

**DE ONDERNEMING:
ARBEIDSGEMEENSCHAP OF RECHTSORDE?(*)**

*Omtrent de mogelijksvoorwaarden, de grondslagen, de beperkingen,
de demonen, de gevaren en de voordelen van de institutionele leer,
casu quo de institutionele leerstelsels*

door

Filip DORSSEMONT

Onderzoeker CREI - Faculteit Rechtsgeleerdheid-Universiteit Utrecht

Docent Arbeidsrecht Faculteit Rechten-Universiteit Antwerpen

*„On ne saurait objecter que l'entreprise ne pourra peut-être pas supporter une telle charge et périra. Si elle n'arrive pas à faire vivre ceux qui en font partie, elle ne mérite pas d'être créée” (Georges RIPERT, *Aspects juridiques du Capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1946, p. 307, nr. 140.)*

De spanningsverhouding tussen de kenmerken van de arbeidsverhouding (onderneming) als donné en haar contractuele juridisch technische vormgeving maakt haar tot een ideaal strijdterrein voor contractualisten en institutionalisten. Het contract wordt ideaal geacht voor de juridische vormgeving van efemere, fragiele, rigide en „onpersoonlijke” vermogensrechtelijke verhoudingen. Kenmerkend aan de arbeidsverhouding is dat de arbeid onafscheidbaar is van de persoon van de werknemer. In de regel ligt het arbeidscontract aan de basis van een organisatorische duurverhouding die in een bepaald discours als een samenwerkingsverband wordt gekwalificeerd. In deze bijdrage wordt een communautaristische, anti-contractualistische of idealistische institutionele benadering (Maurice Hauriou) onderscheiden van een juridisch-pluralistische benadering (Santi Romano). De doorwerking, de invloed van beide intellectuele scholen op de arbeidsrechtelijke doctrine in België, Frankrijk, Nederland, Italië en Duitsland komt daarbij aan bod. Een consequente toepassing van Romano's benadering van de institutionele leer op de onderneming kan een vector zijn voor de humanisering en de juridisering van de arbeidsverhoudingen in de onderneming. Ze biedt het voordeel dat de tegenstelling tussen een contractuele en een institutionele analyse kan worden overstegen.

(*) Deze bijdrage kwam tot stand in het kader van de T.P.R.-leerstoel die ik in het academiejaar 2002-2003 aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden mocht bekleden.

Ik hecht er sterk aan de redactie van het T.P.R. dank te zeggen. De toekenning van deze leerstoel was een hart onder de riem op een moeilijk scharniermoment van mijn academische loopbaan. Bijzondere dank gaat uit naar Prof. dr. G.J.J. Heerma Van Voss die me als voortreffelijke Leidse gastheer in staat stelde dit project in optimale omstandigheden uit te voeren. Deze tekst kwam tot stand in nauwe dialoog met een ad hoc 'denktank' bestaande uit de Professoren G.J.J. Heerma Van Voss (Universiteit Leiden); A.Ph.C.M. Jaspers (Universiteit Utrecht), C. Loonstra (Erasmus-

INHOUD

- I. PROLOOG: LE CONTE DE *TAXI HOFMAN* (1-2)
- II. PROBLEEMSTELLING EN UITWERKING (3-10)
 - A. Probleemstelling (3-7)
 - B. Uitwerking (8-10)
- III. DE FRANSE INSTITUTIONELE LEER ALS IDEALISTISCHE VARIANT (11-62)
 - A. De rechtskritiek van Maurice Hauriou (11-19)
 - 1. De rechtskritiek van Maurice Hauriou (11-16)
 - 2. Renards vertaling van de theorie naar privaatrechtelijke leerstukken (17-19)
 - B. Duiding van de rechtskritiek (20-22)
 - C. De toepassing van de institutionele leer op de arbeidsverhouding en de onderneming (23-62)
 - 1. Renards institutionele lectuur van arbeidsverhouding en onderneming (23-27)
 - 2. Paul Durand en Jean Brèthe de la Gressaye, het instituut als rechtsfiguur van statelijk recht (28-29)
 - a. De institutionele analyse van de arbeidsverhouding, een katalysator van een Gierkiaanse visie op de arbeidsverhouding? (30-36)
 - b. Het institutionele ondernemingsdenken, een betwistbare recuperatie van Gierkes *Wurzeln*? (37-44)
 - c. De dialoog met de Franse institutionele denkers in de arbeidsrechtelijke doctrine (Frankrijk, België en Nederland): receptie en kritiek (45-62)
 - i. De dialoog met de institutionele leer, een kwestie van cultuur, *casu quo* geografie? (45-48)

universiteit Rotterdam), E. Verhulp (Universiteit Amsterdam). Voor de erg waardevolle suggesties en de *herrschaftsfreie* dialoog ben ik hen erg erkentelijk.

Met drie bevriende en erg fidele collegae die geen deel uitmaakten van deze denktank werd veelvuldig van gedachten gewisseld over deze thematiek. De institutionele leer was een recurrent gegeven in de vele gesprekken die ik met Prof. Dr. Wijnand Zondag (Rijksuniversiteit Groningen) mocht voeren. Zijn inspirerende en doorwrochte bijdrage in Rechtsgeleerd Magazijn Themis bracht de rijkdom van de Nederlandse doctrine aan het licht als één vanouds vruchtbare bodem voor de institutionele leer. Prof. dr. Edoardo Ales' (Universiteit Cassino) eruditie en zijn genereuze gastvrijheid stelde me in staat om me in optimale omstandigheden te verdiepen in de receptie van Romano's denken in het Italiaanse arbeidsrecht. Prof. Dr. P. Humblet (Universiteit Gent) boog zich eveneens over een ontwerp tekst die aan de denktank ter discussie werd voorgelegd. Zijn opmerkingen waren zeer inspirerend. Uitgerekend het proefschrift van collega P. Humblet lag aan de basis van mijn jarenlange worsteling met de institutionele theorie. De institutionele leer van de arbeidsverhouding was eveneens de inzet van een besloten Vlaams interuniversitair AAP-seminarie, waar collega Zondag na een (te lange) inleiding door ondergetekende een lezing gaf. Ik dank de 'seminaristen' (Prof dr. W. Van Eeckhoutte (UG) (die het initiatief namens het ZAP ondersteunde door zijn aanwezigheid en deelname aan de discussie), Alexander De Becker (VUB), Elisabeth Mathys (Universiteit Gent), Johan Peeters (UA), Kristof Salomez (VUB), Kim Van den Langenbergh (UFSIA) en Mathieu Van Putten (KUL)) voor de gedachtenwisseling.

Ik dank het Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie (Universiteit Utrecht) dat mij tijd en ruimte bood om deze opdracht ook daadwerkelijk uit te voeren. Collega Nicola Gundt (Universiteit Utrecht) bracht het mij geheel vreemde engelen geduld op om zich over een proefdruk van deze tekst te buigen.

- ii. Kritiek van de institutionele leer (49)
 - 1) De aard van het institutionele denken (50-51)
 - 2) De institutionele leer, een vorm van idealistisch gemeenschapsdenken? (52-56)
 - 3) Institutioneel denken: katholiek corporatistisch, (crypto-)fascistisch dan wel anti-liberaal denken? (57-62)
- IV. DE INSTITUTIONELE LEER VAN SANTI ROMANO, EEN JURIDISCH PLURALISTISCHE BENADERING (63-99)
 - A. Romano's *Ordinamento Giuridico* (63-71)
 - B. Onderscheid met Hauriou's institutionele leer (72-75)
 - C. Historiciteit en ideologie als achtergrond (76-81)
 - D. De receptie van Romano's leer in het Italiaanse arbeidsrecht (82-99)
 - 1. Romano's arbeidsrechtelijke excursies (82-87)
 - 2. De analyse van de *Impresa* en de *Ordinamento intersindacale* ná Santi Romano (88-99)
- V. DE ARBEIDSVERHOUDING ALS CONTRACTUELE VERHOUDING (100-133)
 - A. De contractuele kwalificatie (100-108)
 - B. Aard van de arbeidsverhouding (*donné*) versus contractuele vormgeving (*construit*) (109-133)
 - 1. Obligatoire versus 'persoonlijke' banden (110-121)
 - 2. Efemeer versus duurzaam (122-124)
 - 3. Gelijkheid versus hiërarchie (125)
 - 4. De onderneming: een 'arbeidsgemeenschap' in het teken van hiërarchie en dynamiek? (126-133)
- VI. DE INSTITUTIONELE LECTUUR VAN ARBEIDSRECHTELIJKE LEERSTUKKEN (134-171)
 - A. Klassieke *topoi* van de institutionele lectuur (134-155)
 - 1. Contractueel bedongen arbeidsvoorwaarden en 'gewijzigde omstandigheden op het werk' (135-146)
 - 2. Institutionele versus contractuele benadering van de werkgever (147-148)
 - 3. Institutionele, publiekrechtelijke versus contractuele, privaatrechtelijke benadering van de c.a.o. (149-152)
 - 4. Institutionele versus privaatrechtelijke benadering van *representativiteit* (153-155)
 - B. *Romano* revisited: nieuwe wingebieden (156-166)
 - 1. De onderneming als rechtsorde (156-162)
 - 2. Autonomie: een kwestie van receptie of delegatie? (163-166)
 - C. Naar een nieuw verbond tussen contract en instituut? (167-171)

I. Proloog: Le conte de *Taxi Hofman*

1. Op 26 juni 1998 sprak de Hoge Raad een principiële arrest uit over de draagwijdte van het beginsel van goed werknemerschap⁽¹⁾. Artikel 7:611 B.W. bepaalt dat werkgever en werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk werknemer te gedragen.

De feiten kunnen als volgt worden weergegeven.

Werknemer Van der Lely treedt op 3 maart 1989 als voltijds chauffeur/centralist in dienst bij Taxi Hofman. In februari 1991 wordt hij arbeidsongeschikt. Eind 1991 stelt Van der Lely voor om voortaan deeltijds te gaan werken op de administratie (19 uur) en op de Taxicentrale (6 uur). Het werk als chauffeur valt hem te zwaar. Zijn werkgever aanvaardt dit aanbod. In september 1993 hervalt Van der Lely. Hij wordt wederom arbeidsongeschikt.

Begin maart 1994 is de medewerker van het taxibedrijf weer opgeknapt. Hij heeft goede hoop zijn oude baan bij de administratie en de centrale terug op te nemen. Zijn werkgever geeft hem evenwel te kennen dat zijn taak bij de administratie inmiddels verricht wordt door een nieuwe medewerkster. Hij stelt Van der Lely voor om zijn taak (6 uur) op de Taxicentrale te hervatten en opnieuw de baan op te gaan als Teletaxi-chauffeur (19 uur). De totale arbeidstijd en zijn loon blijven ongewijzigd.

Van der Lely weigert dit aanbod tot wijziging van de contractueel bedongen arbeid en daagt niet meer op. Zijn werkgever weigert enig loon te betalen. Teneinde de patstelling te doorbreken, leidt de werknemer als meest gereede partij een vordering in tot loondoorbetaling. Kantonrechter en rechtbank wijzen die loonvordering af. De Hoge Raad bevestigt de uitspraak van de rechtbank.

In het betrokken geding werd geenszins ontkend dat de contractueel bedongen arbeid finaal een deeltijdse functie als administrator-centralist betrof. Het contract bevatte geenszins een beding dat de werkgever machtigde om deze taak eenzijdig te wijzigen.

Maatgevend was de overweging dat de norm van goed werknemerschap en werkgeverschap met zich meebrengt dat een werknemer „op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wan-

(1) Hoge Raad 26 juni 1998, *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 1998, nr. 199.

neer aanvaarding ervan redelijkerwijze niet van hem kan worden geveerd”.

2. Deze uitspraak van de Hoge Raad gaf aanleiding tot een heftige polemiek in de Nederlandse doctrine⁽²⁾. Centraal stond onder meer de twistvraag of de Hoge Raad in zijn interpretatie van artikel 7:611 B.W. zich al dan niet „een rigoureuus en fervent aanhanger van de *institutionele leer van de arbeidsverhouding*”⁽³⁾ zou hebben getoond. De formulering van deze vraag is o.i. schatplichtig aan een denkschema waarin een ‘flexibele’ institutionele benadering van de arbeidsverhouding wordt geconfronteerd met een (bijna karikaturaal) ‘rigide’ contractualistische benadering.

Prima facie wordt de indruk gewekt dat de institutionele theorie het werkgeversgezag *per se* legitimeert en versterkt.

Betreurd kan worden dat het gebruik van de bepaald niet goedkope uitdrukking ‘institutionele theorie’ zonder veel rechstheoretische duiding verliep. De precieze draagwijdte van die term wordt zelden *in extenso* gepreciseerd. Gelet op de polysemie en de beladen connotaties van de term ‘institutionele theorie’ is dit geen overbodige luxe. Soms ontbreekt een reflectie over de diverse *functies* die de institutionele theorie vervult in bepaalde geschriften en vertogen.

(2) Zie onder meer: M.F. BALTUSSEN, „De arbeidsovereenkomst: institutie of contract”, *Arbeidsrecht* 2000/4, 24; J.J.M. DE LAAT, „Goed werknemerschap en revolutie”, *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2003, 85-94; S.F.H. JELLINGHAUS, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Deventer, Kluwer, 2003, 145-146; G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, 107-108; G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 120-121; C.J.H. JANSEN en C.J. LOONSTRA, noot onder Hoge Raad 28 april 2000, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2001/1, 30-44; P.F. VAN DER HEIJDEN, „Revolutie in het arbeidsrecht”, *Arbeidsrecht* 1999, 8/9, 2-4; P.F. VAN DER HEIJDEN en F.M. NOORDAM, *De waarden van het sociaal recht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 101-102, P.F. VAN DER HEIJDEN, „De wederkerige arbeidsbetrekking”, in P.F. VAN DER HEIJDEN, R.H. VAN HET KAAR, A.C.J.M. WILTHAGEN, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag, SdU, 1999, 53-54; J.M. VAN SLOTEN, *Arbeid en loon*, Deventer, Kluwer, 1999, 62-67 en W. ZONDAG, „Institutioneel Arbeidsrecht”, *Themis* 2002, 5.

(3) Naar het woord van P.F. Van der Heijden (zie referenties vorige voetnoot).

II. Probleemstelling en uitwerking

„Le terme ‘institution’ revient en effet relativement fréquemment dans le discours des juristes, sans que l’on sache véritablement dans quel sens, par rapport à quelle analyse et dans quel but il est employé”(4).

A. PROBLEEMSTELLING

3. Het arbeidscontract ligt aan de basis van een dynamische, flexibele en organisatorische duurverhouding. In een bepaald discours wordt die verhouding als een persoonlijk samenwerkingsverband gekwalificeerd tussen werknemers en het ondernemingshoofd.

De Franse institutionalist Georges Renard heeft het contract afgeschilderd als een instrument dat afgestemd is op de vormgeving van efemere, fragiele, rigide en ‘onpersoonlijke’ vermogensrechtelijke verhoudingen(5).

4. Die vermeende spanningsverhouding tussen de kenmerken van de arbeidsverhouding als *donné* en haar contractuele juridisch technische vormgeving (*construit*) maakt haar tot een ideaal strijdterrein voor contractualisten en institutionalisten. Aan de *anno* 2003 nuchtere, rechtstechnisch en monistisch gevormde praktijkjurist kan hier slechts gesuggereerd worden alle hoop te laten varen. Het institutionele denken ligt vervat in geschriften met een hoog rechtstheoretisch, intellectualistisch en bij wijlen ondoordringbaar karakter. Evenwel wordt al lang voor het Nederlandse *Taxi Hofman*-arrest uitgerekend in juridisch-technische analyses gezwind geschermd met termen als ‘een institutionele zienswijze’. Voor een goed begrip van dergelijke analyses lijkt een historische reconstructie van de institutionele leer meer dan ooit aangewezen.

5. Deze bijdrage beoogt de Franse en (voor een Nederlandstalig publiek) nog geheel onontsloten Italiaanse wortels van de institutionele theorie te reconstrueren. Het betreft wezenlijk onderscheiden

(4) E. MILLARD, „Hauriou et la théorie de l’institution”, *Droit et Société* 1995, 382. Zie ook de omstandige bijdrage van W. ZONDAG, „Institutioneel arbeidsrecht”, *Themis* 2002, 1-16. Laatstgenoemde bijdrage werd zichtbaar geïnspireerd door de ambitie om enige *terminologische* klaarheid te scheppen in de polemiek tussen contractualisten en institutionalisten die arbeidsrechtelijk Nederland sedert het *Taxi Hofman* arrest (Hoge Raad 26 juni 1998, *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 1998, nr. 199) in de greep houdt.

(5) Zie *infra* III.2.A.

grondstromen van de institutionele theorie. Deze theorie werd ruim drie kwart eeuw geleden als een *rechtstheorie* uitgewerkt door academische beoefenaars van het publiek recht. Beide intellectuele scholen vonden in de Belgische, Nederlandse, Franse, Italiaanse en Duitse arbeidsrechtelijke literatuur grote weerklank.

6. De geschriften van Maurice Hauriou (° 1856-† 1929) leenden zich tot een sterk idealistisch gekleurd gemeenschapsdenken. Enkele summier passages over het contract werden door zijn navolgers gerecupereerd. Bepaalde epigonen aarzelden niet om het ‘instituut’ op een uitgesproken anti-contractualistische leest te schoeien. Even opmerkelijk is de uitvergroting én de versterking van autoriteit als een constitutief element van het instituut.

De onderneming dreigt vanuit dergelijk paradigma als een ‘*communauté de travail*’ of een ‘*Arbeitsgemeinschaft*’ te worden benaderd. Het gezag (macht?) van het ondernemingshoofd wordt beklemtoond. Van de werknemers wordt inschikkelijkheid verwacht t.a.v. de arbeidsorganisatorische *contraintes*. De contractuele rigiditeit vormt hiertegen slechts een relatieve buffer.

7. Santi Romano’s (° 1875-† 1947) institutionele theorie is van een geheel andere orde. Hij geeft blijk van een juridisch pluralistische visie. Zijn concept van rechtsorde biedt ruimte voor een pluraliteit van rechtsordes. ‘Relevant’ is eveneens zijn aandacht voor de onderlinge verhouding tussen deze rechtsordes. De gemeenschapsgedachte betreft *geen* constitutief element van de rechtsorde. Het instituut is een kwalificatie van een rechtsorde in zijn globaliteit. Het contract betreft slecht een kwalificatie van een deelfenomeen.

De onderneming dient vanuit dergelijk denkschema primair als een rechtsorde te worden opgevat. Romano’s institutionele leer kan een vector zijn voor de juridisering, *ergo* de humanisering van de arbeidsverhoudingen in de onderneming. Het inzicht dat de onderneming als een rechtsorde moet worden beschouwd, doet het besef dagen van **conflicterende rechtsordes**. Een confrontatie tussen de beginselen, waarden die de statelijke rechtsorde en haar machten kenmerken én deze van de onderneming kan verfrissend zijn. Dergelijke confrontatie roept primair de beleidsvraag op of het opportuun is dat de Staat aan de doorwerking van door een substatelijke rechtsorde gegenereerde machtsuitoefening in de eigen rechtsorde harde voorwaarden verbindt. Patronale willekeur wordt daarbij omgevormd tot vrijheid. Machtsverhoudingen worden gesublimeerd tot rechtsverhoudingen.

Het werkgeversgezag wordt mogelijk ten dele gelegitimeerd, doch niet versterkt. Romano's leer biedt o.i. het voordeel dat een dichotomische of antinomische benadering van het begrippenpaar institutioneel/contractueel kan worden overstegen.

B. UITWERKING

8. Deze bijdrage is primair een oefening in *Ideeëngeschiede*. Via een historische reconstructie wordt verduidelijkt hoe een aantal algemene rechtstheoretische geschriften van resp. Maurice Hauriou en Santi Romano de Nederlandse, Belgische, Franse, Italiaanse en Duitse arbeidsrechtelijke doctrine hebben beïnvloed. Tot op heden duikt de term 'institutionele benadering' of 'institutionele interpretatie' te pas en te onpas op.

De *algemene* rechtstheorie van beide auteurs wordt ontwikkeld. Deze analyse wordt in hoofddeorde opgehangen aan twee geschriften die als de meest uitgekristalliseerde en laatste versie van Hauriou's en Romano's institutionele leer kunnen gelden. Hauriou's *La théorie de l'institution et de la fondation* kwam in 1925 tot stand. Romano's *Ordinamento Giuridico* dateert van 1918. De auteur verzorgde kort voor zijn overlijden een tweede editie. De tweede editie kan als een bevestiging van de eerdere editie worden beschouwd. Romano heeft er zich toe beperkt om in een geactualiseerd voetnotenapparaat in discussie te treden met opponenten.

Aan Romano's geschriften wordt ruime aandacht gewijd. Voor zover bekend werden deze geschriften tot op heden in het Nederlands noch vertaald noch commentariseerd. Hauriou's geschriften genoten en genieten in het Nederlandse taalgebied grotere bekendheid. Het onderhavige geschrift wil een bescheiden bijdrage zijn tot een ontsluiting van de Italiaanse institutionele leer voor het Nederlandstalige publiek. Het roept op tot meer confrontatie en kruisbestuiving tussen beide institutionele denkkaders. Het is de grote verdienste van L. François en P. Gothot geweest om dergelijke kruisbestuiving via een Franse vertaling van *Ordinamento Giuridico* te hebben bevorderd(6).

(6) S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, 175 p. Zie ook de volgende passages uit het oeuvre van L. FRANCOIS: L. FRANCOIS, *Théorie des relations collectives du travail en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1980, 238-244; —, *Le problème de la définition du droit*, Luik, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Lièges, 1978, 147-175 en —, *Introduction au Droit social*, Luik, Faculté de droit, 1974, 93-106. Recent wijdde de auteur een magistrale studie aan de definitie van het rechtsbegrip. Deze studie getuigt eveneens van een overstijging van het juridisch monisme (L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes*, Brussel, Bruylant, 2001, 332 p.)

Romano heeft de institutionele leer toegepast op concrete arbeidsrechtelijke vraagstukken (de onderneming en de collectieve arbeidsovereenkomsten). Dergelijke aandacht is Hauriou vreemd gebleven. De geschriften van Hauriou's epigoon, de Franse rechtstheoreticus Georges Renard, vullen deze leemte aan.

9. De 'receptie' van beide institutionele kaders in de arbeidsrechtelijke doctrine wordt uitvoerig onderzocht. Hierbij wordt overwegend aandacht besteed aan de toepassing van beide denkkaders op de onderling verweven leerstukken 'onderneming' en 'arbeidsverhouding'. Tot op heden bleef de receptie van Romano's geschrift in hoofdzaak beperkt tot de Italiaanse arbeidsrechtelijke doctrine. Het Franse institutionele denken kan op opvallende belangstelling rekenen in de Franse, Nederlandse en Belgische arbeidsrechtelijke doctrine. De receptie van beide denkkaders wordt om die reden afzonderlijk behandeld.

10. In een tweede meer positiefrechtelijk geaard deel wordt de relevantie en de actualiteit van de institutionele leer voor het Belgische en Nederlandse arbeidsrecht onderzocht.

Vooreerst wordt de vermeende spanningsverhouding geduid tussen de kenmerken van de arbeidsverhouding (*donné*) en haar contractuele kwalificatie (*construit*).

Vervolgens wordt onderzocht welke arbeidsrechtelijke leerstukken traditioneel het voorwerp hebben uitgemaakt van institutioneelrechtelijke excursies of beschouwingen. Centraal staat de vraag hoe deze excursies in verband kunnen worden gebracht met de in het eerste deel ontwikkelde *Ideeëngeschiede*.

Een aantal leerstukken en juridische ontwikkelingen wordt zelden of nooit in verband gebracht met een institutionele analyse van het arbeidsrecht. Romano's institutionele leer kan als een inspirerend hermeneutisch kader gelden om dergelijke fenomenen te beschrijven. Tot slot wordt de stelling verdedigd dat zijn leer een 'nieuw verbond' tussen de institutionele en de contractuele kwalificatie toelaat.

III. De Franse institutionele leer als idealistische variant

„J'avoue qu'il y a quelque chose de fuyant dans la théorie institutionnelle. Son extrême plasticité est décevante pour nos esprits latins ou latinisés: elle glisse entre nos doigts comme le sable, chaque fois que nous essayons de l'éteindre”(7).

A. DE RECHTSKRITIEK VAN MAURICE HAURIU(8)

1. De rechtskritiek van Maurice Hauriou

11. Maurice Hauriou geeft in *La théorie de l'institution et de la fondation* een erg gebalde definitie van de term 'institution': „une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures”(9).

De densiteit van deze formule wordt in het verdere verloop van zijn betoog uitsluitend ontwikkeld m.b.t. de zogeheten *institutions-per-*

(7) G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Parijs, Sirey, 1930, 224.

(8) Zie vooral de volgende geschriften van M. HAURIU: *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910; —, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 759 p. en „La théorie de l'Institution et de la Fondation” in M. HAURIU, *Aux Sources du droit*, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933, 89-128.

Voor een duiding van deze geschriften: A. BRODERICK, *The French institutionalists*, Cambridge/Massachusetts, Harvard University Press, 1970, 370 p.; A.-F. DAVID, „A propos d'un critère de la nature juridique, contractuelle ou non, de la relation de travail subordonné: le champ d'application du droit du travail”, *Annales de la Faculté de Droit de l'Economie et de Sciences sociales de Liège* 1977, 109-186; A.-F. DAVID, „Remarques sur la conception institutionnelle de la relation de travail subordonné”, *J.T.T.* 1976, 305-313; J.-T. DELOS, „La théorie de l'institution. La solution réaliste du Problème de la Personnalité Morale et le Droit à fondement objectif”, *Archives de Philosophie de droit* 1931, 97-153; A. DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Paris, Sirey, 1933, 400 p.; H. DOOYEWEERD, „De 'Théorie de l'Institution' en de Staatsleer van Maurice Hauriou”, *Antirevolutionnaire staatkunde* 1940, 301-347 en *Anti-revolutionnaire staatkunde*, 1941, 42-70; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, II, Paris, Sirey, 1913 (zie Vierde hoofdstuk: „La conception sociologique élargie chez M. Hauriou”); G. GURVITCH, „Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, *Archives de Philosophie de droit* 1931, 155-194; P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening*, Deurne, Kluwer, 1994, 420; J. LE GOFF, „Entreprise et institution: Retour sur un débat crucial”, te verschijnen in de *acta* van het door het CNRS georganiseerde colloquium *Les acteurs dans l'histoire du droit du travail*, gehouden te Nantes, 18 en 19 september 2003; E. MILLARD, „Hauriou et la théorie de l'institution”, *Droit et Société* 1995, 381-409; J.A. SCHELLEKENS, *De leer over de 'Institution' bij M. Hauriou*, Nijmegen, Centrale Drukkerij, 1945, 286 p. en X., *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris, Pédone, 1969, 282 p.

(9) M. HAURIU, „La théorie de l'institution et de la fondation”, *l.c.*, 96.

sonnes. Deze worden onderscheiden van de *institutions-choses* (bv. een rechtsregel). Het onderscheid tussen beide categorieën van ‘instituten’ lijkt onder het euvel dat aan de *institutions-choses* noch door Hauriou noch door zijn navolgers enige beduidende aandacht werd besteed. De auteur merkt slechts op dat enkel de *institutions-personnes* uitgroeien tot *corpora(ties)*.

12. Hauriou beschrijft het instituut op een tweevoudige wijze. Na een analyse van zijn componenten (*idée d'œuvre, pouvoir de gouvernement en manifestations de communion*), beschouwt hij de *institution* op een meer dynamische wijze.

13. De institutionele leer wordt in hoofdorde opgehangen aan het objectieve of ontologische bestaan van zogeheten *idées d'œuvres* of *idées d'entreprise*. Deze ideeën betreffen geen nominalistische en inerte hersenspinsels. Zij worden ontdekt, geenszins uitgevonden. De *idée d'œuvre* schraagt het gemeenschapsleven en begeestert alle geledingen van het milieu (de leden én de *pouvoir organisé*). Zij vormt de groep om tot een *personne morale*.

Deze ideeën ‘leven’ niet enkel in een sociaal milieu. Zij vormen een zuurdesem die de organisatie van de macht binnen dat milieu stuwt. Doorheen de werkingsgeschiedenis van de *idée* wordt het sociale milieu geobjectiveerd. In een tweede tijd wordt de idee gesubjectieerd tot een zogeheten ‘*personne morale*’.

De definitie stelt het instituut gelijk met een ‘*idée*’. Het is opvallend dat abstractie wordt gemaakt van de staat van de ontwikkeling en van de wordingsgeschiedenis van het instituut. Het ware dan ook verkeerdt bepaalde maatschappelijke fenomenen enkel te toetsen aan de laatste fase van het institutionaliseringsproces. Tussen de ontwikkelingsgraad van instituten kunnen zeer grote verschillen bestaan. Sterker, aangenomen mag worden dat bepaalde sociale milieus bij aanvang van het institutionaliseringsproces geenszins als zodanig herkenbaar zijn.

Hauriou heeft de *idée* omschreven als het voorwerp van een ‘onderneming’. Hij onderscheidt het voorwerp van het doel of de functie. De *idée* is wezenlijk onafscheidbaar van de ‘onderneming’. Ze is niet enkel het eindpunt, maar het actieplan of organisatiebeginsel zelf. De *idée* is letterlijk het object van de onderneming. In de onderneming wordt de *idée* geobjectiveerd.

14. Het tweede element van de ‘*institution corporative*’ is de ‘*pouvoir de gouvernement organisé*’. Dit onderdeel komt aan bod voor het

eigenlijke psychologische ledensubstraat van de ‘*institution*’. Hauriou beschrijft hoe de *idée* zich geleidelijk aan meester maakt van het ‘*pouvoir de gouvernement organisé*.’ De organisatie van deze machten is gebaseerd op twee beginselen. Het eerste betreft de scheiding der machten. Het tweede het representativiteitsbeginsel. Beide concepten krijgen bij Hauriou een geheel eigen invulling.

’Scheiding der machten’ heeft betrekking op de scheiding tussen de uitvoerende bevoegdheid (*compétence*(10)), de discursieve en de verkiezende macht. De uitvoerende macht neemt op intuïtieve wijze beleidsbeslissingen. De discursieve macht delibereert en de verkiezende bevoegdheid (*pouvoir de suffrage*) heeft het beleid (al dan niet) goed te keuren (*pouvoir d’assentiment*).

Het representativiteitsbeginsel impliceert slechts dat het bestuur van de overheid adequaat is aan de richtsnoeren van het *idée d’œuvre*(11). Het representativiteitsgehalte van een regime is perfect verenigbaar met een algehele afwezigheid van democratische participatie door de leden van de gemeenschap (*sic*)(12).

15. Het laatste element van de *institution* betreffen de zogeheten *manifestations de communion* tussen de leden van de groep én tussen de bestuursorganen. Hauriou verwijst naar rituelen waardoor de verbondenheid in de idee wordt uitgedrukt. Hij zet zich uitdrukkelijk af tegen de gedachte dat dergelijke rituelen als de uitdrukking van een collectief bewustzijn kunnen gelden.

16. Instituten ondergaan volgens de auteur een *institutionalisering*-proces in twee tijden. In een eerste beweging doet zich een ‘incorporatie’ voor. In een tweede tijd zet zich een proces van personificatie door. Beide bewegingen worden door de auteur voorgesteld als een interioriseringsproces(13). Maatgevend is dat zowel de bestuursorganen als het ledensubstraat de *idée d’œuvre* verinwendigen. Hauriou’s analyse is een bijdrage tot het leerstuk van de rechtspersoonlijkheid. Hij onderscheidt de problematiek van de ‘*personnalité morale*’ van bepaalde corporatieve verbanden van de zogeheten ‘*personnalité juridique*’. Tussen beide bestaat evenwel geen strikte scheiding. De

(10) HAURIU motiveert de omslag van *pouvoir* naar *compétence* door de overweging dat de macht i.t.t. de bevoegdheid naar misbruik (*domination*) tendeeft. M. HAURIU, *l.c.*, 89.

(11) *Ibidem*, 111.

(12) *Ibidem*, 104 en 111.

(13) *Ibidem*, 106.

'*personnalité juridique*' betreft de formele erkenning door een statelijke rechtsorde van de rechtssubjectiviteit van een groepering. Zij wordt als een „*retouche stylisée de la personne morale*” geduid(14). Zij beweegt zich op het niveau van de technisch-juridische constructie.

De incorporatie van het instituut wordt door Hauriou beschreven als een beweging waarin de *idée* zich meester maakt van de '*pouvoir de gouvernement*'. De bestuursorganen verwerven daardoor een representatief karakter in de hierboven geschetste betekenis.

Het proces van personificatie tot '*personne morale*' leidt tot een subjectivering van de *idée* die gemeen wordt aan bestuursorganen en ledensubstraat. Het '*idée d'œuvre*' wordt *an und für sich*. Het wordt pas volledig subject door de participatie van het ledensubstraat aan de politieke macht.

2. Renards vertaling van de theorie naar privaatrechtelijke leerstukken

17. Maurice Hauriou heeft zijn institutionele leer uitgewerkt in publiekrechtelijke traktaten.

De institutionele leer wordt er telkenmale geïllustreerd via de ontstaansgeschiedenis van de Natie-Staat. De hoger aangehaalde definitie van de categorie '*institution*' is *ratione materiae et personae* voldoende ruim om op privaatrechtelijke fenomenen toegepast te worden.

Georges Renard illustreert de institutionele leer in zijn *Théorie de l'institution* (1930) via privaatrechtelijke leerstukken. Hij heeft de institutionele analyse sterk afgezet tegen een contractuele juridische vormgeving van bepaalde maatschappelijke verbanden. Hauriou had reeds in zijn *Principes de droit public*(15) **op deze spanningsverhouding** gewezen. Voor Hauriou staan '*institutions*' in het teken van de duurzaamheid en vertonen zij een opvallend vermogen tot aanpassing aan steeds wijzigende externe omstandigheden. Het contract wordt door hem gekenmerkt als een '*opération actuelle, éphémère, transitoire*'(16). Hij kwalificeert het contract als een rechtsfiguur die te '*fragile*' en te '*rigide*' is(17). Deze anti-contractualistische duiding

(14) M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1927, 291-292 en *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 205.

