

HET TOEPASSINGSGEBIED VAN HET ARBEIDSRECHT

door

Dr. O. VANACHTER

Buitengewoon docent K.U.Leuven

Bij het bekijken van het toepassingsgebied van het arbeidsrecht moet op de eerste plaats aandacht besteed worden aan het ondergeschikt verband. Het al dan niet werken in ondergeschikt verband is immers het determinerend criterium om uit te maken of iemand als werknemer of als zelfstandige kan beschouwd worden. In heel wat arbeidsrechtelijke wetten wordt dit criterium trouwens expliciet gebruikt om het toepassingsgebied van die wetten af te bakenen.

Naast het toepassingsgebied van het arbeidsrecht in het algemeen, verdient ook het toepassingsgebied van het arbeidsovereenkomstenrecht aandacht. Ook hier is het ondergeschikt verband het belangrijkste element. Daarnaast stellen zich echter ook specifieke problemen voor een aantal aparte werknemerscategorieën. Het betreft het personeel van de openbare sector, het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs, en de huisarbeiders.

I. ARBEID IN ONDERGESCHIKT VERBAND

Hierna wordt gepoogd uit de rechtspraak enkel algemene beginselen af te leiden.

1. Invloed van de wilsautonomie

Om het probleem te schetsen, kan vertrokken worden van een praktijkvoorbeeld. Een eigenaar van een winkelketen plaatst geranten in zijn winkels. In de overeenkomst met de geranten wordt uitdrukkelijk gesteld dat het niet om een arbeidsovereenkomst gaat. Volgens een uitdrukkelijke bepaling van de overeenkomst gaat het om zelfstandigen.

De rechtspraak aanvaardt unaniem dat een dergelijke bepaling niet alleen zaligmakend is. De rechter is dus niet met handen en voeten gebonden door de wil van de partijen. Niettegenstaande een dergelijke bepaling kan hij de overeenkomst anders kwalificeren en bv. besluiten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

In welke omstandigheden hij dit kan, wordt door de rechtspraak genuanceerder bekeken. Zo werd geoordeeld dat de wil van de partijen moet primeren(1). De vrijwillig tot stand gekomen overeenkomsten hebben immers kracht van wet voor de partijen die ze hebben aangegaan. Daaruit werd afgeleid dat de duidelijk uitgedrukte wil van de partijen soeverein de juridische gevolgen bepaalt die voortvloeien uit het gesloten akkoord(2). Volgens deze strekking is er voor de rechter maar een beperkte mogelijkheid om de door de partijen gegeven kwalificatie te wijzigen. Slechts bij bedrog, dwaling of met de overeenkomst onverenigbare bedingen zou de rechter niet gebonden zijn door de wil van de partijen(3).

Deze stelling vindt steun in een uitspraak van het Hof van Cassatie van 1978. Concreet was een voorziening in cassatie ingediend tegen een arrest van het Arbeidshof van Gent. De uitspraak van Gent lag volledig in de lijn van de hier toegelichte strekking. Het Arbeidshof oordeelde dat „de door de partijen gegeven kwalificering moet primeren, zodat enkel in geval van bedrog, dwaling of met die kwalificering onverenigbare bedingen, de rechter de kwalificering kan en moet wijzigen”. Deze motivering werd door het Hof van Cassatie niet bekritiseerd(4).

Een ander deel van de rechtspraak is echter niet akkoord met deze beperkte rol van de rechter. Niet de wil van de partijen primeert volgens deze strekking. Wel het al dan niet aanwezig zijn van een gezagsverhouding. Wanneer er een gezagsverhouding bestaat, is er een arbeidsovereenkomst, welke ook de door de partijen gegeven kwalificatie is(5). Dat de wil van de partijen zou primeren geldt volgens de arbeidsrechtbank van Antwerpen trouwens enkel voor

(1) Arbh. Brussel, 16 oktober 1974, *J.T.T.*, 1975, 72; Arbh. Brussel, 29 juni 1979, *J.T.T.*, 1980, 101; Arrondrb. Charleroi, 20 mei 1980, *J.T.T.*, 1980, 295; Arbh. Luik, 22 juni 1983, *J.T.T.*, 1984, 133; Luik, 26 november 1984, *Jur. Liège*, 1985, 53; Arbh. Brussel, 10 december 1985, *J.T.T.*, 1986, 378.

(2) Arbrb. Namen, 3 oktober 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 452.

(3) Luik, 18 juni 1963, *Jur. Liège*, 1963-64, 42; Arbh. Brussel, 16 oktober 1974, *J.T.T.*, 1975, 72; Arbh. Luik, 22 juni 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 18; Arbrb. Namen, 3 oktober 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 452; Arrondrb. Charleroi, 20 mei 1980, *J.T.T.*, 1980, 295; Arbh. Antwerpen, 12 januari 1983, *R.W.*, 1983-84, 2776; Arbh. Luik, 22 juni 1983, *J.T.T.*, 1984, 133; Luik, 26 november 1984, *Jur. Liège*, 1985, 53; Arbh. Brussel, 10 december 1985, *J.T.T.*, 1986, 378.

(4) Cass., 16 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2596.

(5) Wrr. Gent, 12 februari 1965, *R.W.*, 1965-66, 120; Arbrb. Antwerpen, 7 mei 1973, *R.W.*, 1973-74, 887; Arbh. Luik, 14 februari 1974, *Jur. Liège*, 1975-75, 146; Arbrb. Verviers, 2 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 134; *Jur. Liège*, 1976-77, 44; Arbrb. Luik, 11 juni 1975, *J.T.T.*, 1976, 301; Arbrb. Antwerpen, 3 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 2512; Arbrb. Bergen, 4 mei 1977, *Pas.*, 1977, III, 66; Arbh. Bergen, 10 april 1978, *J.T.T.*, 1978, 348; Arbrb. Doornik, 19 oktober 1979, *J.T.T.*, 1980, 162; Arbrb. Brussel, 12 februari 1982, *J.T.T.*, 1983, 11; Arbh. Luik, 24 juni 1982, *J.T.T.*, 1983, 6; Arbrb. Antwerpen, 7 september 1982, *T.S.R.*, 1983, 145; Arbh. Luik, 11 oktober 1982, *T.S.R.*, 1983, 118.

overeenkomsten die wettig aangegaan zijn. De overeenkomst die aan een persoon, die volgens de wettelijke normen van de arbeidsovereenkomstenwet de hoedanigheid van werknemer heeft, de hoedanigheid van zelfstandige toeschrijft, is volgens die rechtbank niet wettig aangegaan(6).

Ook deze strekking kan zich op steun van het Hof van Cassatie beroepen. Zo besliste het Hof dat de realiteit van de juridische verhoudingen tussen de contracterende partijen de bovenhand heeft op de terminologie van het contract(7). Of nog dat de gezagsverhouding bestaat zodra iemand in feite gezag kan hebben over andermans handelen. Bij het beoordelen daarvan is de rechter niet gebonden door de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst gegeven hebben(8). Het argument dat hierdoor de bepalingen over de bindende kracht van overeenkomsten geschonden worden, werd door het Hof van Cassatie verworpen. Wanneer de rechter uit de bepalingen van de overeenkomst en uit de wijze waarop de overeenkomst uitgevoerd wordt een band van ondergeschiktheid afleidt, schendt hij de bepalingen over de bindende kracht van overeenkomsten niet wanneer hij niettegenstaande de door partijen gebruikte termen besluit tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst(9).

Aan deze tweede strekking moet de voorkeur gegeven worden. Men mag immers niet uit het oog verliezen dat de arbeidsovereenkomstenwet dwingend recht is(10). Wanneer arbeid gepresteerd wordt tegen betaling van loon, onder het gezag van een ander persoon, is er een arbeidsovereenkomst. Dit is een dwingend voorschrift. Dat partijen het liever anders zouden hebben kan daar geen afbreuk aan doen. Terecht oordeelde het Hof van Cassatie dat partijen niet kunnen beslissen over de toepasselijkheid van het sociaal recht(11).

De arbeidsrechtbank van Hasselt wees er bovendien op dat de arbeidsovereenkomstenwet een beschermingswet is ten voordele van de werknemer. Slechts na het beëindigen van de arbeidsprestatie kan de werknemer onder bepaalde voorwaarden aan deze bescherming

(6) Arbrb. Antwerpen, 7 september 1982, *T.S.R.*, 1983, 145.

(7) Cass., 11 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 32.

(8) Cass., 15 februari 1982, *R.W.*, 1982-83, 2210.

(9) Cass., 10 december 1984, *J.T.T.*, 1985, 244; zie ook Cass., 7 mei 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1059.

