

ACTUELE PROBLEMEN VAN HET ARBEIDSRECHT 9

ACTUELE PROBLEMEN VAN HET ARBEIDSRECHT 9

Werknemerschap:
een precair statuut in wording?

Editors

Marc RIGAUX
Amanda LATINNE

Auteurs

Jan BUELENS
Daniël CUYPERS
Lieven LENAERTS
Bruno LIETAERT
Tom MESSIAEN
Véronique PERTRY
Kelly REYNIERS
Marc RIGAUX
Daniël RYCKX
Peter TIERENS
Kim VAN DEN LANGENBERGH
Anne VAN REGENMORTEL
Herwig VERSCHUEREN



intersentia

Antwerpen – Cambridge

OPSTELLEN ARBEIDSRECHT

Actuele problemen van het arbeidsrecht 9. Werknemerschap: een precair statuut in wording?

Marc Rigaux en Amanda Latinne (eds.)

© 2014 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-0533-4

D/2014/7849/158

NUR 825

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

VOORWOORD

In de opbouw van het sociaal recht in het algemeen en het arbeidsrecht in het bijzonder, neemt de hoedanigheid van werknemer om uiteenlopende redenen een zeer bijzondere plaats in. Vooreerst vormen de werknemers, de arbeidskrachten, die er als geen ander in geslaagd zijn een consistente sociale bescherming te verwerven. Voorts geldt het werknemersstatuut, zowel in het internationaal recht, het Europees recht als in het nationaal recht, als referentienorm voor de arbeids- en sociale bescherming voor andere categorieën werkenden. Ten slotte zal het bewijs van de hoedanigheid van werknemer toelaten de toegangsdrempel te overschrijden tot de arbeidswetgeving en de wetgeving inzake de sociale zekerheid. Het werknemerschap vormt dus zonder meer een ankerpunt voor sociale rechten. Meer nog, de sociale wetgever heeft tot op heden, voor de uitwerking van zijn regelgeving, de voltijds tewerkgestelde werknemer met een contract voor onbepaalde tijd als ijkpunt gehanteerd. Gewijzigde machtsverhoudingen in de relatie tussen arbeid en kapitaal hebben samen met een decennialange flexibiliseringsdrang, gaandeweg geleid tot een gestage verzwakking van de sociale bescherming van de werknemer. Concreet is de verzwakking binnen het recht vooral verweven met de fenomenen van de rechtshomogeniteit en de proliferatie van preciaire tewerkstellingsvormen. Beide factoren zijn met elkaar verbonden. De rechtshomogeniteit komt immers meer dan eens het preciaire karakter van de nieuwe tewerkstellingsvormen versterken. Onder rechtshomogeniteit verstaat men doorgaans de jurisprudentiële en doctrinale benadering van het recht, waarbij dit recht als een geheel wordt ervaren. De rechtshomogeniteit zorgt voor het wegvallen van de verschillende schotten tussen de rechtstakken, waardoor ze ongeremd met elkaar in interactie treden. De interactie geschiedt in het raam van een normenhiërarchie, aangevoerd door de Europese rechtsregels met betrekking tot de marktvrijheden. De sociaalrechtelijke regel mag dus niet strijdig zijn met de marktvrijheden, waardoor dat het beschermende karakter van de regel meer dan eens onder druk komt. De vermenigvuldiging van de preciaire tewerkstelling brengt dan weer met zich mee dat het arbeidscontract voor onbepaalde tijd in voltijdse tewerkstelling van langsom minder het referentiestelsel blijft. Reden genoeg dus om zich te buigen over een aantal rechtsfenomenen die de verzwakking van de rechtspositie van de werknemer schragen.

Amanda LATINNE en Marc RIGAUX
Onderzoeksgroep sociale concurrentie en recht
Universiteit Antwerpen

INHOUD

<i>Voorwoord</i>	v
------------------------	---

Hoofdstuk 1.

De verzwakking van de rechtspositie van de werknemer: een logisch gevolg van de vrijmaking van de arbeidsmarkt? Een vrij betoog over wezenlijke ontwikkelingen in het arbeidsrecht