(15) *Ibidem*, 199-208.

(16) *Ibidem*, 200.

(17) *Ibidem*, 202.

van de institutionele lectuur betreft bij Renard evenwel(18) een constitutief gegeven.

18. Renards onbehagen over de contractuele kwalificatie klinkt het sterkst door in de zevende en achtste *leçon* van zijn *Théorie de l'Institution*. Ten gronde betreurt de auteur dat de contractuele, juridisch-technische constructie van 'institutions' haaks staat op de wezenskenmerken van het betrokken *donné*(19). De auteur refereert expliciet aan Geny's begrippenpaar *donné-construit*. Zijn kritiek vertrekt van de premisse dat de juridisch-technische constructie van bepaalde maatschappelijke fenomenen de uit hun sociologische analyse afgeleide eigenschappen moet honoreren. Het behoort tot de morfologie van instituten dat zij duurzaam zijn, voortdurend in wording, zich aanpassen en dat zij de zetel van een *autorité* vormen(20). Renard meent dat het contractuele gewaad uiterst inadequaat is. Het contract staat immers in het teken van de gelijkheid, daar waar instituten in het teken van hiërarchie staan. Het contract is slechts door onderlinge toestemming vatbaar voor wijzigingen(21). Het instituut past zich voortdurend aan. De relaties tussen de leden van het instituut zijn immers statutair. Een gebeurlijke wijziging van dit statuut is in dit autoritair model niet afhankelijk van de instemming van het betrokken lid. Hauriou's(22)(23) kwalificatie van het contract als een '*opération actuelle, éphémère, transitoire*' maakt deze figuur eveneens weinig aangepast als vormgeving voor een stichtingsdaad die volgens Renard onherroepelijk is(24).

Hij ervaart de contractuele benadering als *reductionistisch*. De auteur vergelijkt de contractuele analytische ontbinding van een instituut in een amalgaam van contractuele relaties met een bioloog die een olifant door een microscoop poogt te bestuderen(25). Uit deze laatste

(18) Zo wijdt HAURIU aan de tegenstelling *contrat-institution* in zijn *Théorie de l'institution et de la fondation* geen beduidende aandacht.

(19) G. RENARD, *o.c.*, 397.

(20) *Ibidem*, 364 en 397.

(21) Zie in dit verband ook Ch. GOOSSENS, „Contrat et institution dans les relations du travail” in X., *Les sanctions civiles, disciplinaires et pénales en droit du travail belge, français et italien*, Luik, Université de Liège, 1962, 198.

(22) M. HAURIU, *Principes de droit public, o.c.*, 199-200: „une opération actuelle, éphémère, transitoire”, zoals ook aangehaald door G. RENARD, *o.c.*, 397 (zie ook G. RENARD, *o.c.*, 364: „le rapport issu du contrat est un lien précaire”).

(23) Voor een duiding van HAURIU's visie op de tegenstelling tussen contract en instituut, zie ook J.A. BRODERICK, „La notion d'„institution” de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français”, *Archives de philosophie du droit* 1968, 148-149, 157, 158.

(24) G. RENARD, *o.c.*, 364, 397. Zie ook G. RENARD, *o.c.*, 444.

(25) G. RENARD, *o.c.*, 372.

opmerking blijkt dat het dispuut tussen contractualisten en institutionele denkers in wezen een perspectiefwissel betreft. Contractualisme en institutioneel denken zijn geen exclusieve, maar complementaire juridische analyses. Renard streeft een holistische benadering na. Hij geeft zelf te kennen de contractuele analyse niet geheel te verwerpen. De auteur beschrijft ook gemengde situaties. Hij erkent dat het contract, in de enge zin van een wilsovereenstemming, het instrument kan zijn om toe te treden tot een instituut(26)(27).

In de *Anticipations corporatives* wordt het onderscheid tussen ‘*contrat*’ en ‘*institution*’ toegelicht aan de hand van vijf tegengestelde begrippenparen:

- a) Mededinging-samenwerking
- b) Gelijkheid-hiërarchie
- c) Onveranderlijkheid-aanpassing
- d) Mechanisch wereldbeeld-finalistisch wereldbeeld
- e) Ruilrechtvaardigheid-Verdelende rechtvaardigheid(28)

19. Een aantal institutionele denkers heeft opgeworpen dat de contractualistische benadering van bepaalde instituten ook om louter juridisch-technische redenen problematisch is. Brèthe de La Gressaye, Gastaud en Desqueyrat stellen dat het tot het wezen zou behoren van een overeenkomst dat de contractspartijen tegengestelde belangen zouden hebben. Desqueyrat haalt in dit verband de definitie aan van de overeenkomst in artikel 1101 B.W. Dit artikel omschrijft het contract als een overeenkomst waarbij één of meer personen zich jegens één of meer andere verbinden iets te geven, te doen of niet te doen(29). Het contract impliceert derhalve een relatie waarin de

(26) P. HUMBLET, *o.c.*, nr. 171; G. RENARD, *o.c.*, 422 („*la forme contractuelle peut être employée tour à tour pour produire un effet obligatoire ou pour fonder une institution*”) en 456 („*contrat générateur d’institution*”).

(27) Een uiterst spectaculair voorbeeld betreft de artikel 6 en de artikel 13-overeenkomsten in de zin van de Richtlijn 94/45. *In casu* liggen overeenkomsten *ten grondslag* aan overlegorganen. Deze contractuele genese van overlegorganen staat haaks op de in vele lidstaten gehuldigde publiekrechtelijke uitbouw van de bedrijfsorganisatie. Voor een kritiek: F. DORSEMENT, „De (langzame) omzetting naar Belgisch recht van Richtlijn 94/45”, *Soc. Kron.* 1998, 8-9.

(28) G. RENARD, e.a., *Anticipations corporatives, o.c.*, 14-16.

(29) A. DESQUEYRAT, *o.c.*, 312; J. GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif*, Paris, LGDJ, 1977, 20-21. Ook HAURIUO wees reeds in zijn „*Theorie de l’Institution*” (M. HAURIUO, *l.c.*, 122) op de onmogelijkheid om de stichtingshandeling van een ‘instituut’ in termen van een ‘sociaal contract’ te denken: „*C’est toujours l’erreur du contrat social et en ce sens, le contrat social de Rousseau était déjà une Vereinbarung, car les contractants n’échangeaient point des consentements différents, mais émettaient des consentements parallèles déterminés par la seule identité d’objet*”. De auteur onderstreept dan ook terecht „*l’unité dans l’objet des consentements*”. Zie ook J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *l.c.*, nr. 11. *Contra*: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 409, nr. 447.

prestatie van de ene partij de tegenprestatie uitmaakt van de verbintenis van de andere partij. Terecht wordt opgemerkt dat er een onderscheid bestaat tussen een wilsovereenstemming van contractuele aard en de wilsovereenstemming ter stichting van een bepaalde vereniging en ter aanvaarding van de daarop van toepassing zijnde statuten. Contract wordt gedacht als een *species* van een *genus*, de *mutuus consensus*. Deze *mutuus consensus*, de overeenkomst, kan er evenwel toe strekken wederkerige eisen tussen de partijen in het leven te roepen, dan wel om toe te treden tot een rechtsorde waaraan de partijen als gelijke rechtssubjecten onderworpen worden.

B. DUIDING VAN DE RECHTSKRITIEK

20. Het o.i. belangrijkste probleem betreft de *aard* van de institutionele theorie. Niettegenstaande Hauriou's analyses ten dele werden uitgewerkt in monografieën die zich aandienen als een behandeling van statelijk constitutioneel of administratief recht, kunnen zij bezwaarlijk als een klassieke uiteenzetting van de positieve (lees: statelijke) rechtstechniek gelden. Vooreerst beoogt Hauriou in zijn geschriften primair het ontstaan van de moderne Natie-Staat en de haar kenmerkende rechtsorde te beschrijven. Dergelijke operatie onderstelt *per se* een perspectief dat aan het statelijke recht voorafgaat. Tweedens wordt onder een rechtstechnische analyse heden ten dage vooral een louter inwendige analyse van het recht als een geheel van rechtsnormen begrepen. Het denken van alle institutionele denkers betreft een sterke *anti-thesis* tegen dergelijke objectief normativistische opvatting.

Het denken van Maurice Hauriou kwam tot stand in een periode waarin de academische juridische wereld gefascineerd werd door de vooruitgang in Frankrijk van de sociologische wetenschap. Zijn geschriften dienen zich aan als een epistemologische herijking van de juridische analyse in het licht van deze nieuwe ontwikkeling(30). Institutionele denkers zoals Hauriou en Renard hebben aan de totstandkoming van een nieuw paradigma gewerkt. Dit paradigma is geenszins het dominante paradigma geworden in de academische juridische wereld. Een denkbare omgang van de geschriften van de institutionele denkers bestaat erin deze te onderwerpen aan zeer onderscheiden vormen van rechtssociologische, rechtstechnische dan wel rechtstheoretische lectuur(31).

(30) G. GURVITCH, *l.c.*, 156 en E. MILLARD, *l.c.*, 384.

(31) A. DESQUEYRAT, *o.c.*, 157-159.

Het verwijt dat Hauriou's denken wetenschappelijke genres verwart is nooit ver weg. Het wekt weinig verwondering dat tal van hedendaagse juristen lucht hebben gegeven aan hun gevoel op dit denken weinig 'juridische' grip te kunnen uitoefenen(32).

21. De vraag rijst hoe 'recht' en 'instituut' zich in het Franse institutionele denken tot elkaar verhouden. Hauriou geeft in zijn *Principes de droit public* aan dat instituten recht genereren(33). De auteur doelt zowel op het disciplinaire recht, het gewoonterecht als het statutaire recht. Dit vermogen maakt voor Hauriou de juridische autonomie uit van het corporatieve instituut. In zijn *Théorie de l'institution et de la fondation* herhaalt de auteur dat het de instituten zijn die de rechtsregels creëren(34).

Renard omschreef het instituut als '*le siège de l'ordre juridique*'(35). Ondanks de aandacht voor de institutionele context die logisch en chronologisch aan de productie van rechtsnormen voorafgaat, lijken Hauriou en Renard het recht in wezen gelijk te stellen met het geheel van rechtsnormen. De institutionele leer verduidelijkt de genese van dat recht. Instituut en Recht(36) worden *niet* met elkaar gelijkgesteld. Onvermijdelijk rijst de bedenking dat beide auteurs minstens terminologisch niet geheel ontkomen zijn aan een objectief normativisme. De weigering om recht en instituut met elkaar gelijk te stellen, blijkt ook uit de vaststelling dat Hauriou en Renard de institutionele theorie geenszins als een omvattende of algemene rechtstheorie hebben uitgewerkt. Niet alle juridisch relevante maatschappelijke fenomenen lenen zich tot een institutionele lectuur.

Hauriou heeft zich door zijn benadering afgezet tegen het juridisch monisme waarin Staat en recht onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Deze vaststelling blijkt uit het feit dat Hauriou's definitie van het

(32) N. CATALA, *L'entreprise*, Paris, Dalloz, 1982, 149 („Discerner dans l'entreprise une institution ne règle donc, nullement la question de sa qualification juridique”); M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, Dalloz, 1959, nr. 339, 367 („On peut en effet se demander si l'analyse institutionnelle de l'entreprise suffit à épuiser le problème de la qualification juridique de cette dernière”); A. JEAMAUD, Th. KIRAT en M.-C. VILLEVAL, „Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation: au croisement de l'économie”, *Revue internationale de Droit économique* 1996, 127 („déroutante par ses obscurités”); J. RONSE, „Vennootschaps- en verbintenissenrecht” in X., *Op de grenzen van komend recht*, Deventer, Kluwer, 1969, 207 in noot 3 („Het voornaamste verwijt dat deze theorie treft is haar chronische onduidelijkheid”). Zie ook E. MILLARD, *l.c.*, 385-386 („rédigés en termes qui peuvent nous apparaître souvent confus”), 393 („la formulation est pour le moins complexe et obscure”).

(33) M. HAURIOU, *Principes de droit public, o.c.*, 128.

(34) M. HAURIOU, *l.c.*, 94 en 128.

(35) G. RENARD, *o.c.*, 120-122.

(36) *Ibidem*, 120-122.

instituut geen enkele referentie bevat naar de notie Staat. Hauriou's juridische analyses hebben wezenlijk betrekking op het ontstaan van de Staat. Het juridische moment begint voor Hauriou geenszins vanaf de voltooiing van het institutionaliseringsproces. Renard heeft de institutionele leer ook toegepast op van het staatsverband onderscheiden privaatrechtelijke verbanden. Renards uitspraak „*il y a autant de systèmes juridiques que d'institutions*”(37) geeft blijk van een zin voor juridisch pluralisme.

22. Renard noch Hauriou hebben bijzondere aandacht besteed aan potentiële conflicten tussen diverse rechtsordes. Wel klinkt in hun geschriften steeds de gedachte door dat de Statelijke rechtsorde rekening dient te houden met de aard en de ontwikkeling van de instituten. Deze gedachte spreekt zowel uit de vermeende ongeschiktheid van de contractuele kwalificatie van bepaalde verbanden als uit de gedachte dat tot '*personne-morale*' ontwikkelde instituten een natuurlijke roeping bezitten om als rechtspersoon te worden erkend door het statelijk recht.

C. DE TOEPASSING VAN DE INSTITUTIONELE LEER OP DE ARBEIDSVERHOUDING EN DE ONDERNEMING

1. *Renards institutionele lectuur van arbeidsverhouding en onderneming*

23. De onderneming en de arbeidsverhouding komen uitvoerig aan bod in Renards hoofdwerk *Théorie de l'Institution* (1930)(38). In het daaropvolgende *Anticipations corporatives* (1937) werden enkele lezingen over de onderneming als instituut voor de *Ecole Normale sociale maritime* gebundeld(39).

24. Renards institutionele kwalificatie van de onderneming stoelt op zijn grondovertuiging dat aan de onderneming een *idée* ten grondslag ligt die het particuliere belang van het ondernemingshoofd en de werknemer zou overstijgen. Dergelijk *idée* vormt een *intérêt général* et *commun*, *alias* een *bien commun*. Zijn geschriften bevatten nauwelijks indicaties m.b.t. de aard van deze *idée*. In een vluchtige passage

(37) G. RENARD, *o.c.*, 222.

(38) G. RENARD, *Théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930, 639 p.

(39) G. RENARD e.a., *Anticipations corporatives*, Paris, Desclée de Brouwer, 1937, 309 p.

wordt dit *idée* omschreven als de productie van goederen en of diensten(40). Elders wordt gewag gemaakt van de strijd van de mens tegen de natuur die deze ondernemingsproductie zou kenmerken(41). Onvermijdelijk rijst de vraag of dergelijk vaag gegeven van aard is een samenwerkingsverband om te vormen tot een ‘*foyer*’ waarin ‘*intimité*’ troef is.

25. De institutionele benadering heeft repercussies op de arbeidsverhouding. Renard schetst het ontstaan van ‘institutionele contracten’, inzonderheid zogeheten ‘*contrats de collaboration*’. Hij suggereert dat de arbeidsovereenkomst als een dergelijk contract moet worden opgevat(42).

De auteur verdedigt twee o.i. erg progressieve ideeën. Instituten kenmerken zich door stabiliteit en staan in het teken van de verdelende, i.p.v. de ruilrechtvaardigheid. De eerste gedachte noopt tot een versterking van de werkzekerheid van de werknemer(43). De tweede gedachte voert tot een pleidooi om bij de salariëring de gezinssituatie in rekening te brengen(44).

26. Zijn institutionele visie lijkt de aard van de patronale macht te altereren. Renard maakt gewag van een bevoegdheid (*pouvoir*) die ondergeschikt is aan het ‘*bien commun de ceux sur lesquels il s’exerce*’(45). Renards denken is evenwel gespeend van de vereiste dialectiek om dergelijke vrome gedachte geloofwaardig te maken. In een institutionele benadering van de onderneming zou volgens hem geen ruimte bestaan voor de uitoefening van het stakingsrecht(46). Hij voert een pleidooi om de privaatrechtelijke arbeidsverhouding te schoeien op de leest van de publiekrechtelijke rechtsverhouding. Anno 1937 werd de uitoefening van het stakingsrecht onverenigbaar geacht met het con-

(40) G. RENARD, „Capitalisme et propriété” in G. RENARD, e.a., *Anticipations corporatives*, o.c., 46-47.

(41) G. RENARD, *Théorie de l’institution*, o.c., 431.

(42) G. RENARD, „Vue d’ensemble sur la théorie de l’institution” in G. RENARD, e.a., *Anticipations corporatives*, o.c., 16-17.

(43) Zie in dit verband onder meer het leerstuk van de overgang van onderneming G. RENARD, *Théorie de l’institution*, o.c., 113-114, 427 in noot 2.

(44) *Ibidem*, 462-464.

(45) G. RENARD, „La nature institutionnelle de l’entreprise” in G. RENARD, e.a., *Anticipations corporatives*, o.c., 24.

(46) De manipuleerbaarheid van ‘institutionele denkkaders’ wordt treffend geïllustreerd door de eerder door Wijnand Zondag geformuleerde bijstelling bij diens proefschrift (W. ZONDAG, *Werkijdverkorting*, Gouda, Quint, 680 p.) dat de institutionele leer ruimte biedt voor de legitimiteit, sterker het aanbevelenswaardig karakter van de bedrijfsbezetting. Zie ook W. ZONDAG, *l.c.*, 15.

tinuïteitsbeginsel in de publieke sector. Sterker, de auteur aarzelt niet de volstrekt reactionaire(47) strafrechtelijke beteugeling van de werkstaking eigen aan het Italiaanse fascistische recht als een vooruitgang toe te juichen. De omstandigheid dat werknemers een louter machteloos orgaan zouden worden van de onderneming is slechts een grond om hen het stakingsrecht te ontzeggen. Collectieve arbeidsconflicten onderstellen immers een interpersoonlijk conflict. Tussen organisme en orgaan is geen belangentegenstelling denkbaar. Een betere metafoor voor een totalitaristische visie is moeilijk denkbaar.

27. De vraag rijst of dergelijke visie wel verenigbaar is met de door Hauriou beschreven dialectiek tussen ‘bestuurders’ en leden van het ‘*institut*’. Deze dialectiek kenmerkt het proces van incorporatie en personificatie. Hauriou meende dat de leden van de groep een *ius resistendi* hadden, indien bepaalde bevoegdheden niet conform de institutionele idee werden uitgeoefend. Door de afschaffing van het recht te staken wordt deze noodzakelijke dialectische dynamiek gestremd.

Wezenlijk voor Hauriou’s institutionele dynamiek van incorporatie en personificatie is dat de bestuursvorm het representativiteitsbeginsel eerbiedigt. Finaal leidt dit tot de accaparatie van de institutionele bevoegdheden door de leden. Indien men dergelijke ideeën consequent doortrekt, kan dit slechts een versterking van de medezeggenschap van werknemers inhouden. Renards analyses van de ‘democratisering’ van de onderneming blijft evenwel beperkt tot de versterking van de medezeggenschap van de *aandeelhouders*(48).

2. Paul Durand en Jean Brèthe de la Gressaye, het instituut als rechtsfiguur van statelijk recht

28. De arbeidsjuristen Paul Durand(49) en J. Brèthe de la Gressaye(50) hebben in enkele geschriften van de institutionele denkk-

(47) G. RENARD, *Théorie de l’institution*, o.c., 614-615.

(48) G. RENARD, e.a., *Anticipations corporatives*, o.c., 54-57.

(49) Zie P. DURAND, „La notion juridique de l’entreprise” in *Travaux de l’Association Henri Capitant*, III, Paris, Dalloz, 1948, 45-123; —, „Aux frontières du contrat et de l’institution. La relation de travail”, *J.C.P.* 1944, I, nr. 387. DURAND heeft zijn ideeën ook verwerkt in zijn *Traité de droit du travail* (cf. P. DURAND en A. VITU, *Traité de droit du travail*, II, Paris, Dalloz, 1950, 207-214; 404-536)

(50) J. BRETHER DE LA GRESSAYE, v^o *Institution* in *Encyclopédie Dalloz civil*, Paris, Dalloz, losbl.; —, „La discipline dans les entreprises, les syndicats et les professions organisées”, *Archives de Philosophie de droit* 1953-54, 75-108; J. BRETHER DE LA GRESSAYE en M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l’étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, 571 p. en J. BRETHER DE LA GRESSAYE en A. LEGAL, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938, 537 p.

ders gebruik gemaakt. Beide auteurs transformeren het ‘arbeidsrecht’ tot ‘ondernemingsrecht’. Het instituut wordt in hun positiefrechtelijke traktaten als een figuur van het Franse statelijke recht opgevoerd.

In beide ‘institutionalistische’ geschriften wordt uitvoerig aandacht besteed aan Gierkes leer over de aard van de arbeidsverhouding die in *Die Wurzeln des Dienstvertrages* (1914) werd ontwikkeld(51). Deze leer wordt opgevoerd om een lans te breken voor een meer personenrechtelijk gekleurde benadering van de arbeidsverhouding. Dergelijke benadering wordt afgezet tegen een te eenzijdig vermogensrechtelijke en contractualistische opvatting.

Durands *Aux frontières du Contrat et de l’Institution. La relation de travail* (1944) geldt als spraakmakend. Geheel oorspronkelijk is zijn benadering niet. Zij wordt voorafgebeeld door De Gaay Fortmans proefschrift *De onderneming in het arbeidsrecht* (1936)(52).

29. Beider herontdekking van de ‘persoon’ achter een ‘huurovereenkomst van werk’ wordt niet ontleend aan een antropologische analyse van deze overeenkomst. Het persoonsgebonden karakter van de arbeidsverhouding is de vrucht van gemeenschapsdenken. Een bepaalde visie op de onderneming kleurt een visie op de arbeidsverhouding.

Deze o.i. betwistbare recuperatie van Gierkes analyse gaf aanleiding tot het denken van de onderneming als een hiërarchische, organische en duurzame gemeenschap van werknemers onder leiding van hun ondernemingshoofd. De sprong naar een *institutionele* kwalificatie van dergelijke gemeenschap lag voor de hand.

Hauriou’s institutionele leer lijkt op deze wijze als katalysator(53) te hebben gefungeerd voor een bepaalde benadering van de onderneming die schatplichtig was aan het autoritair en collectivistisch gestemde geestesklimaat dat de jaren dertig van de twintigste eeuw heeft gekenmerkt.

(51) O. VON GIERKE, „Die Wurzeln des Dienstvertrages” in X., *Festschrift für Heinrich Brunner*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1914, 37-68.

(52) W.F. DE GAAY FORTMAN, *De onderneming in het arbeidsrecht*, Amsterdam, Vrije Universiteit, 1936, 138 p. Het lijkt er sterk op dat de Amsterdamse ballingschap van Hugo Sinzheimer ter zake inspirerend gewerkt heeft. In een terugblik op zijn proefschrift wordt deze vondst evenwel aan zijn promotor Gerbrandy toegeschreven. W.F. DE GAAY FORTMAN, „Arbeid, arbeidsovereenkomst en arbeidsverhouding” in *Hedendaags arbeidsrecht. Opstellen aangeboden aan Prof Mr M.G. Levenbach*, Alphen aan den Rijn, N.V. Samson, 1966, 116 („Hij (lees: Gerbrandy) had mijn aandacht gevestigd op Otto Van Gierke’s studie *Die Wurzeln des Dienstvertrages*”).

(53) P. DURAND, *l.c.*, nr. 387: „Comment douterait-on d’ailleurs de la possibilité de telles transpositions, quand on observe que, sous une terminologie différente, le concept d’une communauté organisée se confond avec celui de l’institution, qui est familier à la doctrine française?”. Zie ook A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Puf, 1994, 21.

- a. De institutionele analyse van de arbeidsverhouding, een katalysator van een Gierkiaanse visie op de arbeidsverhouding?

30. Gierke hekelt in de *Wurzeln* de aan het Romeinse recht en de Franse *Code civil* ontleende praktijk om de arbeidsovereenkomst als een sequeel van de huurovereenkomst te zien. Primair hebben dergelijke overeenkomsten betrekking op de huur van zaken. De arbeidsovereenkomst werd naar Romeins recht als een bijzondere vorm van *locatio conductio operarum* gekwalificeerd(54). Bij de gewone *locatio conductio* stelde een *dominus* zijn *servus* ter beschikking van een andere *dominus*. Het betrof ‘uit de aard van de zaak’ (nl. een slaaf) een *locatio conductio rei*. De ‘arbeidsovereenkomst’ werd naar het model van deze overeenkomst geconstrueerd. Iemand die zijn eigen arbeidskracht verhuurde, werd gelijkgesteld met iemand die zijn arbeidskracht als gold het slavenarbeid aan een andere *dominus* verhuurde. Voor de huur van slavenarbeid gold nog een juridisch verdedigbare scheiding tussen de arbeidskracht van het ‘object’ slaaf en de persoon van de verhuurder. Voor zover de arbeidskracht evenwel eigen was aan de verhuurder (*dominus*), werd de scheiding tussen de vermeende zaak (de arbeidskracht) en de persoon van de verhuurder volstrekt artificieel. De onmogelijkheid om arbeidskracht en persoon van elkaar te scheiden werd met verve door Gierke beleden(55).

31. Hij verdedigt in zijn bijdrage dat de arbeidsovereenkomst rechts-historisch in het zogeheten *Treudienstvertrag* wortelde. Voor de juridische vormgeving van arbeidstaken die traditioneel geenszins door slaven werden verricht was de *locatio conductio operarum* ongeschikt. Dergelijke overeenkomsten werden in Duitsland aanvankelijk gekwalificeerd als een *Treudienstvertrag*. Dit contractstype bewees aanvankelijk zijn nut voor de vormgeving van de militaire diensten en diensten in hofverband. Later werden ook de serviele taken van niet-aristocratische lieden op de leest van het *Treudienstvertrag* geschoeid(56).

Het betreft een contractuele relatie die geenszins een obligatoir, maar een personenrechtelijk karakter had. Door het sluiten van dergelijke

(54) Zie hieromtrent: G. MACOURS en S. DEBUSSCHERE, „Enkele notities over arbeidsrechtelijke verhoudingen in het Romeinse recht” in *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, Die Keure, 1998, 357-371.

(55) O. VON GIERKE, *l.c.*, 38 („die Arbeit erscheint uns als Betätigung der freien Persönlichkeit”); 50 („Es ist die Person als solche, die in das Rechtsverhältnis eintritt und aufgenommen wird”).

(56) *Ibidem*, 43.

overeenkomst kwam de vazal of de muntman (*Gefolgsman*) in de munt (*Erfolg*) van de heer (*Gefolgsherr*).

Deze overeenkomst betrof geen ruilverhouding tussen arbeidskracht én loon. De overeenkomst lag aan de basis van een wederkerige personenrechtelijke verhouding. De vazal onderwierp zich aan het bevels- en tuchtrecht van de heer in ruil voor zijn bescherming en vertegenwoordiging. Het betrof een duurzame en onherroepbare band. De wederzijdse trouw gold als het grondbeginsel van dergelijke verhouding(57).

Gierke betoogde dat het *Treudienstvertrag* geleidelijk aan werd gesubstitueerd door de leenovereenkomst (leenman-leenheer) en door de klassieke obligatoire overeenkomst(58).

Bij de juridische vormgeving van taken die buiten een aristocratisch verband werden verricht trad de ruilverhouding tussen arbeid en loon sterker op de voorgrond, ten koste van de ruilverhouding tussen ondergeschiktheid en bescherming.

De juridische vormgeving van beide overeenkomsten bleef evenwel schatplichtig aan hun historische geworteldheid(59). Gierke kwalificeert het contemporaine Duitse *Dienstvertrag* als een *obligatoire* overeenkomst *sui generis*. Het *sui-generis* karakter houdt verband met de personenrechtelijke effectwerking van de arbeidsovereenkomst(60). De personenrechtelijke ondergeschiktheid hield op de eigenlijke grond te zijn van de arbeidsverhouding(61). Sterker, de arbeidsverhouding werd de grond voor die ondergeschiktheid(62).

32. Hij verdedigt dat de contemporaine juridische vormgeving recht doet aan de personenrechtelijke dimensie van de arbeidsovereenkomst. Die dimensie wordt geïllustreerd aan de hand van de in artikel 618 BGB verankerde *Fürsorgepflicht*(63).

(57) De Italiaanse *Codice civile* lijkt op het eerste gezicht beïnvloed te zijn door GIERKE's analyse van de arbeidsverhouding naar oud Germaans recht. Zo werd in artikel 2015 een *Obbligo di fedeltà* omschreven. Bij nader inzien betreft het een louter eenzijdige werknemersverplichting. Ze is bovendien uiterst smal. Ze heeft betrekking op het verbod om *pendente contractu* de werkgever te beconcurreren en om bedrijfsgeheimen aan derden mee te delen. Voor wat betreft de verplichting tot *previdenza* en *assistenza* verwijst de *Codice civile* naar de bijzondere wetten (cf. artikel 2114 *Codice civile*).

(58) O. VON GIERKE, *l.c.*, 43.

(59) *Ibidem*, 43.

(60) *Ibidem*.

(61) *Ibidem*, 44.

(62) *Ibidem*, 55.

(63) *Ibidem*, 57.

Gierke wijst op de bijzondere, nl. personenrechtelijke draagwijdte van de gemeenrechtelijke goede trouw in uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De verplichting tot wederzijds respect (*achtungsvolles Benehmen*) vormt z.i. een treffende illustratie(64). De zorg voor de bescherming van de persoon van de werknemer zou ook moeten blijken uit de terugdringing van de private wilsautonomie. Reeds in 1914 wees Gierke in dit verband op de impact van imperatieve rechtsregelen en van collectief arbeidsrechtelijke normen (c.a.o. en arbeidsreglement).

33. Gierkes bijdrage betreft geenszins een ontkenning van de *contractuele* vormgeving van de arbeidsovereenkomst. Naar de overtuiging van de auteur kon de arbeidsovereenkomst niet restloos tot een obligatoire of vermogensrechtelijke ruilverhouding worden gereduceerd. Het exclusief obligatoire of vermogensrechtelijke contract betreft een *species* van het contractuele *genus*. De structuur van het Duitse BGB leent zich i.t.t. de Franse *Code civil* of het Nederlandse Burgerlijk Wetboek tot een benadering van het contract als een rechtsfiguur die de dichotomie tussen personenrecht én vermogensrecht overstijgt(65). In het BGB wordt de categorie ‘*Vertrag*’ immers ontwikkeld in het Eerste Boek. De *Allgemeiner Teil* gaat aan de uiteenzetting van het vermogensrecht en het personen- en familierecht vooraf.

34. Het is de verdienste van Gierke dat hij op het louter individuele vlak recht heeft gedaan aan de persoonlijke dimensie van de arbeidsverhouding zonder zijn toevlucht te moeten nemen tot het postulaat van een gemeenschap op *ondernemingsniveau*(66). De auteur brengt

(64) *Ibidem*, 61. Ter vergelijking: artikel 16 Arbeidsovereenkomstenwet.

(65) De definitie van het ‘*Vertrag*’ maakt deel uit van het ‘*erstes Buch*’. Het wordt niet behandeld in het boek over het verbintenissenrecht. In Deel II van de *Algemene leer der overeenkomstenrecht* van de *Asser-reeks* (Deventer, W.E.J. TJEENK WILLINK, 2001, nrs. 15-31) wordt een indeling voorgestaan van de overeenkomst ‘naar gelang de aard van haar rechtsgevolg overeenstemt met een van de onderdelen waarin men het recht pleegt te verdelen’. HARTKAMP onderscheidt er familierechtelijke overeenkomsten, zakelijke overeenkomsten, obligatoire overeenkomsten en procesrechtelijke overeenkomsten. Het niet evidente probleem van de catalogering van de arbeidsovereenkomst in deze kwalificatie werd niet aangeroerd.

(66) De aandacht voor de onderneming is in de *Wurzeln* uiterst marginaal en nog erg abstract verwoord.

In een voetnoot merkt Gierke wel op dat de ‘organisatie van de arbeid’ de functie uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. Door de arbeidsovereenkomst wordt de werknemer in een ‘*herrschaftlich geleitetes Ganze*’ betrokken (O. VON GIERKE, *l.c.*, 49, noot 4.) Op pagina 57 luidt het ‘*die rechtlichen Organisation eines lebensfähigen Ganzen ist undenkbar ohne die Unterwerfung der Glieder unter eine sie zum einheitliche Ziele leitende Gewalt*’).

enkel de *Hausgemeinschaft* ter sprake waarvan de dienstboden deel uitmaken. Dergelijk voorbeeld is te a-typisch en specifiek om extrapolatie op ondernemingsniveau toe te laten.

35. Sinzheimer heeft deze analyse van de arbeidsverhouding in grote lijnen onderschreven(67). In navolging van Gierke onderscheidt hij een *gewaltrechtliche* en een *schuldrechtliche* inhoud. Hij heeft de *gewaltrechtliche* verhouding geenszins in de wilsautonomie begrond. Hij verankert de patronale *Herrschaft* in de eigendomsverhouding van de werkgever over de productiemiddelen. Deze benadering laat de auteur toe de toepasselijkheid van het arbeidsrecht op arbeidsverhoudingen te vrijwaren die gespeend zijn van een geldige wilsovereensteming.

Sinzheimers analyse van de arbeidsverhouding wordt i.t.t. de Franse institutionele denkers evenmin bemiddeld door het postulaat van een *Arbeitsgemeinschaft* op ondernemingsniveau.

