier echter niet toe verplicht. Het weze opgemerkt dat de druk voor de werkgever om op het reïntegratieverzoek in te gaan niet gering is. Het afkopen van de reïntegratie is immers niet direct een financieel aantrekkelijke oplossing voor de werkgever.

2) De procedure collectief ontslag

De werkgever die voornemens is over te gaan tot de collectieve afdanking van een deel van zijn personeel, dient de werknemersvertegenwoordigers hierover vooraf te informeren en te raadplegen.[49] Hierbij dient de werkgever aan een aantal voorwaarden te voldoen waarvan de meest essentiële in artikel 66 § 1 lid 2 Tewerkstellingswet worden genoemd. Op grond van deze bepaling dient de werkgever, die voornemens is tot collectief ontslag over te gaan, een schriftelijk verslag voor te leggen waarin hij dit voornemen ter kennis brengt van de werknemersvertegenwoordigers. Vervolgens moet hij het bewijs kunnen leveren dat hij omtrent dit voornemen met deze werknemersvertegenwoordigers heeft vergaderd. Hij moet deze laatsten de mogelijkheid hebben geboden om, met betrekking tot het voorgenomen collectief ontslag, vragen te stellen, argumenten te formuleren en tegenvoorstellen te doen. Deze vragen, argumenten en tegenvoorstellen moet hij hebben onderzocht en beantwoord.[50]

Na deze informatie en raadplegingsronde te hebben voltooid dient de werkgever de directeur van de subregionale tewerkstellingsdienst in te lichten omtrent het voorgenomen ontslag.[51] Deze kennisgeving moet het bewijs bevatten dat voldaan is aan de voorwaarden die in artikel 66 § 1 lid 2 van de Tewerkstellingswet, met betrekking tot de informatie en raadplegingsprocedure worden gesteld.[52] De werkgever dient een afschrift van deze kennisgeving over te maken aan de werknemersvertegenwoordigers.[53] De werkgever mag de door het collectief ontslag geviseerde werknemers niet eerder opzeggen dan na het verstrijken van een termijn van 30 dagen die

---

[48] Deze mogelijkheid bestaat uiteraard enkel wanneer de reïntegratie werd gevraagd door de ontslagen werknemer of de organisatie die zijn kandidatuur heeft voorgedragen.

[49] Zie art. 6 CAO nr. 24 van 2 oktober 1975 betreffende de procedure van inlichtingen en raadplegingen van de werknemersvertegenwoordigers met betrekking tot het collectief ontslag, *B.S.* 17 februari 1976.

[50] Art. 66 § 1 lid 2 Wet 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling, *B.S.* 19 februari 1998.

[51] Art. 7 K.B. 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag, *B.S.* 17 september 1976.

[52] Zie art. 5 K.B. 30 maart 1998 tot uitvoering van de artikelen 63 en 66 § 2 van hoofdstuk VII, Collectief ontslag van de Wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling, *B.S.* 25 april 1998.

[53] Art. 8 K.B. 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag, *B.S.* 17 september 1976.

ingaat op de datum van de kennisgeving van het voornemen tot collectief ontslag.[54] Deze termijn kan ten hoogste tot 60 dagen na de kennisgeving worden verlengd.[55]

De werknemer die meent dat de procedure niet correct werd gevolgd beschikt over de mogelijkheid hiertegen formeel bezwaar te uiten. Wanneer dit bezwaar gegrond is,[56] geeft dit aanleiding tot een zeer specifieke ontslagrechtelijke sanctionering die de gedwongen uitvoering benadert. In geval de betwisting gegrond blijkt, zal de werkgever de informatie en raadplegingsprocedure moeten herbeginnen. Opnieuw zal een kennisgeving moeten worden verricht aan de bevoegde ambtenaar waarin moet worden bevestigd dat de voorwaarden van artikel 66 § 1 werden vervuld.[57] Ook het tijdelijk opzeggingsverbod geldt opnieuw zij het zonder te verwijzen naar het K.B. Collectief ontslag maar op basis van de bepalingen van de Tewerkstellingswet. Opdat de informatie en raadplegingsprocedure haar volle nut[58] zou kunnen behouden, wordt de verhouding tussen werkgever en werknemer bevroren. De opzeggingstermijn wordt geschorst tot 60 dagen (d.i. de maximumtermijn gedurende dewelke het opzeggingsverbod kan gelden) na de geldige kennisgeving, of de werkgever wordt tot reïntegratie verplicht.[59]

Indien de werkgever zijn ontslag staande houdt dient hij "*het lopend loon uit te betalen gedurende een periode welke aanvangt op de dag van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en welke eindigt 60 dagen na de kennisgeving aan de bevoegde overheid*".[60] De wetgever verwijst naar het lopend loon hetgeen in principe het bestaan van een arbeidsovereenkomst vooronderstelt. Het uitgangspunt van deze bepaling is evenwel de beëindiging van de overeenkomst. Alles wijst er bijgevolg op dat de wetgever het ontslag haar volle doelmatigheid niet heeft willen

---

[54] Art. 9 K.B. 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag, *B.S.* 17 september 1976.

[55] Art. 10 K.B. 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag, *B.S.* 17 september 1976.

[56] De gegrondheid van de betwisting zal in eerste instantie beoordeeld worden door de werkgever zelf. Wanneer deze het bezwaar niet gegrond acht zal de betrokken werknemer zich kunnen richten tot de arbeidsrechter. Over de drijfveren die de werkgever leiden bij zijn beslissing, alsook over de termijn waarbinnen de werkgever zal moeten beslissen zie: M. RIGAUX, "Het recht op informatie en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers in het raam van de procedure collectief ontslag als element van het individueel ontslagrecht" in M. RIGAUX (ed.), *De nieuwe procedure collectief ontslag. Naar een efficiëntere bescherming van het recht op informatie en raadpleging*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 45-47.

[57] Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de wet wordt bepaald kan men het er wel uit afleiden. De schorsing van de opzeggingstermijn loopt immers tot 60 dagen na de kennisgeving bedoeld in artikel 66 § 2. Uit de lezing van dit artikel blijkt dat deze kennisgeving een eerbiediging van de voorwaarden van artikel 66 § 1 veronderstelt. Daarenboven blijkt duidelijk uit de memorie van toelichting en uit het voorontwerp dat het de bedoeling is van de wetgever dat de termijn van 60 dagen, waarna de schorsing evenals de verplichting het lopende loon te betalen ophoudt, maar begint te lopen nadat een kennisgeving is gebeurd waaruit de naleving van de voorwaarden van artikel 66 § 1 blijkt.

[58] Wanneer de wetgever zou toelaten dat de overeenkomst toch beëindigd wordt verliest de procedure haar ontslagbeschermend karakter, het ontslag is dan immers een feit.

[59] Art. 68 en 69 Wet 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling, *B.S.* 19 februari 1998.

[60] Art. 69 § 3 Wet 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling, *B.S.* 19 februari 1998.

ontnemen. De wet respecteert, met andere woorden, de ontslagmacht van de werkgever.[61] De nietigheidssanctie wordt evenwel zeer dicht benaderd. De sanctieregeling werd ter gelegenheid van de totstandkoming van deze wet zelfs met de nietigheid vergeleken, zij werd aangeduid als een "de facto" nietigheid.[62]

Buiten de gevallen geviseerd door artikel 66 § 1 lid 2 van de Tewerkstellingswet zal een beroep kunnen worden gedaan op het gemeen recht teneinde een schending van de procedurevoorschriften te sanctioneren. Hier ontstaat andermaal de ruimte voor de toepassing van de nietigheidssanctie.[63]

c. De gemeenrechtelijke sancties

Artikel 20 van het Koninklijk Besluit van 27 maart 1998 betreffende de interne dienst voor preventie en bescherming op het werk,[64] artikel 6 van de Wet Prestaties Algemeen Belang en artikel 9 van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32*bis*[65] voorzien in een beperking van het ontslagrecht zonder te bepalen, welke de privaatrechtelijke sanctie is, waartoe de overtreding van de betrokken ontslagbeperking moet leiden.

Artikel 6 van de Wet Prestaties Algemeen Belang houdt een absoluut ontslagverbod in. Artikel 9 van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32*bis* verbiedt, in het kader van een overgang van een onderneming, zowel de verkrijger als de vervreemder, werknemers te ontslaan omwille van de overgang.

De afwezigheid van een specifieke sanctie kan uiteraard niet betekenen dat de werkgever deze ontslagbeperkingen ongestraft naast zich neer kan leggen.[66] Naast de aansprakelijkheidsregels kan een beroep gedaan worden op de algemene nietigheidsleer om deze rechtsregels te sanctioneren.[67] Er werd immers een rechtsregel geschonden bij de totstandkoming van de rechtshandeling, hetgeen tot de nietigheid van de betrokken rechtshandeling kan leiden.[68] Zeker wanneer wordt vastgesteld dat

---

61 Zie hierover meer uitgebreid K. SALOMEZ, *De aanspraken van de ontslagen werknemer*, 133-134.

62 Verslag namens de commissie sociale zaken, *Gedr. St.* Kamer, 1269/4, 14 en 56.

63 Supra.

64 *B.S.* 31 maart 1998.

65 CAO nr. 32*bis* van 7 juni 1985 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand, *B.S.* 9 augustus 1985.

66 Zie M. RIGAUX, en P. HUMBLET, "Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem", *R.W.* 1988-89, 729.

67 In deze zin zie H.v.J. 5 mei 1988, *J.T.T.* 1989, 40; H.v.J. 12 maart 1998, 221; Arbh. Luik 1 december 1994, *J.T.T.* 1995, 83 (Deze rechtspraak heeft betrekking op de schending van het ontslagverbod van art. 9 CAO nr. 32*bis* door de vervreemder.).

68 H. DE PAGE, *o.c.*, deel 2, 141; G. MARTY, en P. RAYNAUD, *Droit* civil, deel 1, Parijs, Sirey, 1956, 267; M. PLANIOL, en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil Français*, Parijs, L.G.D.J., 1952, 357; C. RENARD, en E. VIEUJEAN, *l.c.*, 243; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 399.

de betrokken rechtsregels ofwel strafrechtelijk worden gesanctioneerd,[69] ofwel het algemeen belang dienen,[70] kan de relevantie van de nietigheidssanctie moeilijk worden miskend. Door geen uitdrukkelijke keuze te maken met betrekking tot de aard van de sanctie zet de wetgever de deur naar de nietigheidssanctie op een kier.

3. Willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht

Op grond van de algemene leer van het rechtsmisbruik is het de partijen bij een arbeidsovereenkomst verboden misbruik te maken van hun recht de overeenkomst eenzijdig te beëindigen.[71] De sanctie op een schending van dit verbod op rechtsmisbruik situeert zich in het aansprakelijkheidsrecht. De partij die misbruik maakt van zijn ontslagrecht is gehouden de schade te herstellen die in hoofde van de medecontractant ingevolge dit rechtsmisbruik is ontstaan.[72] In het kader van dit schadeherstel wordt de voorkeur gegeven aan het herstel in de specifieke vorm.[73] De gedwongen herplaatsing komt echter in strijd met de ontslagmacht. Deze ontslagmacht heeft dus tot gevolg dat de rechter in voorkomend geval slechts een schadevergoeding kan toekennen.[74] Het weze opgemerkt dat de ontslagmacht hier naar het begin van de redenering wordt verschoven. Het bestaan van een ontslagmacht wordt niet afgeleid uit de onmogelijkheid tot gedwongen herplaatsing. De gedwongen herplaatsing wordt uitgesloten op grond van de ontslagmacht die *a priori* wordt aangenomen.[75]

In 1969 is de notie willekeurig ontslag aan het ontslagrecht toegevoegd.[76] De werkgever die een voor onbepaalde tijd aangeworven werkman op willekeurige wijze afdankt, moet deze een vergoeding betalen die overeenstemt met het loon van zes maanden.[77] Onder willekeurige afdanking wordt verstaan, het ontslag om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkman of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.[78] De werkgever die een werkman op willekeurige wijze afdankt is enkel gebonden een vergoeding te betalen (art. 63 lid 3 Arbeidsovereenkomstenwet).

---

[69] CAO nr. 32*bis*.

[70] Wet Prestaties Algemeen belang.

[71] D. CUYPERS, "Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag" in R. BLANPAIN (ed.), *CAD Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, losbladig, II-5e-24; M. JAMOULLE, *o.c.*, nr. 277; W. VAN EECKHOUTTE, *o.c.*, 1371.

[72] D. CUYPERS, *l.c.*, 145 e.v.; R. BLANPAIN, "Misbruik van recht en ontslag van werknemers. Een inleiding" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 145; M. JAMOULLE, *o.c.*, nr. 279; W. VAN EECKHOUTTE, *o.c.*, nrs. 5469 en 5471.

[73] D. CUYPERS, *l.c.*, 145.

[74] D. CUYPERS, *l.c.*, 145-146; en de verwijzingen aldaar.

[75] Zie hierover K. SALOMEZ, "Ontslagmacht: een absoluut recht?", *Soc. Kron.* 1999, 212-213.

[76] Wet 21 november 1969 tot wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten, *B.S.* 9 januari 1970.

[77] Art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet.

[78] Ibidem.

§ 4. De ontslagmacht in het Belgisch arbeidsrecht

A. In de wet

De huidige arbeidswetgeving kent geen bepaling die op algemene wijze de nietigheid van het ontslag uitsluit, als sanctie op de schending van een regel van het ontslagrecht. Het Belgisch ontslagrecht bevat met andere woorden geen formele erkenning van de ontslagmacht. Dit hoeft geenszins te betekenen dat de ontslagmacht geen plaats heeft in het Belgisch ontslagrecht.

De ontslagmacht is zeer vaak een gevolg van het door de wetgever gekozen sanctioneringsmechanisme. De meeste regels van het ontslagrecht worden gesanctioneerd met een door de wetgever op forfaitaire wijze vastgestelde vergoeding. Deze regels beperken weliswaar het subjectief ontslagrecht. Zij raken niet aan de effectiviteit van de beëindigingshandeling. Hieruit volgt dat de partijen over een daadwerkelijk macht beschikken de overeenkomst eenzijdig te beëindigen. Het ontslagrecht kent ook een aantal tussenvormen. Deze sancties situeren zich ergens tussen de vergoedingstechniek en de nietigheidssanctie. Zij gaan verder dan de schadeplicht, zij gaan minder ver dan de nietigheidssanctie. Hoewel deze nietigheidssanctie zeer dicht wordt benaderd wordt in wezen niet geraakt aan de doelmatigheid van de beëindigingshandeling. De partij die de aldus gesanctioneerde ontslagrechtsregel naast zich neerlegt zal zijn ontslag staande kunnen houden. Hij oefent dan niet zijn ontslagrecht uit maar zijn ontslagmacht.

Niettegenstaande de ontslagmacht in vele gevallen een juridische realiteit vormt, biedt het wettelijk kader openingen voor de toepassing van de nietigheidssanctie. Zo stelt de Arbeidsovereenkomstenwet de geldigheid van de opzegging afhankelijk van het vervuld zijn van een aantal vormvereisten. Daarnaast kent het ontslagrecht een aantal ontslagbeperkingen waarvoor de arbeidswetgever de sanctionering heeft overgelaten aan de werking van het gemeen recht waar de nietigheidssanctie integraal deel van uitmaakt. Tenslotte bestaat er geen wettelijke bepaling die de gedwongen herplaatsing uitsluit in het kader van de sanctionering van het misbruik van ontslagrecht.

B. In de rechtspraak

De beperkte ruimte die het wettelijk kader biedt voor de toepassing van nietigheidssanctie en de gedwongen herplaatsing wordt door rechtspraak verder ingeperkt.[79] Op het eerste zicht zou dit kunnen worden verklaard door de omstandigheid dat de

---

[79] Met betrekking tot de nietigheid van de opzegging, zie de in voetnootnr. 31 vermelde cassatierechtspraak. Enkel in het kader van de regeling omtrent de overdracht van ondernemingen kent de Belgische rechtsorde een formele erkenning van de toepasbaarheid van de nietigheidssanctie op het ontslag. Deze trendbreuk heeft echter slechts plaats kunnen vinden onder impuls van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.

arbeidsovereenkomst verbintenissen om te doen tot stand brengt.[80] De partijen kunnen niet *manu militari* worden verplicht dergelijke verbintenissen na te komen. Indien in hoofde van één der partijen de wil bestaat deze overeenkomst niet langer uit te voeren kan deze hiertoe niet worden gedwongen. De contractuele verplichtingen van deze partij wordt omgezet in een vergoedingsplicht. De erkenning van de ontslagmacht kan dan worden gezien als een kortere weg naar hetzelfde resultaat.[81] Beide technieken resulteren weliswaar in een vergoedingsplicht. De omvang van de vergoedingen zullen wellicht niet overeenstemmen.[82] Daarenboven komt in het stelsel van de ontslagmacht de dienstbetrekking onder verhoogde druk te staan. Beide technieken zijn dus niet evenwaardig waardoor deze verklaring van de figuur van ontslagmacht niet echt kan bevredigen. Wij menen eerder W. Rauws en M. Jamoulle te kunnen volgen wanneer deze de aanwezigheid van de ontslagmacht in het Belgisch recht historisch verklaren.[83] De ontslagmacht kan dan worden beschouwd als een overblijfsel van de 19de-eeuwse patronale almacht die haar grondslag vindt in de onbeperkte uitoefening van het eigendomsrecht. Men kan zich de vraag stellen in welke mate dit deze ontslagmacht niet onverzoenbaar maakt met onze huidige rechtsorde. De ontwikkeling van het arbeidsrecht is er immers in hoofdzaak op gericht de patronale macht te beperken ten voordele van de economisch zwakkere werknemer.

---

[80] Dit uitgangspunt wordt door M. JAMOULLE (*l.c.*, 541, voetnootnr. 52) gerelativeerd. De hoofdverbintenis van de werkgever dient immers te worden gekwalificeerd als een verbintenis om te geven, het betalen van loon. Deze vaststelling zet de ontslagmacht van de werkgever op losse schroeven.

[81] M. JAMOULLE, *l.c.*, 541.

[82] Zie hierover J. CLESSE, *o.c.*, 23.

[83] W. RAUWS, "De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX, (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 409; M. JAMOULLE, *o.c.*, deel 2, 210.

De Europese regelgeving inzake de individuele arbeidsrelatie

Rudi Delarue[1]

De invloed van de Europese regelgeving op de individuele arbeidsrelatie is groter dan de analyse van de Arbeidsovereenkomstenwet zou doen vermoeden. De wijzigingen aan de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 die rechtstreeks volgen uit Europese verplichtingen zijn op één hand te tellen. Dit betekent echter niet dat de Europese integratie de juridische omkadering van de individuele arbeidsrelatie niet zou beroeren.

Indien we onze analyse niet beperken tot de Wet van 3 juli 1978 dan merken we dat heel wat Europese teksten wel degelijk ingrijpen op de omkadering van de individuele arbeidsrelatie.

Het sociaal overleg heeft door middel van de algemeen bindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten van de Nationale Arbeidsraad en de paritaire comités een grote rol gespeeld bij de omzetting van de Europese regels. Soms werd ook gekozen voor specifieke wetten omdat het toepassingsgebied van de Europese regels ruimer zijn dan de Arbeidsovereenkomstenwet (bijvoorbeeld gelijke behandeling mannen en vrouwen) of omdat het gaat om teksten die een bepaalde problematiek systematisch regelen (bijvoorbeeld welzijn op het werk).

We moeten tevens rekening houden met de toenemende diversiteit met betrekking tot de inhoud, de aard en de juridische binding van de Europese teksten. Nieuw zijn bijvoorbeeld de Europese richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid die sinds 1998 jaarlijks vastgelegd worden in uitvoering van het Verdrag van Amsterdam.[2] Sommige recente wijzigingen aan het arbeidsrecht kunnen gedeeltelijk toegewezen worden aan de uitvoering van deze richtsnoeren.

Deze bijdrage beoogt geen volledige studie van de impact van de Europese regelgeving op de normatieve omkadering van de individuele arbeidsrelatie in België. De doelstelling is om nader in te gaan op sommige interacties tussen de Europese en Belgische regels, de evoluties sinds 1957 en de mogelijke perspectieven.

§ 1. Geleidelijke verdieping

Sinds het Verdrag van Rome (1957) werden ongeveer 70 Europese Richtlijnen goedgekeurd over materies die rechtstreeks of onrechtstreeks een weerslag hebben op de individuele arbeidsverhouding.

---

[1] De meningen uitgedrukt in deze bijdrage zijn louter persoonlijk.

[2] Art. 125-130 van de gecoördineerde tekst van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, hierna VEG.

Het gaat hierbij over onderwerpen zoals gelijke kansen voor mannen en vrouwen, vrij verkeer van werknemers, veiligheid en gezondheid op het werk en arbeidsvoorwaarden.[3] Het overgrote deel van deze Richtlijnen is inmiddels in nationaal recht omgezet door middel van wetten, koninklijke besluiten en niet in het minst door collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten in de Nationale Arbeidsraad.

Veel Richtlijnen hebben betrekking op eerder technische materies zoals het gebruik en de signalisatie van gevaarlijk stoffen. Sommige raken echter de kern van de arbeidsrelatie zoals de Richtlijn 77/187/EG over het behoud van de individuele en collectieve rechten bij overgang van de onderneming, de Richtlijn 75/129/EG over het collectief ontslag of de Richtlijn 96/71/EG over de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.

Tussen deze twee uitersten treffen we Richtlijnen aan die op het eerste zicht technisch van aard zijn maar niettemin zeer nauw aansluiten bij de algemene beginselen en verplichtingen van werknemer en werkgevers zoals bepaald in de Arbeidsovereenkomstenwet. Denken we maar aan de kaderrichtlijn 89/391/EG inzake de minimumvoorschriften voor veiligheid en gezondheid op het werk of de richtlijn 90/270/EG over het gebruik van beeldschermen. Hun omzettingswetgeving zoals de Wet van 4 augustus 1996 "betreffende het welzijn van de werknemers" dragen bij tot de concretisering van zogenaamde verplichtingen tussen partijen, bepaald in Hoofdstuk II van de Arbeidsovereenkomstenwet, zoals wederzijdse eerbied en achting (artikel 16) en veiligheid en gezondheid (artikelen 17 en 20).

Een aantal Verordeningen en verdragsartikelen oefenen een rechtstreekse invloed uit op de omkadering van de arbeidsrelatie zonder enige verdere tussenkomst van de nationale overheden of de sociale partners. Niemand kan ontkennen dat de toepassing van de rechtsfiguren van de directe en horizontale werking door het Hof van Justitie op sommige bepalingen van het gemeenschaprecht, zoals het vrij verkeer van werknemers en de gelijke beloning van mannen en vrouwen, een reële impact heeft gehad op de betrokken arbeidsverhoudingen. Nog niet alle schokgolven die de arresten Bosman (vrij verkeer van voetballers), Defrenne en Barber (gelijk loon voor mannen en vrouwen, inclusief voor aanvullende pensioenregelingen) hebben teweeggebracht zijn al uitgedeind.[4]

De Europese sociale partners op interprofessioneel en sectoraal niveau kunnen sinds het Verdrag van Maastricht (1992) kaderovereenkomsten sluiten over kernmateries van het individueel arbeidsrecht. De sociale partners hebben van deze mogelijkheid reeds gebruik gemaakt door de kaderakkoorden over ouderschapsverlof (1995), deeltijdse arbeid (1997) en arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur (1999) en de sectorale akkoorden over de werktijden in het maritiem transport en de luchtvaart. Door toepassing van de artikelen 138 en 139 van het EU-Verdrag zijn deze akkoorden algemeen bindend verklaard door de Raad van Ministers.

---

[3] Commission Européenne, Emploi et affaires sociales, situation au 15 octobre 1999, processus de transposition et application des Directives sociales.

[4] Voor meer achtergrond zie ondermeer R. BLANPAIN en C. ENGELS, "Europees Arbeidsrecht" in R. BLANPAIN (ed.), *Arbeidsrecht,* Brugge, Die Keure,1997.

Deze kaderakkoorden raken misschien nog niet de echte fundamenten van het arbeidsrecht, zoals het ondergeschikt verband of het ontslagrecht, maar de praktijk wijst uit dat ze in de meeste Lidstaten, inclusief in België, toch van belang zijn voor de individuele arbeidsrelaties.

De Europese richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid, in uitvoering van de top van staatshoofden en regeringsleiders te Luxemburg (november 1997) en vervolgens van het Verdrag van Amsterdam (oktober 1997 en in werking sinds 1 mei 1999), hebben ook een impact op de arbeidsrelatie. Denken we maar aan de derde pijler over het aanpassingsvermogen van werknemers en ondernemingen waarin de modernisering van de arbeidsorganisatie en arbeidsrelatie uitgebreid aan bod komt. Richtsnoer 16 voor 2000 stelt dat de Lidstaten de mogelijkheid zullen onderzoeken om meer aangepaste vormen van arbeidsovereenkomsten in de arbeidswetgeving op te nemen welke rekening houden met de groeiende verscheidenheid in de arbeidsvormen. Richtsnoer 15 roept de sociale partners op om akkoorden te sluiten die ondermeer bijdragen tot de modernisering van de werkorganisatie.[5] *In concreto* gaat het bijvoorbeeld over de bevordering van het levenslang leren, de loopbaanonderbreking en een soepeler arbeidstijdorganisatie.

Voor België zijn dit geen volledig nieuwe prioriteiten. De richtsnoeren kunnen echter bijdragen tot een ruimere toepassing van bepaalde ontwikkelingen, zeker wanneer deze punten ook overgenomen worden door de sociale partners in het kader van de interprofessionele en sectorale akkoorden.[6] Verschillende wetten verwijzen inmiddels uitdrukkelijk of impliciet naar het Belgisch actieplan tot uitvoering van de richtsnoeren, al dan niet met verwijzing naar de interprofessionele akkoorden (uitbreiding van de mogelijkheden inzake loopbaanonderbreking en betaald educatief verlof, meer mogelijkheden voor de berekening van de arbeidsduur op jaarbasis, versoepeling van de terbeschikkingstelling, doorstromingsprogramma's en terbeschikkingstelling, enz.).[7]

De richtsnoeren zijn juridisch niet verbindend maar hun impact gaat verder dan aanbevelingen of gedragscodes zoals die van de OESO over multinationals. De opvolging door de Lidstaten wordt intensief opgevolgd door de Europese Commissie in nauw overleg met de Lidstaten (de open coördinatiemethode). Ook de Europese en de nationale sociale partners zijn bij dit proces betrokken. De Richtsnoeren 2001 en de nieuwe sociale agenda van de Commissie versterken de rol van de sociale partners bij de werkgelegenheidsstrategie.[8]

---

5 De richtsnoeren voor 2000 werden goedgekeurd bij Besluit 2000/228/EG van de Raad van 13 maart 2000, *PB. L.* 21 maart 2000, 072.

6 Zoals de interprofessionele akkoorden voor 1999-2000 en 2001-2002.

7 Art 181, 182 en 183 van de programmawet van 12 augustus 2000, *B.S.* 30 augustus 2000 over respectievelijk terbeschikkingstelling en doorstromingsprogramma's.

8 Besluit van de Raad van de EG van 19 januari 2001 betreffende de richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten, *PB. L.* 22/18 van 24 januari 2001; agenda voor het sociaal beleid, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het comité van de regio's en het economisch en sociaal comité, COM(2000) 379 definitief van 28 juni 2000.

Tot slot moet ook verwezen worden naar de afkondiging van het Charter van fundamentele rechten van de EU waarin ook individuele arbeidsrechten zoals bescherming tegen onrechtmatig ontslag aan bod komen.[9]

§ 2. Gelijke behandeling

De beginselen van gelijke behandeling van mannen en vrouwen hebben een wezenlijke invloed uitgeoefend op de individuele en collectieve arbeidsverhoudingen. De regels van de Internationale Arbeidsorganisatie en vervolgens van de EG hebben deze beginselen concrete inhoud gegeven en uitgebouwd tot een effectief afdwingbaar fundamenteel recht en een basisdoelstelling van het beleid.

Het principe van de gelijke behandeling is overigens niet alleen beperkt tot het verbod van discriminatie op basis van het geslacht. Voor de EU-onderdanen is bijvoorbeeld het discriminatieverbod op basis van nationaliteit door het Verdrag, de Verordeningen en de rechtspraak opgevat als een fundamenteel beginsel inzake alle aspecten van de arbeidsverhoudingen.

Bovendien werd de gelijke behandeling recentelijk uitgebreid naar de criteria ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid (artikel 13 VEG). In uitvoering van het Verdrag van Amsterdam werd de EU immers uitdrukkelijk bevoegd op het gebied van de bestrijding van hoger vermelde discriminaties. De Commissie heeft op 25 november 1999 twee nieuwe richtlijnen aan de Raad voorgesteld die hierover met unanimiteit moet beslissen. De Raad heeft inmiddels beide richtlijnen definitief goedgekeurd.

De eerste richtlijn heeft betrekking op het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming. De tweede richtlijn voorziet in een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep op grond van de overige in artikel 13 opgesomde criteria (zie hierboven).[10]

De ervaringen opgedaan met de Richtlijnen over gelijke behandeling van mannen en vrouwen hebben de Commissie geïnspireerd bij de uitwerking van haar voorstellen. Het gaat hierbij om het ruime personeel en materieel toepassingsgebied, de omschrijving van de begrippen en van de uitzonderingen, de positieve acties alsook de technieken voor de bevordering van de effectieve toepassing zoals de omkering van de bewijslast.

Vermeldenswaardig in het kader van deze bijdrage is dat het personeel toepassingsgebied van de Richtlijnen over gelijke behandeling niet beperkt is tot arbeidsrelaties

---

[9] Deze tekst moet onderscheiden worden van het evenmin juridisch bindende communautaire sociale handvest van 1989.