Marc RIGAUX	1
I. Genese en finaliteit van de rechtspositieregeling	1
A. De genese.....	1
1. De arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek	1
a. De eerste arbeidsovereenkomstenwetten.....	3
b. De arbeidsovereenkomst en de rechtspositie	5
2. De finaliteit	6
a. De marktverhoudingen, de arbeid en het recht	6
b. De correctie aan de vrijheid van arbeid	7
c. De correctie aan de individuele contractvrijheid en aan haar grondslagen	9
d. De eerbied voor de menselijke waardigheid van de werknemer als ultieme finaliteit	10
B. De arbeidsovereenkomst en het salariaat.....	10
1. De arbeidsovereenkomst: kenmerken en bestanddelen.....	10
a. Kenmerken	10
b. Constitutieve elementen.....	11
2. Het salariaat als beschermingsmodel	13
C. De meervoudige dimensie van de rechtspositie	14
1. De arbeidsovereenkomst = een open contract	14
a. Open contract: draagwijdte	14
b. Instrumenten van inhoudsbepaling.....	14
2. Individuele dimensie van de rechtspositie.....	15
a. De bedongen arbeid als centrale notie	15
b. De incorporatie van wettelijke bepalingen	16
c. De rechtsaard van de individuele rechten	17
3. Collectieve dimensie	18
a. Algemeen	18
b. Het primaat van de collectieve wil	18

c.	Individueel toegekende rechten	19
d.	De draagwijdte van de collectieve rechten	19
4.	De socialezekerheidsdimensie van de rechtspositie	20
a.	De verhouding tussen de contractuele en de sociale dimensie	20
b.	De draagwijdte van de sociale rechten	21
5.	Standaardwerk als referentierechtspositie	21
D.	Een consistente rechtspositieregeling voor de werknemer: het recht ten dienste van economische en sociale emancipatie	22
II.	De verzwakking van de rechtspositie	23
A.	De verzwakking van de rechtspositie: oorzaken, begrip, kenmer- ken	23
1.	Oorzaken	23
a.	Oorzaken extern aan het recht	23
b.	Oorzaken binnen het recht	24
2.	Het begrip	27
3.	Achtergronden	29
a.	Het salariaat in vraag	29
b.	Het belang van het recht in vraag	30
c.	De contractualisering van het arbeidsrecht	31
d.	Een zekere afbouw van collectieve rechten	32
B.	De verzwakking en de aan het recht externe oorzaken	33
1.	De dominantie van de markt en van haar ideologie	33
a.	Algemeen	33
b.	De Europese dimensie	34
2.	De autonomisering van het individu	35
3.	Een verzwakking van de greep van de politiek	35
a.	Een verzwakking van de greep van de staat	35
b.	Een verzwakking van het politieke bewustzijn	37
4.	Een op sociale concurrentie geaxeerd personeelsbeleid	37
a.	De markt als referentiekader	37
b.	Sociale concurrentie en HRM als bronnen van aliënatie en desolidariteit	38
C.	De verzwakking van de rechtspositie: de aan het recht interne oorzaken	39
1.	De gemeenrechtelijke inbedding	39
a.	De individuele contractvrijheid	39
b.	De aanvullende werking van het verbintenissenrecht	40
c.	De beperkende uitlegging door de rechtspraak van de goede trouw	40
2.	De rechtshomogeniteit	41
a.	Begrip en inhoud	41
b.	De specificiteit van de rechtstak onder druk	41

c. Het toenemende belang van de rechter	42
d. De dominante positie van het Europese markt- en concurrerentierecht	43
3. De sociologisering van het recht	43
a. De vervaging van het onderscheid tussen recht en beleid	43
b. De diverse vormen van ‘soft law’	44
4. De toets aan het gelijkheidsbeginsel: even slecht is ook gelijk?	44
III. De verzwakking van de rechtspositie van de werknemer: het recht op waardigheid van de werkende mens (opnieuw) in vraag	45

Hoofdstuk 2.

Interactie tussen arbeidsrecht en algemeen overeenkomstenrecht.

Standpunt van de sociale kamer van het Franse Hof van Cassatie: een evolutief overzicht

Anne VAN REGENMORTEL	47
I. Inleiding	47
II. De arresten <i>Revêt-Sol</i> en <i>Perrier</i> : afstand van een civilistisch georiënteerde rechtspraak en aanzet tot een meer sociale jurisprudentie?	51
III. Een sociale lezing van het civiel recht: naar een constante in de rechtspraak van de sociale kamer van het Franse Hof van Cassatie?	56
A. Het belang van goede trouw: herontdekt als middel om de sociale bescherming te verbeteren?	56
B. De figuur van de dading: evolutie naar een meer werknemersvriendelijke interpretatie?	63
C. Respect voor de feitelijke realiteit als uitgangspunt bij het kwalificeren van arbeidsrelaties	69
D. Kan een meer rigide toepassing van het burgerlijk sanctiearsenaal tot een betere bescherming van de werknemer leiden?	71
IV. Conclusie	76

Hoofdstuk 3.

