

BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN PERSONEELSMATERIES: ZOWEL VOOR AMBTENAREN ALS VOOR OVERHEIDSCONTRACTANTEN?

Daniël CUYPERS ⁽¹⁾,
Gewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen

(1) Met dank aan collega Ingrid OPDEBEEK voor het welwillend ter