

Bedongen vastheid van betrekking, doorgestoken kaart of bittere ernst ? (*)

Peter Flamey

HOOFDSTUK 1: VASTHEID VAN BETREKKING EN HET AFDANKINGSRECHT VAN DE WERKGEVER

1. *De vastheid van betrekking* heeft hoge ambities in het Belgische arbeidsrecht. Dit algemeen principe — mogen we niet spreken van 'rechtsbeginsel' — beoogt heden ten dage als sleutelwoord te fungeren bij het oplossen van arbeidsrechtelijke geschillen. Het zou zelfs in hoge mate garant staan voor de door velen beweerde autonomie van het arbeidsrecht (1). Nochtans verschijnt hiermee automatisch een — niet meer zo jeugdige — kaper op de kust, namelijk het concurrente principe van het patronale *afdankingsrecht*. Het recht van de werkgever om zijn werknemer(s) te ontslaan naar eigen goeddunken is inderdaad historisch eerder dan de vastheid van betrekking, eerder zelfs dan het arbeidsrecht tout court : in een liberale economie waar arbeidskrachten louter als productiemiddelen werden beschouwd was mobiliteit van arbeid een vanzelfsprekendheid. Geleidelijk aan nam dit quasi-onbegrensde afdankingsrecht gematigder vormen aan, naarmate een nieuwe neo-liberale visie terrein won onder impuls van de zich steeds beter organiserende sociale krachten. Een nieuwe rechtstak diende zich aan : het arbeidsrecht, een recht dat de belangen van de werknemers zou gaan verdedigen, zoveel als de machtsverhoudingen tussen patroons en werknemers het toelieten. En onmiddellijk is het *noodzakelijke verband* tussen de vastheid van betrekking en het afdankingsrecht duidelijk : alhoewel concurrente principes — omdat ze elk een eigen belang dienen, dat van de werknemer, respectievelijk dat van de werkgever — zijn ze elkaars complement. Deze omgekeerde evenredige verhouding laat zich als volgt duiden : hoe groter het afdankingsrecht, hoe kleiner de vastheid van betrekking ; hoe kleiner het afdankingsrecht, hoe groter de vastheid van betrekking. Maar een verduidelijking der begrippen is vooreerst op zijn plaats : over welke vastheid van betrekking gaat het hier, en wat houdt het afdankingsrecht in ?

(*)In deze studie werd enkel de bediendensektor onderzocht.

(1) In deze gedachtengang dienen afwijkingen op het principe van vastheid van betrekking beperkend te worden geïnterpreteerd.

2. Het Belgische arbeidsrecht kent zoals algemeen geweten twee soorten vastheid van betrekking.

Vooreerst een *conventionele* vastheid van betrekking waar partijen zelf de omvang van deze vastheid bepalen. Zo kennen we de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voor een duidelijk omschreven werk en voor vervanging. Een vroegtijdige, eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst is hier dan ook onrechtmatig, precies omdat partijen zelf de duur van hun samenwerking hebben vastgelegd. Hiernaast functioneert een tweede soort, namelijk de *wettelijke* vastheid van betrekking. Zo belangrijk wordt deze vastheid geacht dat zij door de wet wordt geregeld: een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan slechts eenzijdig beëindigd worden mits men de wettelijk voorziene procedure naleeft inzake vormen en opzeggingstermijn. Het is voornamelijk deze, wettelijke, vastheid van betrekking die het voorwerp uitmaakt van dit onderzoek.

3. In beide systemen is onmiddellijke *verbreking* van de arbeidsovereenkomst mogelijk op grond van 'dringende reden'. In geval van betwisting is het de feitenrechter die het bestaan van een dringende reden vaststelt. Deze judiciale controle op de graad van foutief gedrag verhindert misbruik van deze beëindigingswijze.

Opzegging is daarentegen slechts rechtsgeldig mogelijk in het wettelijk systeem: beide partijen kunnen de arbeidsovereenkomst eenzijdig beëindigen, op voorwaarde dat zij een aantal regels in acht nemen. Deze laatste beëindigingswijze verdient nu alle aandacht, omdat precies hier een mechanisme schuilt waaraan kan gesleuteld worden.