Afstand van recht en rechtsverwerking in het arbeidsrecht: sociaal belaste technieken?

Daniël CUYPERS en Daniël RYCKX	79
I. Inleiding	79
II. Afstand van recht	79
A. Algemeen	79
B. Geldigheid van de afstand van recht	83
1. De aard van de norm	84
2. Het tijdstip van de afstand	85

3.	De geldigheid van een afstand van recht in functie van de aard van de norm en het tijdstip van de afstand	85
a.	Afstand van een recht dat wordt toegekend door een norm van openbare orde	85
b.	Afstand van een recht dat wordt toegekend door een norm van dwingend recht	91
c.	Restrictieve interpretatie van afstand	95
III.	Rechtsverwerking	97
A.	Algemeen	97
B.	Rechtsverwerking in het arbeidsovereenkomstenrecht	100
IV.	Dading: wederzijdse toegevingen en wilsgebreken	101
A.	Algemeen	101
B.	Dading als overeenkomst met wederzijdse toegevingen	101
C.	Wilsgebreken	103
1.	Dwaling	103
2.	Bedrog	106
3.	Geweld	108
4.	Gekwalificeerde benadeling	110
V.	Enkele conclusies	111

Hoofdstuk 4.

Contractvrijheid en de ontwijking van het werknemerschap: is de Arbeidsrelatiewet een afdoende remedie tegen de schijnzelfstandigheid?

	Tom MESSIAEN en Kim VAN DEN LANGENBERGH	115
I.	Contractvrijheid en de ontwijking van het werknemerschap	115
II.	Contractvrijheid tussen partijen: de principes	116
A.	Dwingende wetgeving – Beschermde groepen	118
B.	Contractvrijheid: artikel 1134 BW	119
III.	Opsporen van de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen	128
A.	Interpretatie en kwalificatie van overeenkomsten	129
B.	Respecteren van de bewijsregels van de overeenkomsten	132
IV.	De contractvrijheid in verhouding tot de Arbeidsrelatiewet	134
A.	Het uitgangspunt van de Arbeidsrelatiewet: de wilsautonomie	134
B.	Herkwalificatie indien voldoende elementen onverenigbaar zijn met de partijenkwalificatie	136
1.	‘Voldoende elementen’	136
2.	Op basis van de algemene criteria	138
a.	Juridische versus economische ondergeschiktheid	140
b.	Wil van de partijen	144
c.	Vrijheid van organisatie van werktijd	148

d. Vrijheid van organisatie van werk.....	150
e. Mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen	151
3. Elementen die niet in aanmerking mogen worden genomen	152
4. Elementen die op zich niet volstaan	155
5. De specifieke criteria	155
C. Herkwalificatie indien de partijkwalificatie niet overeenstemt met de aard van de arbeidsrelatie zoals die wordt vermoed	158
1. Toepassingsgebied van het vermoeden: beperkt tot vier ‘risicosectoren’	159
2. Werking van het wettelijk vermoeden: de criteria	166
a. Overwegend sociaaleconomische criteria	166
b. Interpretatieproblemen	174
3. Weerlegging van het vermoeden	177
a. Weerlegging versus niet toepasselijk	177
b. ‘... onder andere op basis van de algemene criteria’	179
D. Grenzen aan de herkwalificatie	182
V. Besluit	187

Hoofdstuk 5.

De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof: rem op of katalysator van de economische ongelijkheid tussen werkgever en werknemer?

Véronique PERTRY	193
I. Inleiding en afbakening	193
II. Juridische gelijkheid en economische ongelijkheid: geen <i>contradictio in terminis</i>	194
III. De gelijkheidstoets door het Grondwettelijk Hof	197
A. Korte situering van het Grondwettelijk Hof	197
B. Hoe werkt de toets aan het gelijkheidsbeginsel?	198
IV. Vergelijkbaarheid en vergelijking in de relatie werkgever-werknemer ...	202
A. Vergelijkbaarheid en de vergelijkbaarheidstoets	202
B. Wie zoekt gelijkheid met wie in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in het licht van de arbeidsrelatie?	205
1. Werknemers die zich gediscrimineerd voelen in vergelijking met hun werkgever?	205
2. Werkgevers die zich gediscrimineerd voelen	206
3. De gebruiker van een uitzendkracht voelt zich gediscrimineerd t.a.v. de werkgever van een werknemer	208
4. Private personen (bv. werkgevers) voelen zich gediscrimineerd t.a.v. de overheid	209
5. Vakorganisaties voelen zich gediscrimineerd	211