(10) Arbrb. Luik, 11 juni 1975, *J.T.T.*, 1976, 301; Arbh. Luik, 10 februari 1984, *J.T.T.*, 1985, 37.

(11) Cass., 11 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 29.

verzaken. Dat een werknemer bij het aangaan van de relatie voor een zelfstandigenstatuut opteerde, is dus zonder belang(12).

Er hoeft trouwens geen grote tegenstrijdigheid te bestaan tussen de eerste en de tweede strekking. Het komt er op aan hoe ruim de rechter de begrippen „bedrog, dwaling of met de overeenkomst onverenigbare bedingen” zal interpreteren. Vooral het laatste element biedt heel wat interpretatiemogelijkheden. Zeker wanneer het aangevuld wordt met een beoordeling van de manier waarop de overeenkomst uitgevoerd wordt.

Dit wil niet zeggen dat de wil van de partijen in het geheel niets te betekenen heeft. Het kan de bewijslast van wie zich op een arbeidsovereenkomst beroept, verzwaren. Hij moet immers bewijzen dat de realiteit niet strookt met de overeenkomst(13).

Er moet ook nagegaan worden waarom de partijen de overeenkomst verkeerd kwalificeerden. Zo hield de arbeidsrechtbank van Antwerpen rekening met het feit dat de overeenkomst verkeerd gekwalificeerd was op vraag van de werknemer. Hij liet de overeenkomst kwalificeren als die van een zelfstandige medewerker om op die manier geen R.S.Z. bijdrage te moeten betalen. Bij het verbreken van die overeenkomst kon hij volgens de arbeidsrechtbank geen aanspraak maken op een opzeggingsvergoeding. De rechtbank oordeelde dat zijn eis tot schadevergoeding gesteund was op een misdrijf dat op zijn aanstoken en met zijn medewerking gepleegd werd(14).

In dezelfde zin besliste de arbeidsrechtbank van Namen dat een geneesheer, die zich tot zijn profijt meer dan 8 jaar als zelfstandige gedragen heeft, terwijl zijn opdrachtgever hem eveneens als een zelfstandige beschouwde, niet verbonden is door een arbeidsovereenkomst(15).

Ook de arrondissementsrechtbank van Antwerpen hield rekening met het feit dat een geneesheer zich nooit op zijn hoedanigheid van bediende beriep, geen inschrijving en bijdragen bij de R.S.Z. heeft gevorderd en zich bij de belastingen niet op het bediendenstatuut beriep(16). De arbeidsrechtbank van Brussel oordeelde dat een kinesitherapeut die zich gedurende gans de tijd van de contractuele

(12) Arbrb. Hasselt, 1 april 1974, *J.T.T.*, 1974, 221.

(13) Vgl. Wrr. Ber. Bergen, 5 maart 1966, *Pas.*, 1966, III, 97, Arbrb. Brussel, 15 december 1972, *J.T.T.*, 1974, 158; Arbh. Brussel, 11 mei 1977, *J.T.T.*, 1977, 350; Arbh. Brussel, 29 juni 1979, *J.T.T.*, 1980, 101; Arbrb. Hoei, 25 januari 1974, *T.S.R.*, 1974, 293.

(14) Arbrb. Abtwerpen, 7 juni 1971, *T.S.R.*, 1972, 174.

(15) Arbrb. Namen, 7 januari 1980, *J.T.T.*, 1980, 236; zie ook Arbh. Bergen, 22 april 1982, *J.T.T.*, 1983, 7.

(16) Arrondrb. Antwerpen, 11 januari 1972, *R.W.*, 1971-72, 1800.

relaties als een zelfstandige werker beschouwde het achteraf moeilijk heeft om het bestaan van een band van ondergeschiktheid te bewijzen(17).

Al bindt ze de rechter niet, toch is de door partijen gegeven kwalificatie dus niet zonder belang. Het is een van de elementen waarmee de rechter bij zijn soevereine beoordeling van de feiten rekening moet houden(18). Vooral in deze materie, waar de grens tussen ondergeschikte en zelfstandige arbeid moeilijk kan afgebakend worden kan de wil van partijen toch belangrijk worden. Vooral wanneer de verhoudingen tussen de partijen voor een verschillende interpretatie vatbaar zijn zal het oordeel van de rechter ongetwijfeld beïnvloed worden door de vrijelijk geuite wil van de partijen(19). Het arbeidshof van Luik drukt het zo uit: de wil van de partijen speelt een rol omdat hij de geest vertaalt waarin de partijen hun arbeidsverhouding geplaatst hebben(20).

2. *Invloed sociale zekerheid, BTW, enz.*

Het werd reeds gezegd: in grensgevallen valt het niet altijd mee om uit te maken of men met een werknemer of met een zelfstandige te doen heeft. Als reactie tegen deze moeilijkheid hoort men wel eens volgende simplistische redenering. Waarom het moeilijk maken wanneer het eenvoudig ook gaat. Kijk gewoon naar het sociale zekerheidsstatuut dat iemand heeft. Heeft hij het sociale zekerheidsstatuut van een werknemer dan is hij werknemer. Valt hij onder het sociaal statuut van zelfstandigen, is hij zelfstandige.

Het voordeel van deze redenering is zijn eenvoud en zijn duidelijkheid. Het is meestal gemakkelijk vast te stellen in welk sociaal zekerheidsstelsel iemand effectief zit. Spijtig genoeg gaat deze redenering niet op. De zaken worden er immers door op zijn kop gezet. Het arbeidsrechtelijk statuut volgt niet uit het sociale zekerheidsstatuut. Het omgekeerde is waar. Om te weten in welke sociale zekerheidsstatuut iemand thuishoort moet eerst zijn arbeidsrechtelijk statuut vastgesteld worden.

Of iemand al dan niet aangesloten is bij de sociale zekerheid van werknemers is inderdaad geen criterium om uit te maken of men al

(17) Arbrb. Brussel, 15 december 1972, *J.T.T.*, 1974, 158; zie ook Arbh. Brussel, 29 juni 1979, *J.T.T.*, 1980, 101; Arbh. Luik, 22 juni 1983, *J.T.T.*, 1984, 133.

(18) Arbh. Brussel, 3 september 1975, *J.T.T.*, 1976, 54.

(19) Vgl. Arbh. Antw., afd. Hasselt, 9 november 1976, *T.S.R.*, 1977, 280.

(20) Arbh. Luik, 10 februari 1984, *J.T.T.*, 1985, 37.

dan niet door een arbeidsovereenkomst verbonden is(21). Inschrijving bij de RSZ wekt slechts de schijn van een arbeidsovereenkomst. Om werkelijk tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst te kunnen besluiten moet deze schijn door de feiten bevestigd worden(22). Uitzonderlijk werd de niet aansluiting bij de RSZ mee in rekening genomen. Het arbeidshof van Brussel wees er echter uitdrukkelijk op dat het een secundaire aanduiding is, die slechts belang heeft indien ze door de overige bestanddelen van de zaak bevestigd wordt(23). Wat hiervoor gezegd werd over de sociale zekerheid geldt ook voor het al dan niet hebben van een BTW nummer(24), relaties met de administratie van financiën(25), al dan niet ingeschreven zijn in het handelsregister(26). Iemand die zich tegenover een derde, wie het ook weze, voordoet als werknemer, heeft daardoor niet bewezen dat hij werknemer is. Het omgekeerde is natuurlijk evenzeer waar. Wel besliste de arrondissementsrechtbank van Charleroi dat overeenkomstig de wetgeving op het handelsregister, wie in het handelsregister ingeschreven is, tot bewijs van het tegendeel vermoed wordt een handelaar te zijn(27). Hiermee is echter niet gezegd dat een handelaar noodzakelijk een zelfstandige is. Wanneer hij zijn activiteiten uitoefent onder het gezag van een andere persoon, gaat het om een werknemer.

3. De juridische mogelijkheid volstaat

Ondergeschikt verband betekent niet dat de werkgever permanent en ononderbroken op de vingers van de werknemers moet zitten kijken. Het is mogelijk dat werknemers zo goed op de hoogte zijn van hun taak, dat de werkgever een volledig vertrouwen heeft in zijn medewerkers zodat hij in de praktijk geen bevelen geeft en geen controle uitoefent. Toch kan er zelfs in die omstandigheden ondergeschikt

(21) Wrr. Luik, 28 juni 1965, *J.T.T.*, 1966, 45; Cass., 14 november 1973, *T.S.R.*, 1974, 122; Arbh. Brussel, 16 januari 1974, *J.T.T.*, 1975, 11; Arbh. Brussel, 16 januari 1974, *J.T.T.*, 1975, 11; Cass., 20 oktober 1976, *R.W.*, 1976-77, 2483; *T.S.R.*, 1977, 18, 76; Arbh. Bergen, 10 april 1978, *J.T.T.*, 1978, 348; Cass., 11 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 29; Cass., 19 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1514; Arbh. Luik, 24 juni 1982, *J.T.T.*, 1983, 6; Arbrb. Dinant, 12 april 1983, *J.T.T.*, 1984, 64; Arbh. Bergen, 27 februari 1984, *J.T.T.*, 1984, 389.