4. Zoals reeds aangestipt, liggen vastheid van betrekking en het afdankingsrecht van de werkgever in elkaars verlengde.

Na uitdieping der begrippen dient de verhouding tussen beide principes hernomen te worden. De eigen aard van deze verhouding tekent zich al klaarder af in internationaal perspectief. De Belgische situatie vertoont dan, zoals de Italiaanse, in de termen van Horion, '*discretionaire*' trekken, daar waar Frankrijk en Duitsland eerder bij het '*inquisitoire*' type aanleunen⁽²⁾. Criterium van onderscheid is het bestaan van een motiveringsplicht in hoofde van de werkgever. Is dit verschil louter technisch van aard, of wortelt het afdankingsrecht integendeel in dieperliggende machtsverhoudingen?

(2) HORION, P., *La stabilité de l'emploi et la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Gent, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1965, 598.

Een antwoord op deze vraag bepaalt in welke mate evolutie in het afdankingsrecht mogelijk is. Van een evolutie in de verhouding afdankingsrecht/vastheid van betrekking wordt nog net niet gesproken in sommige rechtsleer, wel van een 'accentverschuiving' in de richting van een sterkere uitbouw van de vastheid van betrekking ten gevolge van steeds grotere beperkingen van het patronale afdankingsrecht (3).

5. Om nu deze accentverschuiving op waarde te schatten, zijn in dit onderzoek de *conventionele beperkingen* aan het afdankingsrecht aan de orde.

Vooreerst dient de *rechtmatigheid* onderzocht te worden van deze 'beperkende clausules', clausules die het afdankingsrecht beperken, zelfs ontzeggen.

Het algemeen principe dat de arbeidsovereenkomst nooit voor het leven kan worden gesloten, zoals verwoord in art. 7, tweede lid van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten, is hierin richtinggevend. Vermits werkgever en werknemer niet eeuwig ten dage met elkaar opgescheept willen zijn, moet elke partij de mogelijkheid hebben de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur te beëindigen. Dit is niets anders dan een modaliteit van de individuele vrijheid, toegespitst op de arbeidsverhoudingen (4). Doet men dan ook aan dit beginsel geen afbreuk wanneer men aan één partij, de werkgever, dit recht bij overeenkomst ontzegt?

Het Hof van Cassatie maakt in een arrest van 16 oktober 1969 een onderscheid: een clause die het afdankingsrecht beperkt, is geoorloofd in zoverre dit recht hiermee niet onmogelijk wordt gemaakt. Een nuance die volgens Blanpain niet relevant is, vermits, zo een clause het patronale afdankingsrecht ontzegt, enkel het probleem van de passende schadevergoeding rijst wanneer de werkgever toch afdankt, in strijd met wat is overeengekomen (5). Want reïntegratie na afdanking is vooralsnog een onbekende rechtsfiguur in het Belgische arbeidsrecht.

Deze redenering lijkt erop te wijzen dat de door de beperkende bedingen beoogde vastheid van betrekking zich laat vertalen in pecuniaire termen. Of deze stelling kan weerhouden worden, zal blijken uit de vergelijkende studie der beperkende clausules.

(3) BLANPAIN, R., *Arbeidsrecht en vastheid van betrekking*, Antwerpen, S.W.U., 1966, 25; GOETHALS, H., *Vastheid van betrekking* (Zie: 30 jaar Belgische arbeidsverhoudingen), Deventer, Kluwer, 1977, 277.

(4) PAPIER-JAMOULLE, M., *Le droit de licenciement et ses limites*, Rapport présenté à la journée du 8 mai 1965 organisée par le Centre Interuniversitaire Belge de Droit Social, 9.

(5) BLANPAIN, R., *Krachtlijnen van het Belgische afdankingsrecht*, Sociaal Maandblad *Arbeid*, 1973, 296.