6.	Werknemers die zich gediscrimineerd voelen t.a.v. andere werknemers.	213
a.	Onderscheiden die (minstens deels) verband houden met de ongelijke positie van categorieën van werknemers t.a.v. de werkgever.	213
b.	Onderscheiden die verband houden met andere redenen dan met de ongelijke positie van werknemers t.a.v. de werkgever.	221
V.	Wat zijn de gevolgen bij de vaststelling van een schending?	224
A.	Levelling-up of niet?	224
B.	Vernietiging van een wet door het Grondwettelijk Hof op grond van de artikelen 10 en 11 Gw.	224
C.	Vaststelling in een prejudicieel arrest dat een wet de artikelen 10 en 11 Gw. schendt.	225
D.	Werking in de tijd	226
VI.	De gelijkheidstoets: katalysator of rem voor economische ongelijkheid?	227

Hoofdstuk 6.

Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet

	Bruno LIETAERT	229
I.	Vooraf: taak van de rechter bij duisterheid van de wet	229
II.	Rechtersrecht in een context van duisterheid van de wet én scheiding der machten.	231
A.	Rechtsvormende taak van de rechtspraak	231
B.	Essentie van rechtspreken: beslissen.	235
C.	Formalistische en actieve rechters: over vorm en inhoud	236
III.	Taak van de rechter bij discriminatie door justitiabelen onderling – Horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel	237
A.	Elke discriminatie is verboden.	237
B.	Elke ongerechtvaardigde discriminatie is foutief gedrag	240
C.	Horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel.	242
D.	Vrijwaring in geval van discriminatie op basis van de wet.	242
E.	Besluit: “constitutionalisering”	243
IV.	Taak van de rechter bij discriminatie door leemtes in de wet	244
A.	Tegengestelde visies: Grondwettelijk Hof versus Cassatie.	244
B.	Taak van de rechter volgens constitutionalisten: “extrinsieke en intrinsieke leemtes”	247
C.	Evolutie cassatierechtspraak naar wegwerken discriminerende leemtes (vanaf datum arrest Grondwettelijk Hof)	249

1.	Artikel 29 <i>bis</i> WAM-wet: de zwakke weggebruiker, slachtoffer van een ongeval met trein of tram	249
2.	Beslag op voertuig eigenaar vreemd aan het misdrijf	251
3.	Strafprocedure	251
	a. Geen cassatieberoep tegen sommige beslissingen KI	251
	b. Burgerlijke partij en rechtsplegingsvergoeding	255
D.	Enkele leemtes in het sociaal recht	256
	1. Arbeidsongevallen	256
	2. Gezinsbijslagen (verhoogde kinderbijslag, terugvordering en subsidiaire beschermingsstatus)	257
	a. Verhoogde kinderbijslag	257
	b. Terugvordering	257
	c. Personen met subsidiaire beschermingsstatus	258
	3. Rechtsbijstand	258
	4. Staatlozen	259
	a. Leefloon	259
	b. Gewaarborgde gezinsbijslagen	261
	5. Administratieve sancties en wettigheidsbeginsel	261
E.	Synthese: een discriminatie wegwerken is geen willekeur, maar een gebonden bevoegdheid	264
	1. De constitutionele doctrine over leemtes is geen wetmatigheid ..	264
	2. Feitenrechters handelen pragmatisch	264
	3. Cassatie draagt rechter op ongrondwettigheid weg te werken ...	266
	4. Cassatie stelt grenzen aan herstel van de ongrondwettigheid ...	267
V.	Taak van de rechter bij discriminaties in de wet	267
	A. Wat voor leemtes geldt, geldt ook voor discriminaties in de wet ...	267
	B. Levelling-down?	270
	C. Wie wordt gediscrimineerd?	272
	D. Nood aan een hernieuwde afweging van maatschappelijke belangen	273
	E. Specifieke versus algemene regeling en de nood aan een referentie-categorie	275
	F. Beschikkingsbeginsel	276
VI.	Besluit	277

Hoofdstuk 7.

Leidt eenheid naar gelijkheid?

	Lieven LENAERTS	279
I.	Enkele krachtlijnen van het eenheidsstatuut	280
II.	Enkele opmerkingen in het advies van de Raad van State en de antwoorden hierop in de memorie van toelichting	284

III. Geeft de vergelijking van de richtinggevende arresten 56/93 en 125/11 aanknopingspunten voor de vragen van de Raad van State?	286
A. Van eenheidsstatuut <i>light</i> naar een volledig eenheidsstatuut	286
B. Is er juridisch ruimte voor de sociale partners bij het uitwerken van het eenheidsstatuut?	287
C. Het tijdshiaat tussen 9 juli en 31 december 2013	290
1. Het Grondwettelijk Hof innoveerde in arrest 125/11	290
2. De mogelijke aansprakelijkheid van de Staat, te beoordelen door de rechter	291
3. De oplossing: terugwerkende kracht naar 9 juli 2013?	295
4. De rechter en de terugwerkende kracht	297
5. Een hint in arrest 125/11 naar Europese rechtspraak?	299
D. Voltooit het eenheidsstatuut de harmonisatie?	302

Hoofdstuk 8.