(22) Brussel, 4 januari 1985, *J.T.T.*, 1985, 285.

(23) Arbh. Brussel, afd. Antwerpen, 7 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 732.

(24) Arbh. Brussel, 16 januari 1974, *J.T.T.*, 1975, 11; Arbh. Luik, 24 juni 1982, *J.T.T.*, 1983, 6.

(25) Cass., 11 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 29; Cass., 19 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1514.

(26) Arbrb. Bergen, 4 mei 1977, *Pas.*, 1977, III, 66.

(27) Arrondrb. Charleroi, 20 mei 1980, *J.T.T.*, 1980, 295.

verband aanwezig is. Bij herhaling besliste het Hof van Cassatie dat de aan de arbeidsovereenkomst inherente bevoegdheid van leiding en toezicht niet noodzakelijk op werkelijke en permanente wijze moeten uitgeoefend worden. Het is voldoende dat de werkgever het recht heeft aan de werknemer bevelen te geven over de organisatie en de uitvoering van het overeengekomen werk(28).

De werkgever moet dus de mogelijkheid hebben om op elk ogenblik gezag effectief uit te oefenen, zonder dat het noodzakelijk is dat hij het strikt en ononderbroken doet(29). Deze mogelijkheid moet wel effectief aanwezig zijn. Het is onvoldoende wanneer de mogelijkheid van patronaal gezag louter fictief is(30). Dit laatste is bv. het geval wanneer een directeur of een afgevaardigde-bestuurder enkel onderworpen is aan het gezag dat hij zelf uitoefent(31).

Dat patronaal gezag effectief moet mogelijk zijn betekent niet dat de werkgever zelf effectief bevelen moet kunnen geven en het werk moet kunnen controleren. Men kan zich voorstellen dat een werkgever technisch niet bekwaam is om een bepaald werk te controleren. In een onderneming worden immers allerlei technische functies uitgeoefend zonder dat de werkgever daarom met al die functies tot in de puntjes vertrouwd is. Meestal zal de werkgever trouwens specialisten aantrekken juist omdat hij met een bepaalde specialiteit minder vertrouwd is.

Het Hof van Cassatie onderstreept dat de werkgever het recht moet hebben om gezag uit te oefenen. Waar het om gaat is dat de werkgever de juridische mogelijkheid heeft gezag uit te oefenen. Zelfs wanneer hij het niet zelf kan, behoudt hij toch het recht om het te doen. Hij kan het bv. via derden, die wel op de hoogte zijn van de betrokken specialiteit. Hij kan het bv. door controles a posteriori(32).

(28) Cass., 15 februari 1962, *Pas.*, 1962, I, 680 en *T.S.R.*, 1962, 357; Cass., 6 juni 1968, *Pas.*, 1968, I, 1142, *Arr. Cass.*, 1968, 1209 en *R.W.*, 1968-69, 939; Cass., 13 juni 1968, *Pas.*, 1968, I, 1169 en *Arr. Cass.*, 1968, 1239.

(29) Cass., 30 juni 1966, *Pas.*, 1966, I, 1398; Xrr. Luik, 13 januari 1967, *J.T.T.*, 1967, 560, noot DE CALUWÉ, A.; Wtr. Ber. Luik, 21 december 1967, *J.T.T.*, 1968, 102; Cass., 14 maart 1969, *Pas.*, 1969, I, 620 en *Arr. Cass.*, 1969, 652; Gent, 19 februari 1970, *R.W.*, 1970-71, 220; Arbh. Luik, 6 februari 1975, *T.S.R.*, 1976, 238; Arbrb. Antwerpen, 7 september 1982, *T.S.R.*, 1983, 145; Arbrb. Brussel, 11 maart 1983, *J.T.T.*, 1983, 301; Arbh. Antwerpen, 21 februari 1984, *Limb. Rechtsl.*, 1984, 90; Arbh. Bergen, 14 januari 1985, *J.T.T.*, 1985, 151.

(30) Arbh. Bergen, 27 februari 1984, *J.T.T.*, 1984, 389.

(31) Cass., 14 juni 1957, *Arr. Cass.*, 1957, 862 en *Rev. Prat. Soc.*, 1958, 10; Rb. Brussel, 23 juni 1960, *T.S.R.*, 1961, 103; Arbh. Brussel, 10 juni 1981, *J.T.T.*, 1981, 646; Arbrb. Doornik, 18 september 1981, *Rev. Prat. Soc.*, 1981, 252; Arbh. Luik, 4 maart 1982, *J.T.T.*, 1983, 9; Arbrb. Dinant, 12 april 1983, *J.T.T.*, 1984, 64.

(32) Cass., 30 juni 1966, *Pas.*, 1966, I, 1398; Arbrb. Brussel, 24 oktober 1983, *J.T.T.*, 1984, 62.

4. *Juridische afhankelijkheid*

Ondergeschikt verband betekent dat de werkgever het recht heeft bevelen te geven en controle uit te oefenen. Het betreft dus een juridische afhankelijkheid van de werknemer ten opzichte van de werkgever. Wie economisch afhankelijk is van iemand anders is daarom niet juridisch afhankelijk. Het bewijs van een economische afhankelijkheid volstaat dus niet om te besluiten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst(33). Een verplichte prijs, exclusieve verkoop van de producten van de opdrachtgever, de verplichting om een voldoende voorraad te handhaven, de verplichting om alle dagen open te zijn bewijzen een economische maar geen juridische afhankelijkheid(34).

5. *Vrijheid van de werknemer*

Bij herhaling werd de rechtspraak geconfronteerd met de vraag of bv. een geneesheer die werkt in een ziekenhuis, kan verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst. De medische deontologie beveelt een geneesheer in volledige onafhankelijkheid die naar zijn oordeel beste therapie voor een patiënt toe te passen. Hij mag zich niet laten leiden door richtlijnen die zouden gegeven worden door de directie van het ziekenhuis. Op aandringen van de directie mag hij bv. een patiënt niet vroeger uit het ziekenhuis ontslaan of langer in het ziekenhuis houden. De medische verantwoordelijkheid voor deze handelingen wordt door de geneesheer gedragen.

Voor een arbeidsgeneesheer is uitdrukkelijk voorgeschreven dat hij zijn opdracht moeten vervullen „in een volledige technische en morele onafhankelijkheid ten opzichte van de werkgever of van de werknemers”(35). Een gelijkaardige plicht is opgelegd aan het hoofd van de Dienst voor Veiligheid, Gezondheid en Verfraaiing van de Werkplaatsen(36).

De voorbeelden waar een persoon een min of meer grote zelfstandigheid bezit bij het uitvoeren van zijn taak, kunnen vermenigvuldigd worden. Men kan denken aan apothekers, tandartsen, kinesisten, kunstenaars, leraars, enz. Kunnen dergelijke activiteiten uitgeoefend

(33) Arbrb. Charleroi, 7 mei 1973, *J.T.T.*, 1973, 285; Arbh. Luik, 10 januari 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 21; Arbrb. Charleroi, 7 november 1974, *T.S.R.*, 1975, 110; Arbrb. Charleroi, 20 februari 1978, *J.T.T.*, 1978, 243; Arrondrb. Charleroi, 20 mei 1980, *J.T.T.*, 1980, 295; Arbh. Bergen, 14 januari 1985, *J.T.T.*, 1985, 151.

(34) Arbrb. Luik, 10 januari 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 21.

(35) ARAB, art. 114.

(36) ARAB, art. 833.1.3.

worden in het kader van een arbeidsovereenkomst? Of gaat het wegens de aard van de uitgeoefende functies noodzakelijk om zelfstandigen?

Reeds lang aanvaardt het Hof van Cassatie dat iemand die onder het gezag van een ander werkt, hierdoor zijn totale vrijheid niet opgeeft. Het feit dat iemand een zekere vrijheid behoudt in de uitoefening van zijn activiteit, sluit een band van ondergeschiktheid niet uit(37). Het gezag van de werkgever is immers steeds beperkt, welke ook de modaliteiten van de overeenkomst moge wezen(38).

Het Hof van Cassatie ging zelfs verder: een band van ondergeschiktheid kan bestaan wanneer een bediende de volle zelfstandigheid van de werken en de verantwoordelijkheid voor zijn werk zal behouden(39).