HOOFDSTUK 2: CATALOGUS DER CLAUSULES

6. Het inlassen van beperkende clausules in de arbeidsovereenkomst is een recente techniek. De oliecrisis van 1973 versnelde onverwacht plots het verouderingsproces van de Westeuropese economie. De voortdurende stijging van de energieprijzen veroorzaakte ook in België een onvoorzien sneeuwbaaleffect: met een verzieking van het economische leven ging een verzuring van het sociaal klimaat gepaard. Het traditioneel collectief overleg tussen vakbonden en patronaat wierp nog zelden vruchten af. Terecht kan men zich hier met De Broeck de vraag stellen of het collectief overleg slechts optimaal kan werken in een economische hoogconjunctuur (6). De bijzondere bezorgdheid vanwege de vakbonden voor de weerslag van de crisis op het tewerkstellingsvolume zette hen ertoe aan van het patronaat beloften af te dwingen. Het hoeft natuurlijk geen betoog dat deze beloften werden gemaakt in de *collectieve arbeidsovereenkomst*, de meest typische rechtsbron van het arbeidsrecht.
7. Vooreerst dient op een aantal restricties gewezen. Voorwerp van onderzoek zijn die clausules die iets bedingen over de vastheid van betrekking *sensu stricto*: alleen die clausules die het afdankingsrecht van de werkgever ontzeggen, beperken of regelen. Terzijde worden bijgevolg gelaten: clausules die het statuut der 'beschermde werknemers' betreffen, clausules die de informatie over de tewerkstelling regelen, en clausules die een semi-brugpensioen uitwerken ten voordele van sommige oudere, afgedankte werknemers. Tevens worden zoveel bedrijfssectoren onderzocht als mogelijk. Twee moeilijkheden doen zich hierbij voor: ten eerste is de toegankelijkheid van vele CAO's vaak gering ten gebreke van publicaties. Ten tweede bedingt niet elke sector een regeling terzake (7). Naast deze sectoriële CAO's worden een reeks (multi-)ondernemings-CAO's doorgelicht. Tenslotte wordt abstractie gemaakt van de geldingsduur der CAO's, alhoewel in de regel — als alles goed gaat — de termijn na afloop hernieuwd wordt.
8. Niet alle clausules beogen een zelfde vastheid van betrekking. Dit is duidelijk te merken aan het soort ontslag dat men wenst te beperken. Een dubbele constante valt hierbij op: enerzijds wordt

(6) DE BROECK, G., *Het collectief overleg* (Zie: 30 jaar Belgische arbeidsverhoudingen), Deventer, Kluwer, 1977, 116.

(7) Zo is — volgens de nationaal verantwoordelijken — niets bepaald in volgende sectoren: Petroleum, Scheikunde, Ziekenhuizen en Universiteiten.

het ontslag opgedeeld in *individueel* en *collectief* ontslag. Anderzijds kent het individueel ontslag een verder opsplitsing in ontslag om *economische* redenen en ontslag om *persoonlijke* redenen. Deze basisindeling zal in de volgende hoofdstukken als referentiepunt dienen om zowel kwantiteit als kwaliteit der beloofde vastheid van betrekking te meten.

HOOFDSTUK 3: CONCRETE BELOFTEN OF VAGE PRINCIPEVERKLARINGEN?

9. In een arbeidsrechtelijk systeem waar het discretionaire afdankingsrecht van de werkgever niet getemperd wordt door een motiveringsplicht, is het wel interessant te weten wat de patroons bereid zijn af te staan van hun gezag. Dit vertelt ons de *draagwijdte* van de gedane beloften, bij monde van de beperkende clausules. Een viertal hypothesen kunnen aldus onderscheiden worden.
10. Een eerste hypothese bestaat uit een totale *ontzegging* van het patronale afdankingsrecht. Geen restricties worden er gemaakt, noch ten aanzien van de tijd (tijdslimiet), noch ten aanzien van het soort van afdanking. In geen enkele CAO is deze hypothese aanwezig.
11. Een tweede hypothese bestaat uit een *beperking* van het afdankingsrecht. Tijd, soort van afdanking en bijzondere omstandigheden kunnen hier een restrictieve rol spelen. Zo voorziet de sector van het verzekeringswezen dat «na een fusie van ondernemingen (...) de werkgever gedurende een termijn van achttien maanden af(ziet) van elk ontslag om redenen van economische of technische aard. (...)» (8). In de volgende sectoren en ondernemingen vinden we een dergelijke regeling: verzekeringswezen (9), banken (10), Glaverbel (11), Toledo (12), Catala (13), Autophon (14).
12. Een variante op de tweede hypothese vormt de derde hypothese: het afdankingsrecht wordt *beperkt, in zoverre de economische toestand het toelaat*. Terminologisch is dit inderdaad een variante op de vorige hypothese. Inhoudelijk leunt dit type van clausules eer-

(8) CAO 8/1/80, art. 10.

(9) CAO 5/12/78 en CAO 8/1/80.

(10) CAO 5/12/78.

(11) Datum van CAO onbekend.

(12) CAO 10/6/80.

(13) CAO 29/4/80.

(14) CAO 4/7/80.

der aan bij de volgende hypothese. Aangezien het de werkgever toebehoort de economische omstandigheden te beoordelen, zal hij volledig autonoom het tijdstip van eventuele afdankingen vaststellen.