[10] Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000, *PB. L.* 180, 19 juli 2000, 18 en Richtlijn 2000/78/EG kan uitgebreid worden tot 6 jaar inzake het discriminatieverbod op basis van leeftijd en handicap.

in ondergeschikt verband maar ook toepasselijk is op zelfstandigen en vrije beroepen.

Na hun inwerkingtreding zullen deze richtlijnen ongetwijfeld gevolgen hebben voor de Belgische wetgeving, de decreten, de collectieve arbeidsovereenkomsten en de individuele arbeidsverhoudingen.

Met artikel 2*bis* van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 38 van 6 december 1983, zoals gewijzigd door de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 38*ter* en de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 38*quater*, inzake het verbod van discriminatie bij selectie en aanwerving, hebben de sociale partners enigszins geanticipeerd op de uitvoering van artikel 13 VEG. Ook sommige sectorale collectieve arbeidsovereenkomsten hebben bepalingen ingevoerd ter voorkoming van bijvoorbeeld rassendiscriminatie bij selectie, aanwerving en tewerkstelling (Collectieve Arbeidsovereenkomst van 7 mei 1996 gesloten in de uitzendsector).

De nieuwe Richtlijnen voorzien overigens uitdrukkelijk in een belangrijke rol voor de sociale dialoog en de collectieve arbeidsovereenkomsten bij de bevordering van de gelijke behandeling. De Collectieve Arbeidsovereenkomsten nr. 38*ter* en 38*quater* zijn momenteel enkel toepasselijk op de selectie en aanwerving. Voor de andere aspecten van de arbeidsrelatie zullen bijkomende collectieve arbeidsovereenkomsten en wetten nodig zijn (al dan niet door middel van een wijziging van de Arbeidsovereenkomstenwet). De Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep heeft immers een ruim materieel toepassingsgebied.

Het omvat alle criteria opgesomd in artikel 13 VEG (behalve geslacht want hiervoor geldt artikel 141 VEG; seksuele intimidatie daarentegen is wel opgenomen) en bestrijkt naast de selectie – en aanwerving ook de promotiekansen, de beroepsopleiding, de arbeidsvoorwaarden en het lidmaatschap van organisaties zoals vakbonden en werkgeversorganisaties. Het bevat onvermijdelijk ook bepaalde uitzonderingen en rechtvaardigingsgronden voor verschillen in behandeling want het is bijvoorbeeld niet de bedoeling om via het verbod van leeftijdsdiscriminatie zomaar de vaststelling van leeftijdsgrenzen te beletten die voor de verwezenlijking van legitieme arbeidsmarktdoelstellingen gepast en nodig zijn (bijvoorbeeld vervroegde pensioenleeftijd voor werknemers met een zwaar beroep, bijzondere arbeidsvoorwaarden ter bescherming van jongere of oudere werknemers,..).

Ook de Belgische sociale partners hebben in een advies van de Nationale Arbeidsraad gewezen op de complexe problematiek van de uitzonderingen.[11]

[11] Advies 1312 van 30 mei 2000 over de voorstellen van de Europese Commissie inzake de bestrijding van discriminatie.

§ 3. Versterking van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen

Door het Verdrag van Amsterdam werden de Verdragsbepalingen over gelijke behandeling van mannen en vrouwen aanzienlijk versterkt (voortaan artikelen 141 en 137 VEG). Richtlijnen kunnen voortaan met gekwalificeerde meerderheid en via medebeslissing van het Europees Parlement goedgekeurd worden. De Europese richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de Lidstaten hebben ook het gelijke kansenbeleid voor mannen en vrouwen terecht in het centrum van het beleid gebracht (*gendermainstreaming*, bestrijding van de genderkloof, de combinatie gezin en arbeid).

Aanvankelijk werd de gelijke behandeling van mannen en vrouwen beschouwd als een middel om concurrentievervalsing tussen Lidstaten op basis van goedkopere loon- en arbeidsvoorwaarden voor vrouwen te voorkomen. Daarom werd art. 119 inzake gelijke beloning in het EG Verdrag opgenomen.

De vijf EG Richtlijnen over gelijke beloning en behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de ondernemings- en sectorregelingen inzake sociale zekerheid, moesten destijds goedgekeurd worden op basis van unanimiteit in de Raad (art. 235 EG). Dit vereiste compromissen in de Raad. Dit verklaart ten dele waarom het Hof van Justitie de laatste 25 jaar tientallen arresten over deze materie heeft geveld.

Tegelijkertijd is de maatschappelijke situatie gevoelig veranderd. In 1983 oordeelde het Hof van Justitie nog dat het Verenigd Koninkrijk de Richtlijn 76/207/EG destijds niet schond door de toegang van het beroep van verloskundige te beperken tot vrouwen (vroedvrouwen). De laatste jaren hanteert het Hof een veel restrictievere interpretatie van de werkingssfeer van de uitgesloten beroepsactiviteiten.[12]

De toename van de deeltijdse tewerkstelling en de oververtegenwoordiging van vrouwen in de deeltijdse arbeid heeft een belangrijke invloed gehad op de ontwikkeling van het concept van indirecte discriminatie door het Hof van Justitie. België liep hierbij veel minder in de kijker dan het Verenigd Koninkrijk of Duitsland omdat de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 35, gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 7 februari 1981, reeds voorzag in de gelijke beloning van deeltijdse werknemers in functie van de arbeidsduur.

Andere arresten hebben echter de beperkingen aangetoond van artikel 119 EG en de bestaande Richtlijnen zoals de omschrijving van de juiste draagwijdte van "positieve acties". Daarom heeft de Commissie op 7 juni 2000 een voorstel van Richtlijn bij het Europees Parlement en de Raad ingediend om de Richtlijn 76/207 inzake de

---

[12] Denken we ook aan de problematiek van het verbod van nachtarbeid. Volgens het Hof van Justitie is het verbod van nachtarbeid voor vrouwen strijdig met Richtlijn 76/207/EG. H.v.J. 25 juli 1991, Strafzaak tg. Stoeckel, nr. C345/89. Inmiddels werd wel de Richtlijn 93/104/EG goedgekeurd waarin bepaalde aspecten van de sociale omkadering van de nachtarbeid voor mannen en vrouwen geregeld wordt.

toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen te verbeteren.

De voorgestelde richtlijn omschrijft seksuele intimidatie (ongewenst seksueel gedrag op het werk) als een discriminatie op grond van het geslacht, versterkt de rechtspositie van werknemers die een klacht indienen, verduidelijkt het recht van Lidstaten om te voorzien in afwijkingen van het beginsel van gelijke toegang en geeft vrouwen het recht om na hun moederschapsverlof hun oude functie weer op te nemen. Tenslotte voert de richtlijn artikel 141 lid 4 van het VEG verdrag uit door te bepalen dat de Lidstaten het recht hebben positieve acties te ondernemen om de daadwerkelijke gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen.

Het voorstel versterkt ook de rol van het sociaal overleg om de gelijke behandeling daadwerkelijk te realiseren, ondermeer door collectieve arbeidsovereenkomsten en gedragscodes.

Met de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 25 over gelijk loon, gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 15 oktober 1975, en met de Wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering over de andere aspecten van het arbeidsrecht heeft België destijds vrij snel op de bal gepeeld. Net zoals in andere Europese landen is de daadwerkelijke toepassing van de gelijke behandeling echter een proces van lange adem gebleken. Met de Wet van 7 mei 1999 tot wijziging van bepaalde aspecten van de Wet van 4 augustus 1978 heeft België nu enigszins het voortouw genomen want de wet voert niet alleen de Richtlijn 97/80/EG ten aanzien van de omkering van de bewijslast uit maar sluit ook grotendeels aan bij het voorstel van Richtlijn van 7 juni 2000 (zie hoger).

Inzake ongewenst seksueel gedrag liep België evenmin aan de staart want het Koninklijk Besluit van 18 september 1992 bepaalt dat iedere onderneming bepalingen over ongewenst seksueel gedrag zoals een principeverklaring, de aanduiding van een vertrouwenspersoon, de procedure van klachtenbehandeling en de eventuele sancties voor de overtreder in zijn arbeidsreglement moet opnemen.
De sociale partners stelden reeds op 18 december 1990, in het kader van Mededeling nr. 4 en Rapport nr. 35 van de Nationale Arbeidsraad, dat ongewenst seksueel gedrag strijdig is met de waardigheid van de werknemer (onder meer artikel 16 Arbeidsovereenkomstenwet). De Wet van 7 mei 1999 voert het weerlegbaar vermoeden in dat ongewenst seksueel gedrag een vorm van discriminatie op grond van het geslacht is.

Voor de volledigheid moet erop gewezen worden dat bij de consultatie voorafgaand aan het voorstel van Richtlijn van 7 juni 2000 de Europese sociale partners van oordeel waren dat ongewenst seksueel gedrag niet zonder meer als een discriminatie op grond van het geslacht moet beschouwd worden. Het Europees vakverbond was voorstander van een bijzondere Richtlijn op basis van de bepalingen inzake veiligheid en gezondheid. De Europese werkgeversorganisatie UNICE (en Ueapme) was van mening dat ongewenst seksueel gedrag reeds bestreken wordt door de kaderrichtlijn 89/391/EG met betrekking tot veiligheid en gezondheid op het werk.

§ 4. Gezin en arbeid

Het ouderschapsverlof volgt uit de omzetting van het Europees kaderakkoord, gesloten op 14 december 1995, tussen het Europees vakverbond (EVV) en de Europese werkgeversorganisaties UNICE en CEEP. Om een gelijke toepassing te garanderen in alle Lidstaten van de in het kaderakkoord overeengekomen principes en minimumbepalingen werd het akkoord in bijlage opgenomen bij de Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996.

De Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 64, gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 29 april 1997, garandeert het recht op 3 maanden ouderschapsverlof per kind en per ouder ingeval van geboorte van een kind (tot de leeftijd van 4 jaar en 8 jaar ingeval van een gehandicapt kind) of bij adoptie (tot de leeftijd van 8 jaar). Het verlof kan ook deeltijds en in gedeelten opgenomen worden. Het Koninklijk Besluit van 29 oktober 1997 voorzag in een vergoeding in het kader van het stelsel van de loopbaanonderbreking maar dan met overname van een deel van de bepalingen van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 64 (dus ook de beperking van het toepassingsgebied tot de privé-sector).

Werknemers en werkgevers werden daardoor eigenlijk geconfronteerd met twee naast elkaar bestaande regelingen en dit was niet bevorderlijk voor de duidelijkheid. De aanvankelijke uitgangspunten van ouderschapsverlof en loopbaanonderbreking (inmiddels tijdskrediet door Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 77 van 14 februari 2001) liepen bovendien niet gelijk. Ouderschapsverlof is een individueel en onvervreemdbaar recht op de schorsing van de arbeidsovereenkomst. Loopbaanonderbreking, tenminste bij de invoering ervan in 1985, werd veeleer geconcipieerd als een werkgelegenheidsmaatregel. Immers de loopbaanonderbreker moet vervangen worden door een uitkeringsgerechtigde werkloze of een daarmee gelijkgestelde persoon.

Zonder de handtekening van de werkgever, waarin hij/zij zich engageerde om de loopbaanonderbreker te vervangen, greep de werknemer naast het recht. Geleidelijk aan werd de vervangingsplicht enigszins afgezwakt, mede onder druk van de krapte op de arbeidsmarkt, de opname van loopbaanonderbreking in collectieve arbeidsovereenkomsten en de veralgemening van het recht op ouderschapsverlof door de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 64. Ook de diverse overheidssectoren veralgemeenden geleidelijk, zij het met vertraging, het recht op ouderschapsverlof.

Het Europees kaderakkoord voorziet ook in dwingend familiaal verlof maar dit was in België reeds geregeld door de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 45 van 19 december 1989 en de Wet van 29 mei 1991 (artikel 30*bis* van de Arbeidsovereenkomstenwet).

De invloed van de Richtlijn 92/85/EG van 19 oktober 1992 over de bescherming van het moederschap op de Belgische individuele arbeidsrelaties was eerder beperkt, met uitzondering dan van de nachtarbeid en de risico-evaluatie inzake de veiligheid en gezondheid van moeder en kind. De Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 46 van 23 maart 1990 inzake de omkaderingsmaatregelen voor nachtarbeid en vervolgens

de Wet van 17 februari 1997 over nachtarbeid versterkten de rechtspositie van zwangere werkneemsters vermits zij voorzien in tijdelijke overstapmogelijkheden naar dagarbeid.

De invloed van de EU op de individuele arbeidsrelatie met betrekking tot gezin en arbeid zal ook in de toekomst aan de orde blijven. De Europese richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid voor 2000 en de voorstellen voor 2001 verwijzen naar het sluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten over loopbaanonderbreking en arbeidsorganisatie (de derde pijler over aanpassingsvermogen) alsmede naar regelingen over ouderschapsverlof en andere vormen van verlof en de bevordering van de herintreding op de arbeidsmarkt (de vierde peiler over gelijke kansen)

§ 5. Deeltijdse arbeid en tijdelijke arbeidsovereenkomsten

De Arbeidsovereenkomstenwet, bijzondere wetten zoals de Wet van 24 juli 1987 en diverse collectieve arbeidsovereenkomsten regelen sedert geruime tijd de problematiek van deeltijdse arbeid en tijdelijke arbeidsovereenkomsten.

Nochtans hebben de Europese kaderakkoorden van 1997 over deeltijdse arbeid en van 1999 over arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur wel degelijk een invloed op de Belgische regelgeving en de arbeidsverhoudingen.[13] Voor deeltijdse arbeid gaat het onder meer om de draagwijdte van het niet-discriminatie beginsel en over de loopbaanontwikkeling.

In België is deeltijdse arbeid immers nog sterk geconcentreerd bij vrouwen in eerder uitvoerende functies. In de Nationale Arbeidsraad kwamen de sociale partners in 1998 overeen om een onderzoek te wijden aan de loopbaanontwikkeling van deeltijdse werknemer, onder meer in het licht van het Europees kaderakkoord.[14]

Het interprofessioneel akkoord 1999-2000 bevat ook verwijzingen naar het sociaal statuut van deeltijdse werknemers en naar ongewenste administratieve belemmeringen ten aanzien van de ontwikkeling van deeltijdwerk.

Concreet werd het gelijke behandelingsbeginsel inzake beloning uitgebreid tot alle aspecten van de arbeidsvoorwaarden (Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 35*bis* van 9 februari 2000 tot wijziging van Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 35 van 27 februari 1981). Om de opleidingsmogelijkheden van deeltijdse werknemers te bevorderen kregen sommige categorieën tijdelijk toegang tot het betaalde educatief verlof (Wet van 26 maart 1999 en het Koninklijk Besluit van 31 mei 1999).

---

[13] De juridische binding van de kaderakkoorden werd versterkt door hun uitvoering d.m.v. Richtlijnen nl. 97/81/EG van 15 december 1997 en 99/70/EG van 28 juni 1999.

[14] Zie R. DELARUE, "De Europese kaderakkoorden over ouderschapsverlof en deeltijdse arbeid" in X. (ed.), *Liber Amicorum Prof. R.Blanpain*, Die Keure, 1998.

Het is duidelijk dat de opwaardering van de deeltijdse arbeid, zoals voorzien in clausule 5.3. van het Europees kaderakkoord, de volgende jaren zeker nog aan bod zal komen in de collectieve arbeidsovereenkomsten (de overgang van voltijds naar deeltijds werk en omgekeerd op alle niveaus van de onderneming inbegrepen voor gekwalificeerde en leidinggevende functies, vormingsmogelijkheden, ..).

Het Europees kaderakkoord over arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur bevat bepalingen over onder meer de beperking van het beroep op dergelijke overeenkomsten, de niet-discriminatie inzake werkvoorwaarden en de bevordering van de loopbaanmogelijkheden door middel van toegang tot vorming.

De inleidende bepalingen stellen uitdrukkelijk voorop dat de arbeidsovereenkomsten van onbepaalde duur de normale vorm van werkgelegenheid zijn en de tijdelijke contracten de uitzondering. Dit sluit aan bij de basisbeginselen van de Arbeidsovereenkomstenwet en de bestaande praktijk. Bovendien wordt hiermee tevens afgerekend met de stelling dat de tijdelijke arbeid in de toekomst de regel zou worden. Dit kaderakkoord zal in België geen grote verschuivingen teweegbrengen in de regelgeving. Er zal echter moeten nagegaan worden hoe het algemeen discriminatieverbod inzake werkvoorwaarden in de regelgeving en de praktijk gestalte kan krijgen. Ook de bevordering van de loopbaanmogelijkheden, zoals de toegang tot opleiding, zal aan bod moeten komen want dat is in de praktijk vaak nog een pijnpunt.

De Europese kaderakkoorden bepalen echter niets over de vereiste van de opstelling van een geschreven arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid of voor arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur zoals vereist door de Arbeidsovereenkomstenwet. Het Europees recht voorziet in dat verband alleen maar in de verplichting voor de werkgever om de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst van toepassing zijn (Richtlijn 91/533/EG). Voor België heeft deze Richtlijn wel invloed gehad op de invoering van specifieke sociale documenten en van de onmiddellijke aangifte van tewerkstelling in sectoren met grote mobiliteit zoals de bouw en de uitzendarbeid.

Uitzendarbeid valt niet onder het kaderakkoord van 1999. De Europese sociale partners waren op 15 juni 2000 overeengekomen om hierover onderhandelingen te starten maar spijtig genoeg hebben ze niet geleid tot een akkoord. De Europese Commissaris voor werkgelegenheid en sociale zaken, Mevr. A. Diamantopoulou, heeft daarop aangekondigd dat de Commissie een Voorstel van Richtlijn zou indienen bij de Raad en het Europees Parlement. De Belgische wetgeving en collectieve arbeidsovereenkomsten over uitzendarbeid zijn de laatste jaren sterk uitgebouwd zodat de Richtlijn waarschijnlijk niet voor aardverschuivingen zal zorgen.

De Richtlijn 91/383/EG van de Raad van 25 juni 1991 regelt wel de algemene beginselen met betrekking tot gezondheid en veiligheid voor tijdelijke werknemers. Zij moeten genieten van hetzelfde beschermingsniveau als vaste werknemers. De omzetting van deze Richtlijn door collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten in het paritair comité en door een specifiek koninklijk besluit heeft wel bijgedragen tot een

daadwerkelijke verbetering van de gezondheid en veiligheid van uitzendkrachten (onthaal, arbeidspostfiche, medische onderzoeken, enz..).[15]

§ 6. Herstructureringen

De Europese regelgeving heeft sinds 1975 een belangrijke invloed uitgeoefend op de individuele arbeidsrelatie bij herstructurering van ondernemingen. Dit geldt in het bijzonder voor de Richtlijnen over collectief ontslag (Richtlijn 75/129/EG, gewijzigd door Richtlijn 92/56/EG) en over het behoud van de rechten bij overname van de onderneming of een deel ervan (Richtlijn 77/187/EG, gewijzigd door Richtlijn 98/50/EG).

Alhoewel deze richtlijnen snel omgezet werden in de wetgeving door onder meer de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 24, het Koninklijk Besluit van 24 mei 1976, de Collectieve Arbeidsovereenkomsten nr. 32 en nr. 32*bis* zijn ze de laatste jaren opnieuw een belangrijke bron van inspiratie geweest voor de wetgever en de sociale partners. De sluiting van Renault Vilvoorde lag aan de oorsprong van de bepalingen over collectief ontslag in de Programmawet van 13 februari 1998.

De overtreding van de verplichting tot voorafgaandelijke informatie en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers bij een voorgenomen collectief ontslag (overeenkomstig de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 24) kan daardoor leiden tot het vorderen van het behoud van de individuele arbeidsovereenkomst met betaling van loon of van de reïntegratie van de werknemer indien hij/zij inmiddels al zou afgedankt zijn.

De principes van de Programmawet van 13 februari 1998 waren ten dele ingegeven door een eenparig advies van de Nationale Arbeidsraad van mei 1997. Indien de werkgever het overleg correct organiseert dan voert de wet eigenlijk geen nieuwe verplichtingen in. Ze sluit aan bij de systematiek van de Europese Richtlijn. Het is immers de bedoeling dat de arbeidsovereenkomsten blijven voortbestaan tijdens de overlegtermijn van 30 dagen (verlengbaar) waardoor in gezamenlijk overleg alternatieven kunnen uitgewerkt worden om de ontslagen te vermijden, minstens het aantal voorgenomen ontslagen te verminderen en/of een sociale omkadering uit te werken. De nieuwe wet werd niet geïntegreerd in de Arbeidsovereenkomstenwet maar vanuit technisch standpunt beschouwd was dit wel mogelijk geweest.[16]

De Nationale Arbeidsraad speelde de bal ten dele ook terug naar de Europese overheden want volgens de sociale partners zouden bijkomende sancties eerst op dat niveau moeten vastgelegd worden om concurrentievervalsing tegen te gaan.

---

[15] R. DELARUE, "Nieuwe stappen in de gelijkere behandeling van uitzendkrachten", *Or.* 1997, 101-108.

[16] De sociale partners in de Nationale Arbeidsraad brachten op 30 mei 1997 enkel een Advies (nr. 1183) uit over de algemene principes van een nieuwe regeling. De Nationale Arbeidsraad werd niet meer geraadpleegd over het wetsontwerp. Inmiddels heeft de Nationale Arbeidsraad uit eigen beweging Advies 1301 van 2 februari 2000 uitgebracht over een aantal toepassingsproblemen m.b.t. de Wet van 13 februari 1998.

De Europese Commissie kwam eind 1998 aan deze vraag gedeeltelijk tegemoet in haar voorstel van Richtlijn voor de instelling van een algemeen kader over informatie en raadpleging van werknemers. Deze tekst voorziet in diverse sancties met inbegrip van de nietigheid van het ontslag bij een zware overtreding van de verplichting tot informatie en raadpleging van de werknemers.[17] Het voorstel van Richtlijn werd op 11 juni 2001 in eerste lezing goedgekeurd door de Raad maar de nietigheidssanctie werd niet behouden. Het voorstel moet echter nog door het Europees Parlement en door de Raad in tweede lezing behandeld worden. Het laatste woord over de sancties is dus nog niet gevallen. Een van de problemen met de nietigheidssanctie is de noodzaak van een welomschreven procedurale omkadering (bijvoorbeeld wie kan de nietigheid inroepen, hoelang kan men ze inroepen, enz.).

De Richtlijnen van 1975 en 1977 waren het rechtstreekse gevolg van het eerste sociale actieprogramma van de EG naar aanleiding van belangrijke herstructureringen tijdens de toenmalige economische crisis. Bedoeling was een minimumniveau te garanderen met betrekking tot de individuele en collectieve rechtsbescherming van de werknemers. De Belgische wetgeving voorzag op dat ogenblik enkel in een gedeeltelijke regeling door middel van de sluitingswetgeving van 28 juni 1967 en 30 juni 1966, de aangifte van collectieve ontslagen door het Koninklijk Besluit van 5 december 1969 en een vergoedingsstelsel bij collectief ontslag door Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 10 van 8 mei 1973. Anderzijds legde deze wetgeving wel reeds de basis voor de garantie van de inkomenswaarborg van de werknemers bij onvermogen van de werkgever (Richtlijn 80/987/EG).

Ook de Arbeidsovereenkomstenwet (artikel 26) bepaalde in dat verband dat het faillissement of de toestand van kennelijk onvermogen op zichzelf geen gevallen van overmacht zijn. De werkgever (of de curator) moet de arbeidsovereenkomst dus beëindigen door naleving van een opzeggingstermijn of met betaling van een verbrekingsvergoeding.

De Richtlijn 77/187/EG over het behoud van de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen heeft een zeer grote invloed gehad op de individuele arbeidsrelaties in alle Lidstaten en dus ook in België. Het basisprincipe van de richtlijn is op zich zeer duidelijk. De werknemer behoudt zijn rechten ingeval van een overname van de onderneming. De overname vormt op zich geen reden tot ontslag van de werknemer voor de overlater of de verkrijger. Anderzijds biedt ze ook stabiliteit voor de werkgever want de werknemer kan niet zomaar aanvoeren dat de overname een wijziging is van de arbeidsvoorwaarden met alle gevolgen van dien zoals de opeising van een verbrekingsvergoeding (artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet).

---

[17] Voorstel van Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor informatie en raadpleging van werknemers in de EU, COM (1998) 612, definitief, van 11 november 1998. De Richtlijn is gebaseerd op de bepalingen van het sociaal protocol van het Verdrag van Maastricht en vervolgens op art. 137 en 138 VEG na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam. De Europese sociale partners geraakten het niet eens om hierover een kaderakkoord te sluiten. Moeilijk punt is dat in het Verenigd Koninkrijk en Ierland geen bij wet of bindende CAO opgelegd stelsel van ondernemingsraden of aanverwante systemen bestaan.

Ondanks deze ogenschijnlijk eenvoudige principes heeft de Richtlijn aanleiding gegeven tot talrijke arresten van het Hof van Justitie. Op basis van ondermeer deze rechtspraak heeft de Commissie op 4 maart 1997 een memorandum goedgekeurd over de interpretatie van de Richtlijn.[18] Belangrijk is dat de notie overname zeer ruim moet geïnterpreteerd worden.[19]

Ook overnames van publieke ondernemingen vallen onder het toepassingsgebied. Afstand van recht is niet mogelijk, zelfs niet bij collectieve arbeidsovereenkomst. Anderzijds is het behoud van rechten niet gegarandeerd ingeval van een overname na faling. De Richtlijn werd omgezet door de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32 en vervolgens hoofdstuk II van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32*bis* van 7 juni 1995. Daarbij werd nauw aangesloten bij de principes en bewoordingen van de Richtlijn waardoor de arresten van het Hof van Justitie bijna automatisch overvloeien in de interpretatie van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32*bis*, behoudens dan voor de publieke sector.

Het Hoofdstuk III van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32*bis* ten aanzien van de rechten van de overgenomen werknemers (dus voorzover ze overgenomen zijn) in geval van overname van activa na faillissement volgt niet uit de Richtlijn van 1977 aangezien deze hierop niet toepasselijk is.

Maar door de wijziging van de Richtlijn in 1998 (98/50/EG) is de Richtlijn voortaan wel toepasselijk op overnames bij faillissement maar de Lidstaten kunnen afwijken van het principe van het behoud van rechten. De afwijking van dit principe is wel gekoppeld aan de naleving van de bescherming van het inkomen van de werknemer bij onvermogen van de werkgever (Richtlijn 80/987/EG) en aan de bestrijding van het misbruik van faillissementsprocedures. Sommige faillissementen zijn immers opgezet om het behoud van de rechten van de werknemers te omzeilen.

De Richtlijn van 1977 is onverkort van toepassing op het gerechtelijk akkoord, zoals bedoeld door de wet van 17 juli 1997, maar door de wijziging van 1998 kunnen de Lidstaten onder strikte voorwaarden afwijkingen toestaan op het principe van het behoud van de rechten. Zo moet de procedure de redding van de onderneming beogen, onder controle staan van de rechter (zoals bij een gerechtelijk akkoord) en de afwijkingen van de arbeidsvoorwaarden moeten op een collectief onderhandelde wijze tot stand komen.

Deze innovaties kunnen desgevallend aanleiding geven tot een wijziging van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32*bis* maar de Nationale Arbeidsraad heeft dit gekoppeld aan de reeds lang geplande (maar nog niet uitgevoerde) hervorming van

---

[18] Memorandum over de verkregen rechten van werknemers bij overgang van de ondernemingen, COM (97) 85, definitief. Inmiddels is de Richtlijn 77/187/EG gewijzigd door Richtlijn 98/50/EG. Een aantal definities en concepten zijn verduidelijkt en de problematiek van de overname na faling en het gerechtelijk akkoord komen aan bod.

[19] Voor de problematiek van outsourcing en de eventuele toepassing van de CAO nr. 32*bis* en de Richtlijn: A. VANDENBERGEN en B. VANSCHOEBEKE, "Arbeidsrechtelijke aspecten van outsourcing", *Or.* 1997, 221-238.

de sluitingswetgeving.[20] In afwachting van een eventuele wijziging is de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 32*bis*, hoofdstuk II momenteel toepasselijk op overnames in het kader van een gerechtelijk akkoord.

§ 7. Loopbaanontwikkeling

De ontwikkeling van de loopbaan omvat veel facetten. Het is een cruciaal onderdeel van het Human resources management (HRM) en heeft veel raakpunten met andere onderdelen van het sociaal beleid en het sociaal recht zoals levenslang leren, inzetbaarheid, arbeidsorganisatie, kwaliteit van de arbeid, ontslagrecht, outplacement, promotie, demotie en uitgroeibanen.

Door de maatschappelijke, technologische en economische veranderingen en door wijzigingen in de arbeidsmarkt krijgt deze problematiek steeds meer aandacht. Belangrijk daarbij is dat de loopbaanontwikkeling zowel relevant is voor een bestaande arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer, voor een wijzigende arbeidsrelatie tussen dezelfde partijen als voor een toekomstige arbeidsrelatie ingeval van wijziging van werkgever.

De Arbeidsovereenkomstenwet behandelt slechts welbepaalde aspecten van de loopbaanontwikkeling en dan hoofdzakelijk in het kader van de uitvoering van een bestaande en welbepaalde arbeidsovereenkomst. De werkgever is in essentie verplicht de werknemer te doen werken op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen (artikel 20, 1°). Beide partijen zijn elkaar eerbied en achting verschuldigd (artikel 16). De werknemer moet zijn werk verrichten op tijd, plaats en wijze zoals is overeengekomen en hij moet handelen volgens de bevelen en instructies gegeven door de werkgever met het oog op de uitvoering van de overeenkomst (artikel 17, 2°). De werkgever kan de overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig wijzigen (artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet en artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek).[21]

Deze bepalingen zijn in de praktijk van groot belang voor de rechtsbescherming van de werknemer en voor de omkadering van sociaal overleg en HRM-beleid. Zo heeft artikel 16 van de Arbeidsovereenkomstenwet terug aan belang gewonnen in het kader van de bescherming van de werknemer tegen te verregaande aantastingen van zijn privacy en zijn waardigheid door informatietechnologie zoals de verwerking van persoonsgegevens of camerabewaking op de werkplaats.[22]

---

[20] Advies 1283 van 14 juli 1999.