De behandeling die hij aan deze categorie in zijn *Grundzüge* wijdt is van een geheel andere orde(68). De *Arbeitsverfassung* vertoont een gelaagde structuur. Hij onderscheidt in zijn *Arbeitsverfassung* de sfeer van de onderneming (*der Betrieb*) en van het bedrijf (*der Beruf*). De *Betrieb* wordt door Sinzheimer omschreven als het object of het vermogen van de werkgever (*Betriebsinhaber*). Het gebruik van de term '*Gemeinschaft*' is voor Sinzheimer slechts legitiem voor zover de factor arbeid enige inspraak heeft. In het andersliggende geval is de werkgever *Herr im Hause*(69). Het gebruik van de term '*Arbeitsgemeinschaft*' onderstelt een uitbouw en erkenning van de collectieve wilsautonomie. Sinzheimer reserveert deze term voor de organisatie van de arbeidsverhoudingen op het niveau van het bedrijf. Deze gemeenschap berust op de wet. De betreffende onverdeeldheid (*zur gesamten Hand*) is wezenlijk beperkt tot het beheer van de eigendom (*Verwaltungsgemeinschaft*). De auteur beklemtoont dat de *Arbeitsgemeinschaft* de uitdrukking is van een gemeenschappelijke wil. Ze geldt niet als de uitdrukking van een gemene wil (*Gemeinwillen*). De gemeenschap betreft geen organische eenheid waarin de samenstellende geledingen opgaan. Aangenomen mag worden dat Sinzheimer het bestaan van een *bonum commune* of een *res publica* die

(67) H. SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, Verlag Von Gustaf Fischer, 1927, 109-198.

(68) *Ibidem*, 278-282.

(69) *Ibidem*, 208.

gemeen zijn aan de factoren arbeid en kapitaal ontkent(70). Zo wijst hij uitdrukkelijk op het onderscheid met de Staat als gemeenschap. De stellingname van Sinzheimer is des te opmerkelijker in het licht van de *anno* 1927 reeds wettelijke geregelde inrichting van *Betriebsräte*.

36. Levenbach(71) heeft het dilemma van de aard van de arbeidsverhouding op erg ingenieuze wijze ontzenuwd. Hij ontkent dat de arbeidsverhouding restloos kan herleid worden tot een vermogensverhouding. De arbeidskracht zou géén deel uitmaken van het vermogen van de werknemer. ‘De arbeidskracht is van de persoon onafscheidelijk’. ‘Zij is de persoon in werkzaamheid’. Hij verwerpt evenwel de these dat de arbeidsverhouding als een *personenrechtelijke verhouding* kan worden gekwalificeerd. De persoonlijke betrokkenheid of de inbedding van de werknemer (de ‘onderschikking’) heeft een te instrumenteel of functioneel karakter. Wezenlijk voor de personenrechtelijke relaties is dat zij de menselijke persoon ‘als zodanig, in en door de persoon’ betreffen.

Veeleer dan de arbeidsverhouding als een gemengde(72) relatie te beschrijven met vermogensrechtelijke en personenrechtelijke componenten, introduceert de auteur een nieuwe categorie. De arbeidsverhouding wordt als een *organisatieverhouding* gekwalificeerd.

Koopmans heeft in zijn dissertatie in die lijn de arbeidsverhouding rond het ‘dubbele scharnier’ van de ‘organisatorische betrekking’ en de contractuele betrekking opgebouwd(73).

b. Het institutionele ondernemingsdenken, een betwistbare recuperatie van Gierkes *Wurzeln*?

37. Durand, Brèthe de la Gressaye en De Gaay Fortman *postuleren* dat de onderneming zich leent tot een institutionele lectuur in de door Hauriou ontwikkelde betekenis. Klassiek is Durands vergelijking van

(70) *Ibidem*, 208.

(71) M.G. LEVENBACH, „De aard der arbeidsverhouding”, in X., *Arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn, Samson, 1951, 115-120 (dit artikel verscheen eerder in *Rechterlijke beslissingen inzake de arbeidsovereenkomst* 1 april 1933). Voor een boeiende duiding van deze analyse: C.J.H. JANSEN en C.J. LOONSTRA, *Kopstukken arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 121-122.

(72) Zie in deze zin: W.F. DE GAAY FORTMAN, *o.c.*, 128 en T. VAN PEIJPE, „Contractvrijheid en de werknemer” in T. HARTLIEF en C.J.M. STOLKER, *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, 365-367 (deze auteur onderscheidt een „persoonlijk”, niet vermogensrechtelijk aspect en een vermogensrechtelijk aspect). Zie ook Y. KONIJN, *Cumulatie of exclusiviteit*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 1999, 18-24.

(73) T. KOOPMANS, *De begrippen werkman, arbeider en werknemer*, Alphen aan den Rijn, Samson, 1962, 360-361.

de onderneming met de organisatie van de *polis*. Hij onderkent ook in de onderneming de *klassieke trias politica*. De wetgevende macht manifesteert zich door de uitvaardiging van het arbeidsreglement. De uitvoerende macht betreft het bevelsrecht van de werkgever. De disciplinaire macht vormt het equivalent van de rechterlijke macht(74).

De idee van het burgerschap van de werknemers wordt uitgedrukt: „*les salariés ont cessé d'être les sujets de l'entreprise pour en devenir des citoyens*”(75).

Deze institutionele lectuur van de onderneming kleurt hun gemeenschapsvisie op de arbeidsverhouding. Tussen de werknemers en het ondernemingshoofd zou een ‘persoonlijk samenwerkingsband’ bestaan. In dergelijke context wordt een beroep gedaan op Gierkes *Wurzeln*. In dit geschrift komt een personenrechtelijke dimensie van de arbeidsverhouding aan bod.

38. Deze recuperatie van Gierke en Hauriou in het kader van een institutioneel en persoonlijk geladen ondernemingsdenken lijkt ons hoogst betwistbaar. Institutionele ondernemingsdenkers gaan uit van een *petitio principii*. Het bestaan van een belangengemeenschap wordt voorondersteld. Het impliciete of expliciete beroep op de institutionele leer van Hauriou onderstelt dat een *idée d'œuvre* wordt aangewezen. Durand, Brèthe de la Gressaye en De Gaay Fortman hebben nooit verduidelijkt wat de idee in vredesnaam mag zijn.

39. In de geschriften van Hauriou's epigonen doet zich een functieverschuiving voor. De institutionele leer vervult geen extern of kritisch *meta-juridisch* conceptueel kader waaraan de contemporaine rechtstechniek van een aantal arbeidsrechtelijke fenomenen wordt getoetst.

40. Durand en Brèthe de la Gressaye schuiven de ‘*institution*’ naar voren als een rechtsfiguur *van* het statelijke Franse recht. Vaak wordt deze institutionele rechtstechniek afgezet tegenover een contractuele lectuur van deze maatschappelijke fenomenen. De auteurs zien in de evolutie van de positiefrechtelijke techniek sporen van een ‘erkenning’ door de Franse rechters van de institutionele leer.

(74) P. DURAND, „La notion juridique de l'entreprise”, *l.c.*, 56.

(75) *Ibidem*, 58.

41. Hauriou lijkt de institutionele leer te hebben ontwikkeld vanuit een poging de wordingsgeschiedenis van de democratische Franse rechtsstaat te denken. Wie dit gedachtengoed consequent doordenkt en de institutionele leer tot in zijn consequenties aanvaardt, dient een pleitbezorger te zijn van een radicale industriële democratie. In de ultieme fase van het institutionaliseringsproces dient de *idée d'œuvre* immers volledig eigen te zijn aan de bestuurders en het ledensubstraat van de *institution*. In Hauriou's optiek onderstelt deze fase een daadwerkelijke democratisering en een participatie aan de beleidsstructuren van de *institution*. Durand noch Brèthe de la Gressaye hebben ooit op dergelijke consequenties gewezen of aangedrongen. Hun denken is sterk autoritaristisch. In *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées* werd dit euvel structureel geremedieerd door een mutatie van Hauriou's classificatie van de *institutions*(76). Legal en Brèthe de la Gressaye maken een onderscheid tussen 'institutions à forme patronale' en 'institutions à forme corporative'. Het eerste type 'institutions' staat in het teken van een oorspronkelijke ongelijkheid. Het tweede type staat in het teken van een oorspronkelijke gelijkheid tussen de leden. In de schoot van dergelijk instituut uitgeoefende bevoegdheden hebben geen persoonlijk, doch een functioneel karakter. Durands bijdrage vangt aan met een opvallende waarschuwing voor de lezer om de naar Duits recht ontwikkelde leer van de arbeidsverhouding niet restloos te herleiden tot een technisch juridische constructie van de nationaal-socialistische corporatieve doctrine(77). Deze waarschuwing kan evenwel geen afbreuk doen aan het feit dat zijn doctrinale verwijzingen dateren van na het *Gesetz zur Ordnung der Nationalen Arbeit* (20 januari 1934).

42. Het beroep op Gierke lijkt ons eveneens problematisch. Institutioneel ondernemingsdenken stuwt tot het beklemtonen van het persoonsgebonden karakter van de arbeidsovereenkomst.

De gemeenschap staat in het teken van een verbondenheid tussen personen. Het tegendeel lijkt ons evenwel niet *per se* op te gaan. Men dient geen adept te zijn van het institutionele gemeenschapsdenken om een personenrechtelijk gekleurde visie op de arbeidsverhouding te huldigen. De analyse van de arbeidsverhouding door Gierke noch deze van Sinzheimer impliceert noodzakelijk een functionele juxtapositie van een significant aantal arbeidsovereenkomsten in de schoot

(76) A. LEGAL en J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938, 61.

(77) P. DURAND., *l.c.*, 1, nr. 387.

van de onderneming(78). Gierkes beklemtoning van het persoonlijke karakter van de arbeidsverhouding is geenszins schatplichtig aan het nochtans door hem beleden(79) gemeenschapsdenken.

43. De rechtshistorische thesis van Gierke dat het *Dienstverdrag* terug te voeren is op het *Treudienstverdrag* wordt heden ten dage verlaten(80). Deze vaststelling doet evenwel geen afbreuk aan de relevantie van Gierke's geschrift voor de *Ideeëngeschiede*. Van blijvende waarde blijft o.i. het inzicht dat de menselijke persoon onafscheidbaar is van de arbeidskracht die hij ter beschikking stelt van de werkgever. Niets minder dan de menselijke persoon en zijn lichaam is in de arbeidsverhouding in het geding. Sterker, vaak staan persoon en lichaam op het spel(81). Deze vaststelling noopt onvermijdelijk tot een bescherming van de werknemer. Wie ingaat op de kracht van dit geschrift, beseft dat de beschermingsgedachte finaal op een ontologisch, *in casu* antropologisch argument berust. Dergelijk argument transcendeert de tijdruimtelijke context van het arbeidsovereenkomstenrecht. De idee dat de beschermingsgedachte(82) 'uit de tijd' zou zijn of heden ten dage 'paternalistisch' zou zijn, staat haaks op de natuur van haar fundering. Evenmin valt in te zien hoe de hoogte van de salariëring van de betrokken werknemer aan dit ontologisch argument afbreuk zou kunnen doen. Indien Gierkes beschermingsgedachte heden ten dage 'paternalistisch' overkomt, houdt dit verband met de omstandigheid dat de *Treudiener* voor zijn *Recht auf Schutz* finaal afhankelijk is van zijn *Herr*. Deze voorstelling is evenwel bedrieglijk.

(78) H. SINZHEIMER, *o.c.*, 223.

(79) Zie in dit verband A. SUPLOT, *o.c.*, 17.

(80) C.J.H. JANSEN, *Rechtshistorische beschouwingen omtrent het moderne arbeidsovereenkomstenrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, 12. De auteur stelt dat deze theorie in de huidige stand van het onderzoek naar „het rijk der fabelen werd verwezen”. Zie ook G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer, Kluwer, 1992, 25 en F.J.H.M. VAN DER VEN, *Geschiedenis van de arbeid, deel 2, Hoge Middeleeuwen en nieuwe tijd*, Utrecht, Antwerpen, 1967, Aula nr. 340, 50-70.

(81) Zie in dit verband SUPLOT's gevleugelde woorden „*Dans la relation de travail, le travailleur, à la différence de l'employeur, ne risque pas son patrimoine, il risque sa peau*” (A. SUPLOT, *o.c.*, 68).

(82) Over de actualiteit en de relevantie van de beschermingsgedachte werd vooral in Nederland een boeiende polemiek gevoerd, na een knuppel die Jacobs in het polderkippenhok gooide. A.T.J.M. JACOBS, „De arbeidsovereenkomst in het NBW”, *N.J.B* 1994, 1035-1044; A.T.J.M. JACOBS, „Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie” in L. BETTEN (ed.), *Ongelijkheidscompensatie als rode draad in het recht*, Deventer, 1997, 67-80; R.A.A. DUK, „Uniform arbeidsovereenkomstenrecht?” in C.J. LOONSTRA, H.W.M.A. STAAL en W. ZEIJLSTRA (ed.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld*, Deventer, Kluwer, 1996, 25-34; Y. KONIN, *Cumulatie of exclusiviteit*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 1999, 29-33, 304-305; P.F. VAN DER HEIDEN, „De gemiste kansen bij de invoering van titel 10 boek 7 BW” in *Herziening Wet op de Arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn, 1995, 13-15; T. VAN PELPE, *l.c.*, 372-377.

Gierke heeft immers aangedrongen op een wettelijke verankering van deze plicht in het BGB. Hij besefte eveneens dat deze bescherming van de persoon van de werknemer het voorwerp zou worden van publiekrechtelijke en collectief arbeidsrechtelijke normering.

44. Noch Durand noch De Gaay Fortman zijn er o.i. in geslaagd de vermeende *affiniteiten* tussen de in Duitsland ontwikkelde visie op de arbeidsverhouding en de leer van de *Institution* op bevredigende wijze te verhelderen. In De Gaay Fortmans proefschrift is van een eigenlijke *nexus* tussen Gierkes analyse en de institutionele leer van Maurice Hauriou nauwelijks sprake. De analyse van Gierke wordt door de auteur terecht gekaderd binnen de ‘arbeidsovereenkomst’(83). Hauriou’s institutionele leer komt aan bod in het kader van een als sociologisch aangemerkte analyse van de arbeidsverhoudingen (Hoofdstuk III). Niet-tegenstaande het vierde hoofdstuk (‘De verhoudingen in de onderneming’) zich inhoudelijk leende tot een brug tussen Gierkes en Hauriou’s geschriften, blijft de institutionele leer aldaar onbesproken.

c. De dialoog met de Franse institutionele denkers in de arbeidsrechtelijke doctrine (Frankrijk, België en Nederland): receptie en kritiek

i. De dialoog met de institutionele leer, een kwestie van cultuur, *casu quo* geografie?

45. Franse, Nederlandse en Belgische arbeidsjuristen zijn met de hierboven aangehaalde literatuur in dialoog getreden. Het tijdsscharnier, de aard en de teneur van deze dialoog verschilt van land tot land én van auteur tot auteur. In wat volgt wordt gepoogd de kritiek die op deze geschriften werd geuit primair volgens een logische lijn in kaart te brengen. Deze benadering heeft als nadeel dat een geografische én chronologische lijn onderbelicht blijft.

Ter compensatie kan volstaan worden met volgende algemene beschouwingen.

Arbeidsjuristen hebben zich in hun analyse van de institutionele leer niet steeds de moeite getroost om zich de geschriften van Maurice Hauriou of Georges Renard eigen te maken. Het debat met ‘de institutionele leer’ in Frankrijk en België dient zich vaak primair aan als een debat met de door Durand ontwikkelde stellingen. Een analyse van Durands geschriften levert evenmin een indirecte kennis op van

(83) Zie het Tweede Hoofdstuk van het proefschrift van DE GAAY FORTMAN.

Hauriou's institutionele leer. Hij heeft deze leer vooral toegepast. De auteur getroost zich zelden de moeite om deze leer uiteen te zetten, noch om er systematisch naar terug te koppelen. Op dit punt vertonen de geschriften van Brèthe de la Gressaye een meerwaarde.

46. In Nederland konden Hauriou's geschriften in de jaren '40 op een opvallende rechtstheoretische belangstelling rekenen. Deze belangstelling ging zowel uit van uitgesproken katholieke als anti-revolutionaire gereformeerde rechtstheoretici(84). Dit verklaart allicht waarom een deel van de Nederlandse arbeidsjuristen rechtstreeks met Hauriou in discussie is getreden(85).

De geschriften van Durand worden daarbij in de regel onvermeld gelaten. De onvermijdelijke dialoog met het conceptueel sterk verwante proefschrift van De Gaay Fortman remedieert deze lacune. Sedert het *Taxi Hofman*-arrest wordt de institutionele analyse steeds in één adem genoemd met een contractuele analyse van de arbeidsverhouding. De draagwijdte van wat een institutionele analyse heet te zijn wordt vanuit die confrontatie verduidelijkt.

Auteurs kunnen wel van mening verschillen over de vraag of beide benaderingen complementair dan wel contradictoir zijn. Naar de geschriften van Hauriou wordt nog zelden verwezen. De betreffende analyses zijn veelal gespeend van rechtstheoretische of ideologiserende beschouwingen. Ze worden rechtstreeks betrokken op het vige-

(84) Zie in dit verband de omstandige analyse van Hauriou's institutionele leer door H. DOOYEWEERD, „De ‘Théorie de l’Institution’ en de Staatsleer van Maurice Hauriou”, *Antirevolutionaire Staatskunde* 1940, 301-347 en *Anti-revolutionaire Staatskunde* 1941, 42-70 (De auteur kondigt aan het einde van zijn bijdrage een vervolg aan. Door de wederwaardigheden van de oorlogsjaren werd de publicatie van het tijdschrift opgeschort tot na de Tweede Wereldoorlog. Dooyeweerd heeft dit project nadien klaarblijkelijk opgegeven.)

De dominicaan J.A. Schellekens verdedigde in 1945 te Nijmegen een proefschrift getiteld *De leer over de ‘Institution’ bij M. Hauriou* (Nijmegen, Centrale Drukkerij, 1945, 286 p). Aan dit proefschrift wijdde H. Dooyeweerd een kritische bespreking (H. DOOYEWEERD, „Een nieuw geschrift over Hauriou's Leer der ‘Institution’”, *Bestuurswetenschappen* 1948, 1-13). In 1954 werd aan de Universiteit te Leiden door T.U. Sixma Van Heemstra een proefschrift verdedigd over *De Staatsopvatting van Hauriou*, Den Haag, A. Sijthoff, 1954, 110 p.

(85) Dergelijke dialoog duikt op bij J.A.M. CORNELISSENS, *Van individualistische naar institutionele vorming van arbeidsvoorwaarden*, Deventer, Kluwer, 1959, 20-24, 26-32, 106-130 (Prof dr. F.J.H.M. VAN DER VEN was promotor van deze dissertatie); W.F. DE GAAY FORTMAN, o.c., 60-68; W.J.P.M. FASE, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland*, Alphen aan den Rijn, 1980, 135-140 en J.J.M. VAN DER VEN, „Sociologische opmerkingen over de onderneming” in J.J.M. VAN DER VEN, *De mens in zijn rechtsorde*, Deventer, Kluwer, 1981, 328-333. F.J.H.M. Van Der Ven heeft in enkele opstellen de institutionele leer toegepast op de onderneming via de geschriften van Renard en Delos („De arbeidsverhouding in de onderneming”, en „Het Gemeenschapskarakter der onderneming” in F.J.H.M. VAN DER VEN, „Arbeidsrechtelijke en sociaalpolitieke opstellen”, Bussum, Uitgeverij Paul Brand, 1945, 126-155 en 156-169).

Recent wijdde ook Wijnand Zondag aan deze Franse affilatie van de institutionele leer ruime aandacht: W. ZONDAG, l.c., 2002, 6-7.

rende positief recht. Een institutionele analyse wordt daarbij opgevat als een analyse die toelaat de vermeende rigiditeit van de contractuele verankerde arbeidsvoorwaarden te overstijgen. Een beschouwing van de inbedding van de werknemer in de organisatorische ondernemingscontext staat daarbij voorop(86).

De ideologische premisses van het institutionele ondernemingsdenken kwamen in het polderland zelden onder vuur te liggen(87). Centraal staat steeds de vraag of de institutionele leer een relevant hermeneutisch denkkader vormt voor concrete arbeidsrechtelijke leerstukken. Voorstanders van een gemeenschapsvisie hebben *de iure constituendo* concrete voorstellen geformuleerd voor een meer adequate technische juridische constructie van hun visie.

47. De Franse arbeidsrechtelijke doctrine laat een geheel ander beeld zien. De kritiek die in de jaren '70 op de institutionele denkers werd geformuleerd is wezenlijk gericht op de betwistbare ideologische premisses van Durands institutionele leer. Het vraagstuk van haar juridisch-technische constructie werd naar het tweede plan geschoven.

48. In België vond het institutionele ondernemingsdiscours wel enige ideologische bijval in katholieke en patronale kringen(88). Een diep-

(86) Zie in dit verband de wijze waarop de institutionele analyse wordt voorgesteld in de volgende geschriften: M.F. BALTUSSEN, „De arbeidsovereenkomst: institutie of contract”, *Arbeidsrecht* 2000/4, 24; J.J.M. DE LAAT, „Goed werknemerschap en revolutie”, *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2003, 85-94; S.F.H. JELLINGHAUS, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Deventer, Kluwer, 2003, 145-146; G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, 107-108; G.J.J.H. HEERMA VAN VOSS, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 120-121; C.J.H. JANSEN en C.J. LOONSTRA, noot onder Hoge Raad 28 april 2000, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2001/1, 30-44; P.F. VAN DER HEIJDEN, „Revolutie in het arbeidsrecht”, *Arbeidsrecht* 1999, 8/9, 2-4; P.F. VAN DER HEIJDEN en F.M. NOORDAM, *De waarden van het sociaal recht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2001, 101-102; P.F. VAN DER HEIJDEN, „De wederkerige arbeidsbetrekking” in P.F. VAN DER HEIJDEN, R.H. VAN HET KAAR, A.C.J.M. WILTHAGEN, *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag, SdU, 1999, 53-54; J.M. VAN SLOTEN, *Arbeid en loon*, Deventer, Kluwer, 1999, 62-67 en W. ZONDAG, *l.c.*, 5 (in het vervolg van de bijdrage wordt deze o.i. ietwat smalle benadering van de institutionele leer wel opengetrokken).

(87) Een eenzame dissonant in deze harmonische samenhang betreft W.J.P.M. FASE, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland. Terugblik en perspectief*, Alphen aan den Rijn, Samson Uitgeverij, 1980, 138.

(88) Zie in dit verband de bijdrage van M. LALOIRE „Du contrat de Travail au Statut de l'entreprise”, *Revue du Travail* 1940, 121-134. In deze bijdrage komen alle categorieën van het institutionele vocabulaire aan bod (de 'communauté de travail', de 'collaboration', de idee van de maatschapsverhouding als substituuut voor de contractuele verhouding in navolging van *Quadragesimo anno*) en W. LEËN, „L'idée de communauté d'entreprise et de communauté professionnelle dans l'organisation des relations du travail”, *Revue du Travail* 1942, 569-84 (in deze bijdrage houdt de auteur een pleidooi *de iure constituendo* voor een op een organische leest geschoeid arbeidsrecht. Hij zet zich evenwel met verve af tegen een fascistische variant).

gaande dialoog met Hauriou's denken en een juridisch-technische kritiek van de analyses van Durand en Brèthe de la Gressaye bleven lange tijd uit(89). Enkele kritische geschriften van Paul Horion vormen hierop een gelukkige uitzondering(90). Horion merkt in 1964 op dat de (institutionele) theorie van de arbeidsverhouding in België nauwelijks werd ontwikkeld(91). In de jaren '70 werd de institutionele leer het voorwerp van diepgravende *rechtstheoretische* analyses(92). Vooral de confrontatie van Romano's institutionele leer met de Franse institutionele leer lijkt nieuwe inzichten te hebben opgeleverd. Deze betreffen vooral een onderzoek naar de aard van de institutionele leer. De eerder geroemde vertaling van Romano's *Ordinamento Giuridico* is hieraan niet vreemd geweest. De geschriften van Jamoulle bouwen voort op beide tradities die in de Luikse school werden gecultiveerd(93).

In 1993 verdedigde P. Humblet een proefschrift over *De gezagsuitoefening door de werkgever*. De auteur zet zich in dit proefschrift met verve af tegen de ideologische vooronderstellingen van de institutionele lectuur van de onderneming(94). Het is tekenend voor de spitsvondigheid van de auteur dat hij dergelijke lectuur bekritiseert door de onderneming aan de toepasselijkheidsvoorwaarden van de institutionele theorie zelf te toetsen. Hij merkt ons inziens terecht op dat een grondige doorlichting van de kapitalistische onderneming geenszins toelaat een '*communauté de travail*' te ontwaren, bij gebreke aan een algemeen belang. De auteur merkt op dat de kapitalistische onderne-

(89) In 1930 wijdde Paul Maurice Orban hieraan een rede uitgesproken op de Algemene Vergadering van de Balie van Dendermonde bij de opening van het Rechterlijk Jaar 1930-31 (P.M. ORBAN, *De strijd tusschen Individualisme en Socialisme in het Recht. Enkele beschouwingen omtrent de leer van Léon Duguit en Maurice Hauriou*, Antwerpen, Standaard, 1931, 40 p.).

(90) P. HORION, „L'évolution de la nature des relations juridiques dans l'entreprise”, *Revue du Travail* 1959, 1467-1482; P. HORION, „Le contrat de travail en droit belge” in COMMUNAUTE EUROPEENE DU CHARBON ET DE L'ACIER, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Paris, Dalloz, 1964, 158-224 (verder aangehaald als *Rapport belge*).

(91) P. HORION, *Rapport belge*, *l.c.*, 218.

(92) Zie inzonderheid: A.-F. DAVID, „A propos d'un critère de la nature juridique, contractuelle ou non, de la relation de travail subordonné: le champ d'application du droit du travail”, *l.c.*, 109-186; — „Remarques sur la conception institutionnelle de la relation de travail subordonné”, *l.c.*, 305-313.

(93) Zie M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Liège, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1982, 7-35 en *Le contrat de travail*, II, Liège, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1982, 314-317; —, *Seize leçons sur le droit du travail*, Luik, Editions Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1994, 59-91.

(94) P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, *o.c.*, 213-219, nrs. 159. Zie ook P. HUMBLET, „Gezag en ondergeschiktheid in de 21e eeuw. Van werknemer naar medewerker?” in M. STROOBANT en O. VANACHTER, *Honderd jaar Arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 85-96.

ming in het teken staat van een onophefbare belangentegenstelling tussen de factor arbeid én de factor kapitaal.

Niettegenstaande Humblet de idealistische component van de institutionele analyse niet onderschrijft, lijkt ons zijn analyse van het werkgeversgezag als de uitoefening van een *trias politica* in een als een substatelijke rechtsorde beschreven organisatie uitermate schatplichtig aan het institutionele denken.

ii. Kritiek van de institutionele leer

49. De doorwerking van institutionele denkkaders in de arbeidsrechtelijke doctrine is niet geheel onomstreden. Fundamenteel lijkt ons een onbehagen over de *aard* van de institutionele leer.

De leer werd historisch gerecupereerd door zeer onderscheiden ideologieën. De institutionele leer werd vaak in een ideologisch verdomhoekje geplaatst. Een situering van dit gedachtengoed t.o.v. deze ideologieën is aangewezen.

1) De aard van het institutionele denken

50. In twee zeer erudiete opstellen plaatst David⁽⁹⁵⁾ grote vraagtekens bij de relevantie van de institutionele leer voor de statelijke rechtsorde. De auteur hekelt o.i. terecht het onvermogen van een aantal institutionele denkers om de gebondenheid van de statelijke rechtsorde door een lagere rechtsorde te begronden. Zij hekelt de wijze waarop institutionele auteurs als Brèthe de la Gressaye en Durand uit een analyse van de aard van bepaalde institutionele maatschappelijke fenomenen rechtsgevolgen afleiden die voor de rechterlijke macht van de statelijke rechtsorde bindend zouden zijn. De auteur maakt gewag van een verwarring tussen 'juridiciteit' én relevantie voor het statelijke recht. Vanuit een juridisch pluralistisch perspectief kan een analyse van het instituut als juridisch worden beschouwd. Dit betekent evenwel geenszins dat dergelijke analyse relevant is voor de rechtstechniek van het statelijk recht⁽⁹⁶⁾. De vraag of een Staat een bepaald maatschappelijk fenomeen technisch juridisch construeert op een wijze die adequaat is aan de 'institutionele'

(95) A. DAVID, „A propos d'un critère de la nature juridique, contractuelle ou non, de la relation de travail subordonné: le champ d'application du droit du travail”, *l.c.*, 141-148; A. DAVID, „Remarques sur la conception institutionnelle”, *l.c.*, 310-311. Typerend is de uitspraak van David dat de door Hauriou beschreven bevoegdheden in de mate waarin zij niet het voorwerp uitmaken van een receptie in de statelijke rechtsorde van louter *sociologische aard* zijn. De auteur voegt eraan toe „ou juridique mais irrelevant, ce qui revient au même”.

(96) A. DAVID, „A propos”, *l.c.*, 142-143 en —, „Remarques”, *l.c.*, 309.

aard van dit fenomeen, moet beantwoord worden aan de hand van de *formele* rechtsbronnen van die Staat(97). Terecht wordt ‘*étanchéité*’ beklemtoond van de diverse rechtsordes(98)(99).

Jeanmaud, Kirat en Villeval hebben in een zelfde lijn betoogd dat institutionele denkers zich al te vaak schuldig maken aan een natuurrechtelijke sprong van feit naar recht(100).

Dit soms geforceerde jusnaturalisme houdt in een aantal hypothesen verband met de structureel inadequate juridisch-technische constructie van in de spontane orde ontstane fenomenen. De klassieke gemeenrechtelijke contractuele analyses van het arbeidsreglement en de collectieve arbeidsovereenkomst waren niet van aard recht te doen aan hun normatieve of reglementaire functie *erga omnes* in de onderneming en/of de bedrijfstak. Latere wetgeving heeft dit euvel geremedieerd. Het debat over het contractueel *versus* institutioneel karakter heeft aan praktische relevantie ingeboet(101).

51. Na een zeer omstandige analyse van de doorwerking van de institutionele leer in de Nederlandse literatuur komt Zondag tot een nuchtere én ontzuisterende conclusie.

Hij stelt onomwonden dat de institutionele leer niet van grote betekenis is geweest voor het (Nederlandse) positieve arbeidsrecht(102). Hij wijst op de dubbele functie die de institutionele leer in de literatuur vervult. Zij werd gehanteerd „om bepaalde regels van het arbeidsrecht te verklaren en/of een pleidooi te voeren tot wijziging ervan”(103).

(97) A. DAVID, „A propos”, *l.c.*, 141-145.

(98) *Ibidem*.

(99) Gino Giugni formuleerde reeds in 1960 een gelijkaardige kritiek op de Franse institutionele denkers: G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, 53-54: „Dire, infatti, che accanto allo Stato, possono esistere altri centri di potere organizzati, o, come preferiamo, altri centri di organizzazione della produzione normativa, ed aggiungere che a queste istituzioni non possa riconoscersi la qualifica di giuridicità, è conclusione ben diversa dall’attribuire ad esse un titolo di validità da far valere contro la volontà dello Stato. A tale conclusione, quasi di prammatica presso molto tra i pluralisti francesi, il Romano, fortunatamente, non è giunto”.

(100) A. JEAMMAUD, T. KIRAT en M.-C. VILLEVAL, „Les règles juridiques, l’entreprise et son institutionnalisation: au croisement de l’économie et du droit”, *Revue internationale de droit économique* 1996, 127-128.

(101) Zie bv. i.v.m. de aard van de disciplinaire macht in België: C. ENGELS, „De toepassing van disciplinaire sancties in de onderneming”, *Or.* 1992, 25-26; P. HUMBLET, *o.c.*, 284-310; J. PETIT, „Tuchtrecht in de onderneming”, *Or.* 1985, 210-211; J. STEYAERT, „Tuchtrecht en gezagsuitoefening in de onderneming”, *T.P.R.* 1987, 477-501; Frankrijk: J. SAVATIER, *v^o Droit disciplinaire in Répertoire de Droit du Travail*, Paris, Dalloz, losbl., nrs. 5-11.

(102) W.A. ZONDAG, *l.c.*, 8.

(103) *Ibidem*.

Deze erg belangwekkende conclusie lijkt erop te wijzen dat de institutionele leer in de Nederlandse doctrine een functie heeft vervuld die *wezenlijk* verschilt van het gebruik dat van deze theorie in de Franse doctrine werd gemaakt. Beide door Zondag geschetste functies lijken legitieme functies. Het behoort tot de opdracht van de doctrine om via theorievorming bij te dragen tot een beter begrip van de actuele evolutie van rechtspraak en wetgeving. De institutionele leer kan ter zake uitstekende pedagogische diensten bewijzen.

Even legitiem lijkt ons het gebruik van dergelijke theorie als een *meta*-juridisch conceptueel kader om de actuele rechtstechniek kritisch te analyseren. De institutionele leer kan een vruchtbare voedingsbodem vormen voor pleidooien *de lege ferenda*. In beide hypothesen moet o.i. worden vermeden het 'instituut' voor te stellen als een figuur die van de *actuele* rechtstechniek deel uitmaakt.

2) De institutionele leer, een vorm van idealistisch gemeenschapsdenken?

52. Hauriou's institutionele leer is schatplichtig aan een gemeenschapsvisie op menselijke samenwerkingsverbanden. Wezenlijk voor de institutionele visie is de gedachte dat bepaalde verbanden gebaseerd zijn op een *idée d'œuvre*. Deze idee beantwoordt aan een gemeenschapsstichtend, d.w.z. algemeen belang. Dit belang betreft geen louter contingent en efemeer samenvallen van onderscheiden particuliere belangen.

Bepaalde door institutionele denkers geanalyseerde verbanden beantwoorden ongetwijfeld aan een dergelijk *idée d'œuvre*. Het lijkt een moeilijke zaak om aan verenigingen gespeend van winstoogmerk met caritatieve, filantropische, of culturele doelstellingen dergelijk institutioneel karakter te ontzeggen. Homogene collectieve belangengroeperingen lijken eveneens aanspraak te maken op een institutionele kwalificatie(104).