Maar ook in die situatie blijft ondergeschiktheid hoe dan ook noodzakelijk. Het is een *conditio sine qua non* voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De ondergeschiktheid kan echter beperkt zijn tot de materiële organisatie van het werk. Het werk zelf kan desnoods in volledige zelfstandigheid uitgevoerd worden(40).

Het uitoefenen van gezag moet echter effectief mogelijk zijn. Algemene instructies en richtlijnen zijn onvoldoende als aanwijzing van ondergeschiktheid. Zulke instructies en richtlijnen kunnen noodzakelijk zijn voor de goede werking van de dienst(41).

Een agentschapshouder die op elk ogenblik controle moet toelaten op de uitvoering van zijn activiteiten bewijst de band van ondergeschiktheid(42).

(37) Cass., 4 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 847 en *T.S.R.*, 1963, 193; Cass., 25 februari 1965, *Pas.*, 1965, I, 652; Cass., 16 oktober 1972, *Pas.*, 1973, I, 165.

(38) Cass., 6 juni 1968, *Pas.*, 1968, I, 1142, *Arr. Cass.*, 1968, 1209 en *R.W.*, 1968-69, 939.

(39) Cass., 27 maart 1968, *Pas.*, 1968, I, 916, *Arr. Cass.*, 1968, 977 en *T.S.R.*, 1968, 110; zie ook: Cass., 4 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 847 en *T.S.R.*, 1963, 193; Cass., 7 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 736 en *T.S.R.*, 1961, 135; Cass., 14 maart 1969, *Pas.*, 1969, I, 620 en *Arr. Cass.*, 1969, 652; Cass., 8 oktober 1975, *T.S.R.*, 1976, 27; Vred. Luik, 6 oktober 1960, *Jur. Liège*, 1960-61, 118; Wrr. Ber. Brussel, 5 september 1962, *R.W.*, 1962-63, 1544; Arrondrb. Brussel, 6 november 1972, *Pas.*, 1972, III, 99; Arbrb. LUik, 11 juni 1975, *J.T.T.*, 1976, 301; Arbh. Luik, 30 juni 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 3; Arbh. Bergen, 10 april 1978, *J.T.T.*, 1978, 348; Arbh. Luik, 22 september 1983, *J.T.T.*, 1984, 460; Arbh. Bergen, 22 april 1982, *J.T.T.*, 1983, 7; Arbrb. Brussel, 24 oktober 1983, *J.T.T.*, 1984, 62; Arbh. Gent, 13 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 58; Arbh. Bergen, 27 februari 1984, *J.T.T.*, 1984, 389.

(40) Wrr. Charleroi, 9 juni 1960, *T.S.R.*, 1961, 281; Vred. Luik, 6 oktober 1960, *Jur. Liège*, 1960-61, 118; Arrondrb. Antwerpen, 6 november 1973, *R.W.*, 1973-74, 943; Arbrb. Luik, 11 juni 1975, *J.T.T.*, 1976, 301; Arrondrb. Marche-en-Famenne, 26 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 19.

(41) Arbh. Brussel, 30 oktober 1979, *T.S.R.*, 1980, 39.

(42) Cass., 19 april 1982, *J.T.T.*, 1983, 325 en *R.W.*, 1982-83, 2836; zie ook: Arbrb. Dendermonde, 5 december 1973, *J.T.T.*, 1974, 155; Brussel, 21 januari 1965, *Pas.*, 1965, II, 317 en *R.W.*, 1964-65, 1311; Arbh. Bergen, 23 maart 1976, *T.S.R.*, 1976, 340.

II. HET PERSONEEL VAN DE OPENBARE SECTOR

Bij het personeel van de openbare sector, gaat de vraag niet over het ondergeschikt verband. Volgens de bewoordingen van de arbeidsovereenkomstenwet is deze wet niet van toepassing op deze werknemerscategorie. Artikel 1, tweede lid van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt: „Zij (de arbeidsovereenkomstenwet) is ook van toepassing op de ... 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 ... wier toestand niet statutair geregeld is”. Op deze personen is de wet dus slechts van toepassing wanneer hun toestand niet statutair geregeld is.

Naar algemene regel is de toestand van het personeel in de openbare sector statutair geregeld. „Hiermede wordt bedoeld dat de rechten en verplichtingen van de ambtenaren eenzijdig door de openbare overheid, bij een wet of reglement zijn vastgesteld en dat die rechtstoestand op dezelfde wijze, naar gelang van de noodwendigheden van de dienst, zal kunnen gewijzigd worden”(43). Het gaat om algemene en onpersoonlijke bepalingen die op het personeel van toepassing zijn door een eenzijdige aanstelling door de overheid en niet ingevolge een overeenkomst(44).

Het belang van de openbare dienst is niet verzoenbaar met een arbeidsovereenkomst. Bij een overeenkomst kunnen partijen vóór het sluiten ervan, onderhandelen over de termen en de voorwaarden van de overeenkomst. Nadat de wilsovereenstemming tot stand kwam, kan de inhoud van de overeenkomst slechts door een nieuwe wilsovereenstemming gewijzigd worden. Indien de personeelsleden van een openbare dienst verbonden zouden zijn door een arbeidsovereenkomst, zou een reorganisatie van die dienst slechts kunnen doorgevoerd worden nadat de personeelsleden hiermee hun akkoord betuigd hebben. De goede werking van de dienst zou hierdoor in het gedrang kunnen komen(45).

De waarnemer die vertrouwd is met de arbeidsverhoudingen in de privé sector en de openbare sector loopt niet hoog op met deze theorie. In de praktijk heeft de overgrote meerderheid van de kandidaat werknemers in de privé sector weinig of geen onderhandelings-

(43) MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 9^o opnieuw bewerkte en aangevulde uitgave, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 132.

(44) Cass., 13 juni 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 995, *Pas.*, 1973, I, 949 en *T.S.R.*, 1974, 55.

(45) MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 131-132.

ruimte bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst. Door het uitwerken van een syndicaal statuut voor het personeel van de openbare sector(46) kan de openbare overheid niet zonder meer eenzijdig de loons- en arbeidsvoorwaarden van zijn personeel wijzigen. Toch vormen deze theoretische beschouwingen nog altijd de basis voor het onderscheid tussen het contractueel regime in de privé-sector en het statuair regime in de openbare sector.

Het heeft niet veel zin in dit kader langer bij dit onderscheid te blijven stilstaan. Belangrijk is hier de vaststelling dat de arbeidsovereenkomstenwet naar algemene regel niet van toepassing is op het personeel van de openbare sector. Slechts uitzonderlijk, wanneer de toestand niet statutair geregeld is, is de arbeidsovereenkomstenwet wel van toepassing. Vraag is hoe men weet of de toestand van een personeelslid in de openbare sector al dan niet statutair geregeld is.

De wet of het decreet waarbij een openbare instelling wordt opgericht, kan bepalen op welke wijze de personeelsleden met de openbare instelling zullen verbonden zijn, hetzij statutair, hetzij door een arbeidsovereenkomst(47). Wanneer dit gebeurd is, is de toestand duidelijk. Wanneer de wet of het decreet voor een statutaire toestand geopteerd hebben, is de arbeidsovereenkomstenwet uitgesloten. Er kan geen discussie zijn wanneer bv. bij K.B. een duidelijk statuut werd uitgewerkt.

Maar ook wanneer slechts een fragmentair statuut werd uitgewerkt, waarin bv. geen bepalingen over een stabiliteit van betrekking voorzien zijn, is de toepassing van de arbeidsovereenkomstenwet uitgesloten(48). Zelfs wanneer na een optie voor een statuut in de wet of het decreet een regelmatig uitgewerkt statuut ontbreekt, betekent dit niet dat de arbeidsovereenkomstenwet van toepassing is(49). Ook dan is de toestand van dat personeel statutair. In afwachting van de uitvaardiging van het statuut wordt de toestand van het personeel geregeld door de algemene beginselen die de toestand van het personeel in de rijksdiensten regelen(50).

Er zijn ook situaties waar de wet of het decreet niets zegt over de

(46) Zie de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekking tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel, *B.S.*, 24 december 1974, en de uitvoeringsbesluiten ervan.

(47) MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 134.

(48) Cass., 21 september 1972, *R.W.*, 1972-73, 1284; zie ook: Cass., 25 november 1985, *J.T.T.*, 1986, 374.

(49) Cass., 13 juni 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 995, *Pas.*, 1973, 1, 949 en *T.S.R.*, 1974, 55.