[21] Voor de problematiek van de wijziging van de arbeidsvoorwaarden zie ondermeer F. HENDRICKX, "Arbeidsrechtelijke aspecten van promotie en demotie" in *Liber Amicorum Prof. R. Blanpain*, Die Keure, 1998.

[22] CAO nr. 68 van 16 juni 1998 verwijst uitdrukkelijk naar art.16 Arbeidsovereenkomstenwet alsook naar de Europese Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van personen i.v.m. de verwerking van persoonsgegevens.

De investering in opleiding komt onrechtstreeks aan bod in de Arbeidsovereenkomstenwet wegens de problematiek van de rechtsgeldigheid van scholingsbedingen.[23]

Met een scholingsbeding trachten werkgevers zich te wapenen tegen het vertrek van de werknemer in de periode na het afronden van een opleiding op kosten van de werkgever.

Loopbaanontwikkeling komt de laatste jaren meer en meer aan bod in de Europese regelgeving. De richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid hebben het in dat verband over de kennismaatschappij, de verbetering van de inzetbaarheid en de bevordering van het aanpassingsvermogen van ondernemingen en hun werknemers.

De Europese kaderakkoorden over deeltijdse arbeid en arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur besteden uitgebreid aandacht aan de loopbaanontwikkeling want de betrokken werknemers worden nog te vaak aan hun lot overgelaten als het gaat om opleiding, kwaliteit van de arbeid en doorgroeimogelijkheden. De Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 over de gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en het voorstel van Richtlijn voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep zijn onder meer toepasselijk op selectie en aanstellingscriteria, bevorderingskansen en toegang tot opleiding en omscholing.

De nieuwe sociale agenda van de Europese Commissie, goedgekeurd op 28 juni 2000, weerhoudt diverse initiatieven over de bevordering van de kennismaatschappij, loopbaanontwikkeling en kwaliteit van de arbeid. Zo moet de verbetering van de inzetbaarheid en van het levenslang leren in het bijzonder beter geïntegreerd worden in de omkadering van de arbeidsrelatie en de arbeidsorganisatie. De Commissie heeft overigens reeds in juni 2000 de procedure tot raadpleging van de Europese sociale partners opgestart (artikel 138 van het VEG) over de modernisering en verbetering van de arbeidsrelaties.[24]

In België besteden collectieve arbeidsovereenkomsten en specifieke wetten en uitvoeringsbepalingen meer en meer aandacht aan thema's die relevant zijn voor de loopbaanontwikkeling. In een eerste fase ging het daarbij vooral om financiële stimuli voor investeringen in vorming en opleiding van risicogroepen en het betaald educatief verlof voor werknemers. In een latere fase, onder meer onder invloed van Europa, kwam er meer aandacht voor opleiding, omscholing en begeleiding van

---

[23] Art.6, 18 en 37 Arbeidsovereenkomstenwet m.b.t. aansprakelijkheidsbedingen alsook m.b.t. het recht arbeidsovereenkomsten van onbepaalde duur te beëindigen door een gewone opzegging.

[24] Een agenda voor het sociaal beleid, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het economisch en sociaal comité en het comité van de regio's, COM (2000) 379 definitief van 28 juni 2000 "en première et deuxième phase de consultation des partenaires sociaux sur la modernisation et l'amélioration des relations du travail conformément à l'art 138,2 du traité CE, juin 2000". De interprofessionele sociale partners hebben inmiddels laten weten dat ze in dit kader een kaderakkoord over telewerk willen onderhandelen. De sectorale sociale partners in handel en telecommunicatie hebben respectievelijk in februari en april 2001 kaderakkoorden over telewerk gesloten. Ook levenslang leren komt meer en meer aan bod in besprekingen tussen Europese sociale partners.

werknemers in het kader van ondermeer herstructureringen, nieuwe technologieën en veranderende kwalificaties.[25]

Sommige collectieve arbeidsovereenkomsten gingen inmiddels al een stap verder en integreerden de bevordering van opleiding, omscholing, taakinhoud, loopbaanoriëntering en de actualisering van de kwalificaties op een meer systematische wijze in de arbeidsverhoudingen en de arbeidsorganisatie. Onder invloed van onder meer Europa en het interprofessioneel akkoord 1999-2000 zal deze benadering waarschijnlijk verder veralgemeend worden.

Het is dan ook mogelijk dat de algemene beginselen van deze benadering en bepaalde arbeidsrechtelijke vertalingen ervan uiteindelijk ook hun neerslag zullen vinden in een eventueel geactualiseerde versie van de Arbeidsovereenkomstenwet. Ook de toenadering tussen de statuten van bedienden en arbeiders door sectorale regelingen en de collectieve arbeidsovereenkomsten van de Nationale Arbeidsraad zoals de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 75 van 20 december 1999 over de opzegtermijnen van arbeiders kan ten dele ook in de context van de ontwikkeling van de kennismaatschappij gesitueerd worden.[26]

§ 8. Bereik van het arbeidsrecht

Het toepassingsgebied of het bereik van het arbeidsrecht is een belangrijke problematiek, zeker in de context van een toenemend beroep op uitbesteding, de toegenomen zelfstandigheid in de uitvoering van het werk voor sommige categorieën werkenden en het beroep op de figuur van de schijnzelfstandigen voor het vermijden van sociaalrechtelijke verplichtingen. Ook de terbeschikkingstelling van werknemers in het kader van het vrij verkeer van diensten in de EU roept vragen op over het bereik van het arbeidsrecht.

De Europese regelgeving hanteert geen geharmoniseerde definitie voor het begrip "werknemer". De Richtlijnen verwijzen hiervoor naar de nationale wetgeving. Nochtans heeft het Hof van Justitie in sommige gevallen een gemeenschapsrechtelijke omschrijving gegeven aan het begrip werknemer om zo de werkingssfeer van één van de fundamentele vrijheden van de EU te vrijwaren. Daarom moet het begrip "werknemer" ruim geïnterpreteerd worden in het kader van het vrij verkeer van

---

[25] Ondermeer in sectoren zoals metaal, bouw, het ANPCB nr. 218 en uitzendarbeid. De CAO nr. 51 van 10 februari 1992 over outplacement is vanuit technisch-juridisch standpunt een interessante regelingen omdat de regeling ingebed werd in de contouren van de Arbeidsovereenkomstenwet m.b.t. het ontslagrecht (kennisgeving opzegging, moment van ingang van de onderhandelingen over de duur van de opzeggingstermijn, enz..).

[26] De suppletieve CAO nr. 75 en de recente sectorale regelingen over de optrekking van de opzegtermijnen van arbeiders moeten ook gezien worden in het licht van het standpunt van de controleorganen van het Sociaal Handvest (1961) van de Raad van Europa over de noodzaak van een redelijke opzeggingstermijn, zeker voor werknemers met een lange anciënniteit. Het gaat dus niet om een standpunt van de Europese Commissie of een veroordeling door het Hof van Justitie.

werknemers. Nochtans hanteert het Hof van Justitie eveneens het onderscheid tussen zelfstandige en werknemer.[27]

Sommige Richtlijnen of Verordeningen m.b.t. sociaal beleid zijn echter geheel of gedeeltelijk toepasselijk op zelfstandigen vanwege de aard van de problematiek. Denken we maar aan de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot een zelfstandig beroep, Richtlijn 2000/43/EG over de gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Richtlijn 2000/78/EG voor een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep en de Verordening 3820/85/EG inzake rijtijden en rustijden in het wegvervoer.

Maar de meeste sociaalrechtelijke Richtlijnen zijn echter niet toepasselijk op zelfstandigen.[28] Dit stelt echter toenemende problemen en de laatste jaren zijn er meerdere initiatieven genomen om, onder meer voor gezondheid en veiligheid op het werk en voor arbeidstijden van chauffeurs in het wegvervoer, hierin verandering te brengen.[29]

Overigens hebben sommige Lidstaten hun nationale wetgeving over gezondheid en veiligheid wel geheel of gedeeltelijk uitgebreid tot zelfstandigen (ondermeer Portugal, Ierland en in mindere mate Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Zweden).

In juni 2000 heeft de Commissie een nieuwe stap gezet met de nieuwe sociale agenda en de opstarting van de eerste raadpleging van de sociale partners over modernisering en verbetering van de arbeidsrelaties (zie hoger). De Commissie vraagt ondermeer het standpunt van de Europese sociale partners ten aanzien van telewerk en ten aanzien van de sociaalrechtelijke bescherming van economisch afhankelijke werkers die echter geen werknemers zijn in de klassieke betekenis van het woord.[30]

Met de Richtlijn 96/71/EG over de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten heeft de EU in essentie een harde kern van

---

[27] H.v.J. 23 maart 1982, D.M. Levin tg Staatssecretaris van Justitie, nr. 53/81, *Jur.H.v.J.* 1982, I, 1035.

[28] Twee Richtlijnen, gebaseerd op art. 137 (voorheen art.118A) zijn wel toepasselijk op zelfstandigen omdat dit noodzakelijk was om de gezondheid en veiligheid van de betrokken werknemers te vrijwaren. Het gaat om de Richtlijn 92/57/EG over mobiele werkplaatsen en Richtlijn 92/29/EG over de medische bijstand van bemanningen aan boord van vaartuigen.

[29] Voorstel van richtlijn inzake de arbeidstijden van mobiele werknemers in het kader van het wegvervoer, COM (1998) 662 definitief van 18 november 1998 (rechtsgrondslag art. 137 en tevens art. 71 over het vervoersbeleid). De besprekingen over deze Richtlijn verlopen echter zeer moeizaam ondermeer vanwege de zelfstandige chauffeurs. Zie ook punt 8 van het EG programma 1996-2000 over veiligheid en gezondheid op het werk, COM(95) 282 definitief, *PB. C.* 262.

[30] Zie in dat verband ook het rapport-Supiot over "Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe", Documents de" Recherche, Commission Européenne, DG Emploi et affaires sociales, 1998. In dat rapport van experten onder leiding van Prof. Supiot wordt ondermeer voorgesteld om bepaalde aspecten van het sociaal recht toe te passen op alle werkenden, inclusief zelfstandigen. Het rapport stelt ook voor om een Europese definitie van werknemer in ondergeschikt verband in voeren.

sociaalrechtelijke bepalingen vastgelegd die nageleefd moeten worden op de plaats van uitvoering van een werk ingeval van een tijdelijke grensoverschrijdende terbeschikkingstelling. Denken we maar aan de uitvoering van een bouwwerk door een buitenlandse firma met haar eigen werknemers.

De Richtlijn geeft daarmee een minimale Europese invulling aan de notie "bepalingen van dwingend recht" die moeten nageleefd worden ingeval van een tijdelijke tewerkstelling in een andere Lidstaat. Het gaat ondermeer over de minimumlonen, vergoedingen voor overwerk, maximale werk- en minimale rustperioden, gezondheid en veiligheid en de voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers inzonderheid door uitzendbedrijven. De Richtlijn sluit aan bij artikel 7 van de Conventie van Rome van 19 juni 1980 over het toepasselijk recht ingeval van (arbeids)overeenkomsten met een internationaal karakter.

De Conventie van 19 juni 1980 blijft echter integraal van toepassing. De Richtlijn doet er geen afbreuk aan en bovendien geldt ze enkel ten aanzien van welbepaalde gevallen van ter beschikkingstelling.[31] België heeft de Conventie van Rome van 19 juni 1980 goedgekeurd bij Wet van 17 juli 1987. De rechtspraak hanteert een ruime definitie van bepalingen van dwingend recht inzake sociaal recht.[32] Het gaat daarbij om de algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, de sociaalrechtelijke normen die strafrechtelijk beteugeld kunnen worden en om sommige bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet zoals het ontslagrecht. De Richtlijn doet overigens geen afbreuk aan die elementen van dwingend recht die niet in haar lijst voorkomen. Dat blijft een nationale bevoegdheid.[33]

Bij de omzetting van de Richtlijn moet hiermee dus rekening gehouden worden en dat blijkt niet zo een eenvoudige klus te zijn.[34]

§ 9. Conclusies

De Europese regels hebben wel degelijk geleid tot verregaande wijzigingen aan de normatieve omkadering van de individuele arbeidsrelatie. Bij de omzetting is doorgaans geopteerd voor de collectieve arbeidsovereenkomst en specifieke wetgeving.

De Arbeidsovereenkomstenwet blijft echter een belangrijk ankerpunt voor de individuele arbeidsrelatie want veel collectieve arbeidsovereenkomsten en wetten verwijzen ernaar ten aanzien van bijvoorbeeld het toepassingsgebied of ten aanzien van welbepaalde beginselen of mechanismen waarop ze verder bouwen. In feite heeft de

---

[31] Report of the Working party on the transposal of the Directive concerning the postal of workers, European Commission, DG Employment and social affairs, September 1999.

[32] M. WEYNS, *Arbeidsovereenkomstengids,* Kluwer en LBC/NVK, 1995, 43-46.

[33] Voorzover de concrete toepassing geen afbreuk doet aan het vrij verkeer van diensten zoals dit het geval kan zijn ingeval van een dubbele betaling van dezelfde bijdragen voor een sectoraal fonds (in het land van oorsprong en het land van uitvoering van het werk).

[34] Nationale Arbeidsraad, Advies 1290 van 17 november 1999 en Advies 1313 van 302 mei 2000.

Arbeidsovereenkomstenwet het statuut van een fundamentele wet en die wijzigt men slechts zeer omzichtig.

De interactie tussen Europese en nationale regelgeving is geen eenrichtingsverkeer. Ook bepaalde vernieuwingen in de Lidstaten beïnvloeden de Europese regels. De Europese kaderakkoorden over deeltijdse arbeid en arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur vertalen voor een deel de beginselen die in België en sommige andere landen reeds in de wetgeving en de collectieve arbeidsovereenkomsten aan bod komen. Recente Europese studies besteden veel aandacht aan de voorkoming en bestrijding van stress op het werk. Welnu, dit is in België reeds geregeld door de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 72 van 30 maart 1999. Het Belgisch stelsel van loopbaanonderbreking heeft bijvoorbeeld zijn weerslag gevonden in de Europese richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid.

Het arbeidsrecht is organisch gegroeid in functie van nieuwe noden en ontwikkelingen. Ook het Europees arbeidsrecht verkeert in dat geval. De opstelling van een algemene codex of wetboek arbeidsrecht is daarom niet noodzakelijk een goede benadering want dat zou de noodzakelijke aanpassingen en bijsturingen nodeloos bemoeilijken. Maar op termijn zou een actualisering van de Arbeidsovereenkomstenwet geen slechte zaak zijn. Daardoor kan ze beter aansluiten bij de krachtlijnen van de nieuwe ontwikkelingen zoals vastgelegd in specifieke wetten, collectieve arbeidsovereenkomsten en Europese regels. Dit vergt echter een gedegen voorbereiding en een goed samenspel tussen wetgever en sociale partners.

De impact van de Internationale Arbeidsorganisatie op het Belgisch arbeidsrecht

Christian Deneve

§ 1. Bij de bron

België is steeds een koploper geweest bij de ontwikkeling van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO). Reeds bij het ontwerpen van het Verdrag van Versailles en de Statuten van de IAO waren prominente Belgische vertegenwoordigers aanwezig. Minister van Justitie Emile Vandervelde en de Luikse professor Mahaim maakten deel uit van de arbeidscommissie. Zij slaagden erin op de vredesconferentie de clausule te doen aanvaarden over de achturendag. In één van de allereerste nummers van de *Revue internationale du travail,* een speciaal nummer uit 1921, legt Ernest Mahaim de eerste ontwikkeling uit van het internationaal sociaal recht. Hij wijst erop dat de bedoeling van deze rechtstak en van de IAO is om een minimum aan rechten, aan sociale minimumrechten, buiten de grijparmen van de internationale concurrentie te houden: "... *de (les) mettre à l'abri de la concurrence internationale...*". Geen wonder dat België bij het promoten van de conventies van de IAO dan ook een voortrekkersrol ging spelen. Zo was het Vandervelde die in 1926 voor alle andere Lidstaten de bekrachtiging van het IAO-Verdrag nr. 1 over de arbeidsduur erdoor joeg.

Vraag is of België zich ook vandaag nog een goede leerling kan noemen van de IAO. Vast staat dat de complexe staatsstructuren de snelheid van de bekrachtiging van IAO-verdragen niet heeft verhoogd. Vele van die verdragen behoeven zowel de bekrachtiging van de federale staat als van de Gewesten en de Gemeenschappen. Termijnen van tien jaar voor bekrachtiging voor een verdrag waarachter iedereen zich zonder moeite kan scharen, zijn daarom geen uitzondering (bijvoorbeeld het Verdrag nr. 168 over werkloosheid van 1988). Vooraleer de invloed van de IAO op het Belgisch arbeidsrecht thematisch na te gaan, past het daarom het ratificatiegedrag van België te ontleden.

§ 2. De ratificaties van de internationale normen door België

België behoort inzake ratificaties tot de goede middenmoot met 83 bekrachtigingen waarvan nog 70 actueel zijn. Uiteraard werden de recentste normen die betrekking hebben op onder meer de kinderarbeid (182), de private arbeidsbemiddeling (181) en de thuisarbeid (177) nog niet geratificeerd. Doch ook belangrijke verdragen zoals dit over de deeltijdse arbeid (175 van 1994), dit op de voorkoming van zware industriële ongevallen (174 van 1993), over de bescherming tegen insolvabiliteit van de werkgevers (173 van 1992), en in verband met de werkgelegenheid (168 van 1988), werden vooralsnog niet bekrachtigd door België. De laatste verdragen bekrachtigd door België dragen immers de nummers, 148, 129, 139, 154, 162 en

171. Het blijkt dus dat de Belgische instanties inzake de ratificatie van de meest recente verdragen problemen kennen.

Deze problemen zijn niet nieuw. In 1960 had België op een totaal van 114 verdragen er 59 bekrachtigd, verhoudingsgewijs is er nauwelijks een verschil tussen toen en nu.[1]

De hoger vermelde cijfers zijn echter geenszins representatief voor de getrouwheid van België aan de principes van de internationale normen van de IAO: een constante in de Belgische praktijk is immers te wachten tot de principes vervat in het verdrag opgenomen zijn in het Belgisch recht alvorens een verdrag te bekrachtigen.[2]

Het bekrachtigd IAO-verdrag verbindt in principe de Staten slechts tot het conform maken van hun nationale wetgeving, tenzij men voor normen staat die door hun duidelijkheid onmiddellijke toepassing vereisen. In de praktijk zal de Belgische wetgever alvorens het verdrag goed te keuren eerst het intern recht aanpassen.[3] De voorkeur die gegeven wordt aan deze methode van uitdrukkelijke opname van de internationale normen in het intern recht volgens de methoden en de gewoonten eigen aan de Staten, houdt verband met de doelstellingen van de IAO zelf die inhouden dat elke toepassing van de normen in de Staten bij voorkeur bewerkstelligd wordt door de dialoog tussen de drie partners, de Staten zelf, de vakbondsorganisaties en de organisaties van werkgevers. Ook de IAO zelf geeft de voorkeur aan deze techniek boven deze van de rechtstreekse werking van bekrachtigde verdragen zonder omzetting in het intern recht.[4] Dit heeft echter tot gevolg dat sommige verdragen niet worden bekrachtigd zolang bepaalde detailwijzigingen niet daadwerkelijk werden ingevoerd in de Belgisch wetgeving. Een voorbeeld hiervan is het Verdrag nr. 95 van 1949 betreffende de bescherming van het loon waar men de Wet van 8 april 1965 moest afwachten voordat het verdrag, dat praktisch integraal werd omgezet, bekrachtigd kon worden.[5]

Het voordeel van deze volledige omzetting is dat de Belgische wetgeving aldus extra beschermd is tegen eenzijdige opzegging van het verdrag door de uitvoerende macht. De wisselwerking tussen de interne wet en het omgezette verdrag houdt tevens in dat de wet niet zonder meer kan gewijzigd worden. IAO-verdragen kunnen in principe slechts om de tien jaar opgezegd worden. In België werd aldus verhinderd dat men in de jaren dertig terugkwam op de achturenwet van 1921, wegens de

---

1 C. GILLON, "Les conventions internationales du travail non ratifiées par la Belgique", *Progrès Social* 1960, 3.

2 A. BEIRLAEN, "De conventies van de internationale arbeidsorganisatie en de Belgische rechtssfeer: een betreurenswaardige toestand", *R.W.* 1973, 1986.

3 L.-E. TROCLET en E. VOGEL-POLSKI, "L'influence des conventions internationales du travail sur la législation sociale de Belgique", *R.I.T.* 1968, 435; A. JEAMMAUD, "Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail", *Droit social,* 1986, 403.

4 CHR. DENEVE, "Invloed van de Internationale Arbeidsorganisatie op de Belgische rechtsorde, *T.S.R.* 1995, 352.

5 CHR. DENEVE, "De toepassing van de loonbeschermingswet op de ambtenaren.", *Soc. Kron.* 1991, 169.

bekrachtiging van de conventie nr. 1 inzake de arbeidsduur die belette dat men de idee van de achturendag en de 48-urenweek vervat in de wet van 1921, op het nationaal vlak in vraag stelde.[6]

§ 3. Recht op arbeid

Aan het recht op arbeid zoals dit thans in de Grondwet meer bepaald in artikel 23 werd opgenomen, wordt in België een zeer traditionele uitleg gegeven die rechtstreeks voortvloeit uit vaste IAO-rechtspraak. Het eigenlijk *recht op arbeid* wordt door de Statuten van de IAO niet weerhouden in tegenstelling tot artikel 23, par. 1, van de Universele verklaring van de Rechten van de Mens,[7] tot artikel 6, par. 1 van het Internationaal Pact betreffende de economische, sociale en culturele rechten van 16 december 1966 van de Verenigde Naties[8] en tot de Verklaring van de Verenigde Naties van 1969 over de sociale vooruitgang en ontwikkeling.[9] Het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling inzake het recht op arbeid, houdt verband met de controverse die bestond tussen de socialistische landen (het vroegere Oostblok) en een deel van de vakbonden enerzijds en het westers blok anderzijds. De eersten stonden een absoluut recht op arbeid voor, de tweeden opteerden voor de vrije keuze van arbeid. De IAO nam uiteindelijk een gematigde positie in over het recht op arbeid en erkent dat dit recht niet absoluut is. Weliswaar geldt de vrije keuze van arbeid (verbod van dwangarbeid) en bovendien een objectief van volledige tewerkstelling. Elke Lidstaat moet een actieve werkgelegenheidspolitiek voeren en bij de uitwerking van economische en sociale politieke opties de gepaste maatregelen daartoe uitwerken in samenwerking met de sociale partners.[10] De Belgische Regering sluit bij deze stellingname aan zoals blijkt uit haar standpunt over het recht op arbeid bij de totstandkoming van de Aanbeveling nr. 169 betreffende de werkgelegenheidspolitiek van 1984: "*...la reconnaissance du droit au travail-qui n'est inscrit ni dans la Constitution ni dans le droit du travail belge-n'implique pas pour l'Etat l'obligation de fournir un travail à toute personne désireuse de travailler, mais bien celle de tout mettre en oeuvre pour atteindre cet objectif et, sinon, d'assurer la protection contre le chômage involontaire...*".[11]

---

6 B. DUBOIS, met medewerking van A. TAGHON, "Impact van het Europees en het internationaal recht op het Belgisch Sociaal Recht", *T.S.R.* 1987, 532.

7 In die paragraaf wordt gesteld dat: "*Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage*".

8 Artikel 6, par. 1 van het pact stelt dat: "*Les Etats parties au présent pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.*"

9 Artikel 6: "*Le développement social exige que chacun soit assuré du droit au travail et au libre choix de son emploi.*".

10 J. MAYER, "La notion de droit au travail dans les normes internationales et dans la législation des Etats Membres de l'O.I.T.", *R.I.T.* 1985, 252.

11 I.A.B., *Politique de l'emploi*, Conférence internationale du Travail , 69ième session, 1983, rapport VI (2), 24.

De volgende opmerkingen van de Commissie van deskundigen voor de toepassing van de verdragen en aanbevelingen (COD), houden verband met deze omschrijving van het begrip recht op arbeid. Een eerste bemerking van de COD gold het Verdrag nr. 105 van 1957 tot afschaffing van de dwangarbeid, door België in 1961 bekrachtigd.[12] Het betreft het bestaan van strafsancties ten aanzien van zeelieden die tekortkomingen vertonen op gebied van discipline (artikelen 10, 22 en 25 van de wet van 5 juni 1928 houdende herziening van het Tucht- en Strafwetboek voor de Koopvaardij en Zeevisserij en artikel 30*ter* van het Strafwetboek). In haar laatste verslagen aan de COD laat de Belgische Regering eindelijk weten dat een wetsontwerp werd bezorgd aan de minister van justitie tot opheffing van de artikelen 10, 22 en 25. De artikelen 26, 27 en 28 die inbreuken betreffen die de veiligheid van het schip in gevaar brengen zouden behouden blijven. De COD is het hier slechts mee eens in zover alle bepalingen uit de artikelen 26, 27 en 28 die geen betrekking hebben op het in gevaar brengen van het schip of van personen eveneens opgeheven worden (zie reeds de paragrafen 117 en 119 van de overzichtsstudie inzake dwangarbeid van de COD van 1979).

Recht op arbeid, op vrij gekozen arbeid houdt ook in dat vrij een einde kan gesteld worden aan de lopende arbeidsovereenkomst. Ook het recht op ontslag is dus primordiaal. Traditioneel druist de bescherming van de werknemer tegen willekeurig ontslag in tegen het idee van vrij ondernemerschap dat de werkgever toelaat elke werknemer met een redelijke opzeggingstermijn te ontslaan.[13] De huidige visie van de IAO over het recht op ontslag vindt men reeds terug in de Aanbeveling nr. 119 van 1963 waarin algemene normen werden opgenomen over het ontslag en een aantal bijzondere regels in verband met de vermindering van het personeel.

Als algemene regel wordt gesteld dat een werkgever een werknemer niet mag ontslaan zonder geldige redenen te wijten aan de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of aan de noodwendigheden van de werking van de onderneming, de instelling of de dienst. De aanbeveling vernoemt een aantal redenen die niet geldig zijn, onder meer de echtelijke toestand of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd,[14] de aansluiting bij een vakbond, de uitoefening van syndicale activiteiten of van een syndicaal mandaat.

De werknemer die ten onrechte werd ontslagen dient binnen een redelijke termijn en met bijstand van een vertegenwoordiger, een beroep te kunnen indienen bij een onafhankelijke instantie of rechtbank. Die laatste moet zich binnen een redelijke termijn kunnen uitspreken.

Ook dringende redenen, opzeggingstermijnen, arbeidscertificaten en bescherming van het inkomen bij het ontslag worden behandeld in de aanbeveling. In bepaalde landen heeft men het ontslag af laten hangen van de voorafgaandelijke toelating vanwege de openbare overheid of de voorafgaandelijke raadpleging van de onder-

---

[12] COD, individuele opmerkingen, 1998, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[13] E. YEMIN, "La sécurité de l'emploi. Influence des normes de l'O.I.T. et tendances récentes", *R.I.T.* 1976, 17.

[14] Deze bepalingen hebben de Belgische wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten beïnvloed, zoals blijkt uit de voorbereidende werken: *Parl. St.* Kamer 1968-1969, 270-7, 18.

nemingsraad voorgeschreven. Dit vormde voor de COD een inbreuk op de vrije keuze van arbeid en het recht op ontslag.[15] In andere landen werd vastgelegd dat de werkgever bij elke verdere betwisting niet mag afwijken van de motieven die hij vermeld heeft in de opzeggingsbrief. In België is zoals geweten slechts de inroeping van de algemene en moeilijk te bewijzen rechtsfiguur van het "rechtsmisbruik" mogelijk en voor werklieden de willekeurige afdanking bedoeld in artikel 63 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978. Het principe van de willekeurige afdanking houdt in dat de werkgever moet bewijzen dat de afdanking niet willekeurig is volgens de criteria die in eerste instantie uitgewerkt werden door de IAO. Door de omkering van de bewijslast, beantwoordt deze bepaling aan de doelstelling van de Aanbeveling nr. 119.

Benevens deze algemene bepalingen zijn in het Belgisch recht nog een aantal specifieke bepalingen te vermelden zoals de bescherming van vakbondsafgevaardigden[16] en van leden die de werknemers vertegenwoordigen in de ondernemingsraad[17] alsmede de moederschapsbescherming.[18] De principes inzake bijkomende bescherming tegen ontslag voor deze werknemers zijn conform aan de IAO-normen. Daarentegen is de herplaatsing van de werknemer in de onderneming die door de IAO als het meest doeltreffende middel wordt aangewezen,[19] in de Belgische wetgeving slechts voorzien in de bijzondere procedure ten voordele van de vertegenwoordigers van de werknemers in de ondernemingsraad, bovendien bestaat ook daar nog de mogelijkheid van compensatoire vergoeding.

Voor de collectieve vermindering van personeel werden een aantal regels vastgelegd die de voorafgaandelijke raadpleging van de vertegenwoordigers van de werknemers voorschrijven en de verplichte kennisgeving ervan aan de openbare overheid. Op dit punt is de aanbeveling de voorganger geweest van de Richtlijn van 17 februari 1975 (EU) en van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 24 van 2 oktober 1975 betreffende de procedure van inlichting en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers met betrekking tot het collectief ontslag.