Aldus bepaalt de N.V. Beka het volgende: «de onderneming verbindt er zich toe de werkzekerheid voor eenieder te waarborgen tot 31/3/82 en dit rekening houdend met de economische mogelijkheden van het bedrijf.» (15).

Touring Wegenhulp (16), Air & Chaleur (17), Schindler (18) en Roussel (19) bedingen een gelijkaardige regeling.

Het is duidelijk dat zulke restrictie de waarde van een beperkende clause onvermijdelijk ondermijnt. De organismen voor automobielsinspectie ondervangen dit probleem niet door de beoordeling van de restrictie aan een derde, adviesgevende instantie te laten: de werkgever behoudt ook hier haar volle gezag (20)!

13. Tenslotte is de vierde hypothese het minst verregaand: het afdankingsrecht wordt geenszins beperkt.

Wat geregeld wordt, zijn de *afdaningsmodaliteiten*, die bedoeld zijn om de gewraakte beslissing te vermijden, te verzachten of te controleren.

Vermits de betrokken sectoren en ondernemingen bijna steeds één of meerdere van dergelijke modaliteiten bevatten, blijft elke verwijzing hier grotendeels achterwege.

14. Bij een eerste oppervlakkige benadering van de clauses, kunnen drie mogelijke functies naar voren worden gebracht.

A. De meeste bescherming — althans de visu — bieden in deze hypothese de clauses die de afdanking pogen te *vermijden*.

In vele gevallen mag de werkgever slechts afdanken om economische redenen wanneer een aantal voorafgaande maatregelen zijn getroffen zoals het beperken van overuren, het verbod oprustgestelde bedienden aan te werven, het beperken van tijdelijke arbeid, het invoeren van stelsels van gedeeltelijke werkloosheid en pré-pensioen, het verbod van onderaanneming, het uitwerken van een reclasseringsplan.

Voorafgaand overleg is eveneens een frequente modaliteit. Overleg betekent: consultatie van de 'vertegenwoordigers van de werk-

(15) CAO 5/1/81, art. 1.

(16) CAO 31/7/80.

(17) CAO 19/2/80.

(18) CAO 15/5/81.

(20) Datum van CAO onbekend.

(20) Datum van CAO onbekend.

nemers'. Dit betekent ook dat, wanneer geen compromis terzake wordt gesloten in de ondernemingsraad of met de syndicaal afgevaardigde, de werkgever het laatste woord heeft, tenzij eerst nog beroep wordt gedaan op de voorzitter van het desbetreffende Paritair Comité.

B. Een bijzondere afdankingsvergoeding wil het lot van de afgedankte werknemer *verzachten*. Zij wordt uitsluitend toegekend in geval van collectief ontslag: ofwel verwijst men naar de semi-wettelijke regeling van CAO nr. 10(21); ofwel werkt men zelf een vrijwel identieke regeling uit.

Een analoge welwillendheid schuilt er achter de belofte 'alles in het werk te stellen om de aanwerving van afgedankte bedienden in andere ondernemingen te vergemakkelijken', of 'voorrang te verlenen aan ex-werknemers ingeval van wederaanwerving'.

C. Sommige clausules hebben een *controle*-functie: de werknemers krijgen minimaal vat op het ontslag.

Eén met lichte afwijkingen steeds terugkerende standaardformule verdient volledige vermelding: «zonder afbreuk te doen aan het principe van het gezag van de werkgever en teneinde, volgens de economische mogelijkheden van de kantoren, de stabiliteit van de betrekking te verzekeren, is het wenselijk dat de eventuele afdankingen geschieden mits inachtneming van zekere regels van billijkheid. Er wordt aanbevolen, bij afdanking, die te wijten is aan bijzondere economische omstandigheden, een orde van voorrang in acht te nemen, rekening houdend met de bevoegdheid, de verdienste, de specialisatie, de leeftijd, de anciënniteit van de gezinsslachten. (...)» (22).

Deze voorrangsregeling verleent de werknemers een marginale controle op eventuele afdankingen om economische redenen. Op basis van gepersonaliseerde criteria is veralgemening van het ontslag mogelijk (23). Het ontslag wordt minder onvoorspelbaar en bijgevolg minder willekeurig doordat elke werknemer thans zelf, althans naar alle waarschijnlijkheid, zijn kans op werkbehoud kan berekenen.