(50) MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 139 en de daar aangehaalde rechtspraak van de R.v.St.; zie ook R.v.St., 18 april 1980, CEULEMANS, nr. 20.261; R.v.St., 13 januari 1982, *Rev. Comm. B.*, 1982, 15; Cass., 18 november 1985, *J.T.T.*, 1986, 375.

juridische band tussen de openbare instelling en haar personeel. In zo'n situatie heeft de openbare instelling zelf de keuze tussen een reglementair statuut en een arbeidsovereenkomst(51). Zo is het tijdelijk personeel van een staatsonderneming onderworpen aan de arbeidsovereenkomstenwet wanneer het arbeidsreglement van die onderneming het zo bepaalt(52).

Toch is ook hier nog voorzichtigheid geboden. Hoger werd erop gewezen dat in de openbare sector de statutaire toestand de algemene regel is. Bij ontstentenis van een eigen personeelsstatuut of van een ondubbelzinnige contractuele regeling, moet uit die algemene regel afgeleid worden dat de toestand van het personeel geregeld wordt door de algemene rechtsbeginselen die aan de rechtstoestand van het personeel in openbare dienst ten grondslag liggen(53). Opdat de arbeidsovereenkomstenwet van toepassing zou zijn, moet dit op ondubbelzinnige wijze vastgesteld zijn in een contractuele regeling(54). Er is als het ware een vermoeden dat de toestand van het personeel in de openbare sector statutair is(55).

De rechtspraak maakt hierbij het onderscheid tussen permanente en tijdelijke taken van de openbare dienst(56). Wanneer iemand aangevraagd wordt voor de uitoefening van een permanente taak, kan dat normaal niet door een arbeidsovereenkomst. Zelfs bij een tijdelijke(57) of een voorlopige benoeming(58) in een functie waarin permanent moet voorzien worden, is de arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing.

Er zijn dus verschillende mogelijkheden denkbaar:

1. De wet of het decreet waarbij de openbare instelling wordt opgericht, opteert voor een statuut.
 - dit statuut is volledig uitgewerkt;
 - dit statuut is slechts fragmentair uitgewerkt;
 - dit statuut is nog niet uitgewerkt.

In al deze gevallen is de arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing.

(51) *Ibid.*, 138.

(52) Arrondrb. Aarlen, 22 februari 1972, *Jur. Liège*, 1971-72, 229, *T.S.R.*, 1972, 268 en *Pas.*, 1972, III, 47.

(53) MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 134-135.

(54) R.v.St., 13 juli 1979, SOLON, nr. 19.754; Arbh. Brussel, 18 december 1984, *J.T.T.*, 1985, 187; zie ook Cass., 18 november 1985, *J.T.T.*, 1986, 375.

(55) Arbh. Luik, 3 februari 1982, *J.T.T.*, 1984, 60.

(56) Arbh. Bergen, 20 maart 1980, *J.T.T.*, 1980, 152; Arbh. Bergen, 5 september 1985, *J.T.T.*, 1986, 376.

(57) Arbh. Bergen, 12 februari 1976, *J.T.T.*, 1976, 145.

(58) Arbrb. Doornik, 9 maart 1979, *J.T.T.*, 1980, 146.

2. De wet of het decreet waarbij de openbare instelling wordt opgericht, opteert voor een arbeidsovereenkomst.
De arbeidsovereenkomstenwet is van toepassing.
 3. De wet of het decreet waarbij de openbare instelling wordt opgericht, zegt niets over de juridische band tussen de openbare instelling en haar personeel.
 - a. De openbare instelling heeft niet uitdrukkelijk geopteerd voor een arbeidsovereenkomst.
De arbeidsovereenkomstenwet is niet van toepassing.
 - b. De openbare instelling heeft wel uitdrukkeling geopteerd voor een arbeidsovereenkomst.
De arbeidsovereenkomstenwet is van toepassing.
-

III. HET PERSONEEL VAN HET VRIJ GESUBSIDIEERD ONDERWIJS

Ook het personeel van het vrij gesubsidieerd onderwijs stelt problemen. In artikel 1, tweede lid van de arbeidsovereenkomstenwet worden zij samen met de personeelsleden van de openbare sector vermeld. „Zij (de arbeidsovereenkomstenwet) is ook van toepassing op de ... werknemers, tewerkgesteld ... door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, en wier toestand niet statutair geregeld is”.

Hieruit afleiden dat wat gezegd werd over de personeelsleden van de openbare sector zonder meer van toepassing is op de personeelsleden van het vrij gesubsidieerd onderwijs is echter verkeerd. De toestand is immers fundamenteel verschillend. De vrije gesubsidieerde onderwijsinstellingen zijn private inrichtingen. Op verhoudingen tussen private inrichtingen en burgers is het privaat en niet het publiek recht van toepassing. De verhoudingen tussen private onderwijsinrichtingen en hun personeel zijn dus principieel van contractuele aard(59). Opdat het beginsel van de statutaire toestand van het personeel van toepassing zou zijn moet de werkgever een openbaar en geen privaat karakter hebben(60). De Staat is niet de werkgever van de personeelsleden van het vrij gesubsidieerd onderwijs(61). Hij werd dit niet door de schoolpaktwet van 29 mei 1959(62), ook al betaalt hij rechtstreeks de wedde van het grootste deel van die personeelsleden

(59) Arbrb. Namen, 5 oktober 1981, *J.T.T.*, 1982, 85.

(60) Arbh. Luik, 3 oktober 1974, *J.T.T.*, 1975, 119.

(61) Arbh. Luik, 13 november 1974, *Jur. Liège*, 1975-76, 82.

(62) Wet tot wijziging van de wetgeving betreffende het bewaarschool, het lager, middelbaar, normaal-, technisch en kunstonderwijs, *B.S.*, 19 juni 1959.

en al heeft het personeelslid een subjectief recht op het betalen van zijn wedde door de Staat(63).

De schijnbare gelijkstelling tussen personeelsleden van de openbare sector en die van het vrij gesubsidieerd onderwijs heeft voor nogal wat verwarring gezorgd. Om de knoop te ontwarren moet een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de personeelsleden van het vrij gesubsidieerd kleuter, lager, middelbaar en hoger niet universitair onderwijs en anderzijds de personeelsleden van het universitair onderwijs. Dit onderscheid wordt weliswaar niet gemaakt in artikel 1 van de arbeidsovereenkomstenwet. Toch is er een grondig verschil in de situatie van deze personeelsleden.

1. Het personeel van het vrij kleuter, lager, middelbaar en hoger niet universitair onderwijs

Vroeger werd een band van ondergeschiktheid ondenkbaar geacht voor leraren, omwille van hun morele zending en opdracht(64). Op grond daarvan werd toen de toepassing van de arbeidsovereenkomstenwet voor leraren afgewezen. Het heeft niet veel zin op deze historische situatie terug te komen(65). Momenteel wordt er niet meer aan getwijfeld dat een leraar in ondergeschikt verband kan werken.

De vraag of het personeel van het hier bedoeld vrij gesubsidieerd onderwijs binnen het toepassingsgebied van de arbeidsovereenkomstenwet valt, komt nu uit een andere hoek. Het probleem duikt op omwille van de rol die de overheid t.a.v. dit personeel speelt. De overheid betaalt rechtstreeks de wedde van een groot deel van dit personeel. Bovendien hebben deze personeelsleden een speciale positie in de sociale zekerheid. Door de wet van 11 juli 1973(66) werden deze personeelsleden ten slotte, wat betreft hun onderworpenheid aan de arbeidsovereenkomstenwet, schijnbaar op gelijke voet gesteld met het personeel in de openbare sector.

De problematiek is inderdaad verscherpt door de wet van 11 juli 1973. Deze wet wijzigde de zogeheten schoolpaktwet van 29 mei

(63) Arbh. Bergen, 18 november 1982, *J.T.T.*, 1984, 246.

(64) Rb. Antwerpen, 18 mei 1956, *R.W.*, 1965-66, 1115.

(65) Een grondige ontleding, overvloedig gestoffeerd met verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer, zowel van de vroegere als de huidige problematiek vindt men in VERSTEGEN, R., *Het statuut van het Personeel in het vrij onderwijs*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1980, 90 p.

(66) Wet houdende wijziging van de wet van 29 mei 1959 betreffende het bewaarschool, het lager, middelbaar, normaal-, technisch, kunst- en buitengewoon onderwijs, *B.S.*, 30 augustus 1973.