In 1982 kwam een verdrag tot stand over het ontslag, het Verdrag nr. 158, aangevuld met de Aanbeveling nr. 166. In vergelijking met de Aanbeveling nr. 119 verruimt het Verdrag nr. 158 de bescherming van de werknemers op verscheidene punten: het houdt in dat ontslagen gemotiveerd om de volgende redenen verboden zijn. Voor-eerst de reeds vermelde redenen bepaald in de Aanbeveling nr. 119, verder ook nog de ontslagen omwille van redenen die een miskenning inhouden van de gelijke behandeling ongeacht onder meer kleur, ras, ideologie, geslacht, godsdienst, nationale of sociale afkomst. Ook familiale verantwoordelijkheden en afwezigheden wegens zwangerschapsrust, ongeval of ziekte mogen niet in aanmerking genomen worden voor de motivatie van het ontslag. In beginsel moet de werkgever aan de

---

[15] COD, 81ste zitting, 1994, 131, Nederland, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[16] CAO nr. 5 van 24 mei 1971 betreffende het statuut van de syndicale afvaardiging van het personeel van de onderneming.

[17] Wet van 19 maart 1991, art. 2, § 1.

[18] Arbeidswet van 16 maart 1971, art. 40.

[19] E. YEMIN, *l.c.*, 29.

werknemer de mogelijkheid bieden zich te verdedigen alvorens hem te ontslaan wegens zijn gedrag of arbeidsprestaties. Ook bij ontslag omwille van disciplinaire redenen is deze voorafgaandelijke verdediging voorgeschreven, zoals blijkt uit de opmerkingen van de COD van 1992 en 1994 tegenover Spanje.[20]

In geval van beroep tegen ontslag moet de bewijslast van de geldige aard van het ontslag bij de werkgever berusten ofwel moet de rechtbank in billijkheid uitspraak kunnen doen op grond van de elementen voorgelegd door alle partijen, zonder dat de werknemer de bewijslast moet dragen, zoals het geval is in België voor bedienden. Tenslotte zal bij elk ontslag wegens economische, technologische, structurele of gelijkaardige redenen of bij ontslag van een nationaal te bepalen aantal werknemers om die redenen, de vertegenwoordiging van de werknemers geïnformeerd worden over de feiten zelf en geconsulteerd worden over eventueel te nemen maatregelen om de ontslagen te vermijden. Deze ontslagen worden vooraf medegedeeld aan de bevoegde nationale overheden.

De Aanbeveling nr. 166 somt onder de verboden motieven voor ontslag ook de leeftijd en de onderbreking van de arbeidsovereenkomst wegens militaire verplichtingen op. Verder behandelt zij hoofdzakelijk de voorwaarden voor de raadpleging van de vertegenwoordigers van het personeel.

Dit Verdrag nr. 158 werd nooit bekrachtigd door België. Een van de problemen houdt verband met de motivering van het ontslag die niet voorgeschreven is en met de verdeling van de bewijslast bij ontslag, die voor bedienden éénzijdig bij de bediende zelf ligt.[21]

België is inzake de bescherming bij ontslag dus niet de beste leerling. In een specifiek geval stelde de COD vast dat het ontslag van beroepsofficieren en onderofficieren afhing van het aantal jaren dat zij verbonden waren aan het Belgisch leger, als tegenprestatie voor het (gratis) volgen van een (betaalde) vorming. De COD acht deze praktijk slechts toegelaten voor zover de verhouding tussen de genoten voordelen en het tijdelijk ontslagverbod, redelijk blijft. In 1994 bleek uit statistieken over het aantal aanvaarde ontslagen van officieren en onderofficieren, dat voor officieren 2 weigeringen op een goede 70 aanvragen waren geteld. Voor onderofficieren bedroegen die cijfers, 17 weigeringen op ongeveer 670 aanvragen.[22]

§ 4. De huisarbeid

De huisarbeid werd geregeld met het Verdrag nr. 177 en de Aanbeveling nr. 184 betreffende de huisarbeid van 1996. Hieronder wordt verstaan de arbeid die regelmatig verricht wordt tegen vergoeding in de woning of in aanverwante lokalen, om producten of diensten te verwezenlijken die beantwoorden aan de specifieke kenmerken bepaald door de werkgever en dit ongeacht de herkomst van de produc-

---

[20] COD, 79ste zitting, 1992, 540, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[21] COD, 81ste zitting, 1994, Rapport III, deel 4B, 131 en 369, zie ook www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[22] COD, 81ste zitting, 1994, individuele opmerking bij het Verdrag nr. 29 betreffende dwangarbeid van 1930, bekrachtigd door België in 1944, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

tiemiddelen. Weliswaar kan de betrokkene op grond van de nationale wetgeving en in functie van zijn autonomie en economische onafhankelijkheid beschouwd worden als zelfstandige. Eén van de belangrijkste principes uit het verdrag dat uitgevoerd moet worden door de verdragsluitende Staten, is dat van de gelijke behandeling met andere werknemers inzake de arbeidsvoorwaarden en de sociale zekerheid. Verder wordt de nadruk gelegd op de veiligheid en gezondheid van het werk.

Het verdrag en de aanbeveling hebben ongetwijfeld een nieuwe impuls gegeven aan het in België reeds langer sluimerend debat over een volwaardig statuut voor de huisarbeider. Het totstandkomen van de wet in 1996 is geen toeval. Anderzijds is het nieuw verdrag vrij algemeen, het is voor de Lidstaten gemakkelijker om eigen accenten te leggen. De band tussen het verdrag en de nationale wetgeving is dan ook moeilijker aan te tonen. Het verdrag is duidelijk een tekst met enkele grote principes die uitgevoerd moeten worden volgens de nationale gebruiken. In die zin onderscheidt het zich van de gedetailleerde verdragen van de jaren tachtig.

De Belgische wetgeving, ingevoerd met de Wet van 6 december 1996 (zie Titel VI van de Wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten), moet dan ook eerder vergeleken worden met de Aanbeveling nr. 184. Deze aanbeveling herhaalt de definitie van huisarbeider en schrijft daarna een reeks modaliteiten voor die gedeeltelijk in de Belgische wetgeving terug te vinden zijn. Vooreerst de garanties inzake de toepassing van het Belgisch arbeidsrecht en sociaal zekerheidsrecht. Die worden bereikt door de opname van de nieuwe bepalingen in de wet op de arbeidsovereenkomsten. De huisarbeiders zijn naargelang zij hoofdzakelijk handenarbeid of hoofdarbeid verrichten, werklieden of bedienden. De nieuwe wetgeving voorziet tevens een aantal bijzondere verplichtingen die ook in de aanbeveling terug te vinden zijn. Voorbeelden daarvan zijn de verplichtingen van de werkgever, de schriftelijke vaststelling van de arbeidsovereenkomst, met een reeks bepalingen over de hoogte van het loon, over de kosten en de arbeidsregeling, alsmede zekere garanties bij arbeidsongeschiktheid en afdanking.

§ 5. Kinderarbeid en arbeid van jeugdige werknemers

In 1999 werd een nieuw Verdrag nr. 182 opgesteld over de kinderarbeid, samen met een Aanbeveling nr. 190. Het kende in het eerste jaar van inwerkingtreding reeds 27 bekrachtigingen. Dit verdrag kwam tot stand omwille van de aanhoudende en toenemende klachten over kinderarbeid als gevolg van de groeiende globalisering met miskenning van de meest elementaire mensenrechten, waarvan kinderen het voornaamste en eerste slachtoffer zijn. Vorige verdragen over kinderarbeid zoals het Verdrag nr.138 van 1973, kenden weinig succes en werden door vele landen als te gedetailleerd en te complex bestempeld.

Het Verdrag (nr. 138) en de Aanbeveling (nr. 146) over kinderarbeid van 1973 hergroeperen een aantal vroegere verdragen die onder meer een verschillende leeftijd om de arbeid aan te vatten voorzagen naargelang van de sector van tewerkstelling: industrie, handel, landbouw, ondergrondse arbeid of zeevaart. Het Verdrag nr. 138 bepaalt als algemene toegangsvoorwaarde voor het arbeidsproces in brede zin,

de leeftijd van 15 jaar. Als arbeid of tewerkstelling wordt elke activiteit beschouwd van economische aard, ongeacht de juridische kwalificatie ervan. Ook zelfstandige arbeid valt onder het verdrag. Het verbod van kinderarbeid wordt in België geregeld in de artikelen 6 en 7 van de Arbeidswet van 16 maart 1971. Elke arbeid of werkzaamheid buiten het kader van hun opvoeding of vorming door minderjarigen beneden de 15 jaar of die nog aan de voltijdse leerplicht onderworpen zijn is verboden. De wijzigingen van 1992[23] houden rekening met het Verdrag nr. 138 betreffende de minimumleeftijd van toegang tot de arbeidsmarkt en met het Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind van de Verenigde Naties.[24] Zoals in het Verdrag nr. 138 kan de inspectie van de sociale wetten van het Ministerie van Arbeid en Tewerkstelling individuele afwijkingen voor een bepaalde tijd en voor een bepaalde werkzaamheid toestaan, voor zover de bedoelde activiteiten geen nadelige invloed kunnen hebben op de ontwikkeling van het kind op pedagogisch, intellectueel of sociaal vlak en zijn fysieke, psychische of morele integriteit niet in gevaar brengen,[25] noch schadelijk zijn voor enig aspect van zijn welzijn.

De COD geeft sinds enige jaren opmerkingen over het al dan niet aanwezig zijn van maatregelen voor jongeren van meer dan 16 jaar om per bedrijfstak een aangepaste vorming of beroepsopleiding te voorzien, vooraleer de jongeren effectief in het beroepsleven te integreren. De COD vroeg in 1997 eveneens aan te tonen welke bepalingen betrekking hebben op werken die de moraliteit van werknemers van minder dan 18 jaar in het gevaar kunnen brengen. In tegenstelling tot voormeld verdrag wordt zelfstandige arbeid niet bedoeld in de Arbeidswet. Door de regering werd in dit verband aan de COD geantwoord dat de minimumleeftijd om handel te bedrijven, 18 jaar en voor kunstenaars, 16 jaar, bedraagt.[26]

In vergelijking met het Verdrag nr. 138 zijn er in het Verdrag nr. 182 een aantal innovaties. Vooreerst het feit dat de bepaalde familiale activiteiten niet uitgesloten zijn. Het betreft met name deze activiteiten zoals die van dienstboden die in vormen van dienstbaarheid en afhankelijkheid worden uitgeoefend. Inderdaad ligt de nadruk in de nieuwe instrumenten op de extreme vormen van kinderarbeid, met name slavernij, prostitutie, pornografie, illegale activiteiten, en in het algemeen op alle vormen van arbeid, zoals bepaald door de nationale wetgever, die de gezondheid, de veiligheid, en de moraal van de kinderen in gevaar kunnen brengen. Voorkoming van kinderarbeid is een ander sleutelelement van de nieuwe instrumenten, ook door bevrijding van kinderen waarbij deze niet als zozeer als slachtoffer, maar als actor worden beschouwd waarvan de medewerking noodzakelijk is. Tenslotte wordt de nadruk gelegd op de onderlinge bijstand tussen de betrokken staten.

Ook voor jeugdige werknemers tussen 16 en 18 jaar bepaalt het Verdrag nr. 138 leeftijdsgrenzen die vrij getrouw overgenomen zijn in de Belgische reglementering.

---

[23] Wet van 5 augustus 1992, *B.S.* 28 augustus 1992.

[24] Verslag namens de Commissie voor de sociale zaken, *Parl. St.* Kamer, B.Z., 1991-1992, nr. 414/4, 3.

[25] COD, 79ste zitting, 1992, 81ste zitting, 1994 en 84ste zitting, 1997, individuele opmerking over het Verdrag nr. 138 over de kinderarbeid van 1973; zie ook www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[26] COD, 79ste zitting, 1992, en 81ste zitting, 1994, individuele opmerking over het Verdrag nr. 138 over de kinderarbeid van 1973, bekrachtigd door België in 1988, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

Aldus wordt in artikel 3 van het verdrag gesteld dat de leeftijd op 18 jaar (of 16 volgens de door de nationale overheid ingenomen optie) wordt gebracht voor werken vastgesteld door de nationale overheden die de gezondheid, veiligheid of moraliteit van jeugdige werknemers in gevaar kunnen brengen. In de Aanbeveling nr. 146 zijn eveneens een aantal arbeidsvoorwaarden voor jongeren vastgesteld onder meer door het opleggen van een medisch toezicht bij de aanwerving en nadien periodiek, en door het verbod van ondergrondse arbeid. Ook wordt bijzondere aandacht gevraagd voor de loonvoorwaarden, de arbeidsduur, de rusttijden, de jaarlijkse vakantie, de sociale zekerheid en de veiligheid en de hygiëne bij de arbeid.

Tenslotte worden in het Verdrag nr. 138 een aantal bepalingen over de controle opgenomen, over de te treffen maatregelen en over de sancties bij misbruiken, alsmede over het bijhouden van een register waarin de jeugdige werknemers die arbeid of werk verrichten moeten ingeschreven worden.[27]

In verband met dit verdrag vroeg de Commissie van onafhankelijke deskundigen in 1997 bijkomende inlichtingen omtrent de adviesraad voor de kinderarbeid op te richten in uitvoering van voormelde wet van 1992, meer bepaald over de samenstelling, de werking van die raad en de bekomen resultaten. Zoals men weet is deze raad nog niet samengesteld. Ook vraagt de COD meer inlichtingen over de toepassing op kinderen van de individuele toelatingen voor het verrichten van onder meer activiteiten in de showwereld, fotografie, mode, enz. Over nachtarbeid maakte de COD de opmerking dat de nacht begint op 22 uur en niet op 23 uur zoals thans voorzien voor jeugdige werknemers ouder dan 16 jaar in de Arbeidswet van 16 maart 1971.[28]

§ 6. Arbeidsduur

De grondprincipes van de Belgische wetgeving inzake arbeidsduur spruiten voort uit de opeenvolgende verdragen van de IAO en in de eerste plaats uit het Verdrag nr. 1 dat het principe huldigde van de acht uren dag, die de leuze driemaal acht (acht uren arbeid, acht uren slaap en acht uren ontspanning), waar de sociale beweging uit de vorige eeuw voor geijverd had, waar heeft gemaakt.[29] Een omschrijving van het begrip arbeidsduur vindt men in het Verdrag nr. 1 niet terug. Op algemene wijze wordt de achturendag en de achtenveertig-uren-week vooropgesteld. In de Arbeidswet daarentegen is de arbeidsduur omschreven als de tijd gedurende welke het personeel ter beschikking staat van de werkgever.[30] Deze definitie werd nochtans eveneens overgenomen uit de werkzaamheden van de IAO, met name deze van de Conferentie van Londen van 1926, waar de arbeidsduur werd bestempeld als de tijd gedurende welke het personeel ter beschikking staat van de werkgever, met uitzon-

---

[27] COD, 84ste zitting, 1997, individuele opmerking, Verdrag nr. 138 van 1973, bekrachtigd door België in 1988, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[28] COD, 77ste zitting, 1990, en 81ste zitting, 1994, individuele opmerking over het Verdrag nr. 6, nachtarbeid in de industrie voor kinderen van 1919, bekrachtigd door België in 1924, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[29] CHR. DENEVE, *Internationaal sociaal recht,* reeks Arbeidsrecht, onder leiding van R. BLANPAIN, Brugge, Die Keure, 1995, nr. 126.

[30] Artikel 19, tweede lid van de Arbeidswet van 16 maart 1971.

dering van de rusttijden die uitgeplakt werden, die niet beschouwd werden als werkelijke arbeidsduur.[31] Overigens vindt men in de Aanbeveling nr. 116 van 1962 een gelijkaardige definitie van de arbeidsduur.

De grondprincipes van onze wetgeving op de arbeidsduur mogen wel bijna letterlijk uit de IAO-normen overgenomen zijn, dit belet niet dat sommige bepalingen, zoals de soepele wetgeving ingevoerd in de jaren tachtig vragen doen oprijzen bij de IAO. Een vroeg voorbeeld van soepele grenzen van de arbeidsduur, aangepast aan de normen van het machinepark, waren de 'Experimenten Hansenne' begrepen in het koninklijk besluit nr. 179 van 30 december 1982 en de wet van 17 maart 1987 houdende nieuwe arbeidsregelingen. Deze eerste wijzigingen werden op scherpe kritiek van de IAO onthaald. Het Koninklijk Besluit nr. 179 van 30 december 1982 voorzag de mogelijkheid om binnen een onderneming trilaterale (medeondertekening en controle van de inhoud door de minister) regelingen (onder andere door de vermindering van de arbeidsduur en van het loon) te treffen, met directe tussenkomst van de werknemers en zonder raadpleging van de vertegenwoordigers van de werknemers (bij gebrek aan vakbondsafvaardiging) en met afwijking van de hogere beschermende normen. Na een bezwaarschrift van het ABVV, werden de modaliteiten van dit besluit door het Comité voor syndicale vrijheid verworpen onder meer wegens inbreuk op het Verdrag nr. 1. De zaak werd afgesloten met het uitdrukkelijk verzoek voor elke conventie in het kader van de experimenten Hansenne de Verdragen nrs. 1, 6, 14 en 48 na te leven en van elke conventie een afschrift te bezorgen aan het Internationaal Arbeidsbureau.

Zoals men weet werd het voorlopig stelsel uitgewerkt in het Koninklijk besluit nr. 179 uiteindelijk definitief opgenomen in de Wet van 17 maart 1987 houdende nieuwe arbeidsregelingen.[32] Deze wet knoopt terug aan bij het klassieke collectieve overleg, zoals dat vastgelegd werd in de Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités.[33] Ze gaf nochtans eveneens aanleiding tot een opmerking van de Commissie van onafhankelijke deskundigen. Deze vermeldt dat de nieuwe wet in strijd is met het Verdrag nr. 1 van 1919 op volgende punten: de mogelijke afwijking van de dagelijkse en wekelijkse arbeidsduur zonder boven de 12 uur te komen per dag, op voorwaarde dat een gemiddelde wordt nageleefd over een periode van maximum een jaar. De normale maxima per dag en per week mogen volgens de COD op grond van artikel 5 van het Verdrag nr. 1 slechts overschreden worden in bijzondere bedrijfstakken omwille van technische redenen of van seizoenarbeid. De COD merkt tevens op dat de verlenging van de daggrens boven de twaalf uur in strijd is met de artikelen 2, b en 6 van het verdrag.[34]

---

[31] N. DAENEN, o.c., 21.

[32] Comité voor syndicale vrijheid, *Bull. off. B.I.T.*, vol. LXVI, 1983, série B, nr.3, 65 en COD, Rapport III, 226.

[33] M. JAMOULLE, *Seize leçons sur le droit du travail,* Liège, Fac. de droit de l'U.L., 1994, 235.

[34] COD, 77ste zitting, 1990, en 81ste zitting, 1994, individuele opmerking over het Verdrag nr. 1 van 1919 betreffende de arbeidsduur in de industrie, door België bekrachtigd in 1926, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

Met het oog op de rapportering van 2000 gaf de Belgische regering het laconieke antwoord dat de wetgeving van 1987 werd opgesteld na akkoord van de sociale partners en de flexibilisering inhoudt van de arbeidsduur in functie van de economische context. De COD verwees naar haar overzichtsstudie van 1967 (paragraaf 142) en stelde uitdrukkelijk dat: "... *qu'en admettant de manière générale le recours au calcul en moyenne de la durée normale du travail les dispositions de la loi de 1987 relative à l'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises sont résolument contraires aux dispositions de l'article 5 de la convention. La commission encourage le gouvernement à tenir compte de ses commentaires pour prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la conformité de la réglementation*".[35]

Dit voorbeeld toont aan, zoals ook blijkt uit de problematiek van de nachtarbeid voor vrouwen, dat de arbeid opnieuw een waar geworden is, vatbaar voor commercialisering. Onder druk van de economische crisis hebben meerdere Lidstaten hun wetgeving versoepeld, aan de economische omstandigheden aangepast. Om de hoge concurrentiedruk te weerstaan werden de arbeidsvoorwaarden op een aanzienlijke wijze in neerwaartse zin gewijzigd. Ook de IAO ontsnapt niet aan deze tendens. Opnieuw de nachtarbeid, maar ook het openstellen van de arbeidsbemiddeling voor de private bemiddelaars, werken het aanbieden van arbeid als koopwaar in de hand. Zeer recent werd daarom door de IAO een nieuwe campagne gestart in tegengestelde zin, de campagne voor "*decent work*".[36]

§ 7. Loonbescherming

De Wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon werd in zeer grote mate beïnvloed door de IAO, in zoverre dat de wet op bepaalde punten een bijna letterlijke overname is van het Verdrag nr. 95 betreffende de bescherming van het loon, bijvoorbeeld in artikel 2, dat de definitie geeft van het begrip loon. In de memorie van toelichting wordt zowel verwezen naar het Verdrag nr. 95 als naar het Verdrag nr. 99 betreffende de methodes tot vaststelling der minimumlonen in de landbouw.[37] De Belgische rechtspraak en rechtsleer houden echter onvoldoende rekening met deze verdragen bij de uitleg van de wet.[38]

Bij Wet van 10 juli 1998 werden de voorwaarden bepaald waaronder winstdeelnemingen niet als loon worden beschouwd.[39] De winstdeelneming werd omschreven als elk in geld waardeerbaar voordeel, ongeacht de benaming ervan, toegekend door de werkgever aan de werknemer of ten laste van deze laatste, dat direct verbonden is

---

[35] COD, 87ste zitting, 2000, individuele opmerking over het Verdrag nr. 1 van 1919 betreffende de arbeidsduur in de industrie, door België bekrachtigd in 1926, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[36] CHR. DENEVE, *De mondialisering van de arbeidsverhoudingen. De IAO in het geweer, Sociaal jaarboek 2000.*

[37] *Parl. St.* Kamer, 1962-63, nr. 471-1, 1.

[38] CHR. DENEVE, "De loonbeschermingswet in de openbare sector", *Soc. Kron.*, 1991, 341.

[39] *B.S.* 19 augustus 1998.

aan de winsten van deze onderneming. Dergelijke vormen van beloning worden niet expliciet bedoeld in het Verdrag. In artikel 1 wordt nochtans een zeer ruime definitie ervan gegeven die ook winstdeelnemingen onder het verdrag doen vallen: "*Aux fins de la présente convention, le terme* salaire *signifie, quels qu'en soient la dénomination ou le mode de calcul, la rémunération ou les gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés par accord ou par législation nationale, qui sont dus en vertu d'un contrat de louage de services, écrit ou verbal, par un employeur à un travailleur, soit pour le travail effectué ou devant être effectué, soit pour les services rendus ou devant être rendus.*". De Wet van 12 april 1965 neemt deze definitie praktisch over: artikel 2, 3°"... de in geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever". Dergelijke voordelen zoals de winstdeelnemingen maken dus ook voor de IAO deel uit van het loonbegrip en zijn in principe onderhevig aan de sociale zekerheid, tenzij een specifieke wetgeving anders voorziet.

In haar rapport van 1999 maakte de COD een opmerking naar aanleiding van een vraag van België over de niet-indexering van de lonen of het voorzien van lonen die zich situeren onder het voorgeschreven gemiddeld minimum maandinkomen. België vroeg of dit toegelaten is voor de toepassing van het Verdrag nr. 26. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, had in haar rapport van 1997 ten aanzien van België daar immers op aangedrongen.[40] De COD stelde terecht dat het verdrag de wijze waarop de minimumlonen worden vastgelegd bepaalt, maar niet de hoogte van het minimumloon. Dat wordt bepaald door de regeringen en de sociale partners. Het mag volgens de economisten niet hoger liggen dan het zogenaamde "*salaire d'équilibre*". Overigens vraagt de COD meer inlichtingen over de voorgenomen maatregelen.[41] In hetzelfde rapport van 1999 vraagt de COD ook bijkomende inlichtingen over de toepassing van het Verdrag nr. 99 in de landbouwsector.[42]

§ 8. Gelijke behandeling van vrouwen en mannen

In het Verdrag van Versailles komt een algemene bepaling voor, artikel 23, waar de vrouw en de man voor het eerst in een internationale tekst als gelijk rechtssubject worden beschouwd.[43] Niet alleen worden in dit artikel 23 rechten voor de vrouw en ook voor het kind gecreëerd gelijk aan die van de man. Ook de toepassing ervan in alle landen waarmee men handelsbetrekkingen heeft, wordt in het vooruitzicht gesteld.

---

[40] Comité d'examen des situations économiques et des problèmes de développement, ECO/EDR(97)3;

[41] COD, 86ste zitting, 1999, individuele opmerking over het Verdrag nr. 26 over de methodes tot vaststelling van de minimumlonen van 1928, bekrachtigd door België in 1937, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[42] COD, 86ste zitting, 1999, individuele opmerking over het Verdrag nr. 99 over de methodes tot vaststelling van de minimumlonen van 1951 (landbouw), bekrachtigd door België in 1968, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[43] L.E. TROCLET, *La femme devant le droit social international*, Parijs, Fernand Nathan, 1975, 42.

Na de tweede wereldoorlog werd in de Aanbeveling nr. 71 over de organisatie van de tewerkstelling tijdens de overgangsperiode van oorlog naar vrede, andermaal sterk de klemtoon gelegd op de volstrekte gelijkheid tussen mannen en vrouwen, wat betreft de toegang tot de tewerkstelling, op grond van hun bekwaamheden en ervaring en op de gelijke beloning volgens de aard van het werk. In een resolutie van de Internationale Arbeidsconferentie van 1947 wordt een en ander nader geformuleerd onder meer door de verwijzing naar bestaande instrumenten over beroepsopleiding, onderwijs, minimumlonen, syndicale vertegenwoordiging en bestaansminima. Deze vorm van discriminatie wordt eveneens bedoeld door het algemeen Verdrag nr. 111 over het verbod van discriminatie. Dit verdrag werd door de COD ingeroepen met betrekking tot het tot mannen beperkt burgerlijk personeel van de diensten voor militaire veiligheid. Het koninklijk besluit van 18 december 1987 heeft deze onrechtmatige toestand opgeheven.[44]

In het Verdrag nr. 100 van 1951 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde vinden de werkzaamheden een voorlopig hoogtepunt. Dit verdrag ligt aan de basis van artikel 141 (het vroegere artikel 119) van het Verdrag van Rome en vandaar van de Belgische wetgeving.[45]

In voormeld artikel 141 wordt onder loon verstaan het gewone basis- of minimumloon of -salaris, en alle overige voordelen in geld of in natura die de werkgever direct of indirect aan de werknemer betaalt op grond van zijn dienstbetrekking. Een gelijkaardige definitie als men vindt in de wet betreffende de bescherming van het loon van 12 april 1965 en in de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 25 van 15 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers. Deze definitie en de techniek om de gelijke beloning te realiseren zijn overgenomen uit de IAO-Verdragen nrs. 95 en 100.[46] De Commissie voor onafhankelijke deskundigen blijft de toepassing van het Verdrag nr. 100 op de voet volgen. Aldus noteert men in het rapport van 1990 en van 1992 dat de regering voornamelijk problemen kende voor de bepaling van de gelijke beloning met de evaluatiecriteria, in deze sectoren waar zogenaamd typische vrouwen- of mannenarbeid bestaat.[47]

Dit kan nauwelijks verwonderen, 10 jaar na dato is er weinig veranderd. De toepassing van aangepaste (analytische) criteria van functieclassificatie[48] stoot vandaag bovendien op de loonnorm. Zonder *geleidelijke* aanpassing van de weerhouden criteria, zouden aanzienlijke loonsverhogingen voor de vrouwen als gevolg van de systematische invoering in de sectoren van een analytische functieclassificatie, een

---

[44] COD, 77ste zitting, 1990, individuele opmerking betreffende het Verdrag nr. 111, discriminatie, 1958, door België bekrachtigd in 1977, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[45] L.E. TROCLET, *o.c.*, 113.

[46] Zie boven § 7.

[47] COD, 77ste zitting, 1990, 79ste zitting, 1992, individuele opmerking over het Verdrag nr. 100 van 1951, bekrachtigd door België in 1962, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[48] COD, 86ste zitting, 1999, individuele opmerking (over de functieclassificatie) betreffende het Verdrag nr. 100 van 1951, bekrachtigd door België in 1962, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

doorbreking van die loonnorm tot gevolg hebben. Anderzijds is er voormeld artikel 141 dat de *onmiddellijke* toepassing vereist van de gelijke behandeling.

De Wet van 7 mei 1999 betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het werk en tot bevorderingen, de toegang tot een zelfstandig beroep en tot de aanvullende regimes van sociale zekerheid,[49] schrijft de gelijke behandeling voor bij de toegang tot de arbeidsmarkt, de selectie, tot het werk en de vorming, ongeacht de sector of de activiteit. De gelijke behandeling wordt ook voorzien voor de arbeidsvoorwaarden en de afdanking, de aanvullende regimes van sociale zekerheid, de toegang tot de sociale zekerheid, de berekening van de prestaties, enz. De wet van 1999 vormt het sluitstuk in het intern recht van de principes van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen zoals die in de IAO sinds 1919 werden ontwikkeld.

§ 9. Vrouwenarbeid

Naast gelijke behandeling zijn er ook een aantal bepalingen in de interne en internationale wetgeving, die gericht zijn op de bescherming van vrouwen op het werk. Twee soorten normen zijn hier belangrijk, nl. die over de moederschapsbescherming en over de nachtarbeid.[50]

A. Moederschapsbescherming.

Het Verdrag nr. 103 van 1952 betreffende de bescherming van het moederschap (herzien) is van toepassing op alle vrouwen tewerkgesteld in de openbare of in de privé sector. In het verdrag wordt een minimumperiode van het moederschapsverlof van twaalf weken vooropgesteld voor alle werkneemsters, waarvan zes te nemen na de bevalling. Deze Overeenkomst schrijft ook een absoluut arbeidsverbod in gedurende de zes weken die volgen op de bevalling. Tijdens dit verlof heeft men recht op een loonsvervangende uitkering van tenminste tweederden van het verloren loon en op kosteloze medische verzorging, gefinancierd door openbare middelen.