De onderneming lijkt evenwel niet de meest evidente kandidaat voor dergelijke kwalificatie.

De gedachte dat werknemers en werkgever een 'natuurlijke gemeenschap' zouden vormen, geschraagd door een gemeen 'ondernemingsbelang' werd in de doctrine sterk betwist. Institutionele denkers hebben het bestaan van een 'gemeenschap' tussen arbeid en kapitaal gepostuleerd. Een ernstige adstructie ontbreekt.

(104) Zie in dit verband de toepassing van de institutionele theorie in het door ondergetekende verdedigde proefschrift: F. DORSSEMONT, *Rechtspositie en Syndicale actievrijheid van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge, Die Keure, 2002, nrs. 410-422.

De evidentie waarmee Durand het ‘natuurlijke leiderschap van het ondernemingshoofd’ vooropstelt, heeft vooral de verdienste de lachlust op te wekken. Zo voert Durand het volgende onvergetelijke pleonasme op: „*Le chef d’entreprise est le chef naturel de la société que constitue l’entreprise*”. Onmiddellijk daarop stelt Durand: „*Le chef d’entreprise ne doit pas satisfaire à des conditions particulières*”. De logica van deze redenering is ons allicht ontgaan(105).

53. Het bestaan van dergelijke gemeenschap onderstelt dat een *idée d’œuvre* aanwijsbaar is. In de regel wordt nagelaten dergelijke idee te benoemen(106). Enkele institutionele denkers hebben dit mutisme doorbroken. Een consensus over de aard van de *idée d’œuvre* lijkt geheel afwezig.

Renard kwalificeerde de ‘productie van goederen en diensten’ als de *idée d’œuvre*(107). Van Der Ven vermeldde het winststreven als de *idée d’œuvre*(108). Dergelijke duiding van de *idée* is opmerkelijk. Ze contrasteert met Hauriou’s opmerking dat de *idée d’œuvre* niet mag worden verward met het doel van het instituut(109).

Betoogd werd dat de aanvaarding van een institutionele lectuur van de onderneming een knieval impliceert voor een beaat harmoniemodel. De doctrine telde en telt auteurs die tot dergelijke capitulatie *niet* bereid blijken te zijn(110).

54. De institutionele leer dreigt dan ook een ideologisch strijdtoneel te worden van voorstanders en tegenstanders van een harmoniemodel. Hauriou heeft zijn institutionele leer structureel geïmmuniseerd tegen

(105) P. DURAND, „La notion juridique de l’entreprise”, *l.c.*, 49-50.

(106) Zie bijvoorbeeld de in deze bijdrage aangehaalde geschriften van Durand en De Gaay Fortman.

(107) G. RENARD e.a., *Anticipations corporatives, o.c.*, 46-47.

(108) J.J.M. VAN DER VEN, „Sociologische opmerkingen over de onderneming”, in J.J.M. VAN DER VEN, *De mens in zijn rechtsorde*, Deventer, Kluwer, 1981, 329. In dezelfde zin M. DESPAX, *L’entreprise et le droit*, Paris, LGDJ, 1956, 366 (Deze auteur duidt „*le but économique*” als de *idée d’œuvre*. Hij verduidelijkt niet wat deze economische doelstelling is.)

(109) M. HAURIOU, *l.c.*, 89.

(110) Zie in dit verband de kritiek van A. LYON-CAEN en G. LYON-CAEN, „La doctrine de l’entreprise” in J.M. MOUSSERON en B. TEYSSIE, *Dix ans de droit de l’entreprise*, Paris, Librairie Techniques, 1978, 619-621; G. LYON-CAEN, „Défense et illustration du contrat de travail”, *Archives de philosophie du droit* 1968, 66-67; G.H. CAMERLYNCK, *l.c.*, 146-147; —, „Le contrat de travail en droit français”, in COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L’ACIER, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Paris, Dalloz, 1964, 405; N. CATALA, *o.c.*, 158 („*Tout effort pour édifier une construction juridique unitaire de l’entreprise se heurte à cette hétérogénéité de droits et des intérêts en concours*”); W. FASE, *o.c.*, 138; P. HUMBLET, *o.c.*, 172-175; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail, o.c.*, II, 315-316.

dergelijke ideologische valkuil. Het proces van incorporatie en personificatie is niet gespeend van dialectiek. Zo erkent de auteur een *ius resistendi* van de leden van de *communauté*. Hij beschrijft het instituut als een dynamisch proces. De omstandigheid dat *manifestations de communion* tussen werkgever en werknemers onopgemerkt of zelfs onbestaande zijn vormt geen beletsel om een maatschappelijk verband aan een institutionele lectuur te onderwerpen. Hauriou waarschuwt dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de *idée* en de vaak onvolkomen voorstelling die ‘massa’ en ‘elite’ van haar hebben(111). De discussie tussen aanhangers van een beaat harmoniemodel en een conflictmodel is in een institutionele optiek ontwarbaar. Het zou volstaan een harmoniemodel aan te hangen dat door conflict wordt bemiddeld(112). De lakmoesproef van de institutionele lectuur kan tot in de eeuwigheid worden uitgesteld(113). Wetenschappelijk gezien rijst daardoor onvermijdelijk een probleem van falsificeerbaarheid.

55. De institutionele leer onderstelt logischerwijze dat het ondernemingsbelang functioneert als een algemeen belang dat de particuliere belangen van de diverse acteurs overstijgt.

Voor zover het statelijke recht dit ondernemingsbelang erkent, dient er een beperking van uit te gaan voor de uitoefening van het *managerial prerogative*. Een aantal auteurs heeft erop gewezen dat de rechterlijke macht het ondernemingsbelang definieert als het belang dat van werkgeverszijde als ondernemingsbelang wordt opgevoerd. Het ondernemingsbelang zou op volstrekt discretionaire wijze worden geapprecieerd. De rechterlijke macht aarzelt om haar oordeel in de plaats van de werkgever te stellen. Ze voelt zich ongemakkelijk op de werkgeversstoel. De grens met het individuele belang wordt dan erg smal(114).

56. De institutionele lectuur van de arbeidsverhouding kan nooit tot een algemene leer van de arbeidsverhouding worden verheven. Bepaalde arbeidsverhoudingen missen een organisatorische of institutionele

(111) M. HAURIOU, *l.c.*, 100-101.

(112) Zie in dit verband het betoog van J. LE GOFF, *Les relations individuelles du travail*, Presses Universitaires de Rennes, 2001, 286.

(113) Zie in deze zin het betoog van I.A.C. VAN HAREN, „De rechtsvorming in de onderneming” in *Recht als instrument van behoud en onderneming, Opstellen aangeboden aan prof/mr J.J.M. van der Ven*, Deventer, Kluwer, 1972, 205-214.

(114) P. HUMBLET, *o.c.*, 219; G. COUTURIER, *l.c.*, 150-153; M. JAMOULLE, *Seize Leçons, o.c.*, 82; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail, o.c.*, II, 314-317.

context(115). De structurele beperking van een ondernemingsgerichte benadering blijkt ook uit de structuur van de Italiaanse *Codice Civile*. Artikel 2128 C.C. bepaalt dat de bepalingen m.b.t. de derde sectie van de tweede Titel van Boek V per analogie worden toegepast op de werknemers die huisarbeid verrichten. Artikel 2239 C.C. erkent het bestaan van arbeidsverhoudingen in ondergeschikt verband die los staan van het ondernemingsverband. Op deze arbeidsverhoudingen dienen de bepalingen van de Tweede Titel slechts te worden toegepast voor zover dit met de specificiteit van die arbeidsverhouding verenigbaar is.

3) Institutioneel denken: katholiek corporatistisch, (crypto)-fascistisch dan wel anti-liberaal denken?

57. Een gemeenschapsvisie op collectieve arbeidsverhoudingen binnen de onderneming leent zich ongetwijfeld tot accaparaties die van (crypto-)fascistische aard zijn.

Sterker, dergelijke accaparatie heeft historisch daadwerkelijk plaatsgevonden.

Illustratief voor de associatie tussen het fascistische corporatisme en het institutionele denken lijkt wel de noodzaak die sommige institutionele auteurs keer op keer ervaren om te wijzen op het onderscheid tussen hun denken en pleidooien van crypto-fascistische signatuur.

Tijdens de voorbereidende werken van de sterk neo-corporatistisch(116) getinte Belgische Bedrijfsorganisatiewet werd uitdrukkelijk afstand genomen van de ‘fascistische variant’ van het corporatisme(117).

(115) Zie in dit verband T. KOOPMANS, *o.c.*, 314-315 en M. JAMOULLE, *Le contrat de travail, o.c.*, II, 158-159, G.H. CAMERLYNCK, „Rapport de synthèse”, in COMMUNAUTE EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L’ACIER, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Paris, Dalloz, 1964, 146; L. MENGONI, „Le contrat de travail en droit italien” in COMMUNAUTE EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L’ACIER, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Paris, Dalloz, 1964, 431.

(116) *Corporatisme*: D. Luyten definieert het corporatisme als een stelsel waarbij een „overdracht van een deel van de staatsmacht plaats vindt naar organisaties, rechtstreeks of onrechtstreeks”: D. LUYTEN, *Ideologisch debat en politieke strijd over het corporatisme tijdens het interbellum*, Brussel, Paleis der Academiën, 1996, 10. Zie ook F. DORSEMONT, *o.c.*, 50-58.

(117) Maatgevend in dit verband was de beklemtoning van de syndicale autonomie: *Parl. St. Kamer*, 1947-48, nr. 511, 18. Zie ook meer impliciet Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, 1947-48, nr. 504, 5 (beklemtoning van de onafhankelijkheid van vrije werknemersverenigingen (geen verplicht lidmaatschap) en de vrijwaring van de reglementerende bevoegdheid van de grondwettelijke organen). De „Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie” heeft in België een andere uitwerking gekregen dan in Nederland. De werking van de ondernemingsraad maakt een integrerend onderdeel uit van de PBO. In Nederland werden beide onderwerpen (PBO en Ondernemingsraad) in 1950 in verschillende wetten geregeld. De organen van de PBO zijn gespeend van de normatieve bevoegdheid die zo kenmerkend is voor de Nederlandse „schappen”. In België vond evenmin een grondwetswijziging plaats die ruimte bood voor een constitutionalisering van de organen van de PBO. Tot slot bestaat in België geen strakke scheiding tussen de werking van de PBO en het reguliere CAO-overleg. De paritaire organen van de PBO maken het voorwerp uit van de PBO.

Tussen de fascistische variant van een gemeenschapsvisie op arbeidsverhoudingen én de meer hedendaagse democratische ‘neo-corporatistische variant’ bestaan *wezenlijke* verschillen. Walter Leën heeft deze verschillen in een opmerkelijke bijdrage in het *Arbeidsblad* uiteengezet(118). Zijn bijdrage verscheen in volle bezettingstijd in het orgaan van het Ministerie van Tewerkstelling en Sociale Voorzorg.

De auteur houdt een pleidooi voor een op een gemeenschapsvisie geschoeid stelsel van collectieve arbeidsverhoudingen. De samenwerkingsgedachte (*collaboration*) tussen arbeid en kapitaal wordt door de auteur tot een natuurrechtelijke noodzakelijkheid opgeblazen. Hij verdedigt evenwel de autonomie van elke volksgemeenschap om deze gedachte concreet vorm te geven. Hij bestrijdt de miskennis van het syndicaal pluralisme door de erkenning van slechts één werknemers- en werkgeversorganisatie per bedrijfstak, de strafrechtelijke beteugeling van de collectieve actie (*staking en lock out*). Leën bepleit de instelling van een ‘*Magistrature du Travail*’. Bepaalde passages wekken evenwel de indruk dat hij afkerig staat tegenover een bevoegdheid om het belangenconflict als belangenconflict te beslechten.

58. Het onderscheid tussen een fascistische en een hedendaagse visie op collectieve arbeidsbetrekkingen wordt treffend geïllustreerd aan de hand van de werking van een op ondernemingsvlak uitgebouwd collectief overlegorgaan. Een gemeenschapsvisie dwingt o.i. onvermijdelijk tot de instelling van een overlegorgaan op ondernemingsniveau. De omgekeerde redenering gaat niet steeds op. De oprichting van een ondernemingsraad hoeft niet *per se* schatplichtig te zijn aan een gemeenschapsvisie.

De Gaay Fortmans analyse van het Duitse *Betriebsrätegesetz* (1920) en het *Gesetz zur Ordnung der Nationalen Arbeit* (1934) is erg verhelderend(119). De *Betriebsräte* werden geconcipieerd als organen van arbeiderscontrole op het ondernemersbeleid. Ze waren *exclusief* samengesteld uit werknemers. Het ondernemingshoofd had niet het recht de vergaderingen bij te wonen, laat staan voor te zitten. Het kon evenwel worden uitgenodigd.

Bij onenigheid tussen *Betriebsrat* en het ondernemingshoofd over bepaalde ondernemersbesluiten (arbeidsreglement, collectief ontslag om economische of technische redenen) deed een arbiter uitspraak.

(118) W. LEËN, „L’idée de communauté d’entreprise et de communauté professionnelle dans l’organisation des relations du travail”, *Revue du Travail* 1942, 569-584.

(119) W.F. DE GAAY FORTMAN, *o.c.*, 105-114.

Het lijkt geen overbodige luxe te herinneren aan het feit dat de nationaalsocialistische regering reeds in 1934 het *Betriebsrätegesetz* heeft opgeheven. Het stelsel van collectieve arbeidsverhoudingen was ook in het fascistische Italië van meet af aan voorwerp van 's wetgevers aandacht. De *Leggi fascistimme* hebben nooit voorzien in de creatie van enig overlegorgaan op ondernemingsniveau. Het *Gesetz zur nationalen Arbeitsordnung* voorzag slechts in een 'vertrouwensraad' onder voorzitterschap van het ondernemingshoofd. Van een daadwerkelijke vorm van arbeiderscontrole, laat staan medezeggenschap was geen sprake.

De installatie van verkozen werknemers werd afhankelijk gemaakt van de erkenning of het 'vertrouwen' van werkgeverszijde.

Een te militante opstelling van de 'werknemersvertegenwoordigers' werd als een strafrechtelijk beteugeld vergrijp tegen de sociale eer beschouwd. De enige correctie op een te willekeurige uitoefening van het werkgeversgezag betrof de interventie van overheidsambtenaren, de zogeheten *Treuhänder* die bepaalde ondernemersbeslissingen (onder meer arbeidsreglementen) konden hervormen.

59. Zowel in België (1948) als in Nederland (1950) werd de werking van de ondernemingsraad aanvankelijk op een gemeenschapsvisie geschoeid. In aanvang voorzagen beide wetteksten in een voorzitterschap van het ondernemingshoofd. In 1979 leidde een wijziging van de WOR tot het einde van dergelijke dualistische samenstelling. De Nederlandse wet vertoont op dit punt een analogie met de na-oorlogse *Betriebsverfassungsgesetz*. De Belgische Bedrijfsorganisatiewet blijft vasthouden aan het voorzitterschap van het ondernemingshoofd. De analogie met de samenstelling van de Franse *comité d'entreprise* is opvallend(120). Innovatief lijkt ons de optie van de Belgische sociale partners om de subsidiaire Europese ondernemingsraad op een meer monistische en exclusieve leest in te richten(121).

(120) In Frankrijk werden overlegorganen op ondernemingsvlak (*comités d'établissement*) onder het Vichy-regime geïntroduceerd (zie: J.-P. LE CROM, „La profession au professionnels”: la loi du 4 octobre 1941 sur l'Organisation sociale des professions”, in J.-P. LE CROM, *Deux siècles de Droit du Travail*, Paris, Les éditions Ouvrières, 1998, 143-163, J.-P. LE CROM, *Syndicats nous voilà. Vichy et le corporatisme*, Paris, Les éditions de l'atelier, 1995, 406 p.). Een van de belangrijkste na-oorlogse amenderingen betrof o.i. de optie om het overlegorgaan in te richten op het 'economische' niveau van de onderneming. Deze beslissing was duidelijk een bewuste antithese. Het mag dan opmerkelijk heten dat de Belgische wetgever de ondernemingsraden uitgerekend op het niveau van de technische bedrijfseenheid situeert. Deze notie correspondeert veel sterker met de *établissement* dan met de *onderneming*. De omstandigheid dat diezelfde wetgever de 'technische bedrijfseenheid' als onderneming kwalificeert doet daaraan geen afbreuk.

(121) Zie in dit verband artikel 28 C.A.O. 6 februari 1996. Punt 4 van de Subsidiaire Voorschriften van de EOR-Richtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid om voorschriften op te stellen inzake het voorzitterschap van de subsidiaire EOR.

60. Vanuit een ideologisch perspectief dringt zich ook een situering op van de institutionele doctrine ten opzichte van het liberalisme. Hierboven werd de gedachte uitgedrukt dat de institutionele leer werd ontwikkeld als een reactie op een uitgesproken liberaal, inzonderheid Jacobijns maatschappijbeeld. De presentatie van de institutionele analyse als een anti-contractuele analyse heeft een aantal auteurs uiterst sceptisch gestemd. De institutionele leer zou afbreuk doen aan de negatieve contractvrijheid van de werknemer(122). De negatieve contractvrijheid houdt logischerwijze het recht in om zich via opzegging van overeenkomsten voor onbepaalde duur te bevrijden(123). Niettegenstaande de mensenrechtelijke verankering van de contractvrijheid deficiënt gebleven is, wordt zij in arbeidsovereenkomstenrechtelijke verhoudingen ten gunste van werknemers versterkt via de 'vrijheid van arbeid'.

61. Deze kritiek lijkt ons ongetwijfeld gebaseerd op een eerbare zorg voor een belangrijke en humaniserende verworvenheid van het politieke liberalisme. Als kritiek op de institutionele visie op de arbeidsverhoudingen kan zij niet geheel overtuigen. In het algemeen hebben institutionele denkers betoogd dat de toetreding tot een institutioneel gemeenschapsverband gebaseerd kan zijn op een contractuele samenvloeiing van wilsuitingen. Renard die een holistische benadering nastreeft, geeft zelf te kennen dat hij de contractuele analyse niet verwerpt. De auteur beschrijft ook gemengde situaties. Hij erkent dat het contract, in de enge zin van een wilsovereenstemming, het instrument kan zijn om toe te treden tot een instituut(124)(125). In Durands institutionele analyse van de arbeidsverhouding en de onder-

(122) Zie in dit verband Y. KONIJN, *o.c.*, 21; P. HORION, *Rapport, l.c.*, 22; M. JAMOULLE, *Seize leçons, o.c.*, 72 en G. BOLDT, „Le contrat de travail dans le droit de la République fédérale d'Allemagne” in COMMUNAUTE EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L'ACIER, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres*, Paris, Dalloz, 1964, 369. Zie ook Supiot's duiding van de emancipatorische dimensie van de contractuele kwalificatie: A. SUPIOT, *o.c.*, 14.

(123) *Vrijheid van arbeid*: F. DORSSEMONT, „Het recht op de vrije keuze van beroepsarbeid in artikel 23 van de Grondwet: een ultieme erkenning van de vrijheid van arbeid?”, *R.W.* 1994-95, 865-875.

(124) P. HUMBLET, *o.c.*, nr. 171; G. RENARD, *Théorie, o.c.*, 422 („*la forme contractuelle peut être employée tour à tour pour produire un effet obligatoire ou pour fonder une institution*”) en 456 („*contrat générateur d'institution*”). Van der Heijden maakte eerder gewag van de rol van de arbeidsovereenkomst als 'toegangsbiljet' tot de onderneming (P.F. VAN DER HEIJDEN, „Een nieuwe rechtsorde van de arbeid” in P.F. VAN DER HEIJDEN, R.H. VAN HET KAAR en A.C.J.M. WILTHAGEN, *o.c.*, 10). De Gaay Fortman drukte deze idee als volgt uit: „zij (de arbeidsovereenkomst) is noodzakelijk voor het ontstaan ener arbeidsverhouding, zij opent voor den arbeider de poort der onderneming, maar dan heeft zij ook haar taak volbracht” (W.F. DE GAAY FORTMAN, *o.c.*, 31).

(125) Zie het voorbeeld in voetnoot 28.

neming werd veelvuldig lippendienst bewezen aan de vrijheid van arbeid(126).

62. De institutionele leer in zijn globaliteit en in zijn toepassing op de arbeidsverhouding wordt door een aantal auteurs sterk geassocieerd met de katholieke leer, inzonderheid met het katholieke corporatisme. Deze associatie is niet geheel onbegrijpelijk. Een aantal erg gezaghebbende auteurs maakte deel uit van de *Ordo Predicatorum*. Dit geïsoleerde feit lijkt ons van nul en generlei waarde. In wetenschappelijke discussies kan geen ruimte bestaan voor argumentaties *ad personam*. Accaparaties van de institutionele leer leveren evenmin een argument op. De institutionele leer is een uiterst lenige leer. Ze leent zich tot accaparatie vanuit zeer onderscheiden hoeken.

Evenwel werd gewezen op de sterk Thomistische inslag van bepaalde institutionele geschriften. Dooyeweerd(127) heeft deze Thomistische inslag in zijn wijsgerige analyse van Hauriou's institutionele leer sterk gerelativeerd. Deze auteur werd nooit betrap op een ambitie om katholieke denkproducten op slinkse wijze te propageren.

In meer specifieke institutionele analyses over de arbeidsverhouding en de onderneming hebben we geen verwijzingen aangetroffen naar de geschriften van Thomas van Aquino. Relevanter lijkt ons de confrontatie met de sociale leer van de Kerk, zoals deze in het tijdscharnier van de institutionele leer gold. Een analyse van *Rerum novarum* en *Quadragesimo anno* lijkt ons geen 'smoking gun' op te leveren. In weerwil van de Vaticaanse terughoudendheid ten aanzien van het economisch en politieke liberalisme lijkt geen van beide teksten een fundamentele kritiek in te houden op de contractualistische benadering van groepsverbanden. Een algemene rechtstheoretische visie is eveneens afwezig.

Enkele ideeën die in *Quadragesimo anno* opduiken vonden een weerklank in Renards institutionele leer. Het betreft evenwel nooit constitutieve ideeën(128).

(126) P. DURAND, „Aux Frontières du Contrat et de l'institution”, *l.c.*, 7-8; P. DURAND en A. VITU, *o.c.*, 211-212.

(127) Zie de in voetnoot 86 aangehaalde geschriften van H. Dooyeweerd.

(128) In dit verband kan de idee van de maatschapsverhouding en van het familiaal karakter van de salariëring worden aangehaald.

IV. De institutionele leer van Santi Romano, een juridisch pluralistische benadering(129)

„Ogni ordinamento giuridico è un istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta.”(130)

A. ROMANO'S *ORDINAMENTO GIURIDICO*

63. In *Ordinamento Giuridico*(131) werkt de Italiaanse publicist Santi Romano een algemene rechtstheorie uit. Bepaalde aspecten van de theorie worden bevestigd in Romano's *Principii di Diritto Costituzionale generale* (1945)(132) en in *Frammenti di un Dizionario giuridico* (1947)(133).

De titel van zijn tractaat *L' Ordinamento Giuridico* is misleidend. De Italiaanse auteur vertrekt geenszins van de visie dat er een geïntegreerde, ondeelbare en allesomvattende 'rechtsorde' zou bestaan. Evenmin suggereert hij dat dergelijk concept 'objectief' denkbaar zou zijn.

64. *Ordinamento Giuridico* vormt een diptiek. De auteur peilt in het eerste hoofdstuk naar het 'wezen' van een rechtsorde. Het predicaat 'rechtsorde' is prediceerbaar t.a.v. een veelheid van juridische fenome-

(129) Voor een duiding van Romano's leer: BARILLARI, „Considerazioni sulla dottrina dell'Ordinamento giuridico” in X., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, 67-70; N. BOBBIO, „Teoria e Ideologia nella Dottrina di Santi Romano”, in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, 25-43; A. CATANIA, „Formalismo e realismo nella metodologia giuridica. Riflessioni sul pensiero di Santi Romano”, in A. CATANIA, *Riconoscimento e potere*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, 197-210; M. FIORAVANTI, „Per l'interpretazione dell' opera giuridica di Santi Romano: Nuove Prospettive della ricerca”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1981, (10) 169-219; Ph. FRANCESKAKIS, „Introduction à l'édition française” in S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, V-XIX; M. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, 161 p.; M. LA TORRE, „Institutionalism Old and New”, *Ratio Juris* 1993, 191-195; U. SCARPELLI, „Santi Romano, Teorico conservatore, Teorico progressista” in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, 45-63; A. TARANTINO, „Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell' istituzionalismo di Santi Romano”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 1977, 682-704; G. TARELLO, „La dottrina dell'Ordinamento e la Figura pubblica di S. Romano” in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, 245-256.

(130) S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico, o.c.*, § 10, 27.

(131) Het geschrift kende twee edities bij leven van zijn auteur (1918 en 1945).

(132) S. ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1945, 90-142.

(133) S. ROMANO, *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, v^o *Autonomia e Diritto (funzione del)*.

menen. Het 'statelijke recht' vormt een *species* van het *genus* 'rechtsorde'. Romano's institutionele leer én zijn juridisch pluralisme zijn nauw met elkaar verweven. In het tweede hoofdstuk doet zich evenwel een belangrijke perspectiefwissel voor. In het eerste hoofdstuk benadert Romano het juridische fenomeen los van deze of gene rechtsorde. Paradoxaal genoeg stelt de auteur dat zijn benadering wezenlijk juridisch blijft. Met klem verzet hij zich tegen de gedachte dat zijn benadering van sociologische aard zou zijn(134). De auteur verwerpt een natuurrechtelijke benadering van het juridische fenomeen(135).

65. In het tweede hoofdstuk analyseert Romano hoe rechtsordes zich tot elkaar verhouden. In de regel blijft het onderzoek beperkt tot de wijze waarop de statelijke rechtsorde zich tot andere rechtsordes verhoudt. Die grondhouding is niet steeds 'pluralistisch'. Bepaalde rechtsordes worden beteugeld of genegeerd. De pluraliteit van de rechtsordes vloeit logisch voort uit Romano's opvatting van de 'rechtsorde'.

66. Een uitgeklaarde 'lexicale' definitie van het concept rechtsorde zal de lezer in het eerste hoofdstuk niet aantreffen. De benadering van het concept rechtsorde is wezenlijk van negatieve aard. Hij distantiëert zich van meet af van 'verkeerd' geachte opvattingen.

De auteur verwerpt een etatistisch monisme waarin alle recht tot statelijk recht wordt gereduceerd. Romano meent dat van dergelijke visie voor de achttiende eeuw geen sporen zijn aan te treffen(136). Hij manifesteert zich als een anti-normativist(137). Het recht kan niet *primair* gereduceerd worden tot een *som* van rechtsnormen.

Hij zet zich uitdrukkelijk af tegen een rechtstheorie die op een te privaatrechtelijke leest is geschoeid(138). Hij is anti-voluntarist(139). De reductie van de rechtsorde tot een *som* van rechtsverhoudingen

(134) Zie S. ROMANO, *Ordinamento giuridico, o.c.*, § 24. De auteur stelt dat hij abstractie maakt van de materiële rechtsbronnen, d.w.z. de sociologische rechtsvormende factoren.

(135) *Ibidem*.

(136) S. ROMANO, *Principii, o.c.*, 95.

(137) Deze antinormativistische toon wordt al in de aanhef van de eerste paragraaf gezet. Zie ook S. ROMANO, *o.c.*, § 3-7, 16. M. FUCHS, *o.c.*, 37-41.

(138) S. ROMANO, *o.c.*, § 2. Zie ook N. BOBBIO, *l.c.*, 37 en A. CATANIA, „Per una critica della teoria del rapporto giuridico” in A. CATANIA, *o.c.*, 79.

(139) Zie ook S. ROMANO, v° *Autonomia* in S. ROMANO, *Frammenti, o.c.*, 29 (de auteur stelt dat de wil niet het wezenlijke element is van de autonomie. Wezenlijk is het objectieve feit van de vorming van een rechtsorde die tegelijk onafhankelijk en afhankelijk is van een andere rechtsorde M. FUCHS, *o.c.*, 89-61, 98-99).

tussen titularissen van rechten en plichten vindt geen genade(140). In die optiek kan Romano's benadering sterk holistisch worden genoemd(141).

67. De auteur heeft het concept 'rechtsorde' op meer positieve wijze trachten te duiden door een o.i. ietwat te impressionistische en disparate opgave van een reeks synoniemen en een aantal kenmerken(142). De rechtsorde wordt omschreven als '*ordine sociale*', '*società*', '*corpo sociale*'. De auteur omschrijft de rechtsorde een enkele keer als een '*organizzazione*'. Hij distantieert zich evenwel onmiddellijk van dergelijke terminologie, omwille van haar sociologische connotaties(143).

68. Dergelijke omschrijving van de notie rechtsorde werd o.i. terecht als flou aangemerkt(144). Romano geeft wel relevante indicaties die een verduidelijking vergemakkelijken. De rechtsorde is een intersubjectieve en om die reden objectieve sfeer van sociabiliteit. Niet elke sociale sfeer kan als een juridische sfeer gelden. Een *differentia specifica* dringt zich op. De rechtsorde betreft een georganiseerd en geordend geheel(145). Het voert de samenstellende elementen tot een eenheid(146). In de rechtsorde tekent zich een geordende machtsuitoefening af die haaks staat op pure willekeur(147).

69. In het tweede hoofdstuk gaat Romano dieper in op de onderlinge verhouding van de rechtsorde. Een cruciaal begrip van de pluralistische rechtstheorie betreft de term '*rilevanza*'.

De term '*rilevanza*' verwijst naar de houding van deze rechtsorde ten aanzien van gene rechtsorde. De houding kan een erkenning inhouden (als rechtsorde of als rechtsfeit), een betuigeling of een ontkenning. Indien een rechtsorde abstractie maakt van een bepaalde rechtsorde is

(140) S. ROMANO, *o.c.*, § 18 en 19.

(141) *Ibidem*, § 3 en § 4.

(142) *Ibidem*, § 10 en 12.

(143) M. FUCHS, *o.c.*, 44.

(144) N. BOBBIO, *l.c.*, 27-28; A. CATANIA, „Il diritto come organizzazione della forza” in A. CATANIA, *o.c.*, 47; Ph. FRANCESKAKIS, *l.c.*, VIII („*La question des dimensions comme du degré de cohésion du groupe méritant cette qualification demeure certes ouverte*”).

(145) S. ROMANO, *o.c.*, § 10; zie ook S. ROMANO, v^o *Diritti (funzione del)* in *Frammenti*, *o.c.*, 82-83 („*qualsiasi ente o corpo sociale che abbia un assetto stabile e permanente e formi un corpo a sè con una vita propria*”); S. ROMANO, *Principii*, *o.c.*, 90.

(146) S. ROMANO, *Ordinamento Giuridico*, *o.c.*, § 9.

(147) *Ibidem*, § 10.

sprake van irrelevantie. Voor een analyse van deze houding is men uit de aard van de zaak aangewezen op de normen van de erkennende, betegelende, of ontkennende rechtsorde.

Een bijzondere vorm van 'rilevanza' betreft de toekenning door een rechtsorde van *autonomia*. Het begrip autonomie functioneert in Romano's geschriften op twee zeer onderscheiden wijzen.

De term duikt een aantal keren in het eerste hoofdstuk. In dit onderdeel wordt de rechtsorde op louter inwendige wijze beschouwd (*in se et per se*). In een tweede betekenis(148) refereert de term 'autonomie' naar de erkenning als rechtsorde. Deze erkenning gaat uit van een rechtsorde (bvb. de 'statelijke' rechtsorde) ten opzichte van een andere rechtsorde.

De toekenning van deze autonomie houdt in dat een rechtsorde een andere entiteit erkent als een systeem van productie van juridische *precepta* (rechtshandelingen met algemene of individuele strekking). Deze erkenning houdt in dat de rechtsgevolgen *in foro interno* eveneens in *foro externo* zullen werken.

70. De vraag rijst wat de precieze draagwijdte is van dergelijke 'erkenning' van *autonomia*. Klassiek kan o.i. een onderscheid gemaakt worden tussen een proces van 'delegatie' en een proces van 'receptie'. De uitdrukking 'delegatie' spoort o.i. met een etatistisch monistische rechtsopvatting. Indien de Statelijke rechtsorde als de enige rechtsorde kan worden opgevat, kan de ten gunste van bepaalde groepen of organisatiestructuren erkende autonomie nooit een 'oorspronkelijk' karakter hebben. De uitdrukking 'receptie' lijkt ons hulde te brengen aan een meer pluralistische benadering. In een dergelijke benadering hebben de in de schoot van bepaalde niet-statelijke rechtsordes uitgeoefende bevoegdheden een (gelijk)oorspronkelijk karakter. Romano's analyses van de 'autonomie' dragen vaak de teneur van een 'delegatie'-discours dat zich slecht verdraagt met zijn overtuiging dat tal van instituten ouder dan of gelijkooorspronkelijk met de statelijke rechtsorde zijn(149). Het lijkt erop dat de auteur het door hem zelf gehekelde juridische monisme niet ten volle overstegen heeft.

(148) Cf. v^o *Autonomia in Frammenti* (de auteur maakt een onderscheid tussen autonomie in subjectieve zin (de door een andere orde erkende '*potestà*' di *darsi un ordinamento giuridico*) en in een objectieve zin (*il carattere proprio di un ordinamento giuridico*)). Zie ook *Principii*, o.c., 135 („*La potestà di porre tali norme si dice „autonomia”, deriva sempre dallo Stato che la attribuisce in varia misura, secondo i casi, ed è quindi interamente subordinata alle norme di esso, per la validità, l'estensione e l'efficacia delle norme che ne scaturiscono*”).

(149) S. ROMANO, *Principii*, o.c., 134.