**Terbeschikkingstelling van werknemers: grenzen aan de rekbaarheid
van een driepartijenverhouding?**

Jan BUELENS en Peter TIERENS	305
I. Inleiding	305
II. Terbeschikkingstelling in de periode vóór de wet van 24 juli 1987	306
A. Ontstaansgeschiedenis verbod terbeschikkingstelling op nationaal en internationaal niveau	306
B. Geruisloze evolutie van principieel verbod naar feitelijk en juridisch gedogen	317
1. Periode 1976-1987	317
2. Periode 1987-2000	318
3. Periode 2000-2012	320
a. Het commerciële contract tussen gebruiker en werkgever	321
b. De arbeidsovereenkomst van de werknemer	322
c. De voorbehouden beslissingsmacht van de werkgever	322
4. Periode 2012-2014	325
III. Huidig wettelijk kader	327
A. Verbod op terbeschikkingstelling	327
1. Draagwijdte	327
2. Sancties	328
B. Uitzonderingen op het terbeschikkingstellingsverbod	330
1. Occasionele terbeschikkingstelling van vaste werknemers	330
2. Terbeschikkingstelling van specifieke categorieën van werknemers	333
3. Terbeschikkingstelling binnen werkgeversgroeperingen	334

IV. Naar een nieuwe omkadering voor terbeschikkingstelling	336
A. Begrip ‘terbeschikkingstelling’ en gezag	336
1. Ervaring buurlanden: Frankrijk, Duitsland, Nederland	336
2. Contouren voor een nieuw gezagsbegrip	337
B. Voorwaardenkader terbeschikkingstelling: een blik over de grenzen.	338
1. Frankrijk	338
2. Duitsland	340
3. Nederland	341
V. Besluit	343

Hoofdstuk 9.

Sociale concurrentie op de Europese interne markt

Herwig VERSCHUEREN	345
I. Inleiding	345
II. Arbeidsrecht blijft in beginsel een nationale bevoegdheid	346
III. Sociale normconcurrentie tussen lidstaten	349
IV. De territoriale toepassing van het arbeidsrecht in grensover- schrijdende situaties.	352
A. Uitgangspunt: het vrij verkeer van werknemers	352
B. De territoriale toepassing van het arbeidsrecht en het internatio- naal privaatrecht.	354
C. De territoriale toepassing van het arbeidsrecht onder druk door het vrij verkeer van diensten	356
1. Vrij verkeer van diensten en de territoriale toepassing van het arbeidsrecht.	356
2. De Detacheringsrichtlijn.	357
a. Doelstellingen en inhoud	357
b. De mogelijkheden van de lidstaten m.b.t. het organiseren van efficiënte controle op de naleving van de toepasselijke arbeidsrechtelijke bepalingen	362
D. Het Unierechtelijk statuut van gedetacheerde werknemers op het snijpunt van rechtsregels en belangen	367
V. Besluit	372

Hoofdstuk 10.

De grondrechten en de uitbreiding van het arbeidsrecht naar de niet-werknemers: ook voor vrijwilligers?

Kelly REYNIERS	375
I. Situering en probleemstelling	375
A. Het realiseren van menselijke waardigheid en waardig werk als doelstelling van het arbeidsrecht.	375

B.	Personeel toepassingsgebied van het arbeidsrecht: ruimer dan werknemers en werkgevers	377
C.	Onderzoeksvraag	379
II.	Toepasselijkheid van het arbeidsrecht op vrijwilligerswerk	380
A.	Juridisch kader	380
B.	De ‘schijnvrijwilliger’	381
C.	De vrijwilliger als met werknemer gelijkgestelde persoon	389
1.	Situatie vóór de Vrijwilligerswet	389
2.	De toepasselijkheid van het arbeidsrecht op vrijwilligers overeenkomstig de oorspronkelijke Vrijwilligerswet	392
3.	De toepasselijkheid van het arbeidsrecht op vrijwilligers na de Wijzigingswet van 19 juli 2006	394
III.	Synthese en besluit – Een arbeidsrechtelijke bescherming voor vrijwilligerswerk?	395