Tijdens het moederschapsverlof geldt verder een absoluut ontslagverbod. Zelfs in geval van ernstige tekortkomingen, overmacht of zware fout, mag de werkneemster niet ontslagen worden, vanaf het moment dat ze te kennen geeft zwanger te zijn. Dit verdrag werd door België vrij nauwkeurig overgenomen in de interne wetgeving. Het werd door België nochtans nooit bekrachtigd. Het voorzag immers dat de betaling van de moederschapsuitkeringen door de werkgever zoals in België voor 1990[51] het geval was, niet toegelaten werd omdat dit tot een benadeling zou leiden van de zwangere vrouwen. Een collectieve verzekering drong zich op. Door de opname van de moederschapsverzekering in de ziekte- en invaliditeitsverzekering in 1990 ging

---

[49] *B.S.* 19 juni 1999.

[50] N. DAENEN, *De betekenis van de conventies van de internationale arbeidsorganisatie in de Belgische rechtssfeer*, in samenwerking met A. BEIRLAEN, Brussel, V.U.B., 1975, dl.III, 3.

[51] Programmawet van 22 december 1989, *B.S.* 30 december 1989.

België over tot de uitvoering van dit verdrag. Een andere hinderpaal blijft echter onverminderd bestaan, namelijk de verplichting om betaalde werkonderbrekingen voor borstvoeding toe te kennen.[52] Uit een antwoord van de Directeur-generaal van de IAO aan de Nationale Arbeidsraad bleek dat deze toestand niet onoverkomelijk was en een bekrachtiging van het verdrag niet in de weg mocht staan, omdat de IAO ervan uitging dat het geheel van beschermingsmaatregelen uitgewerkt in België in verband met de moederschapsbescherming op zich volstond.[53] Dit antwoord bleek echter geen rekening te houden met de realiteit van de COD die haar rechtspraak bevestigde en aanhield, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van Nederland, namelijk dat de onderbrekingen van de arbeid voor borstvoeding mee moeten tellen als arbeidsduur en betaald moeten worden.[54] Ook in het Verdrag nr.183 van 2000 neemt men deze bepaling opnieuw op.[55] De Nationale Arbeidsraad gaf op 17 juli 1998 een verdeeld advies over de invoering van betaalde werkonderbrekingen voor het geven van borstvoeding.[56]

Het verdrag heeft verder onrechtstreeks invloed gehad op recente Belgische regelgeving doordat er in ruime mate rekening werd mee gehouden bij de totstandkoming van de Richtlijn nr. 92/85 van 19 oktober 1992 over de moederschapsbescherming, uitgevoerd bij Wet van 3 april 1995 en Koninklijk besluit van 2 mei 1995.[57]

B. Nachtarbeid.

De tegenstrijdigheid tussen de Europese normen en het Verdrag nr. 89 op het verbod van nachtarbeid voor vrouwen in de industrie leidde ten onrechte tot een opzegging van het verdrag. De Commissie (EG) had in navolging van een aantal arresten van het Hof van Justitie[58] beslist tot onverenigbaarheid tussen de Belgische wetgeving inzake nachtarbeid, gesteund op het Verdrag nr. 89, en de Europese wetgeving inzake gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Vraag is echter of de Commissie wel rekening hield met het in 1991 in de IAO gesloten protocol bij de

---

52 Reeds het Verdrag nr. 3 van 1919 werd om die reden (zie het artikel 3, d) nooit bekrachtigd, zie GILLON, *l.c.*, 4 en 16.

53 N.A.R. Doc. R. 12 van 25 mei 1982, Rapport van de Raad betreffende een ontwerp-rapport van het I.A.B. over de toepassing van de Conventie (nr. 103) betreffende de bescherming van het moederschap (herziene tekst), 1952, 5-6.

54 I.A.C., 88ste zitting, 1994, 365.

55 Article 10: "1. *La femme a droit à une ou plusieurs pauses quotidiennes ou à une réduction journalière de la durée du travail pour allaiter son enfant.*
2. *La période durant laquelle les pauses d'allaitement ou la réduction journalière du temps de travail sont permises, le nombre et la durée de ces pauses ainsi que les modalités de la réduction journalière du temps du travail doivent être déterminés par la législation et la pratique nationales. Ces pauses ou la réduction journalière du temps de travail doivent être comptées comme temps de travail et rémunérées en conséquence*".

56 N.A.R., advies nr. 1242 van 17 juli 1998.

57 Respectievelijk *B.S.* 10 en 28 mei 1995.

58 H.v.J. 25 juli 1991, Min. public c/ Stoeckel, C-345/89, *Soc. Kron* 1991, 385, met noot J. JACQMAIN, en het latere H.v.J. 3 februari 1994, Minne c./ R.V.A., C-13/207, *J.T.T.* 1994, 117; Arbh. Luik 21 oktober 1994, *J.T.T.* 1995, 46, noot.

Overeenkomst nr. 89. Krachtens dit protocol is immers een afwijking op het verbod van nachtarbeid voor vrouwen perfect mogelijk mits akkoord van de sociale gesprekspartners. De aanpassing van het verbod kon dus mits ratificatie van het protocol door België.

Op gebied van nachtarbeid blijven andere instrumenten van de IAO belangrijk, vooral het Verdrag nr. 171[59] en de Aanbeveling nr.178 betreffende nachtarbeid van 1990 waarvan het eerste goedgekeurd bij wet van 3 april 1997,[60] een grote invloed heeft uitgeoefend op de werkzaamheden van de Nationale Arbeidsraad.
De Lidstaten moeten ingevolge dit verdrag specifieke maatregelen treffen in het voordeel van de nachtarbeiders onder meer in verband met hun gezondheid, de verenigbaarheid van arbeid en gezin, de ontwikkeling van hun beroepsloopbaan, het verlenen van de nodige compensaties, de veiligheid en het moederschap.

De Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 46 van 23 maart 1990 betreffende de begeleidingsmaatregelen voor ploegenarbeid met nachtprestaties, alsook voor andere vormen van arbeid met nachtprestaties is te beschouwen als een gedeeltelijke voortijdige uitvoering van voormeld Verdrag nr. 171, waarin ook rekening wordt gehouden met de aanbeveling. Hetzelfde geldt voor de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 49 van 21 mei 1991 betreffende de waarborg van een specifieke financiële vergoeding voor werknemers die nachtarbeid verrichten. De Nationale Arbeidsraad heeft in 1995[61] een aantal wijzigingen aangebracht aan deze instrumenten met de bedoeling tegelijkertijd tegemoet te komen aan het Verdrag van Rome en aan het Verdrag nr. 171. Het principieel verbod van nachtarbeid blijft behouden, maar binnen de sectoren zullen gemakkelijker dan voorheen afwijkingen overeengekomen kunnen worden. De tijdsperiode werd gepreciseerd, de overgang naar dagwerk zonder leeftijdsvoorwaarde bij arbeidsongeschiktheid werd voorzien. De occasionele nachtarbeiders, alsmede het tijdelijk verrichten van nachtprestaties werden uitgesloten uit de toepassing van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 46. Het verdrag is echter van toepassing op de privé- en op de openbare sector. De uitvoering bij collectieve arbeidsovereenkomst is dus onvoldoende.[62]

§ 10. Het sociaal overleg

Vooraleer vooral de beïnvloeding van de inhoud van de collectieve arbeidsovereenkomsten te onderzoeken, past het te wijzen op de voor de IAO onregelmatige samenstelling van de Nationale Arbeidsraad. Om een te grote pluraliteit van vakbonden te vermijden, wat de vakbonden én het sociaal overleg zou verzwakken, beperkt men in België en in vele andere landen het aantal vakbonden. De rechten

---

[59] Bekrachtigd door België (als zesde land!) op 28 mei 1997.

[60] *B.S.* 13 december 1997.

[61] NATIONALE ARBEIDSRAAD, advies nr. 1118 van 9 januari 1995.

[62] Article 2: " 1. *La présente convention s'applique à tous les travailleurs salariés, à l'exception de ceux qui sont occupés dans l'agriculture, l'élevage, la pêche, les transports maritimes et la navigation intérieure.*"

van bepaalde vakbonden die niet representatief genoeg zijn, worden beperkt. Slechts de meest representatieve vakverenigingen hebben bijvoorbeeld recht van toegang tot de paritaire organen en de collectieve onderhandelingen of op vertegenwoordiging bij internationale organen. Op zich is deze praktijk volgens de IAO gewettigd. De aanduiding van de meest representatieve organisaties moet echter gebeuren op grond van vooropgestelde, precieze en objectieve criteria en de toegekende voorrechten mogen niet disproportioneel zijn zodat de vrijheid van aansluiting uitgehold zou zijn. In België zetelen slechts de representatieve organisaties in de Nationale Arbeidsraad en de paritaire comités.[63] Om uit te maken of een organisatie al dan niet representatief is heeft de wetgever in diverse wetgevingen criteria vastgelegd,[64] maar deze criteria kan men bezwaarlijk objectieve criteria noemen. De criteria zijn niet van die aard dat eender welke organisatie representativiteit kan verwerven wanneer er aan voldaan is. Uiteindelijk beschikt de overheid over een discretionaire bevoegdheid om een organisatie al dan niet als representatief te erkennen.[65]

De representativiteit van de vakorganisaties heeft voor België in 1983 aanleiding gegeven tot een klacht van de NUOS, de Nationale Unie van onafhankelijke syndicaten. In 1985 beval het Comité voor syndicale vrijheid aan België aan om de wetgeving inzake de toelating tot de Nationale Arbeidsraad te wijzigen voor vakorganisaties andere dan de klassieke drie en de representativiteit van de vakorganisaties te doen afhangen van een objectieve maatstaf zoals verkiezingen of een ander telsysteem.[66] Het blijkt dat België niet gehaast is om daaraan gevolg te geven.[67]

Het Arbitragehof meent van zijn kant dat de wet van 29 mei 1952 tot inrichting van de Nationale Arbeidsraad geen inbreuk vormt op de gelijke behandeling gewaarborgd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, waardoor de Koning bij de aanduiding van de organisaties die zullen zetelen in de Nationale Arbeidsraad gebonden blijft.[68] Het Hof stelt echter ook: "Uit het feit dat de wetgever heeft nagelaten in de wet zelf de objectieve, duidelijke en vooraf vastgestelde criteria te vermelden die de Koning zou moeten toepassen, kan niet worden afgeleid dat hij Hem impliciet heeft toegestaan de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie niet na te leven en de

---

[63] Zie o.a.: P. HUMBLET, R. JANVIER, W. RAUWS en M. RIGAUX, *Algemene beginselen van het Belgisch arbeidsrecht - Deel I: Collectief arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, p. 34-36; H. LENAERTS, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, 165-170.

[64] Deze criteria zijn van drieërlei aard: (1) kwantitatieve criteria: een zeker ledenaantal is nodig om als representatief te kunnen doorgaan; (2) kwalitatieve criteria: de organisaties moeten een zekere mobilisatiekracht hebben; (3) politieke criteria: de organisaties moeten bereid zijn om mee te werken aan de instandhouding van de sociale vrede (P. HUMBLET, R. JANVIER, W. RAUWS, en M. RIGAUX, *o.c.*, 35).

[65] H., LENAERTS, *o.c.*, p. 167.

[66] *Bull. Off. B.I.T.*, 1985, serie B/3, 270-296.

[67] Commissie van deskundigen, 1989, rapport III, 4A, 143, "...de Commissie stelt met spijt vast dat de regering geen wijziging vooropstelt en mededeelt dat de aangelegenheid ter studie is...". Sinds 1993 kan genoteerd worden dat volgens de Belgische Regering een ontwerp van wet in voorbereiding is, in 1998 en 1999 betreurde de Commissie het gebrek aan progressie ter zake.

[68] Arbitragehof 18 november 1992, nr. 71/92, *B.S.* 8 december 1992, 25.358.

herhaalde aanbevelingen van de Internationale Arbeidsorganisatie naast zich neer te leggen (B.I.T., Bulletin officiel, Vol. LXX, 1987, Série B, n°2, p. 24).".

De IAO heeft ook gewezen op andere inbreuken van België, aldus in verband met het blokkeren van het sociaal overleg inzake de loonvorming, waardoor gedurende een aantal jaren de vrije loonvorming onmogelijk was. De COD vernam met genoegen in 1989, dat sinds 1 januari 1987 opnieuw de vrije loonvorming werd toegepast.[69]

In verscheidene collectieve arbeidsovereenkomsten van de Nationale Arbeidsraad wordt uitdrukkelijk verwezen naar IAO-verdragen of aanbevelingen. Ook adviezen van de Nationale Arbeidsraad tellen veelvuldig verwijzingen naar IAO-teksten. De verwijzingen naar de IAO zijn beperkt tot hoofdzaken zoals de definitie van deeltijdse arbeid, van outplacement of interim-arbeid. Dit mag ons in een ontwikkeld bestel van arbeids- en sociale zekerheidswetgeving niet verwonderen. Eerder dan een klakkeloze overname van teksten, gebeurt een onrechtstreekse beïnvloeding bij de vastlegging van het begrippenkader en de uitleg van de bestaande nationale normen.

Voorbeelden van beïnvloeding van collectieve arbeidsovereenkomsten vindt men in de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 25 van 15 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, waar in de aanhef verwezen wordt naar het Internationaal Arbeidsverdrag nr. 100 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde en naar artikel 119 (nu 141) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap.

De Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 35 van 27 februari 1981 betreffende sommige bepalingen van het arbeidsrecht ten aanzien van de deeltijdse arbeid, houdt in artikel 1 een definitie in van deeltijdse arbeid die zoals blijkt uit de commentaar bij het artikel rechtstreeks werd overgenomen van de beginselen geformuleerd door de IAO. Volgens deze beginselen moet de deeltijdse arbeid onderscheiden worden van occasionele arbeid, seizoenarbeid en tijdelijke arbeid. Het moet gaan om arbeid die regelmatig en vrijwillig gedurende een kortere periode dan de normale periode wordt verricht. Dezelfde stellingname werd ingenomen door de Regering bij het uitwerken van de wet van 23 juni 1981 waarbij men in de arbeidswetgeving sommige bepalingen betreffende de deeltijdse arbeid heeft opgenomen. In het verslag namens de Commissie van de Tewerkstelling en het Sociaal Beleid, haalt men ook de definitie van de IAO aan, zonder die uitdrukkelijk in de wet zelf vast te leggen.[70] Men herinnert zich dat deze definitie werd vervangen in het Verdrag nr. 175 betreffende de deeltijdarbeid van 1994. Volgens artikel 1 van dit verdrag is een deeltijdse werknemer, de werknemer waarvan de arbeidsduur minder bedraagt dan

---

[69] COD, 76ste zitting, 1989, individuele opmerking over het Verdrag nr. 98, recht op organisatie en collectief overleg, 1949, bekrachtigd door België in 1953, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[70] Verslag namens de Commissie van de Tewerkstelling en het Sociaal Beleid, *Parl. St.* Kamer, 1980-1981, nr. 714/5, 2.

de arbeidsduur van een voltijdse werknemer die zich in een vergelijkbare toestand bevindt.

In de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 51 van 10 februari 1992 betreffende outplacement wordt in de commentaar bij artikel 1, dat het begrip outplacement omschrijft, eveneens verwezen naar IAO normen, met name naar het Verdrag nr. 96 van 1 juli 1949 dat arbeidsbemiddeling tegen betaling verbiedt. Ook interim-kantoren vallen volgens dit verdrag onder het begrip arbeidsbemiddeling.[71] Deze laatste opvatting van de directeur-generaal van het Internationaal Arbeidsbureau heeft echter niet belet dat in België en in andere landen een specifieke wetgeving tot stand kwam, waarbij de juridische constructie met het interim-kantoor als werkgever uiteindelijk primeert boven de realiteit van de tewerkstelling door een gebruiker.[72]

De beïnvloeding door IAO normen wordt niet steeds uitdrukkelijk vermeld, noch in de Belgische noch in de communautaire regelgeving. Een goed voorbeeld hiervan zijn de Collectieve Arbeidsovereenkomsten nrs. 46 van 23 maart 1990 en 49 van 21 mei 1991, respectievelijk betreffende begeleidingsmaatregelen voor ploegenarbeid met nachtprestaties alsook voor andere vormen van arbeid met nachtprestaties en betreffende de waarborg van een specifieke financiële vergoeding ten gunste van de werknemers die zijn tewerkgesteld in het kader van ploegenarbeid met nachtprestaties of andere vormen van arbeid met nachtprestaties. In deze overeenkomsten wordt uiteraard nergens verwezen naar het Verdrag nr. 171 betreffende de nachtarbeid, dat nog in de maak was. Bij een vergelijking van de teksten blijkt echter dat de (wederzijdse?) invloed groot was. Dit mag niet verwonderen nu meerdere leden van de Nationale Arbeidsraad ook in de commissie die het Verdrag nr. 171 opstelde in Genève in 1990 en 1991 een actieve rol speelden. In een van de wijzigingen van de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 46, de Collectieve Arbeidsovereenkomst nr. 46*sexies* van 9 januari 1995,[73] wordt trouwens ditmaal uitdrukkelijk verwezen naar het voormeld Verdrag nr. 171.

Ook een aantal adviezen van de Nationale Arbeidsraad verwijzen naar basisteksten van de IAO. Het advies nr. 1104 over de huisarbeid van 26 juli 1994 is daarvan een voorbeeld. In dit advies wordt onder meer verwezen naar een intern rapport van de IAO over huisarbeid van 1990 en naar het rapport van het Internationaal Arbeidsbureau van 1994 ter voorbereiding van de Internationale Arbeidsconferentie van 1995. Hierbij maakt het Internationaal Arbeidsbureau een onderscheid tussen telewerk, dat thuis wordt verricht onder het gezag, leiding en toezicht van de werkgever en waar er een uitbreiding plaats vindt van de onderneming en de meer klassieke vorm van uitbesteed werk dat thuis al dan niet met behulp van de informatica, zonder gezagsverhouding wordt verricht. Uit het advies blijkt de invloed van dit onderscheid en van de definitie van het begrip huisarbeid van de IAO op de uitein-

---

[71] N. VALTICOS, "Les entreprises de travail temporaire et les normes internationales du travail.", *R.I.T.* 1973, 47.

[72] R. BLANPAIN, *De arbeidsovereenkomst voor tijdelijke arbeid en voor uitzendarbeid in België*, Brussel, Institut international du travail temporaire, Cahier 10, 1975, 17.

[73] *B.S.* 24 maart 1995.

delijk door de Nationale Arbeidsraad voorgestelde teksten. In het Advies nr. 1114 van 20 december 1994 over de dienstencheque heeft de Nationale Arbeidsraad zich op het Verdrag nr. 95 over de loonbescherming gesteund om de dienstencheque als loon te kwalificeren waarover de werknemer de vrije beschikking moet hebben. Bij de bepaling van zijn standpunt over de herplaatsing van werknemers in de onderneming na ontslag, houdt de Nationale Arbeidsraad in ruime mate rekening met de verdragen en aanbevelingen van de IAO daaromtrent, inzonderheid met het Verdrag nr. 158 van 1982. Dit blijkt onder meer uit de Adviezen nrs. 541 van 20 december 1976 betreffende het probleem van de vastheid van dienstbetrekking, 660 van 24 september 1980 en 709 van 30 november 1981 over hetzelfde onderwerp in het kader van de besprekingen over het later Verdrag nr. 185 van 1982, 775 betreffende de wetsvoorstellen van de heren Egelmeers en De Clercq over de vastheid van dienstbetrekking en in advies nr. 870 van 2 juni 1987 over het voorstel van wet van de heer Wasseige betreffende de herplaatsing van werknemers die ten onrechte zijn ontslagen. In de teksten van de IAO komen echter principes voor als herplaatsing na ontslag en motivering van ontslag die in België wegens de vrijheid van onderneming door de wetgever niet werden opgenomen.

§ 11. Arbeidsinspectie

De Wet van 16 november 1972 is een uitvoering van het IAO-Verdrag nr. 81 betreffende de arbeidsinspectie, goedgekeurd bij de Wet van 29 maart 1957. De aanpassing aan dit verdrag voorzag in het recht van inspecteurs om binnen te treden in de lokalen waarvan zij redelijkerwijze kunnen vermoeden dat zij onderworpen zijn aan de controle van de inspectie (art. 12, § 1, b van het verdrag), in het verbod voor inspecteurs enigerlei rechtstreeks of onrechtstreeks belang te hebben in ondernemingen die onder hun controle staan (art. 15, a van het verdrag) en in de mogelijkheid in geval van dreigend gevaar voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers onmiddellijk in te grijpen desnoods door de sluiting van de onderneming.[74] Met de Programmawet van 22 december 1989 werd de Wet van 16 november 1972 volledig gewijzigd. Ook toen werden andermaal bepalingen uit het Verdrag nr. 81 overgenomen: onder meer de bepaling die toelaat stalen te nemen (art. 12, c, IV van het verdrag) en de mogelijkheid om bepaalde documenten te laten aanplakken (art. 12, c, III van het verdrag). Tenslotte kan men wijzen op het belangrijke verschil tussen de sociale inspectiekorpsen en andere inspectiekorpsen wat betreft de mogelijkheid om te kiezen voor een waarschuwing of raadgeving in plaats van te verbaliseren. Ook deze bepaling werd rechtstreeks overgenomen uit het IAO-Verdrag van 1947 (art. 17.1).[75]

---

[74] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer, 1971-1972, nr. 1, 1.

[75] Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer, 1989-1990, nr. 975/1, 65-72.

§ 12. Welzijn op het werk

Inzake veiligheid en hygiëne zijn door de IAO talrijke normen aangenomen van zeer specifieke aard.[76] Deze normen kunnen onderverdeeld worden in vier grote groepen. Deze normen en de indeling ervan heeft het Belgisch Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming in grote mate overgenomen. De eerste groep heeft betrekking op het verbod van het gebruik van bepaalde stoffen zoals lood bij de fabricatie of verwerking. Een tweede groep normen betreft de beroepsziekten die aanleiding geven tot vergoeding vanwege de werkgever. De derde groep heeft betrekking op de bescherming van de werknemers bij het gebruik van gevaarlijke machines. De vierde en laatste groep behandelt de arbeidsgeneeskunde. Deze indeling in vier groepen geeft eveneens de chronologische totstandkoming van de normen weer.

Begin de jaren tachtig ontwikkelt de IAO een andere visie op het veiligheidsgebeuren en wordt er grotendeels afgestapt van de specifieke normering. Het Verdrag nr. 155 van 1981 over de veiligheid en gezondheid van de werknemers aangevuld met de Aanbeveling nr. 165, is een goed voorbeeld van de nieuwe aanpak, waarbij in plaats van naar bijzondere beschermingsmodaliteiten, gestreefd wordt naar een verbetering van het volledig domein van veiligheid en gezondheid op het werk en van het werkmilieu. De bedoeling van deze instrumenten is de Lidstaten in de mogelijkheid te stellen een volledige en coherent voorkomingsbeleid uit te werken. De werknemer moet daarbij niet alleen tegen fysische gevaren beschermd worden, maar evenmin mag zijn gezondheid op psychisch en mentaal gebied benadeeld worden door de gebrekkige veiligheid en hygiëne op het werk.

Men herkent in deze aandacht voor het welzijn op het werk, duidelijk de invloed die de IAO op de Belgische en Europese reglementering ter zake heeft uitgeoefend. De klassieke indeling van ons welzijnsrecht in heel specifieke normen voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers zal na 1981 ook in België en Europa met ietwat vertraging evolueren naar een holistische visie op de fysische en psychische gezondheid van de mens in zijn globale omgeving.

Alhoewel België vrij getrouw de IAO-normen naleeft, belet dit niet dat de IAO nochtans bij gelegenheid diende tussen te komen om inbreuken op verdragen te signaleren. Aldus voor het gebruik van lood in verf, wat slechts verboden werd bij koninklijk besluit van 5 november 1990, terwijl België het Verdrag nr. 13 van 1921 reeds in 1926 geratificeerd had![77] In haar rapport van 1997 en van 1998 maakt de COD ook opmerkingen over de limietdoses voor radioniserende stralingen. De COD verwijst inzonderheid naar de nieuwe aanbevelingen van de Internationale Commis-

---

[76] BOUGNOL, "L'action de l'O.I.T. en matière d'hygiène et de sécurité du travail", *Rev. fr. aff. soc.* 1969, 141-152. M. ROBERT, en L. PARMEGGIANI, "50 années de collaboration internationale au service de la santé et de la sécurité des travailleurs", synthese in *R.I.T.* 1969, 97-153.

[77] COD, 78ste zitting, 1991, individuele opmerking over het Verdrag nr. 13 van 1921, bekrachtigd in 1926, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

sie voor de Bescherming tegen Radioniserende stralingen in 1990 en hernomen in 1994 door onder meer de Wereldgezondheidsorganisatie en de IAO.[78]

Belangrijk in deze materie is dat de Gemeenschap bevoegd is voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers binnen de Unie. Deze interne bevoegdheid zorgde voor een controverse tussen de EU en de IAO. Vraag was of deze interne bevoegdheid ook de externe bevoegdheid inhoudt tegenover bijvoorbeeld verdragen van de IAO. De Statuten van de IAO verzetten er zich tegen dat de Gemeenschap verdragen zou afsluiten. Slechts de Lidstaten zijn daartoe gemachtigd. In een advies van 19 maart 1993 heeft het Hof van Justitie gesteld dat de bevoegdheid tot het sluiten van het Verdrag nr.170 berust bij de Lidstaten en de Gemeenschap samen.[79] Het Hof kwam tot deze conclusie na een nauwkeurige ontleding van de normen van het verdrag en van de richtlijnen van de EU, inzonderheid op grond van de richtlijnen tot harmonisatie in uitvoering van artikel 95 (het vroegere artikel 100A) van het Verdrag van Rome die geen afwijking toelaten vanwege de Lidstaten. Deze normen hielden volgens het Hof in dat de Commissie moest betrokken worden bij het sluiten van het Verdrag nr. 170, zonder het overigens zelf te kunnen ondertekenen of bekrachtigen, in eigen naam of in naam van de Lidstaten.

Minimumnormen bepaald in toepassing van artikel 137 van het Verdrag van Rome beletten uiteraard geenszins het sluiten van IAO-verdragen door de Lidstaten en behoeven zelfs geen bemoeienis van de EU daarbij, vermits deze verdragen zelf slechts minimumnormen bevatten. Voormeld artikel 95 van het Verdrag van Rome is een nefaste bron voor de totstandkoming van arbeidsrecht. De toepassing van minimumnormen moet immers de regel zijn bij de uitwerking van arbeidsnormen, zowel op het nationale als op het internationale vlak. Binnen de IAO kan een aanbeveling of een verdrag nooit tot vermindering van rechten leiden van de werknemers of die nu uit een wet, besluit, een gewoonte of een gebruik voortvloeien (artikel 19, § 8 van de Grondwet van de IAO). Dergelijke toepassing is de enige correcte op gebied van de arbeidsvoorwaarden en de miskenning ervan zoals bij dit geschil tussen de IAO en de EU leidt onvermijdelijk tot de uitholling van de bescherming van de werknemers.

§ 13. Van specifieke normen naar een integrale aanpak

De Belgische wetgeving ondervindt tussen de twee wereldoorlogen vooral invloed op gebied van arbeidsduur en sociale verzekeringen. De grootste beïnvloeding kende het Belgisch arbeidsrecht in de periode 1950-1970.

De Belgische arbeidsreglementering zowel in zake arbeidsduur (§ 6), nachtarbeid (§ 9), zondagsrust, als loon (§ 7), arbeidsreglement, betaalde feestdagen, jaarlijkse

---

[78] COD, 85ste zitting, 1998, individuele opmerking betreffende het Verdrag nr. 115, bescherming tegen radioniserende stralingen, van 1960, bekrachtigd door België in 1965, www.ilo.org (sitemap, ilolex).

[79] M. BONNECHÈRE, "Ratification des conventions de l'O.I.T. et droit communautaire, observations sur l'avis de la C.J.C.E. du 19 mars 1993", *Droit ouvrier* 1993, 275-283.

vakantie, gelijke behandeling van man en vrouw (§ 8), sluikarbeid, vorming van de werknemer, ondernemingsraden en comités voor veiligheid en gezondheid kwam hoofdzakelijk tot stand in deze jaren. Deze bepalingen hebben als voornaamste doel de bescherming van de zwakkere werknemer in de onderneming. Zij sluiten onmiddellijk aan bij de filosofie van bescherming van de zwakkere werknemer van de IAO.

Van bescherming tegen misbruik van de werkgever of van een duidelijke tegenstelling van belangen van patronaat en arbeiders komt men in de jaren tachtig geleidelijk tot een verschuiving naar de economische belangensfeer. De belangen van de twee traditionele antagonisten werkgever en werknemers worden als gelijklopend beschouwd. Het accent wordt gelegd op de consensus waarbij gestreefd wordt naar een weerbare onderneming die zich kan afzetten tegen de zware internationale concurrentie. Van bescherming komt men aldus tot arbeidsorganisatie.

De IAO-regelgeving blijft in deze tweede fase van ontwikkeling gekenmerkt door de klemtoon op het collectief overleg per sector. Interim-arbeid, outplacement, nieuwe arbeidsregelingen, kortom flexibiliteit zijn niet afwezig in de debatten te Genève, maar domineren er niet zoals het geval is in meerdere Europese en andere Lidstaten van de IAO. De invloed van de IAO vindt men in deze periode vooral terug in de collectieve arbeidsovereenkomsten van de Nationale Arbeidsraad.