71. Het onderscheid tussen ‘delegatie’ en ‘receptie’(150) is o.i. geen louter scholastieke gelegenheid. De beschrijving van de erkenning van de ‘autonomie’ in termen van een delegatie dreigt onvermijdelijk te leiden tot een publiekrechtelijke kwalificatie van de door bepaalde groeperingen uitgeoefende ‘bevoegdheden’. Dergelijke redenering is vaak schatplichtig aan een typisch Jacobijnse dichotomie van individuele singuliere belangen van privaatrechtelijke aard én het door de Staat gevrijwaarde en gedefinieerde algemene belang van publiekrechtelijke aard. Dergelijke benadering doet afbreuk aan het bestaan van collectieve groepsbelangen die wezenlijk ‘intermediair’ zijn tussen dit algemene belang en de singuliere particuliere belangen. Een publiekrechtelijke kwalificatie van dergelijke bevoegdheden genereert o.i. onvermijdelijk een grondwettigheidsdebat i.v.m. de wettelijke erkenning van dergelijke autonomie.

B. ONDERSCHIED MET HAURIU’S INSTITUTIONELE LEER

72. Het onderscheid tussen de Franse en de Roaniaanse institutionele leer is aanzienlijk.

Dit onderscheid werd door de auteur zelf geproblematiseerd(151). Een dialoog tussen de Franse institutionele denkers én de geschriften van Romano bleef uit(152). Romano meende dat Hauriou’s institutionele leer te specifiek was. Hij zou enkel oog hebben gehad voor ‘instituten’ die een zekere graad van ontwikkeling en volmaaktheid bezitten. Deze kritiek miskent o.i. de dynamiek van de institutionele leer. Het instituut is niet het eindpunt van een proces. Het is de wordingsgeschiedenis van de *idée d’œuvre*. Romano wenst sociale organisatievormen als rechtsordes te beschouwen die gespeend zijn van de door Hauriou beschreven kwalitatieve dynamiek. In deze dynamiek staat de scheiding der machten en het representatief karakter centraal.

(150) Zie in dit verband F. DORSEMONT, „De natuur van de collectieve arbeidsovereenkomst: een poging tot juridisch-pluralistische herbronning”, *T. v. W.* 2001, 107-126. Zie ook Aliprantis’ voorkeur voor de term receptie: N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiërarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980, 28-38.

(151) S. ROMANO, *Ordinamento Giuridico, o.c.*, § 11. Zie ook M. FUCHS, *o.c.*, 42-43.

(152) Een gelukkige uitzondering betreft een opmerkelijke bijdrage van Aliprantis in het *Liber amicorum* van de Straatsburgse professor Hélène Sinay. De auteur meent dat het herdenken van het in Frankrijk sterk ideologisch geladen begrip ‘institution’ tot ‘rechtsorde’ inspirerend kan zijn voor de arbeidsrechtelijke doctrine. Deze mening onderschrijven wij volledig. Aliprantis blijft vasthouden aan een wezenlijk normativistische rechtsopvatting. Om die reden distantieert hij zich van Romano’s benadering en zoekt hij heil in de geschriften van Kelsen: N. ALIPRANTIS, „L’entreprise en tant qu’ordre juridique” in N. ALIPRANTIS en F. KESSLER, *Le droit collectif du travail*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994, 185-205.

73. Zijn leer is geenszins opgehangen aan een *idée d'œuvre*. De auteur geeft zelf te kennen dat bepaalde instituten geenszins op een gemeenschapsvisie berusten, noch beantwoorden aan een gemeen belang. Hij distantieert zich uitdrukkelijk van het gebruik van de term '*communauté*'(153). Het gebruik van de term '*corpo sociale*' impliceert geenszins dat de instituten steeds kunnen bogen op een gemeen belang dat het ledensubstraat schraagt(154). Romano erkent dat ook stichtingen die enkel uit vermogensrechtelijke bestanddelen bestaan aan een institutionele lectuur kunnen worden onderworpen(155). Instellingen kunnen ten dienste staan van derden.

74. Voor Romano is het instituut géén bron van recht. Het instituut *is* de rechtsorde. De norm is slechts een manifestatie van de rechtsorde. De rechtsorde gaat chronologisch én logisch aan de productie van normen vooraf. Romano's '*istituzione*' is het *leitmotiv* van een algemene rechtstheorie. De categorie 'instituut' werd gedacht als een omvattende juridische categorie. Ze beschrijft de rechtsorde in zijn globaliteit. Durand en Brèthe de la Gressaye hebben de institutionele leer vooral gedacht als een juridische categorie om bepaalde segmenten van het (statelijke) recht te beschrijven. Het instituut werd daarbij vaak voorgesteld als een substituut van het contract.

75. Zijn institutionele leer werd niet als een wezenlijk anti-contractualistische leer uitgewerkt. Tussen 'contract' en 'instituut' bestaat geen antinomie. Beide categorieën kaderen in wezenlijk verschillende perspectieven. De contractuele kwalificatie betreft de rechtsdogmatiek van het statelijke recht. Ze wordt gebruikt om deelfenomenen van het statelijke recht te beschrijven. Het instituut is geen categorie van de dogmatiek. Het betreft een omvattende rechtstheoretische categorie. Het perspectief van de rechtstheoreticus vangt aan buiten de rechtsorde. Het onderstelt een afstand tussen rechtsorde en de beschouwer.

Eenzelfde fenomeen kan om die reden worden onderworpen aan een contractuele en een institutionele lectuur. Op een meer fundamenteel niveau is Romano's institutionele leer wel te duiden als een impliciete

(153) S. ROMANO, *Ordinamento Giuridico, o.c.*, § 32.

(154) *Ibidem*, § 12.

(155) *Ibidem*.

kritiek op een Jacobijnse staatsvisie. Deze staatsvisie werd in *Lo Stato Moderno e la sua crisi* (1909)(156) op meer expliciete wijze gehekeld. De contractuele rechtstechnische constructie van bepaalde rechtsordes reduceert haar tot een geheel van interindividuele rechtsverhoudingen, tot een spel van subjectieve rechten en plichten. Het zicht op de achterliggende rechtsorde wordt daardoor verduisterd. Deze deficiënte juridisch technische constructie dreigt tot een open oorlog te leiden tussen de intermediaires en de Staat. Een participatie van deze intermediaires aan de publiekrechtelijke bevoegdheden zou dergelijke strijd ontzenuwen. Romano meent dat dergelijke participatie recht doet aan de niet geatomiseerde conditie van de twintigste eeuwse burger. Het criterium van maatschappelijke verbondenheid verloopt niet langer volgens louter geografische lijnen. Romano blijft dergelijke participatie denken in termen van een delegatie van publiekrechtelijke bevoegdheden. In dit opzicht lijkt de auteur finaal toch verstrikt in een monistisch denk-schema.

C. HISTORICITEIT(157) EN IDEOLOGIE ALS ACHTERGROND

76. Romano is niet enkel een rechtstheoreticus. Hij is willens nillens een 'geval'. Sterker, het is geenszins overdreven te stellen dat hij door een deel van de ideologisch sterk gepolariseerde Italiaanse doctrine als een 'gevallen engel' werd afgeschreven. De omstandigheid dat Romano gedurende de nagenoeg gehele fascistische periode het ambt van Voorzitter van de *Consiglio di Stato* bekleedde, is hieraan niet geheel vreemd.

Een eenvoudig chronologisch argument had kunnen volstaan om het kroonjuweel van zijn oeuvre van dergelijke kritiek te vrijwaren. *Ordinamento Giuridico* werd geschreven in een tijdvak waarin Italiaanse fascistische beleidsverantwoordelijkheid konden dragen. Voor die vaststelling bestaat een eenvoudige verklaring. De Italiaanse fascistische partij bestond toen niet. In een gepolariseerd doctrinaal klimaat lijkt dergelijk argument evenwel niet iedereen te overtuigen.

77. In het slechtste geval wijst dergelijke benadering van zijn geschriften op een intellectuele luiheid of debiliteit om tegenargumen-

(156) Het betreft een inaugurale rede die S. ROMANO hield bij de opening van het academiejaar 1909-1910 aan de Universiteit van Pisa: S. ROMANO, „Lo Stato moderno e la sua crisi” in S. ROMANO, *Scritti Minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950, 311-325.

(157) M. FUCHS, *o.c.*, 83-110.

taties en kritieken *ad rem* uit te bouwen. Anders liggen de zaken wanneer de ideologiekritiek rechtstreeks wordt ontleend aan een soms tendentieuze analyse van zijn geschriften.

De ideologische kritiek aan het adres van Santi Romano is *prima facie* erg bevreemdend. *L'Ordinamento Giuridico* werd geschreven in een erg zakelijke, nuchtere en conceptuele stijl.

Het geschrift is gespeend van ideologische retoriek(158). Uiterst zelden drukt de auteur zich *de iure condendo* uit. De auteur hekelt uitdrukkelijk elke vorm van etatistisch monisme. De fascistische cultus van de Staat lijkt onverenigbaar met de juridisch pluralistische grondhouding waarvan Romano vertrekt. Zijn institutionele theorie werd geenszins opgehangen aan een *idée*. Ze stoelt evenmin op een gemeenschapsvisie.

De schaarse geschriften die de auteur aan aspecten van de Italiaanse fascistische bedrijfsorganisatie wijdde zijn evenmin ideologisch geladen(159).

78. Voor een goed begrip van de *historiciteit* van Romano's denken is een lectuur van *Lo stato moderno e la sua crisi*(160) uiterst aangegeven. Dit geschrift kan gelden als een nauwelijks verholten kritiek op een klassieke Jacobijnse stellingname t.o.v. *intermediaires*. De juridisch technische constructie van de Jacobijnse Staat dreigde de 'verenigingen' te reduceren tot een *juxtapositie* van contractuele relaties. De eenheid van een aantal machtiger wordende acteurs in de Italiaanse samenleving werd daardoor miskend. Zijn denken kan gezien worden als een poging om de juridisch-technische constructie van de 'Moderne staat' aan het zogeheten *associazionismo* aan te passen(161).

79. Bobbio heeft de auteur verweten 'ideologisch' monist te zijn geweest. De *hidden agenda* van Romano's denken zou de bevoogdende integratie betreffen van een aantal rechtsordes binnen de nationale Staat. De allergie tegen dergelijke agenda wordt gemakkelijk

(158) N. BOBBIO, *l.c.*, 32.

(159) S. ROMANO, „La potestà normativa del Consiglio nazionale delle Corporazioni” in X. *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, Padova, Cedam, 1933, 432-451; S. ROMANO, „A proposito dell' Impresa e dell' Azienda agricola”, *Rivista di diritto agrario* 1945, 19-27.

(160) Romano's denken vertoont opvallende gelijkenissen met de benadering van de Franse arbeidsjurist Georges Scelle. Beide auteurs lijken sterk geneigd om de vakbonden als representatieve organisaties op een publiekrechtelijke leest te schoeien. G. SCELLE, *Le droit ouvrier*, Paris, Librairie Armand Collin, 1929, 88-92.

(161) Zie in dit verband M. FUCHS, *o.c.*, 23, 24, 28-31, 91-93.

verklaard. Tijdens het *vengtennio fascista* werden de 'erkende vakbonden' op een sterk publiekrechtelijke leest geschoeid. Er is dan ook sprake van een formele integratie van de *sindacati riconsosciuti* in de Staatsstructuur.

80. Tarello heeft de stelling verdedigd dat de auteur zich aan *panjuridisme* zou hebben bezondigd. Romano's aversie van een sociologische benadering zou leiden tot een 'bewuste' reductie van maatschappelijke conflicten tot conflicten tussen rechtsordes(162).

Een euvel van *hidden agenda*'s betreft hun onzichtbaarheid. Het lijkt ons erg moeilijk om Romano 'te betrappen' op de hem toegeschreven bevoogdingsstrategie. De omstandigheid dat de auteur een aantal bijdragen schreef over de fascistische bedrijfsorganisatie en het *contratto collettivo corporativo* levert evenmin een argument op. De betreffende bijdragen hebben een louter rechtstechnisch karakter. De auteur spreekt zich nergens uit over de opportuniteit van de nieuwe regelgeving(163).

Tarello's kritiek dat Romano's analyse louter juridisch is gebleven en de indruk wekt dat maatschappelijke conflicten tot 'juridische' conflicten worden gereduceerd mist specificiteit. Met dergelijke 'kritiek' kan nagenoeg de hele doctrinale productie op het kerkhof worden bijgezet.

81. Romano's benadering van de rechtsorde is wezenlijk a-moreel. De omstandigheid dat een rechtsorde aan een ethisch minimum beantwoordt, betreft geen constitutief gegeven.

Hij zet zich uitdrukkelijk af tegen Hauriou's kwalitatieve invulling van het institutionele concept. Een van de kenmerken van die invulling betrof het beginsel van de representativiteit en van de scheiding der machten. Voor de hedendaagse lezer hangen beide beginselen nauw samen met het democratische en rechtsstatelijke karakter van de (statelijke) rechtsorde.

Het ware o.i. evenwel verkeerd hieruit af te leiden dat de auteur niet gehecht zou zijn geweest aan de ethische imperatieven die aan een rechtsorde worden gesteld. Hij hekelt de erg naïeve en gevaarlijke onderstelling dat recht wezenlijk ethisch zou zijn. Romano is gekant tegen een verwarring van genres. Uitgerekend dergelijke 'afstand' laat o.i. toe dat rechtsethiek ten volle zijn kritische functies kan uitoefenen.

(162) G. TARELLO, *l.c.*, 253.

(163) Zie de in voetnoot 169 en 172 aangehaalde werken.

Het *a-morele* karakter hangt logisch samen met de anti-normativistische insteek van zijn theorie(164). Veelal zullen bepaalde rechtsnormen het voorwerp uitmaken van rechtsethisch onderzoek. Het ethische karakter van een rechtsnorm kan nooit een afdoende voorwaarde zijn voor zijn juridisch gehalte. Het was Romano's diepe overtuiging dat het *juridisch* gehalte van een norm niet aan zijn inhoud wordt ontleend.

D. DE RECEPTIE VAN ROMANO'S LEER IN HET ITALIAANSE ARBEIDSRECHT

1. Romano's arbeidsrechtelijke excursies

82. In *Ordinamento Giuridico* wijdt de auteur uitvoerig aandacht aan het fenomeen van de arbeidsverhouding (in de onderneming)(165). Het fenomeen van de collectieve arbeidsovereenkomsten wordt er summier behandeld(166). Anno 1918 was de collectieve arbeidsovereenkomst onderworpen aan het gemene contractenrecht. Romano zal in 1930 een boeiende studie wijden aan de aard van het doorheen de *Leggi fascistissime* sterk geïnstitutionaliseerde *contratto collettivo del lavoro*(167).

Hij kwalificeert reeds in zijn conclusie bij het eerste hoofdstuk de onderneming als een instituut. De klassieke doctrinale benadering van de onderneming als *universitas* miskent volgens hem haar juridische dynamiek(168). De onderneming wordt in het tweede hoofdstuk opgevoerd als een voorbeeld van partiële relevantie. De term '*rilevanza*' wordt gehanteerd als een aanduiding voor de gevolgen die de juridische werkzaamheid van een rechtsorde vertoont t.o.v. een andere orde(169). Het behoort tot de soevereine appreciatie van elke rechtsorde te bepalen welke gevolgen deze of gene rechtsorde genereert in *foro interno*.

83. De onderneming wordt ten tonele gevoerd als een voorbeeld van een uiterst beperkte 'relevantie'. De onderneming wordt volgens

(164) S. ROMANO, *Ordinamento Giuridico, o.c.*, § 15 en § 24.

(165) *Ibidem*, § 24 en 45.

(166) *Ibidem*, § 31.

(167) S. ROMANO, „Contratti collettivi del lavoro e norme giuridiche”, *Archivio di studi corporativi*, Pisa, 1930, 27-46.

(168) S. ROMANO, *Ordinamento Giuridico, o.c.*, § 24.

(169) P. Gothot en L. Francois hebben deze term vertaald via het neologisme '*relevance*'. De Nederlandse term relevantie lijkt ons conceptueel adequaat en maakt een integrerend deel uit van het Nederlandse taaleigen.

Romano door het toenmalige Italiaanse recht (*anno* 1918) niet als een onafhankelijke en objectieve rechtsorde erkend(170). Het betreft een feitelijke werkelijkheid die geenszins irrelevant is voor het statelijke recht. De relevantie raakt slechts bepaalde aspecten van het juridische fenomeen. Het instituut wordt behandeld als een rechtsfeit waaraan het statelijke recht bepaalde rechtsgevolgen toekent.

84. De uitwijding over de ‘onderneming’ is een van de weinige passages waarin Romano uitdrukkelijk de juridisch-technische constructie (naar statelijk recht) van een bepaald instituut bekritizeert. De auteur hekelt de contractuele en egalitaristische vormgeving van de arbeidsverhoudingen in de steeds complexer wordende ondernemingen(171). Het contractuele gewaad van de individuele arbeidsverhoudingen biedt geen ruimte voor de erkenning van een ‘*potere di supremazia*’. De auteur ontwaart in de onderneming een disciplinaire macht van een werkgever om interne reglementen uit te vaardigen en deze te sanctioneren(172). De contractuele vormgeving van de arbeidsverhouding is volgens hem inadequaat om recht te doen aan het bestaan van een ‘*potere di signoria*’ (cf. *Herrschafts-verhouding*) van de werkgever ten opzichte van zijn werknemers. De disciplinaire gezagsuitoefening heeft een autoritair en eenzijdig karakter, terwijl de contractuele band op een consensuele en egalitaristische leest geschoeid is. De ‘contractuele’ verankering van de disciplinaire macht is om die reden inadequaat, artificieel en contradictorisch.

85. Romano meent dat een juridische analyse waarin een onderscheid gemaakt wordt tussen technisch juridische constructie naar statelijk recht én een meer inwendige beschouwing van het fenomeen *in se et per se* tot een ontwarring van dergelijke contradicties kan leiden.

86. In *Ordinamento Giuridico* wees hij op het inadequate karakter van de gemeenrechtelijke contractuele analyse van de collectieve arbeidsovereenkomsten. De collectieve arbeidsovereenkomsten strek-

(170) Romano was de mening toegedaan dat de *Codice civile* (1942) wel een erkenning impliceerde van het rechtsorde-karakter van de Staat. Dit blijkt uit de gewijzigde annotering van § 31 van de tweede editie van *Ordinamento Giuridico* en uit S. ROMANO, „A proposito dell’ Impresa e dell’ Azienda agricola”, *Rivista di diritto agrario* 1945, 19-27.

(171) S. ROMANO, *Ordinamento Giuridico*, o.c., § 31.

(172) S. ROMANO lijkt hier de disciplinaire macht o.i. onvoldoende te onderscheiden van de reglementerende (wetgevende macht). De klassieke *trias* komt bij de Franse institutionele denkers beter uit de verf. De omstandigheid dat Romano deze reglementerende en sanctionerende macht als een eenheid opvat, spoot met zijn anti-normativistische benadering.

ken ertoe een objectieve en autonome rechtsorde in het leven te roepen *supra partes*.

Hij gaat in *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche* nader in op de aard van de (geinstitutionaliseerde) c.a.o. De auteur neemt er een o.i. erg origineel standpunt in over de klassieke en eeuwige strijdvraag of de c.a.o. een contractueel dan wel normatief karakter heeft.

Naar het oordeel van de auteur doet de impasse waarin deze doctrinale discussie is verwickeld, het vermoeden rijzen dat het probleem verkeerd werd verwoord. Gemeen aan de 'contractualistische' en 'normativistische' these is het vooropstellen van een vermeende antinomie. Een contractualistische en een normativistische visie zouden elkaar uitsluiten.

Aan de basis van dergelijke antinomie ligt het uitgangspunt dat enkel publiekrechtelijke personen normatieve bevoegdheid vermogen uit te oefenen. Een contractuele productie van rechtsnormen is in een dergelijk denkkader niet inpasbaar.

87. De auteur betwist dergelijke visie. Ze gaat uit van de idee dat particulieren via rechtshandelingen subjectieve rechten en plichten in het leven roepen voor hun interindividuele rechtsverhoudingen. Hij stelt dat deze bevoegdheid om rechten en plichten in het leven te roepen geenszins is los te denken van een 'publiekrechtelijke' normering van staatswege. Doorheen deze operatie wordt aan particulieren, *in casu* sociale partners autonomie toegekend. Deze investituur van bevoegdheden en functies impliceert dat de rechten en plichten van het normatieve deel juridische gelding zullen verwerven (*erga omnes* of t.a.v. de leden).

De term reglementaire werking wordt in het spraakgebruik te veel geassocieerd met normen die ingevolge een eenzijdige rechtshandeling tot stand komen. Om deze reden geeft de auteur de voorkeur aan de term 'normatieve aard'. De auteur zet zich af tegen een te privaatrechtelijke of voluntaristische benadering van de aan sociale partners toegekende vertegenwoordigingsbevoegdheid. De vertegenwoordigingsbevoegdheid dient te worden gerelateerd aan de in het geding zijnde belangen. De auteur zet zich af tegen een organische of unitaire visie op de in het geding zijnde belangen. Voor Romano zijn de belangen van werkgevers en werknemers wezenlijk onderscheiden(173).

(173) Romano's institutionele benadering van de c.a.o. kan om die reden de hoger aangehaalde ideologiekritiek van Fase doorstaan: zie W.J.P.M. FASE, *Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland. Terugblik en perspectief*, Alphen aan den Rijn, Samson Uitgeverij, 1980, 135-140.

De omstandigheid dat derden door dergelijke rechtshandelingen worden gebonden is voor hem niet het finale criterium van de normativiteit.

Voor het functioneren van de werknemersorganisaties heeft deze benadering wel significante gevolgen. In de uitoefening van deze bevoegdheden worden ze aangemerkt als '*enti pubblici*' en '*soggetti ausiliari*' van de Italiaanse Staat. Romano kwalificeert dergelijk proces als een groei naar een minder autoritaire staatsopvatting. In een te autoritaire opvatting kan de Staat enkel rechtstreeks bepaalde normen opleggen aan haar rechtssubjecten.

2. *De analyse van de Impresa en de Ordinamento intersindacale ná Santi Romano*

88. In *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano* reflecteerden enkele vooraanstaande Italiaanse juristen over de invloed die de geschriften van Romano op de actuele Italiaanse doctrine hadden gehad. Gino Giugni onderzocht de doorwerking van Romano's institutionele leer in het Italiaanse arbeidsrecht(174).

Giugni is een bevoorrechte auteur. In 1960 publiceerde hij een erg invloedrijke monografie over het Italiaanse post-corporatieve c.a.o.-recht. In zijn *Introduzione allo studio della autonomia collettiva* maakte hij op erg oorspronkelijke wijze gebruik van Romano's juridisch pluralistisch paradigma(175). Giugni meent in zijn terugblik op Romano's invloed dat het doctrinale leerstuk van de Italiaanse c.a.o. schatplichtig is aan Romano's *Ordinamento Giuridico*(176). Verwonderlijk is dergelijke vaststelling niet. De rechtstheoretische reflectie over de Italiaanse c.a.o. wordt opgebouwd rondom twee basisconcepten van Romano's denken. Deze betreffen de 'autonomie' en de 'rechtsorde'. *In casu* wordt gewag gemaakt van '*autonomia collettiva*' en van '*ordinamento intersindacale*'. Het verband tussen het fenomeen van het collectief c.a.o.-overleg en de '*autonomia collettiva*' werd eerder door Santoro-Pasarelli ontwikkeld(177).

(174) G. GIUGNI, „Il diritto del lavoro” in P. BISCARETTI en D. RUFFIA, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, 177-187.

(175) G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, 165 p.

(176) G. GIUGNI, *l.c.*, 182-184.

(177) De belangwekkendste opstellen werden opgenomen in de bundel F. Santoro-Pasarelli, *Saggi di diritto civile*, Napoli, Eugenio Jovene, 1961, 114-204 („Liberta e Stato”, „Stato e Sindacato”, „Esperienze prospettive giuridiche dei rapporti fra i sindacati e lo Stato”, „L'evoluzione del sindacato”, „Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero”) en 255-266 (het meest belangwekkende „Autonomia collettiva”). Deze laatste bijdrage werd onder die rubriek opgenomen in de *Enciclopedia del diritto* (1959).

89. De klemtoon op de ‘collectieve autonomie’ dient zich aan als een antithesis tegen een te publiekrechtelijke ‘institutionalisering’ van het c.a.o.-overleg eigen aan de periode van het *diritto corporativo*. Santoro-Passarelli heeft het wezenlijk *privaatrechtelijk* karakter van de collectieve autonomie beklemtoond. Maatgevend is de aard van de in het geding zijnde belangen. Het betreft de collectieve belangen van groeperingen die niet samenvallen met het ruimere staatsverband. Ten tweede beklemtoont de auteur dat de collectieve autonomie i.t.t. de publiekrechtelijke bevoegdheden geen functioneel karakter heeft. Het betreft een sfeer van vrijheid. Van een investituur van een publieke normatieve functie is geen sprake.

De auteur maakt gewag van een ‘*ufficio di diritto privato*’. De sociale partners bezitten een normatieve functie. De door hen gegenereerde normen zijn naar hun aard geen eigenlijk ‘statelijk recht’.

90. De bron van van de collectieve autonomie betreft evenwel geenszins de wilsuitoefening van de betreffende groeperingen. Maatgevend is de wilsuiking van de statelijke rechtsorde. De collectieve autonomie wortelt in deze eenzijdige rechtshandeling van de statelijke rechtsorde. De collectieve autonomie verwerkelijkst zich slechts doorheen de wilsuitdrukking van de sociale partners. Santoro-Passarelli’s benadering van de *autonomia collettiva* is niet van louter inwendige aard. Ze raakt aan de verhouding van het statelijke recht en bepaalde groeperingen.

Het is de verdienste geweest van Giugni de sfeer van het collectief overleg uitdrukkelijk te kwalificeren als een ‘intersyndicale’ rechtsorde. Santoro-Passarelli heeft zich van dergelijk woordgebruik onthouden. Evenmin verwijst de auteur uitdrukkelijk naar Romano.

91. Giugni heeft de notie ‘rechtsorde’ aangescherpt tot een zogeheten ‘*sistema autosufficiente di norme sulla produzione normativa*’ (178). Zijn pluralistische benadering is i.t.t. Santoro-Passarelli van louter ‘inwendige’ aard (179). Hij analyseert de *ordinamento intersindacale* als een rechtsorde. De erkenning van deze rechtsorde verschuift in zijn monografie naar de achtergrond. Giugni concentreert zich op de vraag of de door de sociale partners gecreëerde rechtsorde een oorspronke-

(178) G. GIUGNI, *o.c.*, 48.

(179) *Ibidem*, én 53-54. Hij beschouwt de erkenning van de autonomie als een constitutieve, veeleer dan louter declaratoire handeling. G. GIUGNI, *o.c.*, 61-63. Hij zet zich uitdrukkelijk af tegen de denkfout van bepaalde Franse institutionele denkers, die uit het karakter van juridiciteit van een rechtsorde een titel tegen de statelijke rechtsorde afleiden.

lijk karakter heeft(180). Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. Het post-corporatieve c.a.o.-overleg wordt naar analogie met de Angelsaksische arbeidsverhoudingen als een rechtssysteem geanalyseerd dat niet kan worden teruggevoerd tot een vooraf bestaande statelijke rechtsnorm. Het betreft een structuur *iure proprio*. Kenmerkend aan dergelijke rechtsorde is de wederzijdse erkenning van de representativiteit van de sociale partners en een dynamiek om op duurzame wijze een normatieve ordening van de collectieve arbeidsverhoudingen te vestigen(181).

De auteur beklemtoont het paritair karakter van deze ordening(182). De aard van deze ordening onderscheidt zich wezenlijk van een maatschap. Ze is gebaseerd op onderscheiden en tegengestelde belangen(183).

92. Voor wat de juridisch-technische constructie betreft van de onderneming en de arbeidsverhouding komt Giugni tot een tegengestelde conclusie(184). Noch de bepalingen van het Italiaanse Burgerlijke Wetboek, noch de Italiaanse rechtspraak en rechtsleer zouden wijzen op een invloed van Romano's geschriften. Deze zienswijze contrasteert sterk met de hierboven aangehaalde evolutie van Romano 's zienwijze tussen de eerste en de tweede editie van zijn *Ordinamento Giuridico*(185).

Giugni's visie sluit nauw aan bij de actuele duiding van de bepalingen i.v.m. de onderneming en de arbeidsverhouding in het licht van de nieuwe Italiaanse grondwet. De actuele Italiaanse doctrine hecht eraan om het contractuele karakter van de arbeidsverhouding te beklemtonen(186). Zij zet zich daarbij af tegen een te institutionele duiding van de relevante bepalingen in de *Codice Civile*. Een grote gehechtheid aan de contractsvrijheid is hieraan niet geheel vreemd.

93. De vraag rijst of de vermeende antinomie tussen contract en instituut niet wezenlijk schatplichtig is aan een typisch Frans denk-schema. Deze benadering heeft met de Romaniaaanse invulling van de institutionele benadering geen uitstaans.

(180) *Ibidem*, 66.

(181) *Ibidem*, 107-109.

(182) *Ibidem*, 110.

(183) *Ibidem*, 111.

(184) G. GIUGNI, *l.c.*, 180-181.

(185) Zie IV D.

(186) Zie onder meer E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Bari, Cacucci, 2003, (Tweede hoofdstuk).

94. In twee opvallende geschriften over de onderneming en de arbeidsverhouding werd de vraag onderzocht of de onderneming als een ‘arbeidsgemeenschap’, respectievelijk een ‘rechtsorde’ kan worden beschouwd. Mancini gaat in *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*(187) uitvoerig in op de historische roots van de onderneming als ‘arbeidsgemeenschap’. Een rechtstreekse dialoog met Romano’s geschriften bleef uit.

De analyse van de arbeidsverhouding in de Italiaanse *Codice civile* wordt sterk getekend door deze idee. De arbeidsverhouding wordt ingebed in de onderneming. Aan de onderneming beantwoordt een gemeenschapsgedachte.

95. Mancini reconstrueert de genese van het aan de Germaanse juridische cultuur ontleende begrip ‘*Betriebsgemeinschaft*’. De auteur voert dit begrip terug tot twee zeer onderscheiden historische en ideologische momenten. In een eerste beweging manifesteerde de idee van de *Betriebsgemeinschaft* zich in zijn democratische en emancipatorische gestalte. De Weimar-republiek voerde in 1920 het *Betriebsrätegesetz* in. De onderneming werd daardoor omgevormd tot een sfeer die in het teken stond van medezeggenschap en inspraak.

Een tweede beweging betrof de post-Gierkiaanse benadering van de onderneming als *Gemeinschaft kraft herrschaftlicher Gewalt*. Kenmerkend aan dergelijke gemeenschap is dat de deelgenoten van de gemeenschap aan een gemeenschappelijk geacht belang participeren, zonder op gelijke wijze aan het bedrijfsrisico te zijn onderworpen. Dit onderscheid wettigt een sterk hiërarchische structuur waarin niet alle deelgenoten het statuut van vennoot hebben.

96. Mancini voert de constructie van de onderneming in de *Codice civile* terug op deze post-Gierkiaanse opvatting. Het fascistische regime betekende een achteruitgang op het vlak van de werknemers-inspraak in de onderneming(188). Artikel 2086 C.C. beschrijft de onderneming als een *herrschaftliche (signorile)* gemeenschap waarbinnen de medewerkers afhangen van het ondernemingshoofd (*capo dell’ impresa*). Niettegenstaande de Italiaanse *Codice civile* sterker dan het BGB de stempel draagt van een door de Duitse doctrine ontwikkelde gemeenschapsvisie, dekken de gehanteerde *rubricae* zelden de volledige lading.

(187) G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957, 97-146.

(188) G.F. MANCINI, *o.c.*, 123.

Mancini toont o.i. op overtuigende wijze aan dat de plicht tot trouw aan het ondernemingshoofd niet echt op een organische leest werd geschoeid. Een personenrechtelijke getrouwheidsplicht dient een algemeen karakter te hebben en verbindt niet enkel tot onthoudingsplicht. De in artikel 2105 C.C. geënumereerde verplichtingen zijn specifiek en verbinden slechts tot onthouding. Al deze verplichtingen kunnen uit op de leest van ruilverhoudingen gebaseerde *goede trouw* worden afgeleid.

97. Wezenlijk aan een post-Gierkiaanse benadering van de arbeidsverhouding lijkt een persoonlijk pact waarbij getrouwheid beloofd wordt in ruil voor bijstand en bescherming. Artikel 2114 Codice Civile geeft o.i. blijk van de ontpersoonlijking van de plicht tot *previdenza* en *assistenza*. Deze plichten vloeien blijkens de *Codice civile* niet voort uit de arbeidsverhouding, maar uit de *leggi speciali*. De auteur merkt op dat de Italiaanse grondwetgever in 1947 heeft aangeknoopt bij de Weimariaanse visie op de onderneming als *Betriebsgemeinschaft*. Artikel 46 C.C. waarborgt het recht van de werknemers om mee te werken aan het beheer van de onderneming. Het betreffende grondwetsartikel werd tot op heden niet op volwaardige wijze bij wet omgezet.

Hij merkt o.i. terecht op dat de juridisch-technische constructie van de samenwerkingsgedachte deficiënt is gebleven. Ze wordt in de *Codice civile* op louter eenzijdige wijze beschreven als een bron van plichten van de werknemer. In de Italiaanse Grondwet wordt de samenwerkingsgedachte slechts in verband gebracht met de inspraakrechten van de werknemers.

98. Persiani wijdde in 1966 een studie aan de relatie tussen arbeidsverhouding en organisatie(189). Hij onderzoekt er in welke mate de onderneming als een rechtsorde kan gelden. De auteur toetst deze vraagstelling aan Romano's institutionele rechtsorde-concept. Het antwoord is ontkennend. De weerlegging berust op een dubbele argumentatie. De auteur stelt dat de vraag of een onderneming als een rechtsorde kan gelden uitsluitend kan worden beoordeeld aan de hand van de juridisch-technische constructie van de onderneming door het statelijke recht.

(189) M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966. De voor onderzoek relevante beschouwingen lopen van p. 33 tot p. 93.