Een andere waarborg biedt de één- of meermalige, schriftelijke en gemotiveerde verwittiging door de werkgever, ingeval zich feiten voordoen die aanleiding kunnen geven tot ontslag om persoonlijke

(21) CAO 8/5/73, algemeen verbindend verklaard bij KB 6/8/73; ondertussen reeds gewijzigd door CAO nr. 10bis, 10ter en 24.

(22) CAO 20/4/78, art. 17.

(23) COETSIER, P. en SCHOTTE, F., *Personeelsbeleid*, Brussel, CED-Samsom, 1978, 3.11/14.

redenen. Deze regeling geeft de werknemer de gelegenheid eventuele foutieve gedragingen te corrigeren. Een later ontslag zal dan ook niet al te onverwacht aankomen.

Sporadisch kent men de werknemer het recht toe een schriftelijke motivatie te vragen ingeval van afdanking om persoonlijke redenen. Doch ook hier is de controle louter informeel: de redenen die de werkgever heeft opgegeven kunnen niet betwist worden, zoals bij dringende reden.

Al deze regelingen streven het zelfde doel na, namelijk de willekeur zo veel mogelijk uit het afdankingsrecht bannen. En het verst gaat hierin de firma Colruyt, waar zij heel laconiek willekeurige afdankingen verbiedt, en er tevens een definitie van geeft: het ontslag dat noch om economische, noch om persoonlijke redenen gegeven wordt (24).

15. Een voorlopige conclusie dringt zich op.

Kwantitatief valt het op dat men eerder geneigd is het afdankingsrecht te regelen dan wel te beperken.

Opmerkelijk is ook dat, ingeval van beperking, steeds het ontslag om economische redenen bedoeld is. Verwonderlijk is dit niet, aangezien, zoals reeds aangestipt, deze ontwikkeling in het CAO-recht te verklaren is als reactie op de sociaal-economische crisis na 1973 (25). Trouwens, een beperking van het ontslag om persoonlijke redenen geldt nog te zeer als een ongeoorloofde aantasting van het patronale gezag om binnen de mogelijkheden te behoren.

Kwalitatief vertelt ons de bekomen vastheid van betrekking nog weinig. Een onderzoek naar de gebruikte terminologie is daarom aangewezen om de juridische waarde der clausules te bepalen.

HOOFDSTUK 4: AFDWINGBAARHEID DER CLAUSULES

16. Afdwingbaarheid van een rechtsregel veronderstelt dat elke overtreding van de norm voldoende gesanctioneerd wordt.

Een onderzoek naar de *sanctioneringsmogelijkheid* moet echter steeds voorafgegaan worden door een onderzoek naar de *juridische natuur* van de norm, in casu de beperkende clausules. Dit stelt, nog anders gezegd, de vraag naar de plaats die deze clausules innemen in het geheel dat de CAO vormt: zijn het obligatoire bepalingen, of integendeel normatieve, individueel of collectief normatieve?

(24) Bijlage bij CAO ?/10/76.

(25) Zie nr. 6.

17. Zoals reeds uit het betoog mag blijken, leggen de beperkende clausules voor iedere sector of onderneming afzonderlijk de concrete verhouding vast tussen het patronale afdankingsrecht en de vastheid van betrekking die de werknemers ten goede komt.

Een CAO die dergelijke clausules bevat, roept aldus *normen* in het leven voor de betrokken werkgevers en werknemers. De werkgevers verbinden zich ertoe slechts af te danken met inachtnaam van de procedure, bepaald in de CAO. Hieruit putten de individuele werknemers het recht om de aldus conventioneel afgedwongen vastheid van betrekking te beschermen. De beperkende clausules hebben ontegensprekelijk hun invloed op de individuele arbeidsovereenkomst: zij bepalen er mede de duur en de beëindiging van. Deze enkele beschouwingen doen ons constateren dat de beperkende clausules *individueel normatief* van aard zijn.

18. Bekijken we even de consequenties van deze kwalificatie.

Het gaat vooreerst niet om obligatoire bepalingen. Dit levert reeds een eerste waarborg op voor de mogelijke afdwingbaarheid der clausules, vermits obligatoire bepalingen strikt juridisch waardeeloos zijn: zij hebben niet veel meer dan een morele betekenis.