1959. Tot dan toe was er heel wat onzekerheid over de rechtspositie van de personeelsleden van het vrij gesubsidieerd onderwijs. Het had te maken met twijfels die gerezen waren over het voor dit personeel uitgewerkt stabiliteitsstatuut van 24 maart 1965 na de arresten van de Raad van State van 15 juni 1967 en 30 november 1967(67). Om alle twijfels weg te nemen voorzag de wet van 11 juli 1973 dat de Koning voor het gesubsidieerd personeel van het gesubsidieerd onderwijs een statuut moet uitwerken dat in de mate van het mogelijke identiek zal zijn aan het personeel van het rijksonderwijs(68).

Een statuut dus voor het gesubsidieerd personeel. Dit is het personeel dat rechtstreeks door de Staat betaald wordt. Het is het onderwijzend personeel in de ruime betekenis van het woord. Daarnaast is er ook het meester-, vak- en dienstpersoneel. Het wordt betaald door de school zelf. De school moet trouwens een vast percentage van de werkingstoelagen besteden aan de loonkosten van dit personeel(69).

Geen statuut voor het niet gesubsidieerd personeel. Om de rechtspositie van deze personeelsleden te verduidelijken, werd artikel 35 van de toenmalige gecoördineerde wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden tegelijkertijd gewijzigd. Er werd uitdrukkelijk voorzien dat die wet van toepassing was op de personeelsleden van het vrij gesubsidieerd onderwijs wier toestand niet statutair geregeld is(70). Deze bepaling is momenteel overgenomen in artikel 1, tweede lid arbeidsovereenkomstenwet.

Sinds de wet van 11 juli 1973 kan er geen discussie meer zijn over het meester-, vak- en dienstpersoneel van het vrij gesubsidieerd onderwijs. De arbeidsovereenkomstenwet is integraal van toepassing op deze personeelsleden(71).

Door deze personeelsleden uitdrukkelijk in het toepassingsgebied van de huidige arbeidsovereenkomstenwet te brengen, werden de andere personeelsleden uitgesloten. A contrario zegt artikel 1, tweede

(67) R.v.St., 15 juni 1967, Voglaire cs., nr. 12.463; R.v.St., 30 november 1967, Kesteloot, nr. 12.691.

(68) Zie het huidige art. 12 bis, § 3, wet 29 mei 1959, ingevoegd door art. 4, Wet 11 juli 1973.

(69) Zie wet 29 mei 1959, art. 25-28 en 32.

(70) Art. 35, § 1, arbeidsovereenkomstenwet voor bedienden zoals gewijzigd door art. 19 Wet 11 juli 1973.

(71) Vgl. ook Wet 5 december 1968, art. 2, § 3, 3. Door deze bepaling, ingevoerd door art. 18 Wet 11 juli 1973, wordt het gesubsidieerd personeel in dienst van het vrij gesubsidieerd onderwijs uitgesloten uit het toepassingsgebied van de CAO-wet. Zie wat de gevolgen daarvan betreft Arbh. Bergen, 26 januari 1984, *J.T.T.*, 1984, 367. Het overige personeel blijft dus binnen het toepassingsgebied van die wet. In het kader van deze wet werd er trouwens een apart P.C. voor hen opgericht. Het betreft het P.C. nr. 152. Zie het K.B. van 21 april 1975, *B.S.*, 30 september 1975, en het K.B. van 5 januari 1978, *B.S.*, 11 april 1978.

lid dat de arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing is op de personeelsleden wiens toestand statutair geregeld is. Maar hier knelt het schoentje. Het is onduidelijk wat bedoeld wordt met een statutaire regeling t.a.v. personeelsleden van private onderwijsinrichtingen. Wat er ook van zij, het door artikel 12 *bis*, § 3 in het vooruitzicht gestelde statuut is nog altijd niet uitgewerkt. O.m. probleem van syndicale vertegenwoordiging en vooral vragen over de specificiteit van het vrij (katholiek) onderwijs bleken tot nu toe niet te overwinnen obstakels. Niettegenstaande herhaalde pogingen is het statuut, 14 jaar na het uitvaardigen van de wet, nog altijd niet uitgewerkt. Wat meer is, artikel 12 *bis*, § 3 is nog altijd niet uitdrukkelijk in werking getreden. Het treedt slechts in werking op een door de Koning te bepalen datum(72).

Ondertussen werd artikel 12 *bis*, § 3 door de Koning reeds minstens gedeeltelijk uitgevoerd. Er verscheen immers reeds koninklijke besluiten die op deze wetsbepaling steunen. Dit is o.m. zo met het K.B. van 14 april 1977 betreffende de afwezigheden van lange duur, gewettigd door familiale redenen(73), het K.B. van 13 oktober 1978 betreffende het verlof voor de opvang met het oog op adoptie en pleegvoogdij van de personeelsleden van het gesubsidieerd onderwijs(74), het K.B. van 28 november 1978 betreffende het uitzonderlijk verlof in gevallen van overmacht, toegestaan aan de leden van het gesubsidieerd personeel(75).

Hieruit werd reeds besloten dat dit bewuste artikel impliciet in werking getreden is(76). Men staat immers voor een situatie waar er een wettelijke bepaling is die voorschrijft dat de toestand van bedoeld personeel statutair geregeld wordt. Daarnaast is er minstens een fragmentair uitgewerkt statuut. Is dit niet voldoende om te stellen dat dit personeel onttrokken is aan het toepassingsgebied van de arbeidsovereenkomstenwet? Dit zou overeenstemmen met wat hoger gezegd werd over het personeel van de openbare sector. Het arbeidshof van Antwerpen was op een bepaald ogenblik geneigd om deze stelling te volgen. Het oordeelde dat aan de rechtsrelatie tussen de inrichtende machten en het onderwijzend personeel van het vrij onderwijs een inhoud kan gegeven worden die afwijkt van de bepa-

(72) Wet 11 juli 1973, art. 26.

(73) *B.S.*, 29 april 1977.

(74) *B.S.*, 31 oktober 1978.

(75) *B.S.*, 30 december 1978.

(76) Zie concl. Adv.-Gen. LENAERTS, H., bij Cass., 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 192-193.

lingen van de arbeidsovereenkomstenwet, ook waar deze imperatief zijn(77).

In een uitvoerig gemotiveerd arrest werd deze stelling door het Hof van Cassatie verworpen. Volgens het Hof wordt het woord „statutair” in artikel 1, tweede lid van de arbeidsovereenkomstenwet, terzelfdertijd in twee verschillende betekenissen gebezigd. Met betrekking tot het overheidspersoneel betekent het woord statuut dat de dienstbetrekking wordt geregeld door algemene en onpersoonlijke bepalingen, die op de partijen van toepassing geworden zijn door een eenzijdige aanstelling door de overheid en niet ingevolge een overeenkomst. Ten aanzien van het personeel van de inrichtingen van het vrij onderwijs, die geen overheidsinstellingen maar particuliere instellingen zijn, blijft de dienstbetrekking ontstaan door een overeenkomst tussen beide partijen. Het regime van het gesubsidieerd vrij onderwijs blijft dus contractueel.

Het personeel van een particuliere persoon of instelling valt onder het arbeidsrecht, inzonderheid het arbeidsovereenkomstenrecht, tenzij de wet dit personeel een statuut geeft, waarbij zijn rechtspositie en arbeidsvoorwaarden bepaald worden naar eigen regelen die van het arbeidsovereenkomstenrecht kunnen afwijken. Het Hof van Cassatie wijst er m.a.w. op dat de toestand in de private sector anders is dan in de openbare sector. In de openbare sector is de statutaire toestand de regel. In de private sector is de contractuele toestand de regel.

Het Hof van Cassatie gaat voort met er op te wijzen dat het de bedoeling van de wetgever geweest is de gesubsidieerde personeelsleden van het vrij onderwijs onder statuut te plaatsen. De wet bepaalt echter niet welke betekenis aan het woord statuut moet gegeven worden, welke voorwaarden moeten vervuld worden opdat dit statuut op bepaalde personen toepassing zou vinden en of dit statuut al dan niet reeds bestaat en in werking getreden is. Voor de dienstbetrekkingen die op partijen toepasselijk geworden zijn door een eenzijdige aanstelling door de overheid, en niet ingevolge een overeenkomst, maakt een fragmentair statuut een statutair geregelde toestand uit. Bij aanstelling door de overheid worden de dienstbetrekkingen immers in ieder geval beheerst door de algemene beginselen die de toestand van het personeel van de Rijksdiensten regelt en door de uit die beginselen af te leiden rechtsregels.

Deze regel geldt echter niet voor dienstbetrekkingen die ontstaan

(77) Arbh. Antwerpen, 5 september 1977, *T.S.R.*, 1977, 372.

ingevolge een overeenkomst, zoals in het vrij gesubsidieerd onderwijs.