Kenmerkend aan de omgang met Romano's denken is het belang dat gehecht wordt aan het concept *autonomia*. Hij onderzoekt niet primair of een onderneming *in se et per se* als een rechtsorde in de Romaanse zin van het woord kan gelden. Centraal staat de vraag of het statelijke recht deze rechtsorde als rechtsorde heeft erkend. Die erkenning wordt primair gedacht als de erkenning van een vorm van autonomie. Maatgevend is of een bepaalde entiteit door de statelijke rechtsorde wordt geconstrueerd als een *sistema autosufficiente di produzione normativa* kan gelden. Het komt ons voor dat de auteur daarmee het *quid* van het rechtsorde-karakter verwacht met de erkenning van dit karakter door de Staat.

De vaststelling dat de onderneming naar statelijk recht juridisch-technisch geconstrueerd wordt als een bundeling van individuele arbeidscontracten tussen de werkgever en een reeks (geatomiseerde) werknemers wordt door Persiani in navolging van Romano als een afdoende argument beschouwd om te ontkennen dat de rechtsorde als rechtsorde, of als een dergelijk autosufficient systeem van normering zou zijn erkend(190).

99. Persiani drijft bij de beantwoording van deze vraag de tegenstelling tussen de organisatorische origine én de contractuele origine van de rechtspositie van de werknemers en de werkgever binnen de onderneming op de spits. Daarbij wordt niet onderzocht of de contractuele vormgeving niet op haar beurt verwijst naar de organisatorische context. In een tweede beweging verwerpt de auteur o.i. terecht de stelling dat naar Italiaans recht een gemeen ondernemingsbelang zou zijn te onderscheiden. De contractuele kwalificatie van de arbeidsverhouding zou wijzen op het bestaan van onderscheiden belangen tussen de werkgever en de werknemers. De auteur bestrijdt eveneens de stelling dat dergelijk ondernemingsbelang via het unitaire begrip *causa* kan worden geconstrueerd. Noch de ruil tussen arbeid tegen loon noch de samenwerking tussen arbeid en kapitaal worden als *causa* aanvaard. De functie of de *causa* betreft de organisatie van de arbeid als evenwicht tussen wezenlijk tegengestelde belangen.

(190) Zie in dezelfde zin ook G. GIUGNI, *l.c.*, 180-181.

V. De arbeidsverhouding als contractuele verhouding

A. DE CONTRACTUELE KWALIFICATIE

100. Door het sluiten van een arbeidsovereenkomst verbindt een werknemer zich om tegen loon ‘onder het gezag’ of ‘in dienst’ van een werkgever arbeid te verrichten(191).

De arbeidsverhouding tussen een werkgever en een werknemer wordt door het Belgische en het Nederlandse (statelijke) recht *uitdrukkelijk* op een *contractuele* leest geschoeid(192). De Belgische en de Nederlandse wettelijke *definitie* van de arbeidsovereenkomst maken abstractie van de onderneming. Evenmin wordt *uitdrukkelijk* gewag gemaakt van het bestaan van een samenwerkingsverband tussen beide contractanten.

101. Het kan ook anders. In de Italiaanse *Codice Civile* (1942) wordt de *arbeidsverhouding*(193) uitdrukkelijk ingebed in de onderneming. Deze gedachte spreekt uit de algemene structuur van het Italiaanse Burgerlijk Wetboek én uit specifieke bepalingen. Deze verhouding wordt uitdrukkelijk aangemerkt als een *samenwerkingsverband* tussen

(191) De Belgische Arbeidsovereenkomstenwet maakt uitdrukkelijk gewag van een ‘gezagsband’. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek maakt gewag van ‘in dienst’ verrichte arbeid. Voor de draagwijdte van de gezagsband naar Belgisch recht: C. ENGELS, *Het ondergeschikt verband naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1989, 644 p.; P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 420 p.; P. HUMBLET, „Gezag en ondergeschiktheid in de 21^e eeuw. Van werknemer naar medewerker?” in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar Arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 85-96; K. VAN DEN LANGENBERGH, *Schijnzelfstandigen of Oneigenlijke werknemers*, Brussel, Federaal Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 268 p. Voor de draagwijdte van de notie „in dienst” naar Nederlands recht: C.J. H. JANSEN en C.J. LOONSTRA, *Functionies onder spanning: een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding en de arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, 1997, 111 p. en P.F. VAN DER HEIJDEN, „De definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 610 boek 7 NBW”, in P.F. VAN DER HEIJDEN, *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer, Kluwer, 1991, 41-55.

(192) Artikel 7: 610 N.B.W. (Nederland); artikel 2 en 3 Arbeidsovereenkomstenwet (België). Zie ook § 611 BGB (Duitsland) en artikel L 121-1 *Code du Travail* (Frankrijk).

(193) Arbeidsverhouding: De Italiaanse *Codice civile* gebruikt in overwegende mate de uitdrukking *rapporto di lavoro*. De belangrijkste bepalingen i.v.m. de arbeidsverhouding worden uitgewerkt in Boek V. Het arbeidsovereenkomstenrecht figureert na en los van de uiteenzetting van het personen- en familierecht (Boek I), het zakenrecht (Boek III) en verbintenissenrecht (Boek IV). *Del rapporto di lavoro* maakt de Derde Afdeling uit van de Tweede Titel (*Del lavoro nell'impresa*).

de werknemers (de ‘*collaboratori*’) en het ondernemingshoofd(194). Men bemerke: de ‘civilisering’ van de arbeidsovereenkomst, d.w.z. de formele integratie van het arbeidsovereenkomstenrecht in het Burgerlijk Wetboek, is voor de juridische constructie van de arbeidsverhouding *niet* van doorslaggevende betekenis geweest(195).

102. Maurice Hauriou en vooral Georges Renard hebben het contract geassocieerd met een on-persoonlijke, efemere, rigide verhouding die formeel in het teken van gelijkheid staat. Voor dergelijke duiding van de contractuele verhouding pleiten sterke argumenten.

103. Het **onpersoonlijke** van obligatoire contractuele verhoudingen blijkt uit de structuur van de *Code civil*. Het verbintenissenrecht wordt ontwikkeld na én uit het zakenrecht. Contracten worden opgehangen aan het eigendomsrecht. Ze betreffen een vorm van eigendomsverwerving. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek lijkt aan eenzelfde basislogica schatplichtig te zijn. Verbintenissenrecht en zakenrecht gaan op in het vermogensrecht(196). In het Duitse Burgerlijk Wetboek werd deze *nexus* tussen zakenrecht en verbintenissenrecht verlaten. Het verbintenissenrecht wordt er voorafgaand aan het zakenrecht behandeld.

In Frankrijk, België, Nederland en Duitsland werd de categorie ‘huur van werk’ gesubstitueerd door de categorie ‘arbeidsovereenkomst’. In de twintigste eeuw werd de arbeidsovereenkomst allerwegen het voorwerp van uitgebreide regulering(197). Voor de formele allocatie van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek had deze evolutie wisselende gevolgen. In Nederland bleef het arbeidsovereenkomstenrecht formeel verankerd in het B.W. De arbeidsovereenkomst kreeg een bijzondere titel toebedeeld in het Boek 7 betreffende ‘bijzondere overeenkomsten’.

(194) Zie Artikelen 2086, 2094. De uitdrukking ‘*collaboratori dell ‘imprenditore*’ duikt ook op in de Tweede Afdeling van Titel II, Boek V. Het gebruik van de term ‘medewerking’ strekt er evenwel niet toe de ‘ondergeschiktheid’ te camoufleren. Het begrip ‘*lavoro*’ wordt in Boek V als een dichotomie voorgesteld van ‘*lavoro subordinato*’ en ‘*lavoro autonomo*’.

(195) Zie ook de Franse *Code du Travail* en de Belgische *Wet op de Arbeidsovereenkomsten*. De omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst werd uitgewerkt buiten de *Code civil* doet geen afbreuk aan haar civielrechtelijk, inzonderheid contractueel karakter.

(196) Zie in dit verband artikelen 3.1.1.0 tot 3.1.1.16 N.B.W.

(197) De Belgische Wet op de Arbeidsovereenkomst van werklieden dateert van 10 maart 1900. De Wet betreffende het bediendencontract dateert van 7 augustus 1922. De Nederlandse Wet op de arbeidsovereenkomst dateert van 13 juli 1907.

In Frankrijk en België werd de optie verlaten om de titel 'Huur van Werk' verder uit te werken. Het 'nieuwe' arbeidsovereenkomstenrecht werd niet ingekapseld in de 'oude' *Code Civil*. In Frankrijk werd het ganse arbeidsrecht zelfs het voorwerp van een 'emancipatorische'-codificatie. De *Code du Travail* houdt zich a.h.w. staande tegenover de *Code civil*. In Duitsland werd een uitgewerkte regulering van de arbeidsovereenkomst (*Dienstvertrag*) geïntegreerd in Boek II BGB (*Das Recht der Schuldverhältnisse*).

Hoogst origineel lijkt ons de allocatie van de arbeidsovereenkomst in de Italiaanse *Codice civile*. De arbeidsovereenkomst blijft formeel geïntegreerd in het Burgerlijk Wetboek. Ze wordt er evenwel in een afzonderlijk *boek* uitgewerkt. Het arbeidsovereenkomstenrecht manifesteert zich op nevensgeschikte wijze naast het vermogensrecht en het personen- en familierecht.

104. Rommes *De onderneming als Gemeenschap in het Recht* werd zichtbaar geïnspireerd door deze benadering. Het boek kan worden opgevat als een pleidooi *de iure constituendo* om de arbeidsverhouding als gemeenschapsverhouding een eigen huis te geven. De auteur onderscheidt de arbeidsverhouding van de vermogensrechtelijke én de personenrechtelijke verhouding(198).

105. Historisch geldt de contractualisering van bepaalde juridische verhoudingen als een vorm van ont-persoonlijking van het recht. Klassiek wordt de 'gebondenheid' van contractspartijen als een uiting van de **(contracts)vrijheid** gezien. De gebondenheid betreft wezenlijk een *liber volui*, veeleer dan een *coactus volui*. In een Jacobijnse visie dient de juridische gebondenheid van de burger restloos voort te vloeien uit de door de *volonté générale* geformuleerde wet dan wel uit

(198) Zie in dit verband het pleidooi van Romme voor een ontkoppeling van het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht van het te vermogensrechtelijke Burgerlijk Wetboek: C.P. ROMME, *De onderneming als gemeenschap in het Recht*, Amsterdam, Urbi et orbi, 1946, 111-114. Koopmans wijst zeer terecht op de parallel met de *Codice civile*: T. KOOPMANS, *o.c.*, 324-325. Voor een omvattende studie van de verhouding van het Nederlandse arbeidsovereenkomst tot het civiele recht, zie de dissertatie van Y. KONIJN, *Cumulatie of exclusiviteit*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 1999, 343 p. Zie ook de boeiende beschouwingen van J.M. VAN SLOOTEN, *o.c.*, 13-35; T. VAN PELPE, „De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht” in P.F. VAN DER HEIJDEN, *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer, Kluwer, 1991, 11-40.

de *private wilsautonomie*(199). Voor een onmiddellijke binding van de burger door intermediair recht is in dergelijk kader geen plaats. De vorming van dergelijke verbanden werd evenmin geacht te beantwoorden aan een existentiële of maatschappelijke behoefte. Notoir is de gevleugelde uitdrukking van Le Chapelier (1791): „*Il n’y a plus de corporations dans l’Etat. Il n’y a plus que l’intérêt particulier de chaque individu et l’intérêt général*”(200). Hilarisch lijkt ons de uitspraak van een lid van het Belgische Nationaal Congres tijdens de voorbereidende werken van de Belgische Grondwet (1831): „*Je me suis demandé si le besoin d’association est bien du siècle présent*”(201).

106. Het mens- en maatschappijbeeld eigen aan het revolutionaire civiele recht is atomistisch. Het ‘bevrijdt’ de burger van statutaire of inter-persoonlijke banden die op een organische leest werden geschoeid. Het contract wordt de dominante figuur voor de vormgeving van juridische relaties(202). Vanuit het ietwat smalle gezichtspunt van de formele of juridische gelijkheid, zijn alle burgers gelijk voor de wet én op gelijke wijze titularis van de contractsvrijheid.

(199) Deze gedachte werd tijdens de voorbereidende werken van de Franse *Code civil* bij herhaling door Cambacérés vertolkt. Zie in dit verband: *Rapport fait à la Convention Nationale Sur le 2e Projet de Code civil* in P.A. FENET, *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, I, Osnabrück, Otto Zeller (Réimpression de l’édition 1827), 100, 108 („*La loi et les conventions sont les deux causes des obligations. La loi prescrit des devoirs individuels: les hommes, en réglant entre eux les transactions sociales, s’imposent eux-mêmes des engagements qu’ils forment, étendent, limitent et modifient par un consentement libre*”) en *Rapport fait à la Convention Nationale Sur le 3e Projet de Code civil* in P.A. FENET, *Recueil complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, I, Osnabrück, Otto Zeller (Réimpression de l’édition 1827), 169-171.

De bekendere *Discours préliminaire* van Portalis, noch de parlementaire besprekingen zelf bevatten ter zake interessante passages.

Zie eveneens Artikel 8 van de *Déclaration des droits de l’homme adoptée par la Convention Nationale le 29 mai 1793* en artikel 7 *Déclaration des droits et des devoirs de l’homme et du citoyen* 5 Fructidor An III, zoals weergegeven in A. AULARD en B. MIRKINE-GUETZEVITSCHE, *Les déclarations des droits de l’homme*, Parijs, Payot, 1929, 22 en 29.

(200) Zie C. WISEKERKE, *De afschaffing der gilden in Nederland*, Amsterdam, H.J. Paris, 1938, 44.

(201) Zie de interventie van SERON: E. HUYTENS, *Congrès National de Belgique*, Brussel, Larcier, 1884, 473.

(202) Dit proces werd treffend geschetst door ondermeer H. Maine (1822-1888) en F. Tönnies (met verwijzing naar Maine): H. MAINE, *Ancient Law* (1861), London, Everyman’s Library, 1977, 99-100, 179; F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), Hoofdstuk 1, §§ 19, 22, 25 en Hoofdstuk 3 § 7. Teneinde kopbrekens ten gevolge van de Gothische typografie te vermijden, werd door ons van een Engelstalige vertaling kennis genomen (Community & Society, New York, Harper & Row, 1963). Hedendaagse drukken zijn anastatisch.

107. De obligatoire gebondenheid zal bovendien (veelal) wederkerig én herroepbaar zijn. Krachtens een algemeen beginsel kunnen wederkerige overeenkomsten voor onbepaalde duur steeds eenzijdig worden beëindigd. Contractuele relaties openbaren zich als **efemere** of **precaire** juridische relaties. Eerder duidde Hegel de contractuele relatie als een uiterst contingente samenvloeiing van wilsuitingen van geatomiseerde particulieren (*'unmittelbar selbständige Personen'*). Contracten komen tot stand op een kruispunt van wilsuitingen die identiek of gemeen zijn. Van een waarachtige gemeenschappelijkheid die *an und für sich* is, kan geen sprake zijn. Om die reden heeft Hegel een contractuele kwalificatie van het huwelijk en de Staat verworpen. Deze behoren niet tot de sfeer van *Gesellschaft*. De hogere orde van de *Sittlichkeit* en van de *Staat* zijn in het geding(203).

108. Wat partijen in onderling overleg hebben bedongen, strekt hen tot 'wet'. In beginsel kunnen dergelijke bepalingen *niet* eenzijdig door één der partijen worden gewijzigd. In weerwil van veranderende omstandigheden waaronder de overeenkomst moet worden uitgevoerd, kenmerkt het contract zich *in beginsel* door **rigiditeit**(204).

B. AARD VAN DE ARBEIDSVERHOUDING (*DONNÉ*) VERSUS CONTRACTUELE VORMGEVING (*CONSTRUIT*)

109. De vraag rijst of deze klassieke kenmerken die inherent heten te zijn aan de contractuele kwalificatie *in het algemeen* zich verdragen met de *specifieke aard* van de arbeidsverhouding. Met de specifieke aard wordt *in casu* niet primair bedoeld op de 'juridische aard'. Centraal staat een relatie tussen *donné* en *construit*.

(203) G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Hamburg, Verlag von Felix Meiner, 1967, § 75, p. 80. Voor een duiding, zie: L. HEYDE, *De verwerkelijking van de vrijheid*, Leuven, Universitaire Pers, 1987, 112-113. Cambacérés verklaart in zijn Rapport bij het derde ontwerp van de *Code civil* het ontstaan van contracten uitdrukkelijk door een beroep op het profijt: P.A. FENET, *o.c.*, 169 („*Les hommes ne traitent entre eux que pour s'assurer des avantages; (...) ainsi toute obligation se rattache à la propriété, puisqu'elle donne des droits à celui qui en profite*”).

(204) *Rigiditeit*: Deze *rigiditeit* wordt heden ten dage beperkt door de derogerende werking van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid: artikel 6:248 N.B.W.) Voor het Nederlandse recht dient bovendien rekening te worden gehouden met de improvisieeler (artikel 6:258 B.W.). Zie in dit verband: A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*. II, in C. ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 311-350. Voor België: R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, „Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, nrs. 190-191 (derogerende werking).

1. *Obligatoire versus 'persoonlijke' banden*

110. De arbeidskracht is antropologisch onafscheidbaar van de menselijke persoon(205). De uitvoering van de arbeidsovereenkomst raakt de mens als persoon(206) lichamelijk én geestelijk. Arbeidsovereenkomsten worden met een werknemer *intuitu personae* gesloten. Zo kan hij zich niet bevrijden door de verschuldigde arbeidsprestatie door een derde te laten presteren(207).

111. De zorg voor het lichaam en het welzijn van de werknemer maakt het voorwerp uit van een groeiend *corpus* van rechtsregels. Dit *corpus* heeft zich als 'arbeidsomstandighedenrecht' tot een onderscheiden en uiterst gedetailleerd rechtsdomein ontwikkeld.

(205) Aan deze gedachte werd in de Memorie van Toelichting bij de Nederlandse Wet op de arbeidsovereenkomst (1907) uitdrukkelijk gerefereerd: „Bovendien is er geen enkele overeenkomst, die zo diep ingrijpt in den geheelen maatschappelijken toestand van dengene, die de handeling aangaat, als juist de arbeidsovereenkomst, geen enkele, die zoo den ganschen mensch aanpakt en zijn lot bepaalt.” (A.E. BLES, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, 's Gravenhage, Boekhandel Gebr. Belinfante, 1907, 6).

Zij reminisceert aan § 32 van Paus Leo XIII's Encycliek *Rerum Novarum* (1891). Aldaar wordt niet enkel het noodzakelijk, maar ook het persoonlijk karakter van de arbeid beklemtoond, „daar de arbeidskracht vast zit aan den persoon, en geheel en al het eigendom is van hem, door wien zij wordt uitgeoefend, en tot wiens nut zij uiteraard bestemd is” (*Rerum Novarum*, Leiden, Uitgave van het Centraal Bureau van de Katholieke Sociale Actie, s.d.). De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst als 'huur van werk' kan in die optiek geïnterpreteerd worden als een emancipatorische referentie naar de 'eigendom over de arbeid'. Deze blijft de werknemer toehoren. Deze eigendom moet evenwel onderscheiden worden van Ripert's '*propriété de l'emploi*' (cf. het in de aanhef geciteerde *Aspects juridiques du Capitalisme moderne*). Deze laatste categorie verwijst naar de verhouding van de werknemer tot zijn werkgelegenheid.

In de IAO-Verklaring van Philadelphia werd eveneens beklemtoond dat 'arbeid geen koopwaar is' (zie in dit verband de aanhaling van dit adagium door T. VAN PEIJPE, „Contractvrijheid en de werknemer” in T. HARTLIEF en C.J.M. STOLKER, *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, 366.). Het lijkt ons niet vermetel te stellen dat deze formule door de eerder genoemde Encycliek werd beïnvloed. De uitdrukking 'arbeid is geen koopwaar' heeft op haar beurt het taalgebruik van de Sociale Leer van de Kerk beïnvloed (zie onder meer § 19 Encycliek *Centesimus annus* (1991) van Paus Johannes-Paulus II).

(206) De *crux* van het probleem schuilt in het gegeven dat de 'persoon' een juridisch-technische ontubbeling betreft van de persoon in de moraalfilosofische zin van het woord. Tussen de persoon in de moraalfilosofische zin van het woord en zijn lichaam is geen subject-object relatie denkbaar. Tussen het volstrekt onlichamelijke juridisch-technische rechtssubject en het lichaam van de persoon in moraalfilosofische zin is dergelijke relatie juridisch-technisch denkbaar. De marxistische rechtskritiek betoogt dat deze juridisch-technische ontubbeling de mogelijkheidsvoorwaarde van dergelijke vervreemding uitmaakt. Zie in dit verband: P. BEIRNE en R. SHARLET, *Pashukanis: selected writings on marxism and law*, London, Academic Press, 1980, 374 p. (inzonderheid het hoofdstuk 'Commodity and the Subject' van zijn *General Theory of Law and Marxism*). Zie ook F. TANGHE, „La critique marxiste du contrat de travail”, *R.I.E.J.* 1982, 73-125.

(207) Dit beginsel werd uitdrukkelijk verwoord in artikel 7: 659 B.W. (W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 15-16 en H.L. BAKELS, I. ASSCHER-VONK en W.J.P.M. FASE, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, 2000, 51; P.F. VAN DER HEIDEN, *Artikel 7: 659* in G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, losbl.). Voor België: C. ENGELS, *o.c.*, 157-164 en M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, Faculté de droit, 1982, nr. 121.

Het kan als concretisering gelden van enkele vage normen die een algemene zorgplicht impliceren voor de werkgever(208).

Van meer recente Belgische makelij is een arsenaal van bepalingen die ongewenste intimiteiten en pesterijen op het werk bestrijden(209). Niettegenstaande dergelijk gedrag ook kan uitgaan van medewerkers, kan het aanleiding geven tot werkgeversaansprakelijkheid.

De zorg voor de persoon van de werknemer blijkt ook uit zijn groeiende erkenning als *homo religiosus* en *homo politicus*, in weerwil van de arbeidsorganisatorische *contraintes*(210). Tal van schorsingsgronden geven tevens blijk van een streven om arbeid en zorg beter met elkaar te verzoenen(211).

112. Klassiek wordt aangenomen dat de arbeidsovereenkomst met de werkgever *intuitu pecuniae* tot stand komt. De werkgever kan zich bevrijden door zijn contractuele verplichtingen, bvb. de loonbetalingsplicht door een derde te laten presteren. Ook is het werkgeversgezag in beginsel vatbaar voor delegatie. De dood van de werkgever heeft in beginsel geenszins het einde van de arbeidsovereenkomst tot gevolg(212).

(208) Zie in dit verband artikel 7: 658 B.W. (de Nederlandse doctrine maakt ter zake gewag van een zorgplicht); Artikel 20, 2° Arbeidsovereenkomstenwet ('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'). Zie voor Duitsland de in § 618.1. BGB verankerde *Fürsorge*-plicht.

(209) K.B. 18 september 1992 ter bescherming van de werknemers tegen ongewenst sexueel gedrag op het werk; artikelen 32 *bis* tot 32 *tredecies* Welzijnswet. Voor Nederland: zie artikel 4. 2. Arbeidsomstandighedenwet 1998 (werkgeversbeleid met betrekking tot het beschermen van werknemers tegen seksuele intimidatie).

(210) *homo religiosus*: Voor Nederland: zie I.P. ASSCHER-VONK, „Grondrechten en de arbeidsovereenkomst in het NBW”, in P.F. VAN DER HEIJDEN, *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer, Kluwer, 1991, 90-94; P.S. FLUIT en W.A. ZONDAG, „De rechtspositie van de werknemer bij bezwaren tegen zondagsarbeid”, *Sociaal Maandblad Arbeid* 2000, 420-427 en 501-511; E. VERHULP, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 94-109. Voor België: S. GABRIËLS, „Godsdienstbeleving op de werkplek” in A. VAN LOOVEREN (ed.), *De werknemer: een burger ook in de onderneming?*, Antwerpen, ISUA, 2003, 144-168 en P. HUMBLET, „Grondrechten in de onderneming: (g)een contradictio in terminis” in M. RIGAUX en W. VAN EEECKHOUTTE (ed.), *Actuele Problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Myn Breesch, 1997, 373-378.

homo politicus: artikel 7: 635.1.e); 7: 643, 7: 670.6 N.B.W.; artikel 28. 4° c) Arbeidsovereenkomstenwet en Wet van 19 juli 1976 tot instelling van een verlof voor de uitoefening van een politiek mandaat.

(211) *Arbeid en zorg*: zie voor Nederland: Wet van 16 november 2001 tot vaststelling van regels voor het tot stand brengen van een nieuw evenwicht tussen arbeid en zorg in de ruimste zin.

Voor België: Artikel 30 en 30bis Arbeidsovereenkomstenwet; C.A.O. 19 december 1989 houdende invoering van een verlof om dwingende redenen; C.A.O. van 29 april 1997 tot instelling van een recht op ouderschapsverlof; C.A.O. 10 februari 1999 betreffende het behoud van het normaal loon van de werknemers voor de afwezigheidsdagen ter gelegenheid van het overlijden van overgrootouders en achterkleinkinderen.

(212) Dood van de werkgever: artikel 7:675 B.W.; artikel 33 Arbeidsovereenkomstenwet.

113. Anderzijds lijken bepaalde wetsartikelen erop te wijzen dat de arbeidsverhouding ook t.a.v. de werkgever een ‘persoonlijk’ karakter heeft. Men kan zich niet van de indruk ontdoen, dat de relatie tussen de juridische werkgever *als rechtspersoon* en de werknemer geschoeid wordt op de leest van de intermenselijke relaties. Is het vermetel te gewagen van een verwarring tussen werkgever en ondernemingshoofd? Artikel 16 Arbeidsovereenkomstenwet maakt gewag van een verplichting tot wederkerige ‘eerbied’ en ‘achting’. Werkgevers en werknemers dienen tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst de ‘welvoeglijkheid’ en de ‘goede zeden’ in acht te nemen(213).

De omstandigheid dat zogeheten dienstboden inwonend zijn, leidt tot een verhoogde personalisering van de arbeidsverhouding. In de klassieke Latijnse betekenis van het woord staat de *familia* voor het geheel van personen die zich onder één dak bevinden, die onder één *dominus* staat. Zo valt op dat de Belgische en de Duitse wetgever *bijzondere* bepalingen hebben uitgewerkt die getuigen van een zorg voor de bescherming van de persoon van de dienstbode die in de ‘huishouding’ is opgenomen(214).

114. Het Nederlandse en Belgische *ontslagrecht* geeft eveneens blijk van de idee dat de arbeidsverhouding een persoonlijke band schept tussen de werkgever en de werknemers. Artikel 35 is de enige bepa-

(213) Een identieke bepaling ontbreekt in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Het lijkt aannemelijk dergelijk beginsel te verankeren in de norm van goed werkgeverschap en werknemerschap (artikel 7: 611 N.B.W.).

Het N.B.W. kwalificeert bepaalde gedragingen die moeilijk anders dan als een gebrek aan eerbied en achting t.a.v. de contractspartij kunnen worden beschouwd als een dringende reden. (bv. grove beledigingen of mishandelingen. Zie artikel 7: 678 2.e en artikel 7: 679.2.a N.B.W.).

(214) Artikel 20.4^o Arbeidsovereenkomstenwet (de plicht tot *behoorlijke* huisvesting en tot verstrekking van *gezond* en *voldoende* voedsel in geval de werkgever zich verbonden heeft tot het verschaffen van kost en inwoning en artikelen 110 („arbeid in behoorlijke omstandigheden wat betreft hygiëne en comfort”). De Belgische Arbeidsovereenkomstenwet heeft aan de arbeidsovereenkomst voor dienstboden een aparte titel gewijd (zie in dit verband: S. DECUYPER, „De wet van 24 april 1970 betreffende de arbeidsovereenkomst voor dienstboden”, *R.W.* 1970-71, 1401-1416; J. JACQMAIN, „Réflexions sur le travail domestique”, *Soc. Kron.* 1983, 337-363; L. FRANCOIS, „Essai de définition du louage de services domestiques. Son incidence sur les fonctions économiques de l’employeur”, *T.S.R.* 1961, 61-114.). Een gelijkaardige juridische categorie duikt in het N.B.W. niet op. Wel kan melding gemaakt worden van het vervallen artikel 1638 v. B.W. (oude nummering). Dit artikel hield een verplichting in voor de werkgever om inwonende arbeiders in de gelegenheid te stellen hun godsdienstplichten te vervullen en ontspanning van de arbeid te genieten. DE GAAY FORTMAN merkte dit artikel aan als een element van personenrechtelijke aard (DE GAAY FORTMAN, *De onderneming in het arbeidsrecht*, Amsterdam, Vrije Universiteit, 1936, 26). Daarnaast vermeldt hij de wettelijke kwalificatie als dringende reden van bekendmaken van ‘bijzonderheden aangaande de huishouding’ die de werknemer geheim behoorde te houden (actueel artikel 7: 678 2.1 N.B.W.).

Zie voor Duitsland § 618 2. BGB (zorg voor de gezondheid, de zedelijkheid en de religie van de werknemer die in de „*Häusliche Gemeinschaft*” is opgenomen).

ling van de Arbeidsovereenkomstenwet die naar de ‘samenwerkingsgedachte’ verwijst. Een dringende reden dient van aard te zijn de ‘professionele *samenwerking*’ tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk te maken. Bepaalde voorbeelden die door de Nederlandse wetgever worden gekwalificeerd als dringende redenen suggereren dat de arbeidsverhouding een persoonlijke vertrouwensband tussen werkgever en werknemer inhoudt(215). Bepaalde omstandigheden die geenszins betrekking hebben op de uitvoering van de contractueel bedongen arbeid, sterker, die zich vaak *buiten* de tijd-ruimtelijke context van die uitvoering situeren, kunnen naar Nederlands recht aanleiding geven tot een ontslag om dringende reden. De Arbeidsovereenkomstenwet bevat geen exemplatieve enumeratie van de dringende reden. De Belgische rechtspraak heeft in het verleden bepaalde ‘groeve tekortkomingen’ die los stonden van de uitvoering van de contractueel bedongen arbeid, welke zich bovendien buiten de tijdruimtelijke context van de uitvoering van de bedongen arbeid situeerden (bv. feiten uit het ‘privé-leven’) als dringende reden erkend(216).

De erkenning van deze persoonlijke of personenrechtelijke component komt soms tot uitdrukking door de kwalificatie van de arbeidsverhouding als een ‘samenwerkingsverband’.

115. In het **wetgevend arsenaal** duikt de samenwerkingsgedachte zelden *verbatim* op. Men dient ter zake een onderscheid te maken tussen *individueel* arbeidsrechtelijke en *collectief* arbeidsrechtelijke consecraties van de samenwerkingsgedachte.

116. Enkel de Italiaanse *Codice civile* maakt in zijn definitie van de arbeidsverhouding uitdrukkelijk melding van de samenwerkingsge-

(215) Zie in dit verband de relevantie van het „vertrouwen” dat een werkgever in een werknemer dient te hebben ex artikel 7: 678.2.d N.B.W. Zie ook de artikelen 7: 678.2.a (misleiding bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst), 7: 678.2.c (het zich overgeven ondanks waarschuwing aan dronkenschap of liederlijk gedrag), 7: 678.2.e (mishandeling, grove beledigingen bedreiging op ernstige wijze van werkgever, familieleden of huisgenoten); 7: 678.2.f (verleiden van de werkgever, diens familieleden of huisgenoten tot handelingen strijdig met de wetten of de goede zeden); 7: 678.2.i (bekendmaken van geheimen i.v.m. de huishouding of het bedrijf). Voor een analyse van deze bepalingen: S. KUIP, „Artikel 7: 678 en 7: 679” in G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, losbl. M.b.t. het ontslag genomen door een werknemer om dringende reden: artikel 7: 679.2.a (mishandeling, grove belediging, bedreiging op ernstige wijze van werknemer, diens familieleden of huisgenoten) en 7: 679.2.b).

(216) Zie hierover F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 1999, 282-287 en D. DE MEULEMEESTER, *Het ontslag om dringende reden. Gevallestudie*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1997, 18-21.

dachte(217). Beklemtoond moet worden dat de samenwerkingsgedachte geenszins als een substituut fungeert voor de band van ondergeschiktheid. De bepalingen van de Italiaanse *Codice civile* zijn schatplichtig aan een typisch Gierkiaans denkschema(218) van de arbeidsverhouding als *Treudienstvertrag*. In dergelijk ‘Germaans’(219) denkschema verbindt een werknemer zich tot een persoonlijke dienst en trouw aan de werkgever die zorg draagt voor zijn bescherming. Het betreft een wezenlijk *doctrinale* analyse waarvan in het BGB nauwelijks sporen te vinden zijn. Dit eerder personalistische denkschema werd tijdens de fascistische corporatieve periode (1933-1945) ‘dankbaar’ geaccapareerd(220). Het Duitse *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* (20 januari 1934) vertoonde nog het sterkst de sporen van deze benadering. De personalistische benadering van de arbeidsverhouding werd op de leest geschoeid van het erg collectivistische en van dialectiek gespeende *Führer-prinzip*. De analyse van de arbeidsverhouding als een personenrechtelijke verhouding is om die reden sterk beladen. Niettegenstaande het een *topos* betreft in de klassieke traktaten van Nikisch(221) en Hueck/Nipperdey(222) stelt de hedendaagse Duitse doctrine zich sterk terughoudend op t.o.v. de personenrechtelijke kwalificatie van de arbeidsverhouding(223).

117. In de Belgische arbeidsovereenkomstenwet duikt de samenwerkingsgedachte slechts op in artikel 35 dat de dringende reden definieert. Aan het Nederlandse Burgerlijke Wetboek is de uitdrukking vreemd gebleven.