Dat het om individueel normatieve bepalingen gaat, en niet om collectief normatieve, is niet zozeer relevant voor hun juridische waarde — zij zijn beide in rechte afdwingbaar — dan wel voor hun recruteringsveld. Deze individueel normatieve bepalingen hebben inderdaad een suppletieve binding ten aanzien van individuele werkgevers die geen lid zijn van de ondertekenende patroonsorganisaties maar waarvan de onderneming wel ressorteert onder de sectoriële bevoegdheid van het Paritair Comité, waarin de CAO tot stand komt.

19. De individueel normatieve bepalingen regelen de individuele betrekkingen tussen werkgever en werknemer. Het is dan ook logisch dat de werknemer kan opkomen voor zijn rechten wanneer de werkgever zijn plichten niet nakomt, wanneer hij bijvoorbeeld afdankt zonder rekening te houden met de voorziene modaliteiten. De werknemer kan hierin geholpen worden door de syndicale organisaties (26), die tevens zelf in rechte kunnen optreden (27).

(26) Krachtens art. 728, § 3, lid 1 Ger.W. kan de afgevaardigde van een representatieve organisatie van werknemers voor de arbeidsgerechten de werknemer vertegenwoordigen. De afgevaardigde handelt hier — zoals de advocaat — in naam van de werknemer, zijn 'cliënt'.

(27) Art. 4 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités geeft de syndicale organisaties dit recht in alle individuele geschillen die uit de toepassing van de CAO voortvloeien. Zulk optreden gebeurt in eigen naam.

20. Wat kan de werknemer of diens syndicaat nu tegen de werkgever vorderen ?

Deze vraag veronderstelt dat een individueel normatieve bepaling als juridische norm steeds in rechte afdwingbaar is.

Welnu, in theorie is dit ook zo, maar in de praktijk der beperkende clausules moet een onderscheid gemaakt worden, in functie van de gebruikte terminologie.

Het woordgebruik kan een voldoende aanwijzing bevatten voor de al dan niet juridische waarde van de gebruikte clausules. Zo hebben een reeks clausules overduidelijk het karakter van een *richtlijn*, te volgen door de werkgever zo hij dat wil, zonder juridische verplichting. Dit blijkt uit ofwel het aanwenden in de tekst van woorden zoals: 'is het wenselijk', 'regelen van billijkheid', 'aanbevolen wordt'; ofwel het plaatsen der clausules onder de titel: 'aanbevelingen, als bijlage bij CAO...'

Andere clausules zijn forser in hun uitlatingen en houden bijgevolg echte, *juridisch waardevolle beloften* in. De standaardformule bij uitstek is hier: 'de werkgevers verbinden zich ertoe...'. Het is deze tweede hypothese die verder onderzocht zal worden.

21. Het eenvoudigst ware geweest in de tekst van de clause zelf een sanctionering te bepalen ingeval van overtreding van de norm. Dit is slechts in één (!) sector gebeurd, namelijk in het verzekeringswezen: forfaitaire schadevergoeding wordt toegekend ingeval van onrechtmatig ontslag (28). In geen enkele andere onderzochte sector of onderneming is nog een sanctie uitgewerkt. Betekent dit dan ook dat in die gevallen er effectief geen sanctie bestaat omdat zij niet uitdrukkelijk is vermeld ?
22. Vermits de problematiek recent is, is rechtspraak dienaangaande nog zeldzaam. Nochtans kunnen twee arresten reeds een tipje van de sluier optillen: een cassatiearrest van 7 december 1981 (verzekeringswezen) en een arrest van het arbeidshof van Antwerpen van 26 januari 1981 (warenhuizen).
- A. Het cassatiearrest van 7 december 1981 bevond het ontslag, gegeven in strijd met de voorafgaande overlegprocedure van art.

(28) «In geval er tot ontslag wordt overgegaan zonder dat de in de artikelen 4 en 5 van deze collectieve arbeidsovereenkomst bepaalde procedure werd nageleefd, zal de werkgever ertoe gehouden zijn aan de werknemer een forfaitaire vergoeding te betalen welke gelijk is aan zes maanden loon, dit, onverminderd de bepalingen van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.» CAO 8/1/80, art. 6.

5, 5^o van de CAO van 14 november 1975, gesloten in het Paritair Comité voor het verzekeringswezen, volledig geldig (29).

Er dient hier opgemerkt dat de sanctie van art. 6 slechts later is ingevoerd (30). De betrokken werkneemster kon bijgevolg op het moment van haar afdanking nog niet rekenen op de forfaitaire schadevergoeding. Tevens bevestigt het Hof hier dat nietigheid van het ontslag in het Belgische arbeidsrecht niet past, vermits zij zou leiden tot reïntegratie.