Het verslag van de Senaatscommissie voor de Nationale Opvoeding betreffende het ontwerp van wet dat leidde tot de wet van 11 juli 1973, onderstreepte dat het de bedoeling was de leden van het personeel van de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs aan de toepassing van het arbeidsovereenkomstenrecht te onttrekken zodra het K.B. wordt getroffen in toepassing van § 3 van het nieuwe artikel 12 *bis* van de wet van 29 mei 1959.

De wetgever heeft dus zelf het ogenblik bepaald vanaf hetwelk het gesubsidieerd personeel van deze inrichtingen geacht wordt zich onder statuut te bevinden in de zin van artikel 1 van de arbeidsovereenkomstenwet. Het is met name de dag waarop het door artikel 12 *bis*, § 3 van de wet van 29 mei 1959 in het vooruitzicht gestelde K.B. zal zijn genomen en in werking getreden.

Bedoeld artikel 12 *bis*, § 3 is nog niet in werking getreden. Het K.B. waarvan dit artikel gewag maakt, is dan ook niet genomen. Zolang dat niet is gebeurd, is de arbeidsovereenkomstenwet op het gesubsidieerd personeel van het vrij onderwijs van toepassing(78).

Daarmee is de toestand ook voor het gesubsidieerd personeel opgeklaard. Zolang het reeds in 1973 aangekondigde statuut niet is uitgevaardigd, blijft de arbeidsovereenkomstenwet van toepassing. Dit standpunt is reeds herhaaldelijk door de rechtspraak bevestigd(79).

2. *Het personeel van het vrij universitair onderwijs*

Wat hoger gezegd werd over het personeel van het vrij kleuter, lager, middelbaar en hoger niet universitair onderwijs, is niet van toepassing op de personeelsleden van de vrije universiteiten. De wet van 11 juli 1973 is immers niet van toepassing op het universitair onderwijs. De wet betreft enkel het zogeheten schoolpaktonderwijs. Het universitair onderwijs valt daar buiten. Bij de voorbereiding van de arbeidsovereenkomstenwet werd onderstreept dat artikel 1 niet van toepassing is op het universitair onderwijs(80). Aan de vrije universiteiten

(78) Cass., 25 juni 1979, *J.T.T.*, 1979, 270, *R.W.*, 1979-80, 183 en *J.T.T.*, 1981, 72.

(79) Arbh. Bergen, 12 april 1978, *J.T.T.*, 1978, 330; Arbh. Brussel, 23 mei 1978, *J.T.T.*, 1979, 204; Arbh. Luik, 2 april 1981, *Jur. Liège*, 1981, 365; Arbh. Bergen, 27 mei 1981, *J.T.T.*, 1982, 83; Arbrb. Namen, 5 oktober 1981, *J.T.T.*, 1982, 85; Arbh. Luik, 14 februari 1983, *Jur. Liège*, 191983, 316.

(80) BLANPAIN, R., *Wet op de arbeidsovereenkomst*, R.S.R. nr. 1, Antwerpen, Kluwer, 1978, 107.

is er trouwens geen gesubsidieerd personeel in de zin van de wet van 29 mei 1959. De wedde wordt niet rechtstreeks door de Staat maar door de universiteit zelf betaald.

Dit betekent echter niet dat de arbeidsovereenkomstenwet zonder meer van toepassing is op het personeel van de vrije universiteiten. Artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universiteiten(81) bepaalt dat de door de Staat gesubsidieerde universitaire instellingen bij beslissing van hun Raad van Beheer voor hun personeel een statuut moeten vaststellen dat gelijkwaardig is aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat.

Oorspronkelijk werd vrij algemeen aanvaard dat deze bepaling geen afbreuk doet aan de toepasselijkheid van de arbeidsovereenkomstenwet. Zo oordeelde het arbeidshof van Brussel dat op de verhouding tussen de ULB en haar wetenschappelijk personeel de arbeidsovereenkomstenwet van toepassing is. Volgens het hof is een statutaire toestand immers slechts mogelijk wanneer de werkgever een publiekrechtelijke rechtspersoon is. Het gelijkwaardig statuut dat de universiteit op basis van artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 voor zijn personeel moet uitwerken, mag dus niet afwijken van de dwingende bepalingen van de arbeidsovereenkomstenwet(82).

Het Hof van Cassatie zag het echter anders. Het oordeelde dat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 aan de universiteiten de verplichting oplegt om een personeelsstatuut op te maken, gelijkwaardig aan het statuut van het personeel van de Rijksuniversiteiten. Aan deze verplichting moet door de universiteiten in ieder geval voldaan worden. Aangezien de verplichting een gelijkwaardig statuut op te maken opgelegd wordt door een bijzondere dwingende wetsbepaling, kan dit statuut afwijken van de dwingende bepalingen van de algemene arbeidsovereenkomstenwet, in zoverre die afwijkingen nodig zijn om de wettelijke vereiste gelijkwaardigheid te bereiken(83). Bij het uitwerken van het statuut van het personeel kan de Raad van Beheer dus afwijken van de dwingende bepalingen van de WAO(84).

In een arrest van dezelfde datum lijkt het Hof van Cassatie nog verder te gaan. Het arbeidshof van Brussel had geoordeeld dat een

(81) *B.S.*, 17 september 1971.

(82) *Arbh. Brussel*, 9 september 1980, *J.T.T.*, 1981, 56.

(83) *Cass.*, 11 oktober 1982, *R.W.*, 1982-83, 1625 en *T.S.R.*, 1983, 20.

(84) Zie ook AERDEN, R. en MERGITS, B., „Het personeel van de vrije universitaire instellingen: een nieuw soort arbeidsovereenkomst?“, *R.W.*, 1982-83, 1617.

hoogleraar aan een vrije universiteit met die universiteit een arbeidsovereenkomst voor bedienden heeft gesloten. Het stelde echter dat de arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing is op deze arbeidsovereenkomst. Het academisch personeel van vrije universiteiten valt onder de uitzondering van artikel 1 arbeidsovereenkomstenwet omdat hun toestand statutair geregeld is. Het Hof van Cassatie zag geen tegenstrijdigheid in deze redenering en verbrak de uitspraak niet. Het Hof sprak zich echter niet uit over de vraag of de arbeidsovereenkomstenwet nu al dan niet van toepassing is(85).

Uit deze uitspraak zou impliciet kunnen besloten worden dat de arbeidsovereenkomstenwet in het geheel niet van toepassing is op het personeel van vrije universiteiten. De toestand van dat personeel is immers statutair geregeld of minstens moet statutair geregeld zijn, overeenkomstig artikel 41 van de wet van 27 juli 1971. Hierbij gaat men echter voorbij aan het feit dat noch de wet van 11 juli 1973, noch arbeidsovereenkomstenwet, artikel 1, tweede lid van toepassing is op de vrije universiteiten.

Daarom lijkt de voorkeur te moeten gaan naar de eerst geciteerde uitspraak van het Hof van Cassatie. De arbeidsovereenkomstenwet is van toepassing op het personeel van de vrije universiteiten. Bij het uitwerken van een statuut voor dit personeel kan de Raad van Beheer echter van de dwingende bepalingen van die wet afwijken. Het kan echter maar in de mate dat het nodig is voor het bereiken van de gelijkwaardigheid, voorgeschreven door artikel 41 van de wet van 27 juli 1971. Deze visie werd ondertussen trouwens reeds bevestigd(86).

Sinds 1 januari 1986 is er een probleem bijgekomen voor het vastbenoemd wetenschappelijk personeel van de vrije universiteiten. Op die datum is immers o.m. hoofdstuk I van de wet van 21 juni 1985 betreffende het onderwijs(87) in werking getreden. Dit hoofdstuk heeft het over de pensioenregeling en het statuut van het vastbenoemd wetenschappelijk personeel. De wet stelt een aantal voorwaarden voor een vaste benoeming en zegt o.m. dat deze personeelsleden onderworpen zijn aan de wets- en verordeningsbepalingen die op het wetenschappelijk personeel van de Rijksuniversiteiten toepasselijk zijn inzake:

- 1° de te verlenen graden en toekenningsvoorwaarden ervan;
- 2° de bezoldigingsregeling;

(85) Cass., 11 oktober 1982, *R.W.*, 1982-83, 1630.

(86) Arbh. Brussel, 21 december 1983, *T.S.R.*, 1984, 85; Arbh. Brussel, 18 september 1984, *Arbger. Br.*, 1985, 132.

(87) *B.S.*, 6 juni 1985.

3° de administratieve standen.

De Raad van Beheer oefent de bevoegdheden uit welke door die bepalingen aan de Koning worden toegekend(88).