In de jaren negentig tenslotte wordt de IAO-norm ook onderhevig aan de roep naar flexibiliteit. Algemene verdragen zijn er het gevolg van. Hun invloed op de nationale wetgeving is minder gemakkelijk aantoonbaar, zoals bij het Verdrag nr. 177 (huisarbeid) hierboven bleek. Terwijl de IAO voorheen minimumnormen aanreikte, evolueert men naar algemene 'kaderrichtlijnen'. Zeer recent is men zich echter bewust geworden van de beperkingen van deze werkwijze, de directeur-generaal SOMAO heeft daarom een reeks concrete programma's opgesteld onder de noemer "*Decent work*".[80] De IAO werkt hierbij een integrale strategie uit die een antwoord moet geven aan de mondialisering van de economie en de daaruit rechtstreeks of onrechtstreeks voortvloeiende problemen van verscherpte concurrentie, uitsluiting, ondertewerkstelling en werkloosheid.

In de komende jaren zal mijns inziens ook opnieuw meer aandacht nodig zijn bij de IAO voor het recht op informatie en inspraak van de werknemers. De grotere individuele rechtsonzekerheid die het gevolg is van de toenemende flexibiliteit van de arbeidsvoorwaarden zal in de toekomst niet afnemen. Die grotere rechtsonzekerheid op het individuele vlak kan alleen gecompenseerd worden door een grotere inspraak op het sociaal-economisch vlak van de collectiviteit. Op het werk betekent dit een grotere inspraak van de werknemersvertegenwoordigers, in de grote ondernemingen en in de kleine en middelgrote ondernemingen. Alleen in deze omstandigheden kan men evolueren naar een verdere harmonieuze ontwikkeling van de maatschappij.

---

[80] CHR. DENEVE, *De mondialisering van de arbeidsverhoudingen. De IAO in het geweer, Sociaal jaarboek* 2000.

Conditions de travail et mondialisation: quels acteurs pour quelles normes?

Jean-Michel Servais[1]

Il est communément admis, dans l'actuel débat sur l'avenir du travail, que les politiques sociales, et les législations qui en sont l'instrument, doivent s'adapter à des marchés plus ouverts, plus compétitifs, et à une organisation de la production à la fois plus complexe, plus segmentée et plus dépendante des nouvelles techniques. L'hypothèse paraît bien trouver une confirmation dans les développements socio-économiques récents; elle fait également écho à la vision de la gestion des marchés de l'emploi que l'on rencontre dans un pays comme les Etats-Unis, moteur de la mondialisation. On sait les réticences du gouvernement américain à intervenir sur ces questions; par exemple, la législation y est plus concentrée sur les droits fondamentaux au travail, et une bonne partie du droit du travail est élaborée, sur une base conventionnelle, au niveau de l'entreprise ou d'une de ses subdivisions.

La modernisation de ces politiques demande que l'on s'interroge à nouveau sur la synthèse optimale entre garanties données aux travailleurs, création d'emplois et compétitivité ou, dit autrement, entre le développement et les valeurs et les droits auxquels tient une communauté nationale donnée. Une évocation des équilibres réalisés dans le passé entre ces différents éléments n'est sans doute pas inutile, comme ne l'est pas un bref retour sur les fondements des mesures protectrices des salariés.[2]

Ces dernières ont apporté une réponse aux préoccupations nées de la 'question sociale', c'est-à-dire de la condition misérable des ouvriers et des ouvrières des débuts de l'industrialisation. On n'a peut être pas suffisamment relevé que, parmi les premiers à s'en émouvoir figuraient des patrons humanistes tels que Robert Owen et Charles Hindley en Grande-Bretagne, ou Daniel Le Grand en France, des médecins comme Louis-René Villermé, des économistes comme Jérome-Adolphe Blanqui, ou des fonctionnaires (l'histoire a retenu le nom du Belge Edouard Ducpétiaux, Inspecteur général des prisons et des établissements de bienfaisance), en plus de penseurs, d'hommes politiques et de dirigeants syndicaux des mouvements sociaux et socialistes naissants.

Plusieurs raisons poussèrent ces personnalités, puis les gouvernements nationaux, à intervenir. Elles étaient sociales sans aucun doute. S'y mêlait toutefois fréquemment une inquiétude sur les conséquences économiques, et même militaires, du délabrement des forces physiques d'une proportion importante de la population, ainsi que le

---

[1] L'auteur n'exprime ici que des vues personnelles qui n'engagent en aucune façon l'institution à laquelle il appartient. Ce texte constitue la version française remaniée de la contribution de l'auteur au livre collectif: R. BLANPAIN et Ch. ENGELS (éds.) *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies,* 7e édition révisée, La Haye, Kluwer, 2001, 600 p.

[2] Voir aussi P. VERGE et G. VALLÉE, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail,* Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1997, spc. pp. 171 et ss.

souci de sauvegarder la paix sociale et politique. L'amélioration des conditions d'emploi dans une entreprise pouvait toutefois augmenter les coûts, du moins à court terme. Aussi les patrons favorables au progrès cherchèrent-ils à en neutraliser les effets vis-à-vis de leurs concurrents, à l'intérieur des frontières d'abord, puis au-delà, par une réglementation du travail généralisée, c'est-à-dire applicable à tous. Cette préoccupation a contribué au développement des droits nationaux et du droit international du travail. Elle a figuré clairement parmi les facteurs aux origines de l'Organisation internationale du Travail (OIT).[3]

Le souci de justice sociale, ou plus simplement humaine, la crainte des entrepreneurs que leurs dépenses sociales n'augmentent plus vite que celles de leurs concurrents, la volonté de cohésion sociale et politique, se sont ainsi associés sans que l'on puisse toujours démêler la part de chacun de ces facteurs dans la formation d'une réglementation du travail.

Confronter ces raisons aux réalités du jour devrait permettre de mieux évaluer l'actualité des politiques protectrices du travail. On relève en effet de nombreuses fractures dans la vie sociale et au travail. Ce sont autant de 'traces'[4] de la question sociale telle qu'elle se pose en ce début de XXI[e] siècle ou de millénium. Les identifier (I) conduira à quelques réflexions sur les solutions qui se dégagent de la pratique (II), puis sur les nécessaires ajustements des politiques du travail et de leurs instruments juridiques pour surmonter les problèmes ainsi délimités (III).

§ 1. Un malaise social persistant

A. Des fractures sociales nombreuses

Chaque communauté nationale s'appuie — pour maintenir sa cohésion et éviter le règne de groupes 'mafieux' — sur une série de normes de base qui fixent le cadre des relations entre ses membres. Celles-ci peuvent être d'origine morale ou religieuse, mais l'Etat cherche à imposer des règles et des sanctions qui correspondent à la situation d'une société à un moment donné. Le contexte socio-économique vient-il à se transformer, ces règles devront changer, parfois profondément. Tel fut le cas lors de l'émergence des Etats modernes.[5] Peut-être vivons-nous une nouvelle ère de grandes transformations avec les mutations technologiques, l'ouverture des frontières et l'internationalisation croissante des marchés. En tout cas, la dislocation des liens sociaux s'observe en de nombreux lieux, que ce soit à l'école, dans le couple ou la famille, ou sur le lieu de l'habitat. Dans les villes, grandes et moyennes, l'insécurité et la délinquance prennent une dimension politique en raison de leur

---

[3] Voir J.M. SERVAIS "The International Labour Organisation", dans R. BLANPAIN (dir. de publ.) *International Encyclopedia of Laws*, La Haye, Kluwer, 1996, pages 1 et suite.

[4] D. BEHAR, "Question urbaine et question sociale: quel lien pour quelle politique publique?", *Problèmes économiques*, n° 2574, 24 juin 1998, 1-5.

[5] Voir par exemple M. STOLLEIS, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et sciences de la police 1600-1800*, Paris, PUF, 1998, spéc. pp. 603-604.

ampleur ;[6] jusqu'à un certain point, les conflits sociaux ont émigré de l'usine vers les banlieues pauvres et leurs transports publics.

Certaines manifestations collectives jettent le trouble: les réactions au décès de la princesse de Galles Diana ou, il y a quelques années à Bruxelles, la marche dite 'blanche' de protestation contre l'ensemble des pouvoirs belges établis, reflètent des sentiments difficiles à appréhender rationnellement. Ils expriment probablement, avec l'aide des médias, des angoisses, des frustrations projetées dans des personnages dont le charisme ne répond à aucune explication totalement convaincante.

Cela dit, la précarisation du travail, le sous-emploi et l'absence d'emploi constituent vraisemblablement la cause principale de la déstabilisation des rapports sociaux. Un taux de chômage, qui dépasse les quatre pour cent, provoque au Japon des craintes que la dépression actuelle n'affecte gravement le type de société construit par ce pays depuis la Seconde Guerre mondiale. Ce taux n'a rien de comparable avec les niveaux atteints en Europe, ou pire, dans les pays en développement, où ils ont entraîné des processus de marginalisation et d'exclusion que l'on a bien relevé.[7]

Là même où comme aux Etats-Unis, le taux de chômage reste faible, se perçoivent une agressivité et une violence accrues au travail, et surtout un sentiment largement répandu d'insécurité.[8] Il s'exprime dans les enquêtes d'opinion et se trouve au cœur des débats sociaux dans ce pays, en même temps que l'inégalité des revenus qui se creuse, au point que certains reçoivent un salaire qui ne leur permet pas de vivre et de faire vivre leur famille. Les licenciements massifs qui ont accompagné la restructuration des grandes entreprises américaines constituent sans doute le motif immédiat de cette insécurité. Néanmoins, la mobilité, qui a toujours été un trait distinctif aux Etats-Unis, semble bien avoir débouché, dans de nombreux cas, sur des emplois moins payés que les précédents. Le mode de protection du travail, fondé essentiellement sur des accords collectifs d'entreprise, et non sur un code du travail ou son équivalent, renforce encore cette instabilité. Celle-ci, combinée à l'accroissement des écarts de salaires au détriment des travailleurs les moins qualifiés, favorise une polarisation de la main-d'œuvre et fragilise l'intégration sociale. Bien plus, des analystes ont relevé l'existence d'une exclusion sociale qui se perpétue et laisse sans emploi, génération après génération, des membres de certaines minorités ethniques qui peuvent perdre toute référence au travail dans leur vie.

En Europe centrale et orientale, phénomène nouveau, la paupérisation concerne maintenant de larges couches de la population, y compris parmi ceux qui travaillent,

---

6 Voir aussi J. DONZELOT, "La nouvelle question urbaine", *Esprit,* novembre 1999, 87-114.

7 G. RODGERS, Ch. GORE, J.B. FIGUEIREDO (dir. de publ.), *Social Exclusion: Rhetoric, Reality, Responses*, Genève, Institut international d'études sociales, 1995; J.B. FIGUEIREDO et A. DE HAAN, *Social exclusion: an ILO perspective*, Genève, Institut international d'études sociales, 1998. Voir par ailleurs R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale, une chronique du salariat.* Paris, Fayard 1995, ainsi que "Centralité du travail et cohésion sociale", dans J. KERGOAT, J. BOUTET, H. JACOT et D. LINHART, *Le Monde du travail*, Paris, La Découverte, 1998.

8 BIT, *Le travail dans le monde 1997-98*, "Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale", Genève, 1997, 125.

alors que le problème reste endémique dans de très nombreux pays en développement. Là encore le fossé grandit entre favorisés et défavorisés.

D'un point de vue historique, les gouvernements ont adopté trois types de politique au moins afin de maintenir ou de restaurer une bonne cohésion sociale parmi leurs concitoyens: le despotisme éclairé, le laisser-faire et la pratique de l'Etat-Providence. La Prusse et l'Autriche ont appliqué au XVIII[e] siècle un autoritarisme vertueux, exemple classique de la première de ces politiques. Le Pouvoir y faisait sa propre analyse des problèmes rencontrés et imposait les remèdes qu'il jugeait adéquats. Cette manière d'agir reste proche de celle de certains responsables politiques actuels, brillants technocrates qui considèrent leur position comme privilégiée pour appréhender les difficultés de leur peuple et les thérapeutiques à y apporter.

Très différente est la stratégie de laisser-faire adoptée ailleurs: les gouvernements concernés laissent à la 'main invisible' du marché le soin d'opérer les ajustements nécessaires y compris en matière sociale.
La troisième politique, enfin, a répondu au désir des citoyens, singulièrement en Europe occidentale, de voir l'Etat établir des règles, des institutions ou des pratiques qui les mettent à l'abri des risques sociaux. Cette politique s'est fondée sur un devoir accepté de solidarité et, le plus souvent, sur un accord, explicite ou non, des grandes confédérations patronales et syndicales. Beaucoup d'auteurs ont parlé dans ce cas d'Etat Providence ou, en Allemagne, d'Etat social.

Pourtant, ces trois politiques dans leur expression moderne — et leur mise en œuvre à travers des normes et des institutions juridiques — n'ont pas réussi à réduire, de manière significative, les fractures sociales évoquées plus haut. Au contraire, celles-ci semblent plus prononcées maintenant que dans un passé récent. Les formes modernes du despotisme éclairé ont fréquemment caché des dérives à des fins personnelles; elles ne correspondent pas toujours — et pour cause — aux besoins et aux désirs des administrés; les risques de choisir une mauvaise politique sont évidents. Le laisser-faire n'a jamais permis de garantir un minimum vital aux plus démunis, spécialement en période de basse conjoncture; dans la pratique, un régime ou un autre d'assistance sociale ('filet de sécurité'), a souvent corrigé ce que cette politique avait de brutal. Les critiques enfin convergent vers l'Etat Providence tenu pour trop pesant face à la mondialisation des marchés des capitaux, des produits et du travail; sa survie, sans ajustement, dans un contexte de libéralisation des échanges de capitaux et de produits, supposerait une solidarité inter-étatique qui n'existe pas vraiment. En bref, s'il veut conserver un rôle dans la conception et dans la mise en œuvre des politiques sociales, l'Etat doit s'adapter.

B. Des acteurs sociaux plus diversifiés

A l'insuccès des politiques s'ajoute un affaiblissement significatif de la puissance des acteurs sociaux traditionnels. L'internationalisation de l'économie de marché, sa régionalisation en Europe spécialement, réduisent inévitablement — même s'il ne faut pas forcer le trait — les possibilités d'action des autorités publiques, sur le plan social notamment. Une politique keynésienne nationale supposait la complète maîtrise par l'Etat des instruments économiques. Elle ne peut plus opérer de la

même manière quand les Nations perdent une partie de leur pouvoir de contrôle. Pourtant, les gouvernements sont plus que jamais interpellés et sollicités à agir, sur les problèmes d'emploi et de protection sociale en particulier.

Ils se tournent fréquemment vers les associations patronales et syndicales pour les aider. Mais ces dernières affrontent, elles aussi dans le même contexte, de sérieuses difficultés. Celles des syndicats sont connues, les taux d'affiliation diminuant dans de nombreux pays. Les organisations d'employeurs traversent également une période mouvementée. La diversification, la fragmentation des intérêts d'un côté (les préoccupations des salariés stables diffèrent sensiblement de celles des chômeurs et des travailleurs en situation précaire), comme de l'autre (PME et multinationales peuvent avoir des intérêts fortement divergents) touchent les uns et les autres au point de voir contesté leur monopole respectif de représentation. Beaucoup d'entreprises, surtout parmi les plus grandes, cherchent à conserver leur liberté d'action en matière de gestion du personnel. Néanmoins, elles créent quelquefois entre elles des réseaux plus ou moins informels. Les relations professionnelles peuvent figurer au programme des réunions des PDG des plus grandes firmes américaines ou des '*business councils*' fondés ailleurs. Les directions des principales entreprises japonaises tiennent des réunions de coordination sectorielle, inter-sectorielle ou par groupe industriel, particulièrement pour répondre aux fameuses offensives du printemps *(shunto)*. Du côté syndical, la fragmentation des intérêts met à mal la traditionnelle solidarité entre travailleurs. Bien plus, le groupe traditionnellement le mieux disposé à l'égard de l'action syndicale, les salariés réguliers, se rétrécit alors qu'un grand nombre d'organisations en tous genres prétendent représenter des intérêts parfois très spécifiques (les consommateurs, l'écologie, les femmes, les minorités ethniques, les communautés locales, les chômeurs, etc.), mais qui recoupent ceux que les syndicats veulent représenter.

En bref, pour les associations patronales comme pour les fédérations syndicales, l'heure est davantage à la concurrence qu'à l'unité d'action.

On assiste, entre autres, à la montée en force de nouveaux acteurs mondiaux. Les entreprises multinationales figurent au premier rang de ceux-ci; quelques-unes (mais peu encore) ne possèdent même plus de lien privilégié avec un pays déterminé et situent leur siège central là où se trouvent, à un moment donné, leurs principaux dirigeants. Les groupements régionaux, comme l'Union européenne, le Mercosur ou l'Alena en forment d'autres. Des organisations non gouvernementales (ONG) ont créé de leur côté, avec l'aide des nouvelles techniques de communication, des réseaux transnationaux dont le poids se révèle parfois redoutable.[9] Tous ces acteurs se sont plus vite adaptés à l'ouverture des frontières et à la libération du commerce que les pouvoirs publics eux-mêmes, aux structures plus rigides.[10] Certains groupes possèdent une capacité reconnue à se faire entendre dans les médias.

---

[9] Voir ainsi J.T. MATTHEWS, "Power shift", *Foreign Affairs* January-February 1997, 50-66.

[10] Le phénomène explique d'ailleurs certaines difficultés actuelles des organisations internationales dont la structure et les modes d'action continuent à reposer sur des relations inter étatiques. Les

Le recul du rôle de l'Etat ne reflète pas seulement l'importance accrue laissée aux acteurs internationaux. Les activités se multiplient également sur les plans local et municipal. Là aussi les initiatives prises par les ONG modifient le paysage social. De plus en plus, les pouvoirs publics leur confient des tâches qu'ils ne peuvent plus ou ne souhaitent plus exercer, engageant un processus de privatisation qui ne fait pas appel au secteur marchand, mais les déchargent néanmoins de certaines responsabilités. De même s'observe un foisonnement d'interventions émanant d'autres institutions publiques d'un niveau inférieur à celui de l'Etat. La plupart des Etats fédérés américains ont un observateur officiel auprès de l'Organisation mondiale du Commerce. Les *länder* allemands, les communautés linguistiques belges ou les autorités locales britanniques envoient des représentants auprès de l'Union européenne. La région Rhône-Alpes en France a établi des relations directes avec Genève et Turin, en vue de régler les problèmes transfrontaliers, comme celui des travailleurs saisonniers. Beaucoup de grandes entreprises cherchent, également plus que dans un passé récent, à développer des activités sociales sur le plan local.

Les frontières se font donc plus perméables, et moins dissuasives. La situation se rapproche à certains égards, mais à l'échelle de la planète, de celle qui prévalait dans l'Europe occidentale principalement au XVII[e] voire au XVIII[e] siècle, lorsque les Nations ne possédaient pas une identité aussi affirmée que par la suite. Des rapports de voyageurs fortunés montrent qu'ils pouvaient se déplacer sans difficulté administrative particulière jusqu'aux confins de l'Empire ottoman. Ce type de relations supposait une certaine communauté de vues et d'intérêts. La chute des régimes communistes, en Russie et dans les pays voisins a permis, en particulier, une plus grande convergence dans la conception que chacun se fait de l'organisation de la production et du travail. Voilà une autre facette de la mondialisation en cours.

C. La nouvelle question sociale

Il reste que les fractures sociales, observées notamment autour du marché du travail, et la perte de puissance des secteurs sociaux traditionnels font craindre un effritement de la solidarité et un éclatement de la société en deux catégories, celle des pauvres et celle des nantis, qui se substitueraient aux classes issues en Europe, de l'Ancien régime.

Fait significatif, l'adjectif 'social' dans 'question sociale' a vu son sens changer. Il se référait historiquement à la division en classes de la société et, singulièrement à la classe ouvrière prolétaire, dans ses rapports avec une bourgeoisie dominante et possédante.[11] La solidarité, telle qu'elle s'est développée au XIX[e] et au XX [e] siècles, était professionnelle et de classe, unissant ceux dont le sort et les risques étaient semblables. En ce début du XXI[e], les classes sociales se sont sensiblement désagrégées en Europe, ou du moins, les effets de cette stratification ne se font plus autant

efforts pour intégrer à leurs activités des représentants de la société civile mondiale traduisent une volonté de s'adapter à ces nouvelles réalités.

[11] Voir par exemple A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris PUF, 1962, 998.

sentir sur le marché du travail. La situation s'est rapprochée, de ce point de vue, des conditions qui prévalent aux Etats-Unis et au Japon. La question sociale que doivent affronter aujourd'hui les sociétés industrialisées, comme celles des pays en développement, concerne la paupérisation non pas des ouvriers, mais de tous ceux, salariés ou indépendants, qui se trouvent pris, en raison surtout de leur inactivité forcée, de l'insuffisance de leur salaire ou de la fragilité de leur emploi, dans un courant qui les entraîne ou les maintient en dehors des structures établies.

§ 2. Questionnements sur les politiques nouvelles

Si l'on peut difficilement revenir sur les causes de la précarisation de l'emploi, salarié ou indépendant, encore devrait-on en corriger les effets les plus préjudiciables.[12] Nous nous retrouvons dès lors aux fondements de la protection du travail: puisque cette dernière s'insère principalement dans un cadre économique, sa régulation ne doit pas devenir un enjeu de la concurrence entre entreprises; puisque le travail constitue toujours une activité primordiale de la vie en société, il y a une cohésion à maintenir; puisque la prestation a la personne même du travailleur pour objet, il existe certaines valeurs de l'être humain à défendre.

La première démarche consistera à examiner la mesure dans laquelle l'on peut établir, parmi ces valeurs, une hiérarchie, et à en tirer des conséquences sur le plan de l'action. La seconde conduira à s'interroger sur les possibilités réelles de chiffrer les coûts des normes de travail. La troisième se concentrera sur les principaux modes de la réglementation sociale, en se demandant si l'on peut en privilégier certains, ou s'il existe des alternatives à la réglementation.

A. Trois catégories de normes

Une analyse attentive des normes de travail adoptées par l'OIT permet de classer ces dernières, et par conséquent les valeurs qu'elles consacrent, en trois catégories.[13] Le premier groupe concerne les droits fondamentaux de la femme et de l'homme au travail; le second couvre les règles de portée programmatique; le troisième se rapporte aux dispositions plus techniques des lois sur le travail et la sécurité sociale. La distinction peut servir de cadre utile de référence dans une discussion plus large sur l'avenir des réglementations sociales, non seulement internationales, mais également nationales et régionales. En particulier un recours plus fréquent aux normes programmatiques devrait aider à sortir de certaines impasses.

---

[12] Voir en particulier BIT, *Un travail décent*. Rapport du Directeur général à la 87e session (juin 1999) de la Conférence internationale du Travail, Genève, BIT, 1999; voir aussi par exemple J.F. BEFFA, R. BOYER, J. Ph. TOUFFUT, "Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales", *Droit social* n° 12, décembre 1999, 1039-1051.

[13] Voir J.M. SERVAIS "Le droit international en mouvement: déploiement et approches nouvelles", *Droit social*, mai 1991, n° 5, pp. 449 et ss. Comp. W. JENKS, *Law, Freedom and Welfare*, London, Oceana Publications, 1963, 103.

Les dispositions de la première catégorie s'articulent, dans une majorité de pays, sur des principes constitutionnels de base concernant les libertés publiques ou les droits sociaux. Elles traitent de la liberté syndicale et de la négociation collective, de l'abolition du travail des enfants et du travail forcé, ainsi que de l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi. Chacun, ou presque, leur reconnaît un caractère essentiel et des instruments internationaux leur ont accordé une claire prééminence.

C'est le cas des Pactes des Nations-Unies relatifs aux droits civils et politiques, et surtout, aux droits économiques, sociaux et culturels. C'est le cas de la Constitution et de plusieurs conventions de l'OIT ainsi que de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée en juin 1998 par la Conférence internationale du Travail. Ces textes, succincts dans leur énoncé, consacrent des principes généraux susceptibles de multiples modalités d'application. D'où parfois des difficultés d'interprétation (celle-ci devant trouver un moyen terme entre un excès de laxisme et de radicalisme) qui rappellent celles des dispositions constitutionnelles nationales.

Soulignons-le: la Déclaration adoptée par l'OIT en 1998, plus encore que les autres instruments internationaux mentionnés, a un potentiel pour dépasser un cadre purement interétatique, même si elle s'adresse pour l'essentiel aux Etats Membres de l'Organisation. Elle se concentre, en effet, sur l'ensemble des droits sociaux fondamentaux précités qu'elle énonce sans détailler les moyens spécifiques de les mettre en œuvre. Sa valeur contraignante reste limitée, et les procédures de suivi nettement moins exigeantes que les mécanismes traditionnels de contrôle de l'OIT. Si elle s'adresse par conséquent d'abord aux Etats Membres, invités à prendre des mesures d'application, elle peut aisément, en raison même de la généralité de sa formulation, servir directement de référence aux nouveaux acteurs mondiaux. Elle peut s'utiliser pour définir les règles à suivre, communes à l'OIT et aux grandes institutions financières internationales, dans leurs actions au niveau des pays. Elle peut recevoir un écho dans les chartes sociales adoptées par des instances régionales (Union européenne, Conseil de l'Europe, Alena, Mercosur, en particulier); le plus souvent d'ailleurs ces derniers documents s'inspirent largement des normes de l'OIT. Bien plus, elle peut être invoquée par les ONG qui réclament l'établissement d'une liste de principes de base à respecter en matière de politiques sociales. Elle peut inspirer les entreprises multinationales, quand elles rédigent leurs codes de conduite sociale ou définissent les critères à observer pour leurs rapports dits sociaux ou leurs audits sociaux. Les initiatives privées viennent par conséquent compléter le droit national sur ces différents points ou, plus fréquemment, en assurer un meilleur respect.

Les normes fondamentales du travail consacrent des principes essentiels d'ordre public qui donnent aux travailleurs eux-mêmes "la possibilité de revendiquer librement et avec des chances égales leur juste participation aux richesses qu'ils ont contribué à créer, ainsi que de réaliser pleinement leur potentiel humain".[14] Elles se fondent par conséquent sur des idées de liberté et de démocratie. Insérer ces normes

[14] Voir la Déclaration de L'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail le 18 juin 1998.

dans des textes constitutionnels consacre leur prééminence; les reprendre dans des dispositions législatives permet de les assortir de sanctions en cas de violation. Sans sous-estimer l'utilité d'autres mesures, non juridiques, pour en promouvoir l'application dans des circonstances socio-économiques déterminées, l'importance des moyens de droit ne semble ici guère contestable ni contestée.

La deuxième catégorie de normes couvre des dispositions de nature plus programmatique que directement obligatoire. Ces dispositions possèdent un caractère essentiellement incitatif: elles fixent des buts à atteindre à travers des actions de promotion et leur mise en pratique fait appel à des moyens divers qui ne sont pas tous de nature juridique: définition de projets politiques; mesures économiques; campagnes d'information, de formation; recours à une régulation non juridique, etc. En bref, ils traduisent la volonté de réglementer par la fixation d'objectifs, en s'inspirant des méthodes modernes de gestion des ressources humaines.

Générales et souples dans leur formulation, elles ne contiennent pas d'obligation immédiate à charge d'un employeur ou d'une autre personne, mais une obligation de moyen à charge le cas échéant des Etats eux-mêmes: mener certaines activités, élaborer ou mettre en œuvre certains projets, encourager certaines manières de procéder, etc.

Ces normes se rencontrent dans des domaines tels que l'emploi, la formation professionnelle ou la lutte contre la discrimination. Ainsi, les articles 1 et 2 de la convention (n° 122) de l'OIT sur la politique de l'emploi, 1964 énonce ce qui suit

Article 1

1. *En vue de stimuler la croissance et le développement économiques, d'élever les niveaux de vie, de répondre aux besoins de main-d'œuvre et de résoudre le problème de chômage et de sous-emploi, tout Membre formulera et appliquera, comme un objectif essentiel, une politique active visant à promouvoir le plein emploi, productif et librement choisi.*

2. *Ladite politique devra tendre à garantir:*

   1) *qu'il y aura du travail pour toutes les personnes disponibles et en quête de travail;*
   2) *que ce travail sera aussi productif que possible;*
   3) *qu'il y aura libre choix de l'emploi et que chaque travailleur aura toutes possibilités d'acquérir les qualifications nécessaires pour occuper un emploi qui lui convienne et d'utiliser, dans cet emploi, ses qualifications ainsi que ses dons, quels que soient sa race, sa couleur, son sexe, sa religion, son opinion politique, son ascendance nationale ou son origine sociale.*

3. *Ladite politique devra tenir compte du stage et du niveau de développement économique ainsi que des rapports existant entre les objectifs de l'emploi et les autres objectifs économiques et sociaux, et sera appliquée par des méthodes adaptées aux conditions et aux usages nationaux.*

Article 2

Tout Membre devra, par des méthodes adaptées aux conditions du pays et dans la mesure où celles-ci le permettent:

1) déterminer et revoir régulièrement, dans le cadre d'une politique économique et sociale coordonnée, les mesures à adopter en vue d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 1;

2) prendre les dispositions qui pourraient être requises pour l'application de ces mesures, y compris, le cas échéant, l'élaboration de programmes.

De même que les articles 2 et 3 de la convention (n° 111) de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession), 1958 prévoient que:

Article 2

Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière.