118. De samenwerkingsgedachte werd vooral in het collectief arbeidsrecht ontwikkeld. Het meest spraakmakende voorbeeld betreft de plicht tot *Zusammenarbeit* van de leden van de *Betriebsrat* én de

(217) Zie artikel 2094 Codice Civile.

(218) Zie voor een analyse van VON GIERKE'S analyse III.C.2.a.

(219) *Germaans*: naar het woordgebruik van A. SUPLOT, *o.c.*, 13-27. De auteur maakt gewag van „*deux cultures*”: een Romaanse en een Germaanse.

(220) Zie voor een kort overzicht: A. HUECK en H.C. NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, I, Berlin und Frankfurt, Verlag Franz Vahlen G.m.b.H., 1963, 22-25, A. NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, 25-26 en R. RICHARDI en O. WLOTZKE, *o.c.*, 28-31.

(221) A. NIKISCH, *o.c.*, 162-163, 445-448 (de auteur maakt gewag van een „*Gemeinschaftsverhältnis*” en van een „*enge persönliche Verbindung zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber*”).

(222) A. HUECK en H.C. NIPPERDEY, *o.c.*, I, 128-131.

(223) Zie hierover G. SCHAUB, *Arbeitsrechtshandbuch*, München, Beck, 2000, 200 en R. RICHARDI en O. WLOTZKE, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, I, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, 56-62.

werkgever(224). Deze verplichting heeft een harde juridische consequentie. De werkgever en de *Betriebsrat* mogen in het kader van hun belangenconflicten geen toevlucht nemen tot vormen van collectieve actie (*Massnahmen des Arbeitskampf*). Dergelijke verplichting tot samenwerking impliceert evenwel geenszins dat dergelijke belangenconflicten slechts via oeverloze palavers kunnen worden uitgepraat. Vooreerst laat de samenwerkingsverplichting het recht overeind van c.a.o.-partijen (*tariffähige Parteien*) om het betreffende belangenconflict via collectieve actie te beslechten. Tweedens, bepaalt het *Betriebsverfassungsgesetz* dat bij blijvende betwisting van bepaalde ondernemersbesluiten een *Einigungsstelle* als *arbiter* het geschil zal beslechten.

Het spraakmakend karakter blijkt vooral uit de impact die van deze terminologie uitging op enkele voor het Europees collectief arbeidsrecht belangwekkende richtlijnen.

Een bekende politieke wijsgeer parafraserend, waart een spook rond door het Europees inspraakrecht: de geest van samenwerking. Het betreft steeds een samenwerkingsplicht voor een ondernemingshoofd en een werknemersvertegenwoordiging om op loyale wijze samen te werken. Deze samenwerkingsplicht duikt zowel op in het kader van een *ad hoc* collectief overleg dat de creatie van overlegorganen tot voorwerp heeft, als binnen dergelijke organen die een meer permanente roeping hebben(225). De samenwerkingsplicht is evenwel gespeend van de verregaande implicaties op het vlak van de collectieve actie. Evenmin werd voorzien in een arbitrageplicht die van aard is het sacrosancte '*managerial prerogative*' verregaand te beperken. Naar Belgisch collectief arbeidsrecht dook de samenwerkingsgedachte tot voor kort nog slechts in één eerder marginale bepaling van de Bedrijfsorganisatiewet op(226). In de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) komt de terminologie niet voor.

119. De samenwerkingsgedachte duikt vooral op in een bepaald discours over de arbeidsverhouding. Notoir is de 65^{ste} overweging

(224) § 74 *Betriebsverfassungsgesetz*.

(225) Zie in dit verband de volgende bepalingen: Artikel 6. 1. en 9 Richtlijn 94/45 (Europese ondernemingsraden); Artikel 4 en 9 Richtlijn 2001/86 (Societas Europaea-richtlijn); artikel 1.3. Richtlijn 2002/14 (Kaderrichtlijn Informatie en Raadpleging) en artikel 4.1. en 11 Richtlijn 2003/72 (Societas Cooperativa Europaea).

(226) Zie artikel 15 eerste lid i) van de Bedrijfsorganisatiewet („De ondernemingsraden hebben tot taak (...) alle maatregelen te onderzoeken, die geschikt zijn om de ontwikkeling van de geest van samenwerking tussen het ondernemingshoofd en zijn personeel te bevorderen”). In de voorbereidende werken van de Bedrijfsorganisatiewet werd eveneens gerefereerd aan de idee van samenwerking (*Parl. St. Senaat, 1947-48, nr. 489, 5*).

van de encycliek *Quadragesimo anno* (1931). In deze encycliek wordt gewag gemaakt van de wenselijkheid om de arbeidsovereenkomst te vervangen door een maatschapscontract(227). De precieze draagwijdte van deze passus wordt niet uitvoerig toegelicht. Wel wordt gesuggereerd dat de werknemers op een bepaalde wijze zouden deelnemen aan de eigendom over de vennootschap of in de winsten ervan zouden kunnen delen.

120. Het samenwerkingsdiscours lijkt te suggereren dat werknemers ‘met’ een werkgever arbeiden. Wezenlijk voor de samenwerkingsgedachte is dat werkgevers als lieden kunnen worden beschouwd die juridisch verplicht zijn (persoonlijk) te arbeiden. Verbintenissen van werkgevers zijn wezenlijk verbintenissen om iets te geven, niet om iets te doen. De idee dat werkgevers zouden ‘werken’ is op zich bevreemdend(228). Wezenlijk voor de maatschapsgedachte is dat er gelijkheid bestaat tussen maten. Deze logische implicatie wordt evenwel zelden aanvaard(229).

121. *De lege lata* lijkt dergelijke kwalificatie ons onverenigbaar met de band van ondergeschiktheid die constitutief is voor de arbeidsovereenkomst. De *iure condendo* is een technisch-juridische constructie van de arbeidsverhouding als samenwerkingsovereenkomst slechts denkbaar voor zover de gezagsrelatie wordt opgeheven. In het andersliggende geval betreft het gebruik van het woord ‘samenwerking’ slechts een ideologisch *discours* dat een ongelijkheid beoogt toe te dekken. Dergelijke ingreep betekent o.i. geen amendering, doch een opheffing van het klassieke arbeidsovereenkomstenrecht.

(227) Tijdens de voorbereidende werken van de Belgische Bedrijfsorganisatiewet werd naar de gedachte van het maatschapscontract uitdrukkelijk verwezen. Evenwel valt niet onmiddellijk in te zien waarom de arbeidsovereenkomst door het instellen van een ondernemingsraad zou hebben opgehouden in het teken te staan van een gezagsband (*Parl. St. Senaat, 1947-48, nr. 489, 5*).

(228) Zie ook de bedenking van G. RIPERT, *o.c.*, 271: „*La collaboration n'a pas de place dans le répertoire des catégories juridiques. (...) Elle suppose d'ailleurs que les deux contractants apportent chacun leur travail. Or, dans l'entreprise, les apports sont de nature différente.*”

(229) Illustratief in dit verband is het betoog van M. Laloire. Hij pleit in 1940 in navolging van *Quadragesimo Anno* voor de vervanging van de arbeidsovereenkomst door het maatschapscontract. Tegelijk houdt hij een pleidooi voor „*une autorité ferme, responsable*”. De auteur laat er weinig twijfel over bestaan: „*Nous parlons de fonctions différentes au sein de l'entreprise, et non de fonctions égales*”. (M. LALOIRE, „Du contrat de Travail au Statut de l'entreprise”, *Revue du Travail* 1940, 133.). Zondag beschrijft eveneens op ietwat dubbelzinnige wijze het „platte karakter” van het institutionele „samenwerkingsverband”, waar hij stelt dat de „institutionele theorie uitgaat van een *zekere gelijkwaardigheid*”: W. ZONDAG, *l.c.*, 5, noot 17 van zijn bijdrage.

2. Efemeer versus duurzaam

122. In weerwil van het structureel efemere karakter van het contract kenmerkt elke arbeidsovereenkomst zich door een zekere mate van duurzaamheid(230). De uitvoering van de arbeidsovereenkomst gaat voor een werknemer gepaard met veelvuldige prestaties die zich in de tijd uitstrekken(231). Niettegenstaande het werkgeversgezag *pendente contractu* geenszins op permanente wijze effectief moet worden uitgeoefend, is de loutere mogelijkheid van dergelijke gezagsuitoefening een permanent gegeven. In regel zal ook de loondoorbetalingsplicht een recurrent gegeven zijn. Andere werkgeversplichten, zoals de plicht tot goed werkgeverschap én de verplichting tot eerbied en achting betreffen een permanent gegeven.

123. De relatie tussen het persoonlijke karakter van de samenwerking tussen werkgever en werknemer én de duurzaamheid van de arbeidsovereenkomst is een complexe aangelegenheid. Traditioneel worden persoonlijke, *a fortiori* personenrechtelijke juridische relaties als duurzame relaties opgevat. De duurzaamheid werd zeker in het verleden juridisch geconsolideerd door aan de eenzijdige verbreking van dergelijke verbanden zeer beperkende voorwaarden te stellen, *casu quo* deze onmogelijk te maken. Het personen- en familierecht is in dit verband illustratief.

124. Uitgererekend de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst een hoogst persoonlijke en zelfs lichamelijke betrokkenheid van de werknemer impliceerde, lijkt de Franse wetgever te hebben geïnspireerd tot

(230) Het bevreemdt dat deze eigenschap van de arbeidsovereenkomst zelden wordt opgemerkt. Uitzonderingen zijn *rari nantes* bv. G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Inleiding Nederlands sociaal recht, o.c.*, 107; T. KOOPMANS, *o.c.*, 341. Recent herinnerde ook S.F.H. JELINGHAUS (*Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Proefschrift, 2003, 151) aan dit kenmerk van de arbeidsovereenkomst.

(231) Zie ook A. NIKISCH, *o.c.*, 164-165; R. RICHARDI en O. WLOTZKE, *o.c.*, 62 en G. SCHAUB, *o.c.*, 200. Deze auteurs maken gewag van een „Dauerschuldverhältnis”. Zie in dit verband het door Hartkamp gemaakte onderscheid tussen „overeenkomsten die voorbijgaande en die voortdurende verbintenissen in het leven roepen” in Deel II van de *Algemene leer der overeenkomstenrecht* van de *Asser-reeks* (Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, nrs. 71. Zie ook W. VAN GERVEN, „Langdurige overeenkomsten. Prijsbepaling, Aanpassing wegens onvoorziene omstandigheden, Conflictregeling” in X., *Hommage aan R. Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 379-384 en W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, § 10.

de redactie van artikel 1780 van de *Code civil*(232). Dit artikel luidt dat men zijn diensten slechts voor beperkte tijd, of voor een bepaalde onderneming kan verbinden. Hieruit wordt terecht een verbod van levenslange binding afgeleid. Blijkens de voorbereidende werken blijkt dat de huur van diensten voor het leven onverenigbaar werd geacht met het revolutionaire verbod op slavernij en lijfeigenschap(233). Er is weinig verbeeldingskracht vereist om in te zien dat dergelijke *ratio legis* elke extrapolatie van het verbod van levenslange binding naar de patronale verbintenissen uitsluit.

3. *Gelijkheid versus hiërarchie*

125. De arbeidsovereenkomst beperkt er zich niet toe om *contractuele gebondenheid* te genereren. Zij tast de hoger geschetste abstracte, formele of juridische gelijkheid structureel aan. Door het sluiten van een arbeidsovereenkomst onderwerpt een werknemer zich immers aan het gezag van een werkgever. Hij treedt in dienst van hem. De uitoefening van het werkgeversgezag manifesteert zich door bevelen, instructies die bij de aanvang nog ongekennde of nog niet geactualiseerde verbintenissen in het leven zullen roepen(234).

De vrijheid van arbeid garandeert dat de contractueel verankerde ongeschiktheid formeel verenigbaar blijft met het revolutionaire gelijkheidsbeginsel(235).

(232) Het artikel 1780 van de *Code Civil* (1804) werd in meer recente arbeidsovereenkomstenrechtelijke wetgeving gerecipieerd. Zie artikel 7 *in fine* (Zij (de arbeidsovereenkomst) kan nooit voor het leven worden gesloten.) en artikel L 121-4 *Code du Travail*. Noch het Nederlandse, het Duitse of het Italiaanse Burgerlijk Wetboek bevatten een identieke bepaling. Artikel 7: 684 N.B.W. geeft een werknemer het recht om een arbeidsovereenkomst aangegaan voor langer dan vijf jaren of voor de duur van het leven op te zeggen met inachtneming van een termijn van zes maanden. § 624 BGB bevat een identieke bepaling. Zie voor Nederland: D. DE WOLFF, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, Deventer, Kluwer, 1999, 26-27, 61-62, 355-356.

Zie ook artikel 15 van de *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen, Constitution du 5 Fructidor An III*: „*Tout homme peut engager son temps et ses services, mais il ne peut se vendre, ni être vendu: sa personne n'est pas une propriété aliénable*” (zoals aangehaald in A. AULARD en B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *o.c.*, 29).

(233) Zie in dit verband F. DORSSEMONT, „Het recht op de vrije keuze van beroepsarbeid in artikel 23 van de Grondwet: een ultieme erkenning van de vrijheid van arbeid?”, *R.W.* 1994-95, 870; K. SALOMEZ, „De macht en het recht tot ontslag” in M. STROOBANT en O. VANACHTER, *o.c.*, 199-200.

(234) Cf. artikel 7: 660 N.B.W. en artikel 17 Arbeidsovereenkomstenwet.

(235) M. MAGITS, „De Wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomsten: de honderdjarige evolutie vóór en na” in M. STROOBANT en O. VANACHTER, *o.c.*, 13-14.

4. De onderneming: een 'arbeidsgemeenschap' in het teken van hiërarchie en dynamiek?

126. In de praktijk zal één of een aantal arbeidsovereenkomsten met eenzelfde werkgever of met diverse juridische werkgevers functioneel worden ingebed in één organisatiestructuur. Deze wordt gemeenzaam 'onderneming' genoemd. Het ondernemingshoofd en de werknemerscollectiviteit ontlenen er hun identiteit aan.

127. Een beschouwing van dergelijke context leidt vaak tot een uitvergroting van de hoger geschetste specifieke kenmerken van de arbeidsverhouding (persoonlijke samenwerking, duurzaamheid, ondergeschiktheid). Bovendien nodigt het uit tot het beklemtonen van de flexibiliteit van de arbeidsverhouding.

128. Het bestaan van een 'persoonlijke' verhouding tussen werkgever en werknemers werd veelvuldig verdedigd door de klassieke voorstelling van de onderneming als een *gemeenschap* tussen de factoren 'arbeid' en 'kapitaal'. De term 'arbeidsgemeenschap' lijkt zich beter te lenen voor middelgrote en grote ondernemingen(236).

Het gemeenschapsdenken versterkt *prima facie* een kritiek op een *te* vermogensrechtelijke benadering van rechtsverhoudingen waarin vermeende contractanten persoonlijk *casu quo* lichamelijk betrokken zijn. Voor de denkbaarheid van dergelijke kritiek vormt zij geen noodzakelijke voorwaarde. *A la limite*, volgt dergelijke persoonlijke én lichamelijke betrokkenheid *niet* uit de integratie van een significant aantal arbeidscontractanten. Het bestaan van een persoonlijke en lichamelijke betrokkenheid kan reeds op het microniveau van de singuliere arbeidsverhouding worden geaffirmeerd.

129. Het affirmeren van een persoonlijke 'samenwerkingsband' tussen werknemer en werkgever leidt tot een afweging van individuele belangen. In een contractuele verhouding drukt het contract primair de slotsom van die belangenafweging uit. Het affirmeren van een persoonlijke samenwerkingsband tussen een werknemer en een 'gemeenschap' leidt spontaan sterker tot een onderschikking van het particuliere belang van de werknemer ten gunste van de arbeidsorganisatorische *contraintes* van de 'onderneming als arbeidsgemeenschap'. Het versterkt de (lok)roep tot het versterken van het gezag van het onder-

(236) Zie in dit verband de beschouwingen van G. RENARD, *o.c.*, 372.

nemingshoofd. Dergelijke benadering zet het contractueel uitgedrukte en verankerde evenwicht onder (sociale en juridische) druk.

Op het interindividuele vlak werpt de categorie van de ‘persoon’ van de werknemer een dam op tegen bepaalde modaliteiten van gezagsuitoefening. Op het collectivistische gemeenschapsvlak stuwt de samenwerkingsgedachte vaak tot een (verdere) inperking van de persoonlijke vrijheid van de werknemer.

130. De term ‘gemeenschap’ heeft voor een jurist iets onbehaaglijks. Hij bevat een zweem van de o.i. juridisch moeilijk construeerbare ‘*fraternité*’(237). Het gebruik van de term ‘gemeenschap’ impliceert dat de leden van een vermeende gemeenschap door een gemeenschappelijk belang verbonden zijn. Het betreft een *bonum commune*, dat hun particuliere belangen overstijgt. Een oordeel over het bestaan van dergelijk ‘gemeenschappelijk belang’ lijkt ons geen opgave van de jurist te zijn. Men kan slechts vaststellen of een rechtsorde al dan niet uitgaat van het bestaan van dergelijk belang.

131. Het postuleren van dergelijk belang kan een ideologische constructie zijn, om achterliggende belangentegenstellingen toe te dekken. De vaststelling dat een rechtsorde — al dan niet terecht — uitgaat van het bestaan van dergelijke constructie lijkt ons juridisch niet neutraal(238).

Klassiek worden gemeenschappen niet op een anarchistische, maar op een hiërarchische leest geschoeid. Dit onderstelt dat beslissingen die de belangen én de leden van de gemeenschap affecteren in naam van ‘de gemeenschap’ en in functie van het vermeende ‘gemeenschappelijke’ belang worden getroffen. Deze beslissingen raken m.a.w. aan bepaalde ‘bevoegdheden’ of ‘prerogatieven’ die geacht moeten worden een functioneel of doelgebonden karakter hebben. ‘Bevoegdheden’ of ‘prerogatieven’ worden om die reden soms onderscheiden van louter willekeurige, naar het model van het eigendomsrecht uit te oefenen ‘subjectieve rechten’(239). Het postuleren van een ‘gemeen-

(237) Zie evenwel L. LENAERTS, „Vrijheid, gelijkheid broederlijkheid. Tijd voor herijking”, *R.W.* 1996-97, 1073-1080.

(238) Men kan hierin een toepassing zien van de „beschavende werking van hypocrisie” naar het gevleugelde woord van ethicus T. VANDEVELDE, „Mensenrechten in het bedrijfsleven: over de beschavende werking van hypocrisie” in P. NAUWELAERTS e.a., *Mensenrechten in het bedrijfsleven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 31-32.

(239) Zie in dit verband de standaardbijdrage van J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, 217-236 en P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, 451 p.; — „Les prérogatives juridiques”, *Archives de philosophie de droit* 1960, 65-131 en —, „Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs”, *Archives de philosophie du droit* 1964, 83-96.

schap' vormt een *tweesnijdend* zwaard. Het roept niet enkel op tot krachtig, maar ook tot deugdelijk bestuur(240).

132. De onderstelling dat een gemeenschapsvisie noopt tot een versterking van de persoonlijke band tussen werkgever en werknemer is niet geheel overtuigend. Een erkenning van deze context leidt o.i. integendeel tot een minder persoonlijke en meer functionele, institutionele of zakelijke band tussen werknemer en werkgever(241). Anders gezegd, de werkgever, *a fortiori* het ondernemingshoofd oefent de hem toegekende bevoegdheden op meer functionele wijze uit. Een treffende illustratie biedt het leerstuk van de overgang van onderneming. De overnemer is verplicht om de werknemers over te nemen wier taakstelling met de activiteit van de overgedragen onderneming verband houdt. Dergelijke regeling geldt als een *topos* van een institutionele visie op de onderneming. De persoonlijke band tussen de juridische werkgever en de werknemer wordt gesubstitueerd door een zakelijke of institutionele band tussen werknemer en onderneming.

133. Een reflectie over de onderneming 'als gemeenschap' doet vooral het beeld dagen van een 'organisatiestructuur', waarin regels worden vastgelegd, bestuursbeslissingen worden genomen en disciplinaire maatregelen worden getroffen. Vanuit een juridisch-pluralistisch perspectief kunnen dergelijke 'organisaties' als rechtsordes worden gekwalificeerd. Een dergelijke beschouwing van de onderneming biedt ruimte voor een institutionele lectuur in de Roaniaanse zin van het woord.

(240) Zie in dit verband G.H. CAMERLYNCK, „Le contrat de travail en droit français” in COMMUNAUTE EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L'ACIER, *Le contrat de travail dans le droit des Pays Membres de la C.E.C.A.*, Paris, Dalloz, 1964, 404; G. COUTURIER, „L'intérêt de l'entreprise” in P. COUV RAT, *Les orientations sociales du droit contemporain*, Paris, Puf, 1991, 144 „évoquer l'intérêt de l'entreprise, c'est peut-être justifier ces pouvoirs; mais n'est-ce pas suggérer aussi des limites à leur exercice ?”.

(241) Deze pertinente gedachte werd eerder treffend verwoord door Y. Konijn in het kader van een analyse van de aard (vermogensrechtelijk of personenrechtelijk) van de arbeidsovereenkomst (Y. KONIJN, *o.c.*, 21-22. Zie ook G.H. CAMERLYNCK, „Rapport de synthèse” in COMMUNAUTE EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L'ACIER, *Le contrat de travail dans le droit des Pays Membres de la C.E.C.A.*, Paris, Dalloz, 1964, 21 (in navolging van het in de verzamelbundel opgenomen Italiaanse rapport van L. MENGONI, „Rapport italien”).

VI. De institutionele lectuur van arbeidsrechtelijke leerstukken

„Les salariés ont cessé d'être les sujets de l'entreprise pour en devenir des citoyens”(242).

134. De institutionele leer vervult nuttige pedagogische of hermeneutische diensten om bepaalde regels (*construit*) als oplossing van achterliggende maatschappelijke problemen (*donné*) te duiden. Een aantal arbeidsrechtelijke leerstukken vormen klassieke *topoi* voor verwijzingen en beschouwingen over de institutionele leer. Bepaalde rechtsregels, rechterlijke of doctrinale interpretaties worden geacht blijk te geven van een ‘institutionele’ visie. Zelden getroosten auteurs zich de moeite precies aan te geven in welke betekenis zij het woord ‘institutioneel’ wel gebruiken. Hieronder wordt dergelijk beroep op de institutionele leer teruggekoppeld naar de hierboven uitgevoerde analyse van de institutionele leer. Volledigheid wordt geenszins nagestreefd. De elasticiteit, de polysemie en de meerzinnigheid van de institutionele leer zijn van die aard, dat een schier oneindig aantal leerstukken aan een institutionele lectuur kan worden onderworpen.

Een aantal arbeidsrechtelijke leerstukken en problemen wordt zelden in verband gebracht met een institutioneel referentiekader. Hieronder wordt betoogd dat Romano’s institutionele leer een nuttig en uitstekend denkkader kan vormen om dergelijke problemen en leerstukken te duiden.

Een goed begrip van Romano lijkt ons ruimte vrij te maken voor een nieuw verbond tussen contract en instituut.

A. KLASSIEKE *TOPOI* VAN DE INSTITUTIONELE LECTUUR

1. *Contractueel bedongen arbeidsvoorwaarden en ‘gewijzigde omstandigheden op het werk’*

135. In de Proloog van deze bijdrage werd het arrest *Taxi Hofman* gememoreerd. In dit arrest stond een spanningsverhouding centraal tussen de contractueel bedongen arbeidsvoorwaarden van werknemer Van der Lely en „gewijzigde omstandigheden op het werk”. In die gegeven omstandigheden werd van de werknemer inschikkelijkheid verwacht. Een goede werknemer dient op redelijke voorstellen die met de gewijzigde omstandigheden verband houden positief in te gaan.

(242) P. DURAND, „La notion juridique de l'entreprise”, *l.c.*, 58.

Dergelijke voorstellen moet hij in beginsel aanvaarden, tenzij dit in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. De uitspraak van de Hoge Raad was aanleiding tot de doctrinale hamvraag of Nederlands hoogste rechtscollege daarmee lippendienst aan de ‘institutionele leer’ zou hebben bewezen.

136. Het arrest contrasteert sterk met de krachtige en ondubbelzinnige stelling van het Belgische Hof van Cassatie. Dit rechtscollege laat op het eerste gezicht weinig ruimte om contractueel bedongen arbeidsvoorwaarden *eenzijdig* te wijzigen(243). Voor de goede orde mag opgemerkt worden dat *Taxi Hofman* evenmin dergelijk recht uitdrukkelijk erkent. Het maakt gewag van een plicht om gebeurlijk een voorstel tot wijziging te aanvaarden. Puur formeel beschouwd, blijft het denkschema louter consensueel.

137. De draagwijdte van de rechtspraak van het Hof van Cassatie is evenwel omstreden. Zo stelt Van Eeckhoutte dat de derogerende werking van de goede trouw de schijnbare rigiditeit van het door Cassatie geschetste uitgangspunt zou temperen(244). De derogerende werking van de goede trouw zou volgens de auteur afbreuk kunnen doen aan het principiële recht van de werknemer om een door de werkgever voorgestelde contractwijziging te weigeren. De door Van Eeckhoutte verdedigde stelling lijkt niet erg veraf te liggen van de door de Hoge Raad ontwikkelde *Taxi Hofman*-leer. Katalysator is niet de naar Belgisch recht onbestaande vage norm van goed werkgeverschap en werknemerschap, doch de contractuele goede trouw.

138. De door Van Eeckhoutte ontwikkelde stelling is van louter doctrinale aard. Het Hof van Cassatie heeft zich tot op heden nog niet uitgesproken in welke mate artikel 1134 derde lid (goede trouw) de op artikel 1134 eerste lid B.W. gebaseerde onveranderlijkheid van

(243) Zie in dit verband: Cass. 20 december, *J.T.T.* 1994, 437; Cass. 23 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, 294; Cass. 13 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 400; Cass. 4 februari 2002; *J.T.T.* 2002, 121. Over het leerstuk van het *ius variandi* naar Belgisch recht, zie onder meer: P. HUMBLET, „Het *ius dominandi* of *ius variandi*: what’s in a name?“, *R.W.* 1994-95, 241-247.

B. VAN SCHOEBEKE, „De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en het gerechtelijk ingrijpen in arbeidsvoorwaarden: een evaluatie“, *Or.* 2002, 262-272; D. VOTQUENNE, „Het ‘*ius variandi*’ van de werkgever en de beëindiging door eenzijdige wijziging na het Cassatie-arrest van 20 december 1993“, *J.T.T.* 1994, 437-442 en C. WANTIEZ, „Vers la fin de l’acte équipollent à rupture?“, *J.T.T.* 1990, 333-336.

(244) Zie in dit verband: W. VAN EEKCHOUTTE, „De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie“, *T.P.R.* 1990, 1030-1039; —, „Het belang van de werkgever“, *T.S.R.* 1994, 37-46 en —, „De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst“, in W. VAN EEKCHOUTTE en M. RIGAUX, *Sociaal Recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 50-57.

de arbeidsovereenkomst beperkt. De ‘receptie’ van de derogerende werking van de goede trouw wordt naar Belgisch recht bemiddeld én beperkt door het leerstuk van het misbruik van contractuele rechten. De derogerende werking van de goede trouw werd in de Belgische rechtspraak en rechtsleer slechts aanvaard middels de figuur van het rechtsmisbruik(245).

Dit betekent dat sprake dient te zijn van een misbruik in de uitoefening van een contractueel gewaarborgd grondrecht. De door Van Eeckhoutte geschetste hypothese heeft o.i. geenszins betrekking op een misbruik van contractuele rechten.

Het recht van een werkgever om voorstellen tot wijziging te formuleren, noch het recht van de werknemer om dergelijke voorstellen te *weigeren* kunnen ons inziens als een uitoefening van dergelijke rechten worden beschouwd. Ze wortelen veeleer in de abstracte contractvrijheid, dan in het concrete contract.

139. Vele commentatoren die zich in Nederland over dit arrest hebben gebogen lijken uit te gaan van een antinomie tussen de contractuele en de institutionele benadering(246). Deze benadering lijkt ons ietwat ongelukkig.

In wezen draait het *Taxi Hofman*-debat rond de toepassing en de interpretatie van de *contractuele* rechtstechniek bij een bijzondere duurovereenkomst(247). De duurovereenkomst ligt aan de basis van een organisatieverhouding.

Het hoeft geen betoog dat het uitgangspunt van het Nederlandse debat sterk reminisceert aan de hierboven geschetste spanningsverhouding tussen de arbeidsverhouding als *donné* en haar juridisch-technische constructie. Uiterekend die spanningsverhouding heeft veel institutionele auteurs geïnspireerd. Hierboven werd opgemerkt dat dergelijke spanningsverhouding geen constitutief gegeven betrof van Hauriou’s noch van Romano’s institutionele leer.

(245) Zie R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMMERMAN, „Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, nr. 190-191.

(246) Hoge Raad 26 juni 1998, *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 1998, nr. 199; zie ook Hoge Raad, 28 april 2000, *Jurisprudentie Arbeidsrecht* 2000, nr. 120. Zie ook de geschriften van de in voetnoot 3 aangehaalde auteurs. Enkel G.J.J. Heerma Van Voss lijkt daarbij uit te gaan van complementariteit i.p.v. antinomie.

(247) Voor een *status quaestionis* van de ruime problematiek: W. ZONDAG, „Wijziging van arbeidsvoorwaarden”, *Sociaal recht* 2000, zie ook de gedachtewisseling die deze bijdrage ontlokte: J. HEINSIUS, „Wijziging van arbeidsvoorwaarden”, *Sociaal Recht* 2000, 141-142 en W. ZONDAG, „Naschrift bij Heinsius: Het bereik van het arrest Taxi Hofman”, *Sociaal recht* 2000, 142-144.

140. Evenwel lijkt dit debat o.i. beter *niet* te worden opgehangen aan een vermeende oppositie tussen de rechtsfiguren ‘contract’ en ‘instituut’. Zinnvoller lijkt ons het onderscheid tussen een ietwat karikaturale en rigide interpretatie van de contractuele rechtstechniek en een meer eigentijdse, lenige of ‘institutionele’ inkleuring van deze techniek. In dat kader kan onderzocht worden of de wijzigingsbevoegdheid die de werkgever (en de werknemer?) aan de vage norm van ‘goed werknemerschap en goed werkgeverschap’ ontleent, een meerwaarde biedt t.a.v. *andere* wijzigingstechnieken van de arbeidsovereenkomstenrechtelijke techniek(248). Een bevestigend antwoord, hoeft niet *per se* te impliceren dat via deze vage norm ook daadwerkelijk een institutionele bres geslagen wordt in het contractualistische donjon van de arbeidsovereenkomst. Immers, valt niet onmiddellijk in te zien waarom uitgerekend deze vage norm plots zou hebben opgehouden een integrerend onderdeel uit te maken van de contractuele rechtstechniek. Tekenend in dit verband is de scherpzinnige bedenking van Levenbach (1964) dat de Nederlandse doctrine geenszins behoefte had om toepassing te maken van de (institutionele) leer van de arbeidsverhouding als een substituut voor het arbeidscontract. De vage normen van goed werkgeverschap en werknemerschap zouden voldoende ruimte bieden om de expliciete juridische normering van de arbeidsverhouding aan het concrete maatschappelijke leven aan te passen(249). Goed werkgeverschap en werknemerschap kunnen een heilzaam *anti-dotum* vormen tegen de karikatuur die soms van de

(248) De meningen zijn verdeeld. Aangenomen mag worden dat diegenen die zich tot de institutionele leer bekennen, overtuigd zijn van het bestaan van dergelijke meerwaarde (zie P.F. VAN DER HELDEN, „Revolutie in het arbeidsrecht: privétisering”, *l.c.*, 4-5).

Andere auteurs stellen zich zeer kritisch op ten aanzien van de institutionele leer en de idee dat „goed werknemerschap” inderdaad meer flexibiliteit zou wettigen dan van de contractuele rechtstechniek kan worden verwacht.

M.F. Balthussen meent dat het *Taxi Hofman-arrest* door de invoering van het artikel 7: 613 N.B.W. zou zijn achterhaald. Het is ongerijmd dat de werkgever die zich niet op een wijzigingsbeding kan beroepen, over een grotere marge zou beschikken om eenzijdig de arbeidsvoorwaarden te wijzigen (M.F. BALTHUSSEN, *l.c.*, 22-23). J.J.M. De Laat lijkt in het beginsel van goed werkgeverschap primair een vertaling te zien van de beginselen van redelijkheid en billijkheid. Van een meerwaarde kan dan ook moeilijk sprake zijn (J.J.M. DE LAAT, „Goed werknemerschap en revolutie”, *l.c.*, 85-94). Zijn opvatting reminisceert aan de visie van Van Der Grinten over de verhouding tussen beide juridische categorieën (W.C.L. VAN DER GRINTEN, „Over de goede werkgever en de goede arbeider” in X., *Hedendaags arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn, Samson, 1966, 134-145). C.H.J. JANSEN en C.J. LOONSTRA, *l.c.*, 30-44 menen dat het arrest *Taxi Hofman* perfect inpasbaar is binnen de contractuele rechtstechniek. Zij wensen de draagwijdte te beperken tot gewijzigde „organisatorische” omstandigheden. Belangwekkend is ook de scherpzinnige bedenking dat uit een aanvaardingsplicht van bepaalde voorstellen geen eenzijdig wijzigingsrecht kan worden afgeleid.

(249) M.G. LEVENBACH, „Le contrat de travail et droit néerlandais” in COMMUNAUTE EUROPÉENNE DU CHARBON ET DE L’ACIER, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Paris, Dalloz, 1964, 717-718.

vermogensrechtelijke wederkerige overeenkomst(250) wordt gemaakt.