In deze wet gaat het niet langer om een gelijkwaardigheid maar om een gelijkheid met het vastbenoemd wetenschappelijk personeel van de rijksuniversiteiten. Bovendien gaat het om rechten en verplichtingen die eenzijdig door de overheid bij middel van een wet zijn vastgesteld(89). Voor deze personeelsleden is de vraag op de eerste plaats niet langer of de arbeidsovereenkomstenwet van toepassing is. De eerste vraag is of het hier nog wel om een arbeidsovereenkomst gaat. Gezien de eenzijdig bij wet opgelegde rechten en verplichtingen moet eerder voor een statuut in de echte betekenis van het woord geopteerd worden.

IV. HUISARBEID

Huisarbeiders zijn reeds lang een wat verwaarloosde groep. Het ziet er echter naar uit dat huisarbeid in de toekomst belangrijk zal worden. Tengevolge van de technische evolutie kunnen reeds heel wat taken, die vroeger traditioneel in een fabriek of een kantoor moesten verricht worden, nu thuis gebeuren. Via een telefoonlijn wordt de P.C. verbonden met de computer van het bedrijf en het werk kan thuis gedaan worden. Is het arbeidsrecht nog wel van toepassing op dit soort werk? Huisarbeid kan in het kader van een arbeidsovereenkomst uitgevoerd worden. Er is inderdaad geen enkele wettelijke bepaling die verhindert dat een intellectuele arbeid uitgeoefend wordt in het kader van een arbeidsovereenkomst van huisarbeid. In zo'n arbeidsovereenkomst is het ondergeschikt verband lossier. Het wordt uitgeoefend door een controle a posteriori van de arbeidsprestaties(90). Het ondergeschikt verband is dus soepeer. Er werd echter geoordeeld dat er geen arbeidsovereenkomst is wanneer de arbeid niet permanent is en prestaties onregelmatig(91). Omdat de arbeid wordt uitgevoerd op een plaats die niet door de werkgever aangewezen is, is leiding en toezicht door de werkgever beperkt, maar niet uitgesloten(92).

(88) Wet 21 juni 1985, art. 3 en 4.

(89) Vgl. MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 132.

(90) Arbh. Brussel, 8 november 1973, *J.T.T.*, 1974, 101 en *T.S.R.*, 1974, 329, noot VANHOLDERBEKE, J.

(91) Rb. Doornik, 5 september 1967, *J.T.T.*, 1968, 118.

(92) Cass., 26 september 1973, *T.S.R.*, 1974, 100, *Pas.*, 1974, I, 84, noot en *J.T.T.*, 1976, 11.

Een bediende werkt halftijds op kantoor en doet halftijds thuiswerk. Thuis doet hij administratief en vertaalwerk voor zijn werkgever. Wanneer ook dat thuiswerk gebeurt onder leiding en toezicht van de werkgever, valt het binnen het kader van de arbeidsovereenkomst(93). De overeengekomen arbeid deeltijds thuis verder zetten tast de mogelijkheid van de werkgever om verder gezag uit te oefenen niet aan. De arbeidsovereenkomst blijft dus voortbestaan zelfs al hadden de partijen afgesproken dat de werknemer vanaf dat ogenblik zelfstandige zou zijn(94).

Voor de huisarbeiders is er echter nog een belangrijk bijkomend probleem. Wanneer zij onder het gezag van de werkgever werken, zijn zij weliswaar verbonden door een arbeidsovereenkomst. Gezien hun speciale werksituatie zal het voor hen niet altijd eenvoudig zijn om de band van ondergeschiktheid te bewijzen.

Er is echter meer. Eens aangetoond dat zij verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst, is nog niet gezegd dat de arbeidsovereenkomstenwet op hen van toepassing is. De arbeidsovereenkomstenwet is immers in essentie de coördinatie van reeds langer bestaande wetten. De bepalingen i.v.m. de arbeidsovereenkomst voor huisarbeid werden niet opgenomen in de coördinatie(95). Onderworpenheid op basis van de wel bij de coördinatie betrokken wet van 10 maart 1900, houdt geen steek. Bij de voorbereiding van die wet werden de huisarbeiders immers uit het toepassingsgebied gesloten(96). Het Hof van Cassatie besliste dan ook dat een huisarbeider, die tegen loon onder het gezag van de werkgever arbeid verricht, verbonden is door een arbeidsovereenkomst, alhoewel de arbeidsverhouding tussen een huisarbeider en zijn werkgever niet geregeld is door de wet van 10 maart 1900(97).

Sinds 1900 is de notie ondergeschikt verband echter sterk geëvolueerd. Bij de voorbereiding van de wet van 10 maart 1900 werden de huisarbeiders nog „zelfstandige arbeiders” genoemd. Zoals gezegd wordt momenteel algemeen aanvaard dat huisarbeiders kunnen verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst. Uit de afwezigheid van een specifieke reglementering van de arbeidsovereenkomst voor huisarbeid en uit de aanzienlijke versoepeling van de notie ondergeschikt

(93) Arbrb. Brugge, 29 november 1971, *J.T.T.*, 1972, 236.

(94) Arbh. Luik, 11 oktober 1982, *T.S.R.*, 1983, 118.

(95) *Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1974, nr. 381/1, in BLANPAIN, R., *De wet op de arbeidsovereenkomst*, R.S.R., nr. 1, Antwerpen, Kluwer, 1978, 67-70.

(96) *Pasin*, 1900, 82 en 89.

(97) Cass., 6 november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 308.

verband, leidde het arbeidshof van Bergen af dat de huisarbeiders onderworpen zijn aan de arbeidsovereenkomstenwet(98). Binnen het Arbeidshof van Gent bestaat er blijkbaar verdeeldheid over deze vraag. Een uitspraak van de 3de kamer kent een opzeggingsvergoeding toe aan een huisarbeider op basis van de arbeidsovereenkomstenwet(99). De 2de kamer van hetzelfde arbeidshof verwierp echter een eis tot opzeggingsvergoeding omdat volgens haar de arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing is op huisarbeiders(100).

Verwarring alom dus(101), die door de wetgever nog vergroot werd. Senator EGELMEERS diende een wetsvoorstel in waarin o.m. voorgesteld werd de woorden „leiding en toezicht” te schrappen uit de definitie van een arbeidsovereenkomst (102). Hij motiveerde zijn voorstel door er op te wijzen dat rechtspraak van het Hof van Cassatie deze termen overbodig vindt omdat de uitoefening van gezag de bevoegdheid inhoudt om leiding te geven en toezicht te houden(103). Zijn bedoeling was blijkbaar ook de huisarbeiders binnen het toepassingsgebied van de wet te brengen(104).

Om advies gevraagd over dit voorstel, betuigde de Nationale Arbeidsraad zijn instemming met het schrappen van de woorden leiding en toezicht. De Raad nam er akte van dat het niet de bedoeling van het voorstel was om het begrip „ondergeschikt verband” te wijzigen. Ten aanzien van de weerslag op de huisarbeiders was de Nationale Arbeidsraad in zijn advies duidelijk „de Raad onderstreept evenwel dat het schrappen van de noties ‘leiding en toezicht’ geen enkele weerslag heeft op het statuut van de huisarbeiders, waaraan hij in een later stadium een onderzoek zal wijden. De Raad is inderdaad van oordeel dat voor de huisarbeiders beschermde maatregelen moeten getroffen worden”(105).

Bij de verdere bespreking van het voorstel in Senaat en Kamer, kwam de problematiek van de huisarbeiders niet meer ter sprake. De schrapping werd een feit door de wet van 17 juli 1985(106). Het blijft afwachten of de rechtbanken de voorkeur zullen geven aan de

(98) Arbh. Bergen, 23 november 1979, *T.S.R.*, 1980, 438.

(99) Arbh. Gent, 9 mei 1984, *Soc. Kron.*, 1985, 116.

(100) Arbh. Gent, 1 oktober 1984, *Soc. Kron.*, 1985, 117.

(101) Zie ook JACQMAIN, J., „Le travail à domicile: un malentendu juridique”, *Soc. Kron.*, 1985, 99.

(102) *Parl. St.*, Senaat, 1981-82, nr. 80/1.

(103) Zie Cass., 19 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 479; *R.W.*, 1978-79, 184.

(104) *Parl. St.*, Senaat, 1981-82, nr. 80/1, 2.

(105) N.A.R., Advies nr. 696 van 2 juni 1981, 4.

(106) *B.S.*, 31 augustus 1985.

bedoeling van de initiatiefnemer of aan de duidelijke uitspraak van de Nationale Arbeidsraad. Waarschijnlijk is het door de Nationale Arbeidsraad aangekondigde initiatief noodzakelijk om de toestand helemaal uit te klaren.