Article 3

Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur doit par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux:

1) s'efforcer d'obtenir la collaboration des organisations d'employeurs et de travailleurs et d'autres organismes appropriés pour favoriser l'acceptation et l'application de cette politique;

2) promulguer des lois et encourager des programmes d'éducation propres à assurer cette acceptation et cette application;

3) abroger toute disposition législative et modifier toute disposition ou pratique administratives qui sont incompatibles avec ladite politique;

4) *suivre ladite politique en ce qui concerne les emplois soumis au contrôle direct d'une autorité nationale;*

5) *assurer l'application de ladite politique dans les activités des services d'orientation professionnelle, de formation professionnelle et de placement soumis au contrôle d'une autorité nationale;*

6) *indiquer, dans ses rapports annuels sur l'application de la convention, les mesures prises conformément à cette politique et les résultats obtenus.*

Ces normes cherchent à rendre l'action des pouvoirs publics dans ces matières plus cohérente et plus systématique; elles créent des mécanismes et des structures appropriés aux programmes choisis; elles prévoient, quelquefois, des mesures concrètes sur le marché du travail et les moyens d'en évaluer l'efficacité. En matière d'emploi, par exemple, certaines de ces mesures apparaissent orientées davantage vers l'immédiat (ainsi, des exemptions de charges sociales pour relancer l'embauche des jeunes à un moment donné), alors que d'autres tendent à jeter les bases d'une stratégie de lutte contre le chômage (comme la refonte du système de formation professionnelle ou, plus simplement, des incitations à la mobilité géographique ou professionnelle).

Précisons-le encore, des dispositions directement contraignantes peuvent cohabiter dans une même loi avec ces normes programmatiques. Les législations sur l'égalité de chances et de traitement en fournissent de nombreuses illustrations: à côté de mesures de promotions, d'autres règles frappent de nullité les actes discriminatoires commis dans le domaine considéré.

Les normes programmatiques constituent un moyen habituel en droit européen et international d'influencer l'action des Etats. Les directives européennes en constituent un bon exemple. On en trouve cependant aussi des illustrations dans les législations nationales. Ainsi, le droit japonais contient des obligations 'de faire de son mieux' pour prendre telle ou telle mesure au lieu d'imposer une obligation de faire. Il revient ensuite aux autorités administratives — le plus souvent le ministère du Travail — fréquemment avec les syndicats et les associations patronales, de persuader les entreprises de faire tout ce qu'elles peuvent pour traduire dans les faits l'esprit de la législation. En 1986, par exemple, un amendement à la loi japonaise sur la stabilité de l'emploi des personnes âgées a demandé aux chefs d'entreprise de 'faire tout ce qui est possible' pour repousser l'âge obligatoire de la retraite jusqu'à 60 ans au plus tôt (il se situait jusque là bien avant). Une nouvelle modification intervint en 1990, imposant aux employeurs l'obligation de 'faire de leur mieux' pour réengager les retraités qui le souhaitaient jusqu'à 65 ans. Sur cette base, le ministère du Travail a ordonné l'élaboration de programmes d'action. Néanmoins, le gouvernement a jugé nécessaire par la suite d'accroître l'impact des mesures prises et a rendu obligatoire cette fois, en 1994, la retraite à 60 ans; la loi a aussi renforcé les pouvoirs d'incitation des fonctionnaires afin que les chefs d'entreprise gardent

leur personnel jusqu'à 65 ans.[15] Si la politique de prolongation de l'âge d'activité peut changer en raison des difficultés économiques du moment, la technique utilisée, elle, paraît profondément enracinée dans la tradition juridique du pays.

Le concept de normes programmatiques couvre également les règles qui facilitent les communications entre groupes sociaux et autres institutions, afin de leur permettre de trouver entre eux une solution aux problèmes identifiés ;[16] comme on l'a dit, elles 'entourent un processus'. Beaucoup de dispositions concernant les rapports collectifs de travail tombent dans cette catégorie. Le contrôle de leur application soulève par conséquent des problèmes spécifiques, dans la mesure où il porte sur les moyens utilisés plus que sur les résultats finalement obtenus.

Relevons-le: légiférer par cette voie ne signifie pas 'déréglementer' ou prendre une attitude purement volontariste, en laissant aux partenaires sociaux l'entière liberté de fixer leurs relations de travail.[17] Bien au contraire, les contacts entre parties s'insèrent dans un cadre et des objectifs déterminés par des règles juridiques, c'est-à-dire, assorties d'une menace de sanction en cas d'infraction.

Les normes programmatiques suscitent peu de débats. Elles sont généralement bien acceptées, sauf quand elles aggravent les contraintes administratives imposées aux entreprises. Bien plus, on n'a pas suffisamment utilisé les moyens qu'elles offrent de dépasser les différences de vues et d'élaborer des politiques sociales mieux adaptées sur certains thèmes importants, comme l'aménagement du temps de travail.

La majorité des normes de travail appartient à un troisième groupe, au contenu technique plus précis. Elles traitent des conditions de travail, de la justice du travail, de l'administration du travail; on y joindra celles qui s'occupent de sécurité sociale. Ici se focalisent la plupart des polémiques sur l'avenir de la protection juridique du travail. Les législateurs nationaux — comme internationaux — font face à des objectifs parfois contradictoires, à des tensions entre les préoccupations divergentes des chefs d'entreprise et des salariés, voire d'autres groupes, et la nécessité de les harmoniser avec l'intérêt général. Des choix doivent s'opérer. Quelquefois, ils sont le fruit de négociations plus ou moins officielles et de concessions réciproques; d'autres fois ils sont le résultat d'arbitrages délicats. Fréquemment dans les sociétés démocratiques, le pouvoir légiférant recherche ce minimum de consensus qui constitue un gage de l'efficacité de la norme.

---

[15] Voir BIT, *Le travail dans le monde*, Genève, 1995, 91-92.

[16] Voir sur ce point B. HEPPLE (dir. de publ.), *The making of labour law in Europe. A comparative study of 9 countries up to 1945*, London, Mansell, 1986, 10; J. HABERMAS "Law as medium and law as institution", dans G. TEUBNER (dir. de publ.), *Dilemmas of law in the Welfare State*, W. de Gruyter, Berlin, 1986; T. TREU "Strikes in essential services in Italy: an extreme case of pluralistic regulation", *Comparative Labor Law Journal*, Vol. 15(4), été 1994, pp. 461 et ss.

[17] Comp. WEDDERBURN, "The social charter in Britain. Labour law and labour Courts", *The Modern Law Review*, 54(1), January 1991, 3-4; J. DE MUNCK, J. LENOBLE et M. MOLITOR (dir. de publication), *L'avenir de la concertation sociale en Europe*, Louvain, Centre de philosophie du droit (Université catholique de Louvain), 1995, tome I, p. 20 et ss; A. LYON-CAEN, "Droit du travail et procéduralisation", *ibid.* tome II, pp. 176 et ss.

L'accord se réalise plus facilement sur un sujet comme la sécurité et la santé au travail que sur d'autres. Employeurs et travailleurs y partagent largement les mêmes soucis, liés en bonne part aux changements techniques, même si leurs vues diffèrent sur les méthodes d'application pratique ou sur le rythme des réformes envisagées. On ne s'étonnera pas, par exemple, si beaucoup de normes européennes portent sur la question. L'approche commune est beaucoup plus difficile à réaliser sur des thèmes où s'affrontent davantage partisans de la rigueur et défenseurs de la flexibilité. Le temps de travail en constitue un exemple frappant. Les controverses restent vives sur la manière d'adapter les vieilles règles sur la durée du travail aux contraintes techniques et aux aspirations sociales nouvelles. Remarquons-le, les situations bloquées ne proviennent pas, le plus souvent, de visions bureaucratiques ou d'un manque d'élasticité du système national: elles tiennent à la difficulté de réconcilier des points de vue variés et divergents sur des questions de fonds. Pendant de longues années, par exemple, la levée de l'interdiction du travail de nuit pour les femmes dans l'industrie a divisé le monde du travail. Des solutions figurent aujourd'hui dans une majorité de droits du travail européens. Il est vrai aussi que les instances de l'Union européenne ont fortement œuvré en ce sens.

Ce type d'accord sur les principes de base d'une réglementation fait plus souvent défaut aujourd'hui; d'où la remise en cause de pans entiers du droit du travail. Le compromis paraît d'ailleurs d'autant plus problématique que les confédérations syndicales et même patronales éprouvent, elles-mêmes, plus de difficultés que par le passé à parler au nom de l'ensemble de ceux qu'elles représentent. Les normes techniques concentrent le plus clair des débats sur la meilleure synthèse possible entre objectifs économiques et protection du travail. C'est par conséquent à leur sujet qu'il faut surtout s'interroger sur le coût du droit du travail et de la sécurité sociale.

B. Le coût des normes de travail

Une évidente confusion règne dans les discussions consacrés aux avantages et aux inconvénients économiques de certaines règles ou de certaines formes de réglementation en matière de travail. Que ces controverses, que ces polémiques concernent des experts de disciplines variées — des sociologues, des politologues, des philosophes et beaucoup d'autres, en plus des juristes et des économistes — ajoutent au désordre.

Clarifier le débat suppose, en premier lieu, la capacité d'évaluer leur impact économique d'une manière relativement précise. La méthode est quantitative ou qualitative. La plupart des auteurs qui se sont attelé à la tâche ont adopté très largement la seconde option.[18] Beaucoup défendent l'idée qu'une protection satisfaisante de l'emploi et du travail donne aux entreprises — et aux économies — un avantage comparatif très réel. Elle stimule, en effet, la motivation du personnel et accroît la

---

[18] La littérature abonde sur le sujet, mais on peut toujours relire avec profit par exemple R. FREEMAN et J.L. MEDOFF "What do unions do", New York, *Basic books*, 1984, ou W. SENGENBERGER et D. CAMPBELL (dir. de publ.) *Creating economic opportunities. The role of labour standards in industrial restructuring*, Genève, Institut international d'études sociales, 1994.

productivité. Cet argument dit de la '*high road*' paraît à bien des égards convaincant, mais il n'a pas mis fin aux débats. De nombreux employeurs considèrent encore que payer de bas salaires et restreindre les frais d'aménagement du milieu de travail permet d'économiser des coûts. Bien plus, on observe tant en Europe qu'au Japon où ce phénomène était jusqu'ici limité, une augmentation sensible des recrutements de travailleurs sur des bases précaires, pour parer aux risques financiers des engagements à durée indéterminée.

L'on paraît attendre un mesurage exact dans un domaine où il semble impossible d'arriver à des certitudes. Comment donc déterminer avec précision l'effet économique de dispositions sur la sécurité de l'emploi? Pourtant, faute de données et de chiffres, la crainte subsiste, diffuse et à bien des égards irrationnelle, qu'un délai de préavis limité, avant la fin du contrat de travail, puisse mettre en péril la compétitivité des entreprises.

Le besoin existe de construire des indicateurs fiables qui permettent d'évaluer l'impact économique de la mise en œuvre des valeurs contenues dans certaines règles. Quelquefois, la loi présume ces effets pour restreindre l'octroi de certains avantages. La législation belge sur la promotion de l'emploi et la sauvegarde 'préventive' de la productivité a ainsi limité les augmentations salariales négociées collectivement selon un système complexe, mais qui prend en compte l'évolution des coûts salariaux en Allemagne, en France et aux Pays-Bas, Etats voisins considérés comme les principaux concurrents. Il conviendrait d'ailleurs de distinguer, sans les exclure, les effets purement économiques et les effets socio-économiques. Faut-il souligner l'importance de la définition et de la sélection des éléments retenus pour construire ces indicateurs. Comment expliquer, pour reprendre l'exemple de la législation sur le licenciement, que des analyses récentes sur les effets économiques de celle-ci, n'aient pas inclus le Japon — où congédier un travailleur est spécialement malaisé — alors que sa croissance fut spectaculaire dans les années 1980? Encore convient-il d'établir des distinctions claires selon la taille de l'entreprise comme entre les niveaux macro et micro-économiques. Une législation sur la prévention et l'indemnisation des accidents du travail, autre exemple, impose certains frais aux entreprises; elle peut cependant leur en faire économiser davantage. Néanmoins, les effets de ces dispositions légales sur la comptabilité nationale paraissent, dans l'ensemble, encore plus positifs.[19]

Sur la base de ces indicateurs, une réflexion peut se développer sur l'application de certaines valeurs dans des contextes socio-économiques différents, séparant ce qu'il y a d'absolu (ainsi la protection de la vie même des travailleurs) et de relatif (son confort) dans ces valeurs et dans les moyens de les mettre en œuvre.

---

[19] D. ANDREONI, *Le coût des accidents du travail et des maladies professionnelles*, Genève, BIT, 1985.

§ 3. Normes autonomes, normes hétéronomes et alternatives à la réglementation sociale

Des réponses plus satisfaisantes à ces questions devraient aider à trouver l'équilibre optimum entre la voie juridique, c'est-à-dire en fin de compte l'appel à la contrainte, et les autres techniques de mise en œuvre de certains objectifs sociaux qui font appel principalement à la persuasion et à la rationalité. Cette seconde voie couvre la conclusion d'engagements politiques, l'adoption de mesures économiques, le lancement d'initiatives de formation et de campagnes d'information ainsi que l'élaboration de 'normes techniques' (par opposition à 'juridiques'), et de directives pratiques. Ces divers moyens peuvent être mis en œuvre sans faire appel à des mesures de portée juridique et ce n'est pas sans équivoque que l'on parlera alors de '*soft law*'. Cette dernière observation n'enlève rien à leur utilité que défendent, par exemple, les pays de l'Union européenne dans la coordination de leurs efforts en faveur de l'emploi.[20]

Un éclaircissement paraît toutefois nécessaire en raison de l'ambiguïté de la notion de droit, notamment à propos des droits sociaux. Celle-ci renvoie en premier lieu à un moyen de mise en œuvre d'une politique (sociale par hypothèse); elle permet d'exiger un certain comportement sous la menace d'une sanction. Cette politique, comme ce comportement peuvent certes apparaître quelquefois comme parfaitement haïssables (supposons qu'ils soient imposés par un dictateur brutal); la force contraignante des règles juridiques qui en sont l'expression n'en est pas nécessairement affectée.
A cette conception positiviste du droit vient se superposer une autre qui assigne à ce dernier lui-même — plutôt qu'au pouvoir qui l'édicte — une fin déterminée, la poursuite de certaines valeurs (ainsi la justice sociale) inspirées de préceptes religieux ou moraux, ou de la vision que l'on a de la société et des rapports entre ses membres.

Invoquer des principes, se fixer des objectifs sociaux dans l'élaboration d'une politique et dans sa mise en œuvre, semble assurément raisonnable, et même le plus souvent très souhaitable. Pourtant, l'affirmation dans ce contexte de 'droits' moraux dont chacun devrait jouir ne confère pas automatiquement à ceux-ci une force contraignante. Proclamer par exemple un droit à l'emploi sans l'assortir d'une menace de sanction en cas d'inexécution correspond à l'expression d'un souhait ou d'un message politique, important certes, mais sans portée juridique.

Ces remarques n'entament nullement, répétons-le, l'utilité de telles déclarations, leur capacité de convaincre. La situation socio-économique empêche d'ailleurs bien des

---

[20] Voir H. BORSTLAP, "Modernised Industrial Relations. A condition for European employment growth. A Dutch View". *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, hiver 1999, vol. 15(4), 365-382. Voir aussi dans le même numéro: J.H. PEDERSEN, "Mainlines in Danish labour market policy as presented in the Danish National Action Plan", (383-401) et J. CHOZAS PEDRERO, "The Luxembourg process and the Spanish experience" (403-418). Comparez M. BIAGI, "The impact of European Employment Strategy on the Role of Labour Law and Industrial Relations", *ibid.*, été 2000, 16(2), 155-173.

fois d'adjoindre cette dimension juridique qui assurerait permanence et coercition. Lorsque, en revanche, on y ajoute la force du droit — et alors seulement — il est loisible de rechercher dans la règle concrète qui a été adoptée l'intention du législateur et d'interpréter la norme juridique en fonction du but que ce dernier a poursuivi.

Si le choix porte sur la voie juridique, encore faut-il décider de la forme la plus appropriée de réglementation, soit que celle-ci soit laissée à l'initiative volontaire et privée (auto-réglementation), soit qu'elle soit imposée par l'Etat (qui lui donne sa permanence,[21] sa prévisibilité et son caractère obligatoire), soit qu'elle trouve son origine (conventionnelle) dans un dialogue à définir entre acteurs sociaux. Une heureuse alchimie de ces différents éléments dépend des circonstances propres à chaque pays, en particulier dans une société démocratique, du degré de consensus social qui peut être atteint.

Plus précisément, en ce qui concerne les moyens de droit, un premier choix porte sur les fonctions régulatrices en matière d'emploi et de travail qui doivent rester dévolues à l'Etat et à ses administrations, et sur celles qui peuvent être laissées au secteur privé. La question se pose, entre autres, à l'égard des fonctions suivantes: services/agences d'emploi; protection sociale (sécurité sociale, assurances sociales, aide sociale); solution des conflits de travail (individuels ou collectifs; juridiques ou d'intérêts), et même du contrôle des conditions de travail.
Une autre option revient à distinguer, dans ce qui échoit au secteur privé, entre le part qui incombe seulement au secteur marchand (par exemple les multinationales) et celle qui revient à des acteurs qui ne poursuivent pas directement un but lucratif pour eux-mêmes (associations patronales, syndicats et autres). Ce dernier groupe couvre en particulier la réglementation par convention collective à différents niveaux supérieurs à l'entreprise. Un choix complémentaire consiste à inclure ou non de nouveaux acteurs dans ce processus de négociation: institutions mondiales, régionales ou locales; autres associations représentatives de la société civile, etc.

Si, en effet, les appels à la conclusion d'un nouveau pacte social fleurissent, encore faudrait-il préciser les parties à celui-ci. Revenir aux principes de liberté et de démocratie, fondateurs des sociétés modernes, semble une voie naturelle pour procéder à la recherche d'un consensus. Assurément, les libertés d'association, d'expression et de réunion donnent à tous ceux qui rencontrent des problèmes communs, la possibilité de former des institutions intermédiaires entre les citoyens et l'Etat; on a parlé en France d'un véritable 'boom' du secteur social associatif.[22] On peut relever trois types de groupements qui ont pris un poids significatif dans l'élaboration ou l'application des politiques sociales :[23] les organisations d'employeurs et de travailleurs, les mouvements associatifs à fin sociale qui ne rentrent pas dans la catégorie précédente et les autres ONGs à but social.

---

[21] Voir cependant V. PERROCHEAU, "L'expérimentation, un nouveau mode de création législative", *Revue française des affaires sociales*, n° 1, janvier-mars 2000, 11-27.

[22] G. MALAURIE, "Le boom des associations", *Problèmes économiques* n° 2605, 24 février 1999, 22 et suiv.

[23] BIT, *Le travail dans le monde 1997-98*, "Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale", *op.cit.*, pp. 51 et suiv.

Les premières renvoient à une terminologie bien connue de l'OIT qui se réfère aux organisations professionnelles ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des employeurs et des travailleurs.[24] Le concept a une large portée. Côté travailleurs, il couvre les syndicats et, quels que soient les mots utilisés, les associations à but similaire qui regroupe des travailleurs salariés ou indépendants, y compris les plus pauvres et les plus faibles d'entre eux. L'idée paraît acquise[25] d'associer à l'action des syndicats traditionnels des associations émanant des couches les plus défavorisées de la population, notamment du secteur informel, urbain ou rural, des pays en développement.

Forment le deuxième type de groupements les mouvements associatifs qui poursuivent une fin sociale, mais qui se sont créés avec des objectifs différents souvent plus limités: la promotion et la défense des femmes, des consommateurs, de l'écologie, du petit commerce, des libertés civiles, des intérêts locaux ou de quartier, des étudiants, des parents d'élèves, des préoccupations d'une communauté ou d'une minorité ethnique, etc.; certains prennent la forme d'une coopérative. Comme les associations d'employeurs et de travailleurs, ces groupements agissent en tant que corps intermédiaires entre leurs membres et les pouvoirs publics ou des institutions intergouvernementales. Plusieurs caractéristiques des organisations professionnelles se retrouvent ici. Il en va ainsi du processus démocratique de création (par voie d'association) et de décisions; celui-ci assure généralement la transparence de leurs structures. Il permet de vérifier aisément leur représentativité, leurs objectifs et la manière dont leurs dirigeants répondent de leur action. Des rapports plus confiants peuvent par conséquent se nouer entre ces groupements, ainsi qu'entre eux et les confédérations syndicales. Dans les faits, les exemples se multiplient d'alliances conclues pour une campagne revendicative ou à des fins plus larges.

La troisième catégorie d'organisations non gouvernementales à buts sociaux ne se fonde pas, de manière primordiale du moins, sur des principes associatifs. Il s'agit d'institutions diverses allant des églises, des œuvres caritatives et des réseaux d'entraide (notamment aux chômeurs) jusqu'aux projets de coopération technique, d'assistance au développement ou de la protection de la santé et de la sécurité au travail. On y rencontre des femmes et des hommes de terrain qui travaillent à titre personnel à la formation, à l'insertion, à la réintégration des personnes en voie d'exclusion sociale (chômeurs de longue durée, sans-abri, bénéficiaires d'une aide sociale ou d'un revenu minimum garanti, ménages fortement endettés, immigrés clandestins, toxicomanes ou, simplement, pauvres sans ressources). Souvent, ces institutions agissent en collaboration avec les pouvoirs publics locaux, leurs agents de développement et leurs travailleurs sociaux. L'absence de la même transparence en termes de représentativité et d'origine des ressources rend les réalisations communes avec cette catégorie de groupements parfois plus problématiques. Néanmoins, ils se sont aussi révélés à l'occasion des partenaires utiles.

---

[24] Notamment dans les conventions (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, ainsi que (n° 141) sur les organisations de travailleurs ruraux, 1975.

[25] Voir CISL, *Le marché mondial: le plus grand défi du syndicalisme*, XVI[e] congrès de la Confédération internationale des syndicats libres (Bruxelles, 25-29 juin 1996), Bruxelles, 1996, 81.

Ces deux dernières catégories de groupements, en particulier ceux qui ont établi une structure supranationale, régionale ou mondiale, ont eu récemment un impact visible sur les politiques sociales, nationales ou internationales. Pourtant, leur action reste souvent irrégulière ou imprévisible, car liée à la couverture médiatique reçue et aux parrainages financiers. Les organisations professionnelles, au contraire, en raison de leur permanence et de leur réelle représentativité — quand bien même les syndicats ne comptent comme membres que 5 à 10 pour cent de la population active, ils ont normalement un taux d'affiliation nettement supérieur à celui des autres groupements — constituent des institutions incontournables du paysage social.

Plus généralement, il convient de s'interroger sur les possibilités réelles d'action de ces groupes émanant de la 'société civile', sur les limites et les conditions de leur participation à des politiques sociales. Une abondante littérature existe déjà sur ce point.[26] Il faut aussi se demander:

1) si l'on peut trouver une meilleure articulation des moyens juridiques et de l'action de ces groupements; quand leurs activités se situent en premier lieu sur le terrain, des exemples existent de cas (en Afrique du Sud, en Irlande, en Italie, en Amérique latine) où ils participent à de véritables négociations. Les conclusions de celles-ci peuvent avoir un caractère soit uniquement politique, soit également juridique, c'est-à-dire munies de sanctions;
2) si une autre formulation des règles de travail, plus programmatiques, mais directement comminatoires, ne pourrait pas favoriser la reconnaissance et le libre jeu des acteurs sociaux, tout en les dirigeant vers des objectifs précisés à l'avance par les pouvoirs publics.

Nous reviendrons plus loin sur ces points.

S'agissant de la réglementation d'origine étatique, encore faut-il décider de l'institution appelée à édicter des normes: parlement, gouvernement, pouvoir judiciaire, administration (centralisée ou non), pouvoirs locaux, etc. De même s'interrogera-t-on sur la mesure (critères; moyens choisis; institutions nécessaires), dans laquelle les pouvoirs publics procéderont par la production de règles contraignantes ou par un encouragement et une assistance donnés aux citoyens, et à leurs associations, à trouver eux-mêmes, entre eux, les solutions les plus adaptées. Dans ce dernier cas de figure, la législation fournit essentiellement un cadre pour l'initiative privée.

Deux questions s'ajoutent encore à la problématique. La première touche à la coordination de ces diverses sources de réglementation ;[27] la seconde, essentielle pour la crédibilité de tout système, à la manière d'appliquer celle-ci et à son contrôle, à la place des juges et au rôle ('sanctionnateur', conciliateur, médiateur?) des inspecteurs du travail. Dans le cas spécifique des initiatives unilatérales de l'employeur (exemple de nombreux codes de conduite), il s'agit de préciser - et la chose n'est assuré-

---

[26] Voir par exemple le numéro de mars-avril 1999 de la revue *Esprit* sur le thème "A quoi sert le travail social".

[27] A. SPINEUX et al., *Evolution des accords relatifs à l'emploi et au marché du travail au sein des 15 Etats Membres de l'Union européenne*, Louvain, UCL (Institut des sciences du travail), 1999, 70-72.

ment pas aisée - la valeur juridique et la durée de l'engagement pris, ainsi que la manière de vérifier sa mise en œuvre effective.

Tous ces choix dépendent du type de politique retenu. Les réponses vont d'une abstention de l'Etat à la concentration dans ses mains du pouvoir de décision; nous avons évoqué les difficultés de ces positions radicales à apporter des solutions aux problèmes sociaux de la précarité de l'emploi et des revenus. Entre ces deux extrêmes, demeure, on le sait, toute une gamme de modes de participation à l'élaboration et à l'application des politiques sociales. Les formes du dialogue varient presqu'à l'infini; elles incluent, par exemple, la consultation préalable à l'adoption de la loi. Nul besoin de développer ce point, si ce n'est pour insister sur la nécessité d'élargir les bases du consensus social à l'ensemble des acteurs de la vie sociale, y compris aux associations qui représentent les plus défavorisés.

§ 4. Alchimie pour une recomposition des relations sociales

Une reformulation des politiques sociales qui répondent pleinement aux problèmes évoqués, appelle une série de mesures. Elles regardent les niveaux de la concertation, le rôle que peut jouer l'Etat et le contenu des discussions.

A. L'élargissement des niveaux de la concertation

Premier point: les niveaux de la concertation doivent se multiplier, en tenant pleinement compte, par exemple, des possibilités d'activités en réseau. L'échange a lieu traditionnellement sur le plan national, du secteur d'activités ou de l'entreprise, avec une focalisation sur l'un ou sur l'autre, variable selon les pays et selon les époques.

L'ouverture des frontières aux capitaux et aux produits, la mondialisation de l'économie, et d'abord sa régionalisation, ont rendu évident le besoin d'assurer des rapports collectifs de travail à ces niveaux également. D'ailleurs, c'est sur ces plans-là également qu'opèrent surtout les nouveaux acteurs apparus sur la scène sociale et que peuvent par conséquent se conclure le plus facilement d'éventuelles alliances. Des exemples de négociation à ces échelons existent, mais ils restent limités. On sait le rôle de pionnier que l'Union européenne a joué à cet égard, avec en particulier l'établissement de comités d'entreprise européens et la conclusion de véritables accords collectifs de travail au niveau d'une multinationale (comme Danone), d'un secteur d'activités (ainsi la chaussure) ou sur le plan intersectoriel (avec des conventions collectives sur le congé parental, le temps partiel et le travail à durée déterminée). Pourtant des initiatives prises ailleurs retiennent aussi l'attention. Les Japonais ont ainsi mis en place une conférence, tripartite essentiellement — qui se réunit deux fois par an — de liaison sur les problèmes multinationaux du travail. Elle a conduit à la publication, par l'Association des compagnies japonaises d'outremer, d'un code de conduite volontaire pour les investisseurs nationaux à l'étranger. Des entreprises comme Honda ou Matsushita ont établi des relations transnationales de coopération avec les syndicats dans le cadre de leur stratégie de mise en valeur des ressources humaines. Les syndicats ont lancé, avec d'autres groupements, des actions mondiales dont les médias se font écho, comme lors de la réunion de Seattle

en 1999; celles-ci peuvent aboutir à des discussions. Inutile de souligner que les normes de travail nationales s'appliquent difficilement à ces rapports supranationaux. Au contraire, la diversité de législations nationales constitue un obstacle objectif au développement de ces relations.[28] Quelquefois, cependant, des normes programmatiques ont été adoptées — ainsi par l'Union européenne — pour faciliter les relations à ces niveaux.

La diversification des niveaux de négociation doit aussi toucher l'échelon local. On peut ici encore citer un nombre significatif d'expériences réussies et d'arrangements conclus à ce niveau. C'est le cas en Italie avec l'organisation des horaires — au travail, dans les transports publics, pour les services publics et privés — dans plusieurs grandes villes. Des associations féminines, d'usagers, de commerçants, de quartier, etc., ont joint leurs efforts à ceux des syndicats et des autorités publiques (quelquefois aussi des organisations d'employeurs) pour mieux articuler les exigences de la vie professionnelle et de la vie privée des citadins.[29] C'est le cas de *Garment Industry Corporation*, organisme tripartite créé à New York dans l'industrie textile, pour protéger celle-ci et l'emploi dans ce secteur par l'amélioration des qualifications, des méthodes de commercialisation et par l'usage des nouvelles techniques de production et de gestion.[30] C'est le cas d'initiatives locales pour l'emploi au succès avéré en Belgique ou en Irlande.[31]

B. Un rôle renouvelé pour l'Etat

Chaque fois, un rôle important de l'Etat — ou plus précisément des pouvoirs publics aux échelons national, régional et local — consistera à reconnaître ces acteurs, à favoriser leur développement et leur accès à l'information (en éliminant les obstacles, y compris les pratiques antisyndicales), à consacrer les institutions qu'ils créent (en participant, par exemple, à leur création) et à faciliter les rapports entre eux. Il le

---

[28] Jean-Michel SERVAIS "Labor law and cross-border cooperation among unions", dans M.E. GORDON et L. TURNER (eds.), *Transnational cooperation among labor unions*, ILR Press, Ithaca (N.Y.), under print; voir aussi P. VERGE, "How does Canadian Labour Law fare in a global economy?", *The Journal of Industrial Relations*, Vol. 42(2), June 2000, 287-291.