B. Het arrest van 26 januari 1981 had te oordelen over gelijkaardige afdankingsmodaliteiten, zoals bepaald in de CAO van 10 januari 1977, gesloten in het Paritair Comité voor de warenhuizen. Volgens het arbeidshof bevat de CAO «slechts algemene maatregelen (...) om een vastheid van betrekking te bekomen in de sector grootwarenhuizen en (voorziet) geen individuele bepalingen of sancties (...) voor werkgevers die zonder inachtnaam van deze richtlijnen tot ontzegging van werknemers overgaan; (...)» (31). Deze stelling kan bezwaarlijk gevolgd worden: het is niet omdat er geen expliciete sanctie is bepaald bij overeenkomst, dat er helemaal geen sanctie zou zijn. En het arbeidshof lijkt nogal vlug over 'richtlijnen' te spreken. M.i. is het woordgebruik wel iets kordater.

23. Het resultaat dat beide CAO's behaalden is, blijktens de aangehaalde rechtspraak, zeer pover. Er dient wel op gewezen dat het tweemaal loutere afdankingsmodaliteiten betrof, die de werkgever niet in acht nam. Ingeval van beperkende clausules *sensu stricto*, namelijk zij die het afdankingsrecht zelf beperken, ware de uitkomst misschien anders geweest. Nochtans hebben de beperkende clausules in de hitte van de strijd, voor de rechtbank, het vooralnog moeten afleggen tegen de 'macht der gewoonte', de gewoonte de afdanking te rekenen tot het exclusieve domein van de werkgever. Is er dan geen toekomst meer voor deze clausules?
24. Wat nu volgt, is een poging om de beperkende clausules, zoals ze actueel zijn geconcipeerd, een kans op juridisch welslagen te verlenen.

(29) «(...) Overwegende dat het genoemde artikel 5 de werkgever niet verbiedt een werknemer te ontslaan en de werknemer niet het recht geeft om niet te worden ontslagen; dat de voorgeschreven verplichtingen het ontslag van de werknemer niet in de weg staan; (...) dat het niet in acht nemen ervan (= van art. 5) evenwel niet leidt tot de nietigheid van een ontslag (...)». Cass., 7 december 1981, *R.W.*, 1981-1982, 1621.

(30) Zie noot (28).

(31) Arbeidshof Antwerpen, 26 januari 1981, *J.T.T.*, 1981, 147.

A. Er is een *sanctie voorzien* in de CAO, met name een schadevergoeding, forfaitair bepaald. De afdwingbaarheid van de gedane belofte is hier het grootst.

B. Er is *geen sanctie* voorzien.

a. Zoals reeds herhaaldelijk gezegd, is *reïntegratie* in het huidige systeem onmogelijk.

b. Kan men niet geredelijk aannemen dat het niet naleven van de procedure, zoals bepaald in de CAO, in hoofde van de werkgever een fout oplevert, een fout die een onmiddellijke weerslag heeft op de pecuniaire toestand van de werknemer, beneficiaris van de beperkende clausules, vermits de werknemer zijn wellicht enige bron van inkomsten (het loon) moet derven door de afdanking? Heeft de werknemer derhalve geen *recht op schadevergoeding*? Fout en oorzakelijk verband kunnen vrij eenvoudig bewezen worden. Doch de schade begroten is een heel andere zaak: welke criteria moet men hierbij in acht nemen? Het maandloon, te vermenigvuldigen met een variabele factor, die de tijd weerspiegelt die nodig is om een nieuwe betrekking te vinden?

Maar een nieuwe betrekking vindt niet iedereen even snel. Ook hier moeten criteria gezocht worden om de tijdelijke werkloosheid te overbruggen: ouderdom, anciënniteit en verhouding tussen vraag en aanbod op de specifieke deelmarkt zullen wel een rol spelen. M.i. moet het bedrag van de werkloosheidsuitkering afgetrokken worden. Of de opzeggingsvergoeding moet verrekend worden, is al minder evident.

Tenslotte zou men het aldus bekomen maandelijks bedrag degressief kunnen bepalen, dit om de verleiding te ontmoedigen al te lang op de vervangingsinkomens te teren (32).

c. Een analoge oplossing biedt de theorie van het *rechtsmisbruik*, die ten grondslag ligt aan het voor de arbeiders uitgewerkte systeem van willekeurige afdanking (33).