141. Een verwijzing naar de institutionele leerstelsels en geschriften lijkt ons ter zake overbodig en gevaarlijk. Het maatschappelijke probleem van de (on)veranderlijkheid van de contractueel bedongen arbeidsvoorwaarden werd in de Belgische rechtsliteratuur geheel en al gekaderd binnen het contractuele referentiekader(251). Noch de Hoge Raad noch het Hof van Cassatie hebben ooit de behoefte ervaren naar het institutioneel referentiekader te verwijzen. De vraag of dergelijke rechtscolleges de institutionele theorie ‘omhelzen’, lijkt ons ongelukkig. Institutionele leerstelsel liggen primair vervat in meta-juridische en rechtstheoretische geschriften. Het behoort niet tot de *core business* van rechtscolleges om zich aan dergelijke badinerende escapades te wagen.

142. De rechtspraak van het patronale wijzigingsrecht van de arbeidsvoorwaarden werd in België steeds opgehangen aan de fundamentele kernbegrippen van de contractuele rechtstechniek. Van een substitutie van deze begrippen door ‘institutionele’ categorieën is nooit sprake geweest. Het is inherent aan een gezagsverhouding dat de arbeidsvoorwaarden waaronder een werknemer de arbeidsovereenkomst uitvoert, ten dele eenzijdig door de werkgever worden bepaald(252). De instructiebevoegdheid van de werkgever betreft wezenlijk een institutioneel geladen bevoegdheid. Humblet maakt ter zake gewag van het *ius dominandi*. Een zekere mate van flexibiliteit is om die reden inherent aan de arbeidsovereenkomst. Goede trouw, goed werkgeverschap, redelijkheid en billijkheid vormen ter zake geen grond voor flexibiliteit. Zij stellen wel een grens aan deze flexibiliteit.

143. Een *spanningsveld* tussen een contractuele en de institutionele benadering duikt o.i. slechts op voor zover een werkgever de *contractueel* bedongen arbeidsvoorwaarden *eenzijdig* wenst te wijzigen. Dergelijke bevoegdheid om eenzijdig contractueel bedongen arbeids-

(250) In zijn proefschrift wees Koopmans er in een ander verband ook al op dat het verwijt dat de civielrechtelijke dogmatiek te contractueel denkt, veel beter genuanceerd dient te worden tot de kritiek dat zij te „synallagmatisch” denkt. T. KOOPMANS, *o.c.*, 358.

(251) Zie ook de analoge conclusie die JANSEN en LOONSTRA trekken uit hun beknopt maar functioneel rechtsvergelijkend overzicht: *l.c.*, 44.

(252) C.J.H. JANSEN en C.J. LOONSTRA, *l.c.*, 33 („een ruime functie-omschrijving geeft de werkgever uiteraard een ruimere bevoegdheid om binnen de grenzen van die functieomschrijving taakverschuivingen te realiseren”).

voorwaarden te wijzigen staat haaks op het beginsel dat overeenkomsten de partijen tot wet strekken.

Louter theoretisch zou de contractsvrijheid een uitkomst kunnen bieden. Het gemene verbintenissenrecht verhindert niet dat partijen overeenkomen om een wijzigingsbeding in het contract op te nemen dat één van hen machtigt om de contractueel bedongen arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Deze contractsvrijheid werd in België en in Nederland wettelijk beperkt. Artikel 25 Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat „het beding waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen nietig is”. Het Hof van Cassatie heeft de draagwijdte van deze bepaling aanzienlijk beperkt(253). Het Hof biedt ruimte voor wijzigingsbedingen die betrekking hebben op niet-essentiële arbeidsvoorwaarden. Over de betekenis van het begrip ‘essentiële’ arbeidsvoorwaarden bestaat geen *consensus*. Aan dit begrip kan een objectieve, dan wel een subjectieve betekenis worden toegekend. In een objectieve zin zijn essentiële arbeidsvoorwaarden voorwaarden die constitutief zijn voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In een meer subjectieve betekenis zijn essentiële arbeidsvoorwaarden voorwaarden die voor de contractspartijen wezenlijk zijn.

144. Artikel 6: 613 B.W.(254) ademt een meer liberale en minder restrictieve geest. Het artikel spreekt geenszins een principiële nietigheid uit over wijzigingsbedingen. Aan de rechtsgeldigheid van dergelijke bedingen wordt niet geraakt. Het beperkt slechts het beroep dat een werkgever *in casu* of *in concreto* op dergelijk beding kan doen. Dergelijk beroep zal slechts rechtsgeldig zijn voor zover de werkgever een ‘zodanig zwaarwichtig belang’ kan aantonen dat ‘het belang van de werknemer daarvoor naar redelijkheid en billijkheid’ moet wijken. Aangenomen mag worden dat dergelijke toetsing aan de redelijkheid en billijkheid bij een wijziging van essentiële arbeidsvoorwaarden zwaarder uitvalt. Dergelijke toetsing blijft evenwel toelaatbaar(255).

145. Het gebruik van de kwalificatie van de ‘institutionele leer’ wekt de indruk dat de institutionele leer het werkgeversgezag versterkt ten

(253) Cass. 14 oktober 1991, *R.W.* 1991-92, 809.

(254) G.J.J. HEERMA VAN VOSS, „Artikel 7: 613” in G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, losbl.

(255) In Nederland wordt gewag gemaakt van primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden, zie W. ZONDAG, „Wijziging van arbeidsvoorwaarden”, *l.c.*, 47-78.

koste van de vermeende bescherming die het contractuele pantser heet te bieden. Tekenend in dit verband is de vermetele observatie van Jansen en Loonstra dat de institutionele duiding van het arrest vooral door werkgevers(advocaten) werd verdedigd(256). De Romaniaanse benadering van het instituut als rechtsorde lijkt ons een noodzakelijke buffer te vormen tegen een ontsporing van een dergelijk gebruik van patronale bevoegdheden. In een rechtsorde worden bevoegdheden op functionele wijze ondergeschikt aan het ondernemingsbelang.

146. Het beroep op de institutionele leer in de Nederlandse doctrine getuigt van het groeiende gewicht dat wordt toegekend aan de *contraintes* die een efficiënte *arbeidsorganisatie* genereert. De nuchtere en zakelijke term ‘arbeidsorganisatie’ is gespeend van de ideologische connotaties die eigen zijn aan de categorie ‘*communauté de travail*’. De keuze voor dergelijke formule maakt het gebruik van de institutionele leer minder kwetsbaar voor de ideologisch geïnspireerde kritiek op een gemeenschapsvisie.

2. Institutionele versus contractuele benadering van de werkgever

147. De arbeidsovereenkomst betreft een contractuele rechtsverhouding tussen contractsbekwame rechtssubjecten. Veelal betreft het een contract dat gesloten wordt tussen een natuurlijk persoon en een werkgever-rechtspersoon. ‘Werkgever’ en ‘onderneming’ betreffen geen uitwisselbare termen. De onderneming betreft een duurzaam organisatorisch verband waaraan de factoren arbeid en kapitaal deelnemen. De rechtspersoon betreft slechts de contingente juridische vormgeving van de factor kapitaal.

Deze juridische vormgeving correspondeert niet *per se* met de perimetrie van de onderneming als technische bedrijfseenheid of als economische eenheid. Geenszins kan worden uitgesloten dat de werknemers die binnen éénzelfde onderneming werkzaam zijn, door diverse juridische werkgevers worden tewerkgesteld. Denkbaar is dat de ondernemingsactiviteit door een werkgever wordt overgedragen aan een overnemer. Krachtens de richtlijn 2001/23 (Overgang van Onderneming) dient de overnemer de aan de overgedragen activiteit verbonden werknemers over te nemen.

(256) C.J.H. JANSEN en C.J. LOONSTRA, *l.c.*, 35. In dezelfde zin ook M.F. BALTHUSSEN, „De arbeidsovereenkomst: institutie of contract”, *l.c.*, 24.

148. De wetgever heeft in een aantal regelingen abstractie gemaakt van de contingente juridische vormgeving van de factor ‘kapitaal’ en van de identiteit van de juridische werkgever. In dergelijke hypothesen wordt de identiteit en de continuïteit van de *onderneming* maatgevend geacht voor de door een rechtsregel beoogde gevolgen. Rigaux heeft in dit verband gewag gemaakt van een institutioneel ondernemingsbegrip(257). De continue band tussen een werknemer en zijn ‘onderneming’ primeert op de band tussen de werknemers en onderscheiden juridische werkgevers. Dergelijke band primeert eveneens op de band tussen een werknemer en opvolgende juridische werkgevers.

Voor wat betreft de overgang van onderneming is deze terminologie terug te voeren op een passage in Renards *Théorie de l’Institution*(258). Het gebruik van de term institutioneel spooft met de karakteristieke aandacht van institutionele denkers voor de onderneming. Dergelijke holistische categorie overstijgt een typisch contractualistische duiding van de onderneming. In een contractualistische benadering wordt de onderneming geatomiseerd en gereduceerd tot een netwerk van overeenkomsten.

3. Institutionele, publiekrechtelijke versus contractuele, privaatrechtelijke benadering van de c.a.o.

149. In België en in Nederland werden de rechtsgevolgen van de collectieve arbeidsovereenkomst bij wet geregeld. De door de Nederlandse wetgever georganiseerde binding blijft trouw aan een sterk privaatrechtelijke logica. De binding van de werknemer onderstelt een lidmaatschapsverhouding met de ondertekenende werknemersorganisatie.

De binding van de werknemer naar Belgisch recht verloopt via de binding van zijn werkgever. De Belgische wetgever maakt abstractie van het bestaan van een lidmaatschapsverhouding met de ondertekenende organisatie(259).

150. Laatstgenoemde binding werd door Koning als institutioneel gekwalificeerd(260). De auteur lijnt deze term af tegenover de term

(257) Zie vooral: „De netwerkonderneming en de toepassing van de C.A.O.-Wet” in M. RIGAUX, *Actuele Problemen 5 van het Arbeidsrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 485-486.

(258) Zie referenties in noot 44.

(259) Vergelijk in dit verband artikel 9 Nederlandse Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst en artikel 19.4. van de Belgische C.A.O.-Wet.

(260) Zie F. KONING, *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, Deventer, Kluwer, 1987, 139-140.

contractueel. De binding van de werknemers geschiedt immers niet krachtens een arbeidsovereenkomst met de werkgever. De auteur toonde zich in zijn proefschrift een fervente voorstander *de lege ferenda* van een institutionele binding.

Het gebruik van deze terminologie lijkt ons schatplichtig aan de klassieke antinomische benadering van het begrippenpaar institutioneel-contractueel.

151. De vraag of een c.a.o. een institutioneel karakter heeft werd in Nederland eveneens op een totaal ander niveau beschouwd. Hierboven werd reeds aangegeven dat Fase zich gedistantieerd heeft van dergelijke kwalificatie op basis van een louter ideologische argumentatie. De auteur meende dat dergelijk woordgebruik de dialectiek van het collectief overleg miskent en te sterk uitgaat van een gemeenschapsvisie(261).

152. Romano's institutionele kwalificatie en analyse van de c.a.o. respecteert deze dialectiek. Hij verwierp een unitaire of organische benadering van de in het geding zijnde belangen. De institutionele benadering stoelt op zijn overtuiging dat de erkenning van de collectieve autonomie de erkenning van een rechtsorde betreft. Romano's publiekrechtelijke kwalificatie van dergelijke autonomie wordt verklaard door zijn focus op de identiteit van de erkennende instantie. In die optiek is ook de erkenning van de particuliere autonomie op individueel vlak voor de auteur een publiekrechtelijk geladen gebeuren(262).

Bij nader inzien blijkt deze *dissensus* onder auteurs een treffende illustratie te zijn van de polysemie die het begrip institutioneel kenmerkt.

4. Institutionele versus privaatrechtelijke benadering van representativiteit

153. In de Memorie van Toelichting bij de Belgische C.A.O.-Wet worden twee opvattingen m.b.t. 'de vakvereniging' toegelicht(263). Beide opvattingen hangen nauw samen met een visie op 'representativiteit'. De 'representativiteit' wordt teruggekoppeld naar de in het geding zijnde belangen.

(261) Zie referenties in noot 89.

(262) Zie *supra* nrs. 69-71.

(263) *Parl. St. Senaat*, 1966-67, nr. 148, 10-11.

Alle ‘vakverenigingen’ zijn representatief voor de bij hen aangesloten leden. Hun representativiteit geldt de professionele belangen van de bij hen aangesloten leden.

De ‘representatieve *organisaties*’ in de zin van de C.A.O.-Wet worden geacht het organische en unitaire belang van het beroep of de bedrijvigheid te vertegenwoordigen. Het onderscheid tussen beide vormen van ‘representativiteit’ wordt teruggevoerd op de klassieke dichotomie tussen privaatrecht en publiekrecht. In de eerste opvatting is de ‘vakorganisatie’ een *vereniging* van louter privaatrechtelijke aard. In de tweede opvatting wordt ze gekwalificeerd als een ‘functionerend orgaan van publiekrechtelijke aard’.

154. De benadering die de Memorie van Toelichting kenmerkt is schatplichtig aan de *Franse* institutionele theorie(264). Ter rechtvaardiging van het onderscheid wordt uitdrukkelijk melding gemaakt van het institutioneel karakter van de aan de organisaties gegeven machten.

Kenmerkend is de ideologische constructie van een unitair en organisch ‘gemene belang’ van het beroep of de bedrijvigheid. De *publiekrechtelijke* kwalificatie van de representatieve organisaties is schatplichtig aan een typisch Jacobijns denkschema(265) dat o.i. haaks staat op een juridisch pluralistische benadering. In dergelijke opvatting is elke belangenvertegenwoordiging die de sfeer van de contractuele lidmaatschapsverhouding overstijgt, per definitie van publiekrechtelijke aard.

155. De institutionele representativiteit biedt ruimte voor een meer kwalitatieve invulling van de representativiteit. Representativiteit onderstelt een meer evenwichtige benadering van *alle* in het geding zijnde belangen. Dergelijke belangen kunnen zeer onderscheiden zijn. In de mate waarin de uitoefening van bepaalde bevoegdheden de belangen van deze of gene categorie overstijgt, is de erkenning van de representativiteit van louter categorale organisaties minder evident. Representativiteit is in dergelijke optiek meer dan een kwestie van koppen tellen. Anders gezegd, de aard van de vertegenwoordigde koppen is minstens even belangrijk.

(264) Zo wordt in de Memorie van Toelichting uitdrukkelijk verwezen naar Georges Scelles *La notion d'organisation syndicale la plus représentative*.

(265) *Jacobijns denkschema*: zie vooral het in onderdeel V. A aangehaalde citaat van Le Chapelier.

Een organische en unitaire representativiteit onderstelt de overstijging van vormen van groeps-egoïsme. Ze wordt geacht een matigende werking te hebben; een dam op te werpen tegen syndicaal opbod(266).

B. *ROMANO REVISITED*: NIEUWE WINGEBIEDEN

1. *De onderneming als rechtsorde*

156. De vraag of een onderneming een rechtsorde is, dient o.i. te worden onderscheiden van de erkenning van dit rechtsorde-karakter door de Staat. De vraag of een onderneming *in se et per se* een rechtsorde uitmaakt vertoont uit de aard van de zaak geen ‘relevantie’ voor de beoefenaar van het statelijke recht. De relevantie betreft veeleer de vraag of de onderneming door de Staat erkend wordt als een ‘autonome’ sfeer waarbinnen zich een productie van normen aftekent.

Centraal staat o.i. de vraag of bepaalde normen van het statelijke ondernemingsrecht kunnen geïnterpreteerd worden als normen die constituerend zijn voor autonomie. Deze normen moeten onderscheiden worden van statelijke normen die op rechtstreekse wijze de rechtsverhoudingen binnen de onderneming definiëren. Integendeel, zij creëren een ruimte voor welbepaalde actoren om die rechten en plichten ‘autonoom’ vast te leggen. De genese van deze afgeleide normen kan o.i. *eenzijdig* of *consensueel* zijn(267).

157. Tussen een arbeidscontractuele verankering van een gezagsrelatie en een institutionele benadering bestaat o.i. geen *onoverkoombare* tegenstelling. Vooreerst kan een institutionele beschouwing op louter inwendige wijze worden gevoerd. De kwalificatie doorheen statelijk recht kan aan dergelijke analyse geen afbreuk doen. Vanuit een meer pluralistische beschouwing, lijkt de arbeidscontractuele kwalificatie van een gezagsrelatie ons impliciet te refereren naar een gezagsuitoefening. De idee van gezagsuitoefening lijkt ons inherent te zijn aan de idee zelf van een rechtsorde. Uitgerekend de

(266) Zie in dit verband *in extenso*: F. DORSSEMONT, *Rechtspositie en syndicale actievrijheid*, o.c., 145-243.

(267) Hierboven werd verwezen naar het institutioneel karakter dat Romano onderkent in de disciplinaire bevoegdheid en in de sfeer van het c.a.o.-overleg. De eerste bevoegdheid heeft een eenzijdig karakter, de tweede heeft een consensueel karakter. Ook de vaststelling dat het internationaal recht in hoofdrde verdragsrechtelijk en contractueel van aard was, vormde voor Romano geen bezwaar om het internationaal recht als een rechtsorde te benaderen.

rechtsorde-idee noopt tot een onderscheid tussen brutale machtsuitoefening en een minder arbitraire, zelfs functionele gezagsuitoefening(268). Ondernemingen betreffen een sfeer van (juridisch) georganiseerde gezagsuitoefening. Deze vaststelling lijkt ons een afdoende reden te vormen om te gewagen van een institutioneel karakter van bv. de disciplinaire of reglementaire machten die in de schoot van een onderneming worden uitgeoefend.

158. Er kunnen gradaties bestaan in het contractualistisch gehalte van dergelijke machten.

Maatgevend is *niet* de vraag of deze machten al dan niet wortelen in de arbeidsovereenkomst. Relevanter lijkt een onderzoek of deze machten door extra-contractuele elementen worden beperkt. Dergelijke extra-contractuele elementen hebben vaak een institutioneel karakter. De institutionele leer werkt ter zake *beperkend* t.a.v. de patronale macht. In Nederland werd de disciplinaire macht van de werkgever ingevolge de afschaffing van de regulering van het arbeidsreglement op een zuiver contractualistische leest geschoeid(269). Naar Belgisch recht wortelt de disciplinaire macht in de door de arbeidsovereenkomst gegenereerde gezagsverhouding. Het *ius puniendi* van de werkgever wordt wettelijk door het arbeidsreglement beperkt(270). Naar Frans recht dienen de door een werkgever gestelde disciplinaire sancties eveneens op limitatieve wijze in het *règlement intérieur* te worden opgenomen(271).

159. De burgerschapsgedachte vormt traditioneel een buffer tegen ongebreidelde machtsuitoefening en machtsmisbruik binnen rechtsordes. Ze houdt een verwijzing in naar het respect van de klassieke burgerrechten en politieke rechten. Ze noopt tot een grotere betrokkenheid, tot een 'rol' van werknemers bij de machtsuitoefening in de

(268) Deze gedachte duikt zowel bij Romano als bij Hauriou op: M. HAURIOU, *l.c.*, 89 en S. ROMANO, *Ordinamento Giuridico, o.c.*, § 10.

(269) Cf. artikel 7: 650 N.B.W. Zie G.J.J. HEERMA VAN VOSS, „Art. 7: 650” in G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, losbl. Zie ook P.F. DOORNIK, „Arbeidstucht recht: naar een algemeen arbeidstucht recht of slechts een regeling in de marge” in P.F. VAN DER HEIJDEN (ed.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Alphen aan den Rijn, Samson H.D. Tjeenk Willink, 1995, 45-60 en M.M. OLBERS, „Arbeidstucht recht” in P.F. VAN DER HEIJDEN (ed.), *De arbeidsovereenkomst in het N.B.W.*, Deventer, Kluwer, 1991, 69-86.

(270) Zie in dit verband Artikel 6 Wet 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen.

(271) Artikel L 122-34 *Code du Travail*. Voor een omvattende studie van de disciplinaire macht, zie J. SAVATIER, *v^o Le pouvoir disciplinaire* in *Répertoire de Droit du Travail*, Paris, Dalloz, losbl.

onderneming(272). Burgerschap van een rechtssubject impliceert ook het respect door het (werkgevers)gezag van bepaalde mensenrechten. Deze buffers stimuleren de vrijheid van de werknemer zowel *binnen* als *buiten* de onderneming. Het leerstuk van de klokkenluider illustreert dit. Het viseert zowel de vrijheid van meningsuiting van de klokkenluider *binnen* als *buiten* de onderneming. Het recht op privacy beschermt zowel de persoonlijke levenssfeer binnen als buiten de onderneming tegen patronale inmenging.

160. De benadering van de onderneming als een rechtsorde lijkt ons een conceptuele katalysator te vormen voor twee belangwekkende leerstukken. Het eerste betreft de directe ‘horizontale’ werking van bepaalde grondrechten in de onderneming. Het tweede raakt de onderwerping van de ondernemings-*trias* aan de beginselen van behoorlijk bestuur, wetgeving en rechtspraak.

161. Reeds in 1964 ontleende Gamillscheg aan de analogie tussen de arbeidsverhouding en de verhouding burger-Staat een argument om te pleiten voor de directe werking van bepaalde grondrechten(273). Het inzicht dat een onderneming een rechtsorde betreft, wettigt o.i. een groeiende onderwerping van de reglementaire, bestuurlijke en disciplinaire macht aan de beginselen van behoorlijke wetgeving, behoorlijk bestuur en behoorlijke rechtspraak. Eerder verdedigde W. van Gerven de stelling dat het een ‘misverstand is te menen dat de a.b.b.b. slechts gelding hebben in het publiek recht’(274). Een extrapolatie van dergelijke beginselen achtte hij legitiem telkenmale ‘wettelijke of feitelijke posities van bovengeschiktheid’ voor handen zijn. De auteur onderzocht hypothesen waarin een partij een functionele gezagsfunctie uitoefent en situaties waarbinnen een partij een machtspositie heeft

(272) Paul Durand lijkt vooral oog te hebben gehad voor dit aspect van de burgerschaps-gedachte. P. DURAND, „La notion juridique de l’entreprise”, *l.c.*, 58.

(273) F. GAMILLSCHEG, „Die Grundrechte im Arbeitsrecht”, *AcP* 1964, 403-426: „Nur wo er eine sogenannte soziale Macht, soziale Gewalt darstellt, ist die Unterwerfung unter die gleichen Beschränkungen, wie der Staat sie sich auferlegt, begründet. Nur dort besteht die abstrakte Macht grundrechtswidrigen Einfluss auszuüben” (407). Ook meer recent werd op deze analogie gewezen als een argument ten voordele van de directe derdenwerking van bepaalde grondrechten: J. BEULENS, „Grondrechten in de onderneming: werking en beperking” in A. VAN LOOVEREN (ed.), *o.c.*, 27; P. HUMBLET, „Het grondrecht op privacy: een blinde vlek in het arbeidsrecht” in S. PARMENTIER (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 203; E. VERHULP, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Kluwer, Deventer, 1999, 41-42; E. VERHULP, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag, Sdu, 1996, 61-62.

(274) W. VAN GERVEN, „Beginselen van behoorlijk handelen”, *R.W.* 1982-83, 962-977.

opgebouwd. De auteur betoogt dat dergelijke beginselen tot de gemeenschappelijke onderbouw van privaats- en publiekrecht behoren. Om die reden herdoopt hij deze beginselen tot de beginselen van behoorlijk handelen. Er is niet veel verbeelding nodig om de positie van de werkgever als een positie van bovengeschiedtheid te kwalificeren, waarbij vaak sprake is van een feitelijke machtspositie. De erkenning dat een onderneming een rechtsorde vormt, lijkt ons de legitimiteit van Van Gervens denkschema slechts te versterken.

In een omstandige studie heeft Heerma Van Voss onderzocht of uit de invulling van de vage norm van het goed werkgeverschap blijkt dat de beginselen van behoorlijk bestuur voor de privaatrechtelijke arbeidsverhouding een referentiekader vormen om werkgeversbesluiten te beoordelen(275). Na een zorgvuldige analyse van de rechtspraak wordt deze vraag bevestigend beantwoord. In zijn proefschrift had Heerma Van Voss reeds de relevantie van de beginselen van behoorlijk bestuur voor het ontslagrecht aangetoond(276). Recent werd door M. De Vos in dezelfde lijn verdedigd dat de Belgische rechters de ontslagmacht van de werkgever om dringende reden in toenemende mate aan de zorgvuldigheidsplicht onderwerpen(277). Het komt ons voor dat dergelijke evoluties een sterke indicatie opleveren van een institutionele benadering van de arbeidsverhouding in de 'Romaniaanse' zin van het woord.

162. Een juridiserende beperking van de *macht* die in substatelijke rechtsordes wordt uitgeoefend hoeft niet *per se* als subversief en totalitair te worden afgewimpeld. Integendeel, juridisering en humanisering lijken ons een vector te zijn voor de humanisering en de legitimering van *machtsverhoudingen*. Een machts crisis hoeft niet noodzakelijk een gezags crisis op te leveren. Doorheen een machts crisis kunnen machtsverhoudingen wel muteren tot respectabele gezagsverhoudingen.

Willekeur wordt daarbij omgevormd tot vrijheid(278). De bevoogding door de Staat van infra-statelijke machtsverhoudingen kadert *niet* in

(275) G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 37-71.

(276) G.J.J. HEERMA VAN VOSS, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer, Kluwer, 1997, 285-317.

(277) M. DE VOS, „De diligentie en gematigdheidsplicht van de werkgever bij de kennisverwerving van de dringende reden”, *Or.* 1995, 67-80 en 93-105.

(278) Hauriou en Romano hebben in de aanhef van hun geschriften op het fundamentele onderscheid gewezen tussen beide categorieën.

een totalitair maatschappelijk project(279). Zij is evenmin gesteund op een ‘paternalistische’ ideologie van bescherming. Integendeel, zij vormt een buffer tegen totalitaire sub-systemen waarbinnen mensen gereduceerd worden tot radertjes van een organisatie. Dergelijke bevoogding ontthoort het ondernemingshoofd of de werkgever als de *exclusieve* bron van sociale gerechtigheid en bescherming van de werknemer. Dergelijke bevoogding is anti-paternalistisch. Zij breekt met het negentiende-eeuwse concept van de werkgever als *patronus* van de onmondige *cliens*.

Anders oordelen leidt ertoe dat de ondernemingsvrijheid als een dekmantel kan gelden voor de onderdrukking van fundamenteel geachte mensenrechten en voor patronale willekeur. Het maatschappelijke draagvlak van de kapitalistische ordening van de economie wordt daardoor niet bestendig.

2. *Autonomie: een kwestie van receptie of delegatie?*

163. Een sleutelbegrip van Romano’s juridisch pluralistische benadering is de erkenning van de ‘autonomie’ van een rechtsorde. Dergelijke erkenning is tekenend voor een bepaalde verhouding tussen rechtsordes. Autonomie wijst op een positieve grondhouding van een rechtsorde ten opzichte van een andere rechtsorde.

Hierboven werd gewezen op het onderscheid tussen een proces van delegatie en een proces van receptie van bevoegdheden. Een interpretatie waarbij de erkenning van autonomie als een *receptie* van gelijksoortelijke of oudere bevoegdheden wordt opgevat leek ons het best te sporen met een zin voor juridisch pluralisme. Een interpretatie waarbij autonomie *per se* een delegatie betreft van bevoegdheden die in een statelijke rechtsorde wortelen, is schatplichtig aan etatistisch monisme.

164. Laatstgenoemde benadering lijkt ons meer ruimte te bieden voor beperkingen van de vrijheid van het collectief overleg. Vanuit een klassieke grondwettelijke logica zijn publiekrechtelijke bevoegdheden niet voor delegatie vatbaar. Grondwettelijk lijkt er evenwel niet

(279) Zie voor een vrijmoedige kritiek op de constitutionalisering van private verhoudingen, het lezenswaardige opstel van M.E. Storme. Wij delen in verregaande mate zijn analyse doch niet zijn kritiek op dit fenomeen. M.E. STORME „De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij”, in J. VELAERS en J. VRIELINK, *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe anti-discriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 147-185.

onmiddellijk een bezwaar te bestaan tegen een *receptie* van bepaalde normen die in een niet-statelijke rechtsorde wortelen.

165. Naar Belgisch recht werd aan de c.a.o. een ruime normatieve werking *erga omnes* verleend. In de doctrine werden grondwettigheidsbezwaren geuit tegen de toekenning bij wet van reglementaire bevoegdheden aan entiteiten die niet in de Grondwet worden genoemd(280).

Dit grondwettigheidsbezwaar stoelt op een (te) eenvoudig syllogisme. Alle machten gaan uit van de Natie(281). Zij moeten worden uitgeoefend op de wijze in de Grondwet bepaald.

De vaststelling dat reglementaire macht krachtens de wet wordt uitgeoefend door representatieve organisaties van werknemers en werkgevers zou om die reden met het delegatieverbod onverenigbaar zijn.

166. In een meer juridisch pluralistische benadering gaan slechts de *grondwettelijke* machten van de Natie uit. Artikel 33 van de Grondwet hoeft geenszins te gelden als een consecratie van het juridische monisme. Het houdt geen ontkenning in van andere rechtsordes waarbinnen machten worden uitgeoefend. Het bedrijfsleven waarvan werknemers, werkgevers en hun organisaties deel uitmaken vormt een rechtsorde. De erkenning van de bevoegdheden die door deze organisaties worden uitgeoefend is geenszins in strijd met het grondwettelijk delegatieverbod. Dergelijke erkenning dient als een *receptie* te worden aangezien; geenszins als een delegatie(282).

C. NAAR EEN NIEUW VERBOND TUSSEN CONTRACT EN INSTITUUT?

167. Achter de contractuele kwalificatie van een rechtsverhouding kan een erkenning van autonomie schuil gaan. Contract en autonomie zijn nauw verweven concepten. De contractsvrijheid schept een sfeer van autonomie waardoor rechtshandelingen tussen particulieren afdwingbaar worden binnen de statelijke rechtsorde. De juridisch-technische constructie van de vereniging als het voorwerp van een *over-*

(280) L. FRANCOIS, *o.c.*, 354, nr. 228; H. DUMONT, „Droit public, droit négocié et parafélicité” in P. GERARD, F. OST en M. VAN DE KERCKCKHOVE, *Droit négocié, droit imposé*, Brussel, Fusl, 1996; 473-481; I. KOVALOVSKY, „A propos du pouvoir réglementaire”, *A.P.T.* 1996, 304 en P. POPELIER, „Algemeen verbindend verklaring van de C.A.O.’s” in M. RIGAU, *C.A.O.-recht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 140-141.

(281) Artikel 33 Belgische Grondwet.

(282) Zie *in extenso* F. DORSSEMONT, „De ‘natuur’ van de collectieve arbeidsovereenkomst: een poging tot een juridisch-pluralistische herbronning”, *l.c.*, 2001, 107-126.

eenkomst vormt een treffende illustratie. Doorheen dergelijke kwalificatie wordt autonomie erkend ten gunste van de leden van de vereniging en hun organen om vorm te geven aan het interne rechtsleven. De vereniging wordt een autonoom autosufficiënt systeem waarbinnen regelgevende, disciplinaire en uitvoerende machten worden uitgeoefend, die in beginsel via het statelijke recht afdwingbaar zijn. Tussen het verenigingscontract en het arbeidscontract bestaat een wezenlijk onderscheid. Het verenigingscontract schept op immediate wijze een *contractuele* band tussen alle leden en het contracterende aspirant-lid. De arbeidsovereenkomst schept slechts een band tussen een geïsoleerde werknemer en een geïsoleerde werkgever. Werknemers worden *de facto* ingebed in eenzelfde onderneming. De enige verbindende factor lijkt de onderstelling dat alle contracterende werknemers onderworpen zijn aan de contractueel verankerde gezagsuitoefening door eenzelfde werkgever. De contractuele kwalificatie van deze gezagsband door het statelijk recht kan o.i. als een erkenning van een autonomie binnen de onderneming als rechtsorde gelden. Krachtens dergelijke contractuele gezagsuitoefening wordt een *trias politica* uitgeoefend waaraan vele werknemers onderworpen zijn.

168. Van een tegenstelling tussen instituut en contract kan in een Romaniaanse benadering geen sprake zijn. Beide analyses betreffen onderscheiden perspectieven waaronder een maatschappelijk fenomeen kan worden beschouwd. Het contract is een rechtsfiguur van het statelijk recht om een deelfenomeen van een rechtsorde te beschrijven. Het instituut is een categorie die niet eigen is aan een rechtsorde. Ze behoort tot het taaleigen van een rechtstheorie. Ze beschrijft geen deelfenomeen van een rechtsorde, doch een rechtsorde in haar totaliteit.

169. Eerder werd uiteengezet dat een antinomische benadering van het begrippenpaar institutioneel contractueel miskent dat institutionele auteurs het contract hebben erkend als het entreebiljet tot het instituut(283).

Het opdrijven van dergelijke tegenstelling lijkt ons één van de belangrijkste oorzaken te zijn van de scepsis ten aanzien van de institutionele theorie. Een andere oorzaak lijkt ons de toevoeging of accentuering te zijn geweest van een ideologische component. Het is de verdienste van Romano's analyse dat de institutionele kwalificatie van

(283) Zie onderdeel V. A.

een maatschappelijk fenomeen niet schatplichtig hoeft te zijn aan een organische of unitaire gemeenschapsvisie.

170. Het o.i. meer neutrale gebruik van de door Romano gehelpte term ‘organisatie’ lijkt ons in dit opzicht meer heilzaam. Paradoxaal onderstelt dergelijke term niet dat alle leden van de organisatie door een *organische band* verbonden zijn. Niet elke organisatie is een *corpus mysticum*.

171. De in de titel van deze bijdrage aangehaalde vraag of een onderneming als een arbeidsgemeenschap dan wel als een rechtsorde kan worden beschouwd wordt hiermee beantwoord. De onderneming betreft een rechtsorde. Deze rechtsorde is geenszins een geheel van rechtsnormen. Zij is primair de *organisatie* die deze rechtsnormen genereert. Arbeidsverhoudingen betreffen duurzame organisatieverhoudingen. Het kwalificeren van dergelijke organisatie als een gemeenschap lijkt ons voor de juridische analyse geen winst op te leveren.