[29] S. BONTIGLIOLI et M. MAREGGI (dir. de publ.), "Il tempo e la città fra natura e storia. Atlante di progetti sui tempo della città", *Urbanistica Quaderni*, mai 1997, n° 12; M.C. BELLONI et F. BAMBI (dir. de publ.) *Microfisica della cittadinanza. Città, genere, politiche dei tempi*, Milan, Franco Angeli, 1997. J.Y. BOULIN et U. MÜCKENBERGER, *Times in the city and quality of life*, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1999. Voyez aussi M. TIRABOSCHI, "'Milano Lavoro': An Agreement for Employment in Milan", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 16(2), été 2000, 183-194.

[30] B.G. HERMAN, *See what? The New York apparel industry in the global economy: Inevitable decline or possibilities for industrial upgrade?* Document de travail (International workshop on global production and local jobs: New perspectives on enterprise networks, employment and local development policy, Geneva, 9-10 March 1998), Institut international d'études sociales, Genève, 1998.

[31] OECD (Labour Management Programme), *The role of trade unions in local development*, Paris, 1997; M. GEDDES, *Local partnership: a successful strategy for social cohesion?*, Dublin, European Foundation for the improvement of living and working conditions, 1998; comp. J. BAUER et D. BELL (dir. de publ.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press., 1999, 23.

fera à travers ces normes programmatiques auxquelles nous nous sommes référés précédemment. C'est le deuxième point. En bref, l'Etat jouera moins le rôle de tuteur que celui d'un inspirateur et d'un médiateur qui crée un environnement propice au dialogue. Il créera les structures de communications qui facilitent cette concertation ;[32] il intégrera ces acteurs représentatifs aux organismes qui mettent en œuvre des politiques sociales de formation professionnelle, de crédit, de sécurité sociale, etc.; il étendra le champ de leurs négociations autonomes ou encore les fera systématiquement participer à l'élaboration des politiques sociales, ainsi que des lois qui traduisent celles-ci en mesures durables, et, à un degré qui varie, contraignantes. La même approche vaut pour des autorités inter-étatiques.

Cette mission prend une dimension particulière à l'égard de types d'activités spécifiques, telles que celles du secteur informel ou des PME, où la concertation sociale éprouve plus de peine à se concrétiser. Ici encore pourtant les exemples existent de tentatives réussies de mise en place d'un encadrement propice. Les succès remportés dans les districts d'Emilia Romagna en Italie en sont un exemple souvent étudié.[33] Même dans le secteur informel, les succès ne sont pas rares.[34]

Le renforcement des capacités des négociateurs sociaux devrait aboutir, s'il est bien conduit, à une consolidation de la position de l'Etat lui-même dans un contexte mondialisé. Ce dernier, on l'a dit, ne doit d'ailleurs pas promouvoir seulement ces formes renouvelées de participation, il doit encore assurer une bonne coordination entre les différents niveaux.

C. Des normes avec quel contenu?

L'élargissement des bases de la concertation sociale, troisième point, doit faciliter la recherche de la meilleure réponse possible, dans une communauté donnée à un moment déterminé de son histoire, aux questions récurrentes sur les rapports entre qualité du travail et quantité d'emploi. Spécialement, un certain groupe de normes de travail ne doit pas en principe rendre impossible le passage d'un système de production à un autre.

Les recherches dans le domaine qui nous occupe se sont principalement développées à l'intérieur du schéma - du paradigme - du marché du travail. Ce cadre de pensée a convenu assurément pour expliquer l'échange entre emploi et rémunération dans la relation de travail, spécialement lorsque celle-ci possède une certaine durée. Il perd

---

[32] Voir ainsi A. SUPIOT (dir. de publ.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Rapport pour la Commission européenne, Paris, Flammarion, 1999, spéc. pp. 270-271; voir aussi F. DURÁN LÓPEZ, "Globalización y relaciones de trabajo", *Civitas*, n° 32, nov.-déc. 1998, 869-888. Comparer, plus généralement, P. EVANS, "The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization", *World Politics*, vol. 50 (I), octobre 1997, 62-87.

[33] F. PYKE, G. BECATTINI, W. SENGENBERGER (dir. de publ.), *Industrial districts and inter-firm cooperation in Italy*, Geneva, Institut international d'études sociales, 1990; F. COSSENTINO, F. PYKE, W. SENGENBERGER, *Local and regional response to global pressure: the case of Italy and its industrial districts*, Geneva, International Institute for Labour Studies, 1996.

[34] BIT, *op.cit.*, pp. 187 et suiv.

sa clarté quand on y intègre les formes d'emplois plus précaires qui se sont multipliées récemment ainsi que le travail indépendant. Il ne se prête guère à l'analyse d'autres activités telles que le travail bénévole (ou peu payé) à titre individuel (garde des enfants, des personnes âgées, des handicapées, etc.) ou au sein d'une institution, d'une association, les périodes de formation et de recyclage, les congés pour raisons familiales (de maternité, parentaux, etc.) ou civiques (service militaire). Si beaucoup de ces activités sont socialement utiles, elles rentrent mal dans la logique de l'échange à but lucratif.

Des efforts ont été entrepris pour mieux incorporer ces développements dans l'analyse socio-économique. Des chercheurs[35] se sont concentrés sur l'aménagement du marché de l'emploi. Ils ont relevé que les nouveaux arrangements institutionnels prenaient de plus en plus en compte la formation permanente, que l'hétérogénéité des besoins individuels exigeait plus de souplesse dans l'organisation du travail et que les formes atypiques d'emploi appelaient à repenser les rapports entre le travail et les autres activités utiles. Ils ont proposé le concept de marché du travail en transition pour définir les principales conditions de mise en œuvre de ces arrangements nouveaux (en matière d'organisation, de politiques de revenus, de politiques sociales et de leurs effets fiscaux).

Certains ont adopté une vue très sombre de l'avenir du marché du travail, soulignant son informalisation rapide tant dans les pays industrialisés qu'en développement, pour justifier, entre autres, l'octroi d'un revenu garanti de citoyenneté.[36]

D'autres chercheurs, français notamment,[37] se sont plus nettement affranchis du cadre du marché du travail. Ils ont souligné que la vie professionnelle pouvait prendre de nombreuses formes au cours d'une carrière: travail salarié et travail indépendant ou comme employeur; travail bénévole et travail salarié; travail pour un service public ou non; cours ou stage de formation ou de recyclage; activité d'ordre privé (soins du ménage) ou public (service militaire, activité politique). Ils ont insisté sur l'ambiguïté du critère juridique de la subordination, élément déterminant de la relation d'emploi.

Certains ont suggéré, dans cette perspective, des formules qui tracent des scénarios possibles pour des parcours professionnels faits de modules à agencer, alternant temps de travail, temps de recyclage et temps de congé (de maternité, parental, de service militaire, etc.).[38] Des qualifications meilleures et une autonomie accrue —

---

35 Voir *New institutional arrangements in the labour market. Transitional labour markets as a new full employment concept*, Berlin, European Academy of the Urban Environment, 1998.

36 Voir G. STANDING, *Global labour flexibility. Seeking distributive justice*, Londres, MacMillan, 1999.

37 Voir en particulier A. SUPIOT (dir. de publ.), *Le travail en perspective*, Paris, LGDJ, 1998.

38 Voir le rapport de la Commission (Commissariat général au Plan) présidée par Jean BOISSONNAT, "Le travail dans vingt ans", Paris, O. JACOB, *La documentation française*, 1995; voir aussi A. VALLI (dir. de publ.), *Tempo di lavoro e occupazione. Il caso italiano*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1988, 13-38 et 177-197; K.L. LADEAR "Social risks, welfare rights and the paradigms of proceduralisation. The combining of the liberal constitutional State and the social State", dans J. DE MUNCK,

l'un n'allant pas sans l'autre — permettraient d'envisager une coordination plus satisfaisante des différentes activités individuelles — le travail professionnel, la formation et le recyclage, les congés pour cause déterminée, les tâches bénévoles ou faiblement rémunérées, mais à valeur sociale élevée (la garde des enfants ou des personnes âgées, l'assistance aux victimes de toutes violences, etc.) — et de planifier ces types de travail dans la perspective d'une vie entière. De telles dispositions faciliteraient la solution des oppositions d'intérêts, d'abord chez le travailleur lui-même, puis dans ses rapports de travail; ainsi, la recherche d'un équilibre satisfaisant entre vie privée (familiale) et activités professionnelles.

Ces propositions permettent en tout cas de jeter un regard neuf sur l'éclatement de la vie professionnelle que l'on observe dans les pays industrialisés. Elles aident également à mieux appréhender les diverses formes d'activités professionnelles exercées dans les pays en développement, entre autres dans leur secteur informel. Elles peuvent conduire à justifier l'octroi d'un revenu minimum — voire d'un crédit limité à certaines fins (formation, garde de personnes qui en ont besoin, travail social au sein d'une association, etc.).

Leur mise en pratique se heurte toutefois à des obstacles importants. Le premier tient au fait qu'il ne faut pas trop vite – les statistiques le montrent – décréter la fin du salariat traditionnel; celui-ci reste toujours la meilleure garantie connue de la sécurité du revenu.[39] Un second porte sur la difficulté de séparer activité laborieuse et revenu, et de trouver une base consensuelle pour le financement, en l'absence d'une rémunération, d'une allocation de subsistance (par l'impôt sur les revenus ou sur le chiffre d'affaires? par la TVA?) Au-delà, on s'interroge sur la possibilité réelle de dessiner ainsi la carrière des individus. Sans doute faut-il souligner la différence entre insécurité et incertitude. La protection sociale tend sans aucun doute à pallier cette insécurité que ressentent ceux qui travaillent ou veulent travailler, c'est-à-dire les dangers qu'ils encourent pour leur vie, leur santé, leur subsistance et celle des leurs. Elle ne vise assurément pas – comment pourrait-elle le vouloir? – à tout prévoir, à tout organiser de la vie de chacun, en bref à supprimer l'incertain. Celui-ci constitue d'ailleurs chez les plus dynamiques une incitation à créer, à innover, à entreprendre et, par là, un facteur de progrès.

Peut-être convient-il de procéder plus près des situations concrètes, d'avoir recours chaque fois que faire se peut à ces normes programmatiques que nous appelons de nos vœux et d'encourager les négociateurs sociaux, proches des réalités quotidiennes, à prendre une part plus grande, là où ils ne le font pas, des responsabilités dans la mise en œuvre des politiques sociales. Sans doute également, apprendrions-nous davantage en étudiant les expériences concrètes imaginées au niveau des pays (ou des entreprises) pour adapter leurs règles aux nouveaux systèmes de production. Prenons l'exemple du système néerlandais des indemnités de maladie; les

---

J. LENOBLE et M. MOLITSZ (dir. de publ.), *L'avenir de la concertation sociale en Europe,* Louvain, Centre de philosophie du droit, Université catholique de Louvain, 1995, 143.

[39] R. CASTEL, "Droit du travail: redéploiement ou refondation", dans *Droit social*, No. 5, 1999, 438-442; A. JACOBS, "Critique du rapport du Groupe de Madrid sur la transformation du travail", *Semaine sociale Lamy*, supplément n° 997, 2 octobre 2000, pp. 55 et ss.

employeurs y ont reçu la responsabilité de la gestion, mais le niveau des prestations reste fixé par la législation.[40] De même, la diversification des situations a obligé le législateur dans des pays comme la Belgique, la France[41] ou l'Italie à autoriser des dérogations aux règles du travail (spécialement en matière d'aménagement du temps de travail) par voie d'accord collectif. La loi se limite à déterminer le cadre de ces assouplissements, c'est-à-dire, les conditions (et les éventuelles contreparties) et l'étendue des exceptions permises. Dans un ordre d'idée voisin, la loi peut fixer les circonstances —et les limites— dans lesquelles les pouvoirs publics autorisent le recours à la conciliation, la médiation et l'arbitrage privé des conflits sociaux.

Deux voies en particulier s'offrent à leurs réflexions comme à celle des pouvoirs publiques. La première consiste à accorder une reconnaissance officielle à ces activités socialement utiles que nous avons évoquées et à leurs protagonistes. Après tout, cela est déjà souvent le cas dans les domaines des arts et des sciences. Au statut social doit correspondre une rémunération décente fournie par les bénéficiaires ou par des institutions étatiques. Voilà qui aboutirait encore à renouveler les grilles d'analyse que l'on adopte traditionnellement à l'égard du secteur informel et, de nouveau, à intégrer à cet examen l'action d'associations de nature privée.

Les activités socialement utiles s'entendent dans un sens qui comprend, mais dépasse, l'assistance aux plus démunis. Il ne s'agit évidemment pas de se limiter à une délégation du service public à des associations privées ;[42] autrement, l'on pourrait assister simplement à l'établissement d'un nouveau marché ouvert aux groupes commerciaux, ou craindre des dérives de type bureaucratique. Ces activités couvrent l'organisation de systèmes comme *'la banca del tempo'* en Italie, en France et ailleurs, c'est-à-dire ces réseaux d'échange de services gratuits entre personnes privées (ainsi une garde d'enfants contre de menues réparations à la maison) où l'on rétribue une prestation reçue par du temps offert à l'autre. Il va sans dire que beaucoup de ces activités ont vocation à densifier la cohésion des communautés locales et, partout, à éviter ces désordres sociaux évoqués précédemment. L'histoire de la sécurité sociale révèle comment, en d'autres temps, se sont développées, dans de nombreux pays occidentaux, des institutions privées – relayées ensuite, et en partie seulement par des organismes publics – pour faire face aux besoins nouveaux et pressants nés de la révolution industrielle et de ses conséquences sociales. De même aujourd'hui, on peut admettre que dans de nombreux cas ces groupements privés comblent un vide qui s'est créé sur le plan social, un besoin collectif non satisfait.

La seconde voie tente d'identifier des formes nouvelles de sécurité compatibles avec le plus grand volatilité de l'emploi. Quand effectivement se développent le travail indépendant et les formes précaires d'emploi salarié, la protection du travail ne peut plus rester conçue de la même façon sur la base d'une relation stable d'emploi.

---

[40] P. AUER, *Employment revival in Europe. Labour market success in Austria, Denmark, Ireland and the Netherlands*, Genève, BIT, 63.

[41] Pour la France, voir G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 41 et ss; TH. REVET, "L'ordre public dans les relations de travail", dans TH. REVET (dir. de publ.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 61 et ss.

[42] Voir le numéro précité de la revue *Esprit*, pp. 108 et suiv.

L'établissement d'institutions de soins de santé et d'éducation de base devraient par conséquent recevoir, dans les pays pauvres, une totale priorité. Dans les nations industrialisées également, il s'agit d'inventer ou de faire revivre des institutions qui servent d'ancrage dans un contexte de mobilité accrue (d'une entreprise à une autre, d'une relation de travail ou d'activité à une autre). Les deux exemples qui suivent démontrent que l'idée n'a rien de purement spéculatif ou d'inaccessible.

Le premier concerne ce que l'on a appelé aux Pays-Bas la 'flexicurité' qui cherche à conjuguer la flexibilité du travail et la sécurité de revenu pour le travailleur. Sur la base d'une large consultation entre les parties prenantes, une loi du 1er janvier 1999 a établi un régime nouveau pour les travailleurs temporaires: après avoir travaillé un certain temps (26 semaines en principe, mais ce délai peut être prolongé par convention collective, et l'a effectivement été) pour l'agence de placement, les intéressés sont considérés comme au bénéfice d'un contrat d'emploi avec cet organisme.[43] La formule offre ainsi aux travailleurs concernés un point d'arrimage qui leur permet de bénéficier plus pleinement de la protection des droits du travail et de la sécurité sociale, tout en maintenant la mobilité du travail.

On sait, deuxième exemple, que les assurances sociales se concluent principalement aux Etats-Unis, à l'échelon des entreprises et que le bénéfice s'en perd en principe si l'on quitte son emploi (d'où la question du transfert des droits acquis). Dans la Silicon Valley, temple de la nouvelle économie, Amy Dean, responsable régionale des syndicats AFL-CIO plaide pour que son organisation offre aux travailleurs devenus itinérants – et spécialement mobiles en l'occurrence – le lien permanent abandonné par les firmes et leur fournissent assurance-maladie, assurance-chômage et formation permanente.[44] Faut-il rappeler que dans plusieurs pays d'Europe du Nord – la Belgique, le Danemark, la Finlande, l'Irlande et la Suède – les syndicats continuent de gérer – seuls ou non – l'octroi des indemnités de chômage.[45] La raison tient à leur histoire et au fait qu'ils furent les premiers à assister les sans-emploi, avant que cette charge ne soit reprise par l'Etat.

Finalement, le but ultime de toute politique sociale, et de sa mise en œuvre, demeure inchangé: permettre aux hommes et aux femmes de gérer les aléas que les marchés engendrent. La peur fait délirer les hommes, écrivait Spinoza. Les Etats démocratiques ont établi des mécanismes de représentation des citoyens dans la prise de décision, qui incluent les systèmes parlementaires et les rouages du dialogue social au sens large. L'ouverture des frontières et l'internationalisation accélérée des échanges économiques ont diminué la capacité de chaque Nation, et de ses organes de participation, à maîtriser les politiques économiques et sociales. La grande difficulté, et à la fois la pressante nécessité de ce tournant des siècles, est de combler ce

---

[43] Voir par exemple G. HEERMA VAN VOSS, "The 'tulip model' and the new legislation on temporary work in the Netherlands", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, hiver 1999, Vol. 15(4), 419-430.

[44] Voir *Le Monde*, 25 janvier 2000, 15.

[45] Ces pays sont d'ailleurs parmi ceux ayant les plus forts taux de syndicalisation: voir BIT, *Le travail dans le monde 1997-98. Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale*, Genève, 1997, 26-27.

déficit démocratique,[46] de réinventer de nouvelles institutions offrant à tous les intéressés la possibilité de prendre part, à quelque niveau que ce soit, à la définition et à la réalisation de politiques et de programmes qui leur apporteront un travail décent, c'est-à-dire un emploi exercé dans des conditions dignes d'un être humain et une protection sociale contre les risques qui y sont liés.

[46] Comp. J. MAZUR, "Labor's New Internationalism", *Foreign Affairs*, vol. 79(1), February 2000, 79-93.

Algemeen besluit

Othmar Vanachter

Sinds 10 maart 1900 is er heel wat veranderd. Dit blijkt uit alle bijdragen in dit werk. Het is ook niet te verwonderen. De maatschappelijke en sociaal economische context was een eeuw geleden totaal anders dan vandaag. De Arbeidsovereenkomstenwet van 10 maart 1900 was er het product van. Zij was enkel bedoeld om de rechtszekerheid in de arbeidsverhoudingen te verzekeren. Zij durfde slechts met enige schroom ingrijpen in de individuele vrijheid. De meeste beschikkingen van deze wet waren dan ook van suppletieve aard. Wanneer er toch enkele bepalingen van dwingend recht waren, werd in de Memorie van Toelichting uitdrukkelijk aangekondigd dat de vrijheid van de partijen slechts beperkt werd in de mate dat het voor de openbare orde noodzakelijk was.

De Arbeidsovereenkomstenwet voor bedienden van 1922 was reeds veel meer beschermend. Ofwel werd de bediende eenzijdig beschermd, ofwel werd hij ten opzichte van de werkgever eenzijdig bevoordeeld. Zo bepaalde artikel 17 van die wet dat de opzeggingstermijn slechts voor de bediende dwingend recht is. Artikel 12 voorzag dat voor de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst de werkgever langere opzeggingstermijnen moest respecteren dan de bediende.

Echt beschermend werden de wetten op de arbeidsovereenkomsten echter slechts geleidelijk ingevolge de vele wijzigingen die er na 1950 werden aangebracht. De tussenkomsten van de wetgever waren frequent en ingrijpend. De bescherming van de werknemers werd verder uitgebouwd. Het volume van de reglementering nam onrustwekkend toe. En het werd niet eenvoudiger. De kennis van het arbeidsrecht in het algemeen en van het arbeidsovereenkomstenrecht in het bijzonder was voorbehouden aan een klein kransje deskundigen. Voor de werkgevers en nog meer voor de werknemers, om wie het toch moet gaan, was het niet eenvoudig om te weten wat er mag en wat niet mag.

Vooral van werkgeverszijde kwam ook de klacht dat het allemaal veel te rigide werd. Onder meer de reglementering in verband met de arbeids- en rusttijden werd op de korrel genomen. Werkgevers en werknemers werden verplicht de arbeid in een veel te strak keurslijf te organiseren. Er kwam de roep om meer flexibiliteit.

In het arbeidsovereenkomstenrecht was het ontslagrecht met de daaraan gekoppelde hoge ontslagkost een doorn in het oog van de werkgevers. En alsof dat nog niet genoeg is, er zijn in België zoveel categorieën beschermde werknemers. Het ontslag van deze werknemers is nog moeilijker. Een voorbeeld van hoe het volgens patronale kringen niet moet zijn is de bescherming van werknemersvertegenwoordigers in de ondernemingsraad en het comité voor preventie en bescherming op het werk. Het arbeidsrecht werd verweten mede oorzaak te zijn van de hoge werkloosheid. Omwille van de hoge ontslagkost was aanwerven voor de werkgever een te groot risico. Met een flexibeler arbeidsrecht, ook wat het arbeidsovereenkomstenrecht betreft, zouden werkgevers gemakkelijker tot aanwervingen overgaan.

Met enige aarzeling ging de wetgever in op deze patronale verzuchtingen. Met de wet van 22 januari 1985 kwam er een wet die voor het eerst, na een jarenlange opbouw, de bescherming van de werknemers terugschroefde. Hetzelfde gebeurde met wetten van 1989, 1994, 1996 en 1998.

Niet dat men kan spreken van een deregulering. Tot op de dag van vandaag wordt er veel gereglementeerd en ingewikkeld gereglementeerd, ook op nieuwe terreinen. Hoe dikwijls zijn de regelen over het brugpensioen, sinds zijn ontstaan in 1974, ondertussen gewijzigd? Later kwam de beroepsloopbaanonderbreking, vandaag vervangen door het tijdskrediet. Ook hier waren op een periode van amper 15 jaar de wijzigingen legio.

Men hoort meer en meer de vraag of het met al deze regelingen niet de verkeerde kant op gaat. Pijnpunt is nog altijd dat het toepassingsgebied van het sociaal recht gebaseerd is op het al dan niet werken in ondergeschikt verband. De vraag wordt gesteld of dit onderscheid in een periode van outsourcing en netwerkondernemingen nog wel zinvol is. Taken in ondernemingen worden verzelfstandigd en door zelfstandige aannemers of onderaannemers uitgevoerd. Gisteren was men als vrachtwagenchauffeur in dienst van een werkgever. Vandaag is men zelfstandig vervoerder maar de kans is reëel dat men met dezelfde vrachtwagen hetzelfde vervoer voor dezelfde opdrachtgever uitvoert.

Is het dan aanvaardbaar dat deze zelfstandige werkers uitgesloten zijn uit de bescherming van het arbeidsrecht? Is het niet aangewezen dezelfde bescherming te voorzien voor zelfstandigen en werknemers? Dezelfde discussie wordt trouwens ook gevoerd wat betreft de sociale zekerheid. Het arbeidsrecht heeft deze problematiek reeds onderkend. Zo zijn een aantal bepalingen in verband met veiligheid en gezondheid op het werk ook toepasselijk wanneer men een werk laat uitvoeren door een zelfstandige.

Maar de vraag of het onderscheid tussen een werknemer en een zelfstandige de dag van vandaag nog wel zinvol is, wordt ook vanuit een andere invalshoek benaderd. Indien werknemers en zelfstandige werkers op dezelfde manier moeten behandeld worden, is een arbeidsovereenkomstenwet dan nog wel zinvol? Is een arbeidsovereenkomst geen overeenkomst zoals elke andere? Zij komt als elke andere overeenkomst tot stand door een geldige wilsovereenstemming tussen twee partijen.

Is het arbeidsrecht in het algemeen en het arbeidsovereenkomstenrecht in het bijzonder niet veel te betuttelend? Men vertrekt van een beeld van de werknemer dat vandaag volledig voorbijgestreefd is. De werknemer is weinig of niet geschoold. Hij heeft een karig inkomen. Voor de behoeften van zichzelf en zijn gezin is hij volledig van dit karig inkomen afhankelijk. Daarom moet hij beschermd worden tegen de werkgever en misschien nog meer tegen zichzelf. Hij wordt geacht niet in staat te zijn om als volwaardige partij met de werkgever te onderhandelen en er als gelijke een overeenkomst mee te sluiten.

Dit beeld van de werknemer is volledig voorbijgestreefd. Vandaag is de werknemer geschoold tot hooggeschoold. Het is geen uitzondering dat hij wat betreft scholing

en kennis de meerdere is van de werkgever. Ook het inkomen van de werknemer is niet meer karig. De lonen zijn hoog. Zij laten de werknemer toe volop deel te nemen aan de consumptiemaatschappij. Het loon van de werknemer is trouwens niet langer het enige gezinsinkomen. Het eenverdienersgezin is vandaag een uitzondering. En gaat er al iets fout, er is een zo goed uitgebouwd vangnet van de sociale zekerheid dat zelfs een langdurige werkloosheid of een langdurige ongeschiktheid om te werken de werknemer in een staat van armoede zou brengen. Aanvullende voordelen van sociale zekerheid zowel op het niveau van de sector als op het niveau van de onderneming helpen mee. De kans is zelfs niet irreëel dat de werknemer mede-eigenaar is van zijn onderneming doordat hij participeert in het kapitaal of de winst van zijn onderneming. En misschien is hij via aandelen-, pensioen- of andere fondsen ook mede-eigenaar van andere ondernemingen.

De conclusie van deze redenering is dat de werknemer van vandaag mans genoeg is om zonder de betutteling van het arbeidsovereenkomstenrecht met zijn werkgever te onderhandelen. Er wordt daarbij nog verwezen naar sectoren waar de werkgever allerlei voordelen zoals een firmawagen moeten toekennen om personeel te kunnen aantrekken. Men hoort er nog weinig spreken van proefperiodes in de arbeidsovereenkomst. De "retentieclausule", daar gaat het nu over.

Afschaffing van de Arbeidsovereenkomstenwet dus. En indien er geen Arbeidsovereenkomstenwet meer nodig is, dan kan meteen ook het arbeidsrecht afgeschaft worden. Waar het op aankomt is creatie van meer welvaart. De actieve welvaartstaat noemt men dat. De ondernemer is de creator van welvaart. Hindernissen voor de onderneming zijn hindernissen voor creatie van welvaart. Het arbeidsrecht met al zijn rigiditeiten verhindert ondernemingen flexibel in te spelen op veranderende situaties. En ook de vakorganisaties spelen hier een nefaste rol. Als het even kan, kunnen zij meteen ook afgeschaft worden. Of als men het zo ver niet wil drijven moeten zij of minstens hun actieruimte aan banden gelegd worden.

Ook na 100 jaar is het arbeidsrecht nog nodig. Laat het dan al zijn dat sommige werknemers door schaarste op de arbeidsmarkt een gunstige onderhandelingspositie verwerven. Periodes van relatief gunstige arbeidsmarktsituaties kunnen snel opgevolgd worden door minder gunstige periodes. Periodes waarin meer sprake is van collectieve ontslagen en faillissementen dan van groei van de tewerkstelling. In dergelijke situaties is arbeidsrecht noodzakelijk, liefst om deze economische beslissingen te beïnvloeden zodat ook rekening gehouden wordt met de gevolgen voor de werknemers. Maar zover gaat het arbeidsrecht niet. Het moet er zich toe beperken de sociale gevolgen van deze economische beslissingen te milderen.

Maar ook in periodes waarin het beter gaat is het arbeidsrecht nodig. Tewerkstelling mag niet enkel gezien worden als een kwantitatief probleem. Ook de kwaliteit van de tewerkstelling is belangrijk. Daar moet het arbeidsrecht voor zorgen. Het arbeidsrecht moet er ook voor zorgen dat de tewerkstelling gebeurt in voorwaarden die tot de verworvenheden van onze hedendaagse democratieën behoren. Het betekent onder meer: respect voor de fysische en psychische integriteit van de persoon; niet-discriminatie; respect voor de privacy van de werknemer.

De wetten van de markt regelen het niet spontaan. Een goed voorbeeld is de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Wetgeving om dit principe waar te maken bestaat bijna 50 jaar. Er is vooruitgang maar alle studies tonen aan dat er nog altijd een belangrijke kloof bestaat tussen het loon van mannen en het loon van vrouwen. Misschien zal men opmerken dat dit aantoont dat het arbeidsrecht toch weinig of niets uithaalt. Na 50 jaar is de ongelijkheid nog niet weggewerkt. Men kan de zaak ook omgekeerd bekijken. Hoe groot zou de kloof vandaag zijn indien er geen reglementering over gelijke behandeling zou geweest zijn?

Is de belangrijkste reden van de nog te grote kloof niet dat het voor vrouwen nog altijd moeilijker is aan het arbeidsproces te participeren dan voor mannen? De verzoening van een succesvolle professionele carrière en een bevredigend gezinsleven is niet voor iedereen vanzelfsprekend. Voor vrouwen die nog altijd meer gezinstaken krijgen dan mannen is het nog moeilijker. Een reële gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het beroepsleven zal er maar zijn wanneer het privéleven en het beroepsleven zowel voor mannen als voor vrouwen harmonisch kunnen verzoend worden. Het zal maar kunnen wanneer de nodige reglementering dat voor iedereen mogelijk of misschien nog beter verplicht maakt.

Ook na 100 jaar is het arbeidsrecht nog nodig en het zal ongetwijfeld nog lang nodig blijven.

Rest mij nog de aangename plicht om iedereen te bedanken die het tot stand komen van dit boek mogelijk maakte. Naast alle auteurs wil ik Mathieu van Putten, assistent aan het Instituut voor Arbeidsrecht van de K.U.Leuven, bedanken. Hij heeft alle teksten minutieus op taalfouten nagekeken. Mijn bijzondere dank aan Josephine Van Rijmenant, secretaresse aan het Instituut voor Arbeidsrecht van de K.U.Leuven. Zij zorgde voor de materiële realisatie van het werk.