Het patronale afdankingsrecht wordt dan vanuit deze hoek beperkt: de werkgever heeft wel het recht af te danken, doch dit recht is niet absoluut; hij mag dit recht niet misbruiken. Afdanken zonder het conventioneel bedongene na te leven verraadt het kwaadwillig karakter van het opzet dat de rechtstitularis eigen is. Deze omstandigheid waaronder het ontslag heeft plaatsgehad 'denatureert' het afdankingsrecht tot een willekeurige rechtshandeling. Doch ook hier duiken de moeilijkheden op: ten eerste is het de werknemer, in casu de bediende, die de bewijslast van het

(32) TAQUET, M., en WANTIEZ, C., *L'avenir du droit du travail*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1978, 183.

(33) Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten art. 63.

rechtsmisbruik draagt, in tegenstelling tot de wettelijke regeling voor de arbeiders waar die bewijslast precies werd omgekeerd. Ten tweede rijst opnieuw de vraag naar de begroting van de schadevergoeding, een probleem dat voor de arbeiders eveneens werd opgelost in de vorm van een forfaitair bedrag, te cumuleren met opzeggings- of verbrekingsvergoeding.

25. Wat is nu de *uiteindelijke waarde* der beperkende clausules? Juridisch is deze waarde vrij miniem: slechts wanneer de CAO zelf een sanctie uitwerkt, is de afdwingbaarheid verzekerd. In het tegenovergestelde geval, is het voor de betrokken werknemer al heel wat moeilijker om een concreet resultaat te bereiken. Op reïntegratie hoeft hij niet te rekenen. Schadevergoeding zal gemeenrechtelijk misschien verkregen kunnen worden met de hulp van een schrandere geest met veel zin voor casuïstiek. In ieder geval speelt het ontbreken van concrete sancties in de tekst der beperkende clausules de waarborg van de werknemer duidelijk parten.

HOOFDSTUK 5: ENKELE CONCLUSIES

26. Ten eerste blijkt nu wel voldoende dat de mate van *juridische afdwingbaarheid* der clausules sterk bepaald wordt door de mate van sanctionering. Een gebrekkige sanctionering maakt de bedongen vastheid van betrekking ongelooftwaardig. Vervolgens kan het vermoeden bevestigd worden dat vastheid van betrekking zich hoogstens in pecuniaire termen laat vertalen, in geval van overtreding van de clause (34). Vastheid van betrekking is hoe dan ook uitermate relatief, vermits de werkgever principieel nog steeds het afdankingsrecht behoudt; het kan hem alleen maar enkele duizenden kosten... De stelregel dat afgedankt afgedankt is, blijft — voorlopig nog? — een realiteit. De invoering van reïntegratie als techniek voor het oplossen van afdankingsgeschillen is slechts mogelijk indien de kaarten van vakbond en patronaat grondig worden dooreengeschud. Slechts een 'new deal' zou het actuele afdankingsrecht grondig kunnen wijzigen. Of dit wenselijk is, hangt af van ieders maatschappijvisie. Tot slot moge verwezen naar een niet onbelangrijke *sociologische wetmatigheid* die de afdwingbaarheid van de beperkende clausules verhoogt op een niet-juridische wijze. Dit gebeurt door een dubbe-

(34) Zie nr. 5.

le tussenkomst van het 'niet-recht' (35): de werknemer kan op grond van de beperkende clause rechtmatig vertrouwen dat hij niet zal afgedankt worden. De werkgever die toch afdankt ondanks het conventionele verbod wordt door het (arbeids-)recht niets in de weg gelegd. De patronale code speelt hier een even grote rol als de juridische: door een gebrekkig sanctioneringsmechanisme verschijnt het niet-recht ten tonele en dreigt het recht te verdringen, ware het niet dat het zelfde niet-recht te tweeden male opkomt in de gedaante van de staking, niet-juridisch strijdmiddel in handen van de vakbonden, in geval de werkgever toch mocht overgaan tot afdanking.

Zo zie je maar...

(35) Deze term uit de sociologie vertolkt de theorie dat op de lijn van het recht zich tevens het niet-recht bevindt. Beide 'instituten' hebben hun eigen gedragscode, ze complementeren elkaar.

Om misverstanden te voorkomen wordt hier gebruik gemaakt van het door François uitgewerkte concept niet-recht: 'les ordres juridiques non étatiques'.

FRANCOIS, L., *Le non-droit du travail: développement des relations sociales en dehors des itinéraires juridiques classiques*, XXXe Séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978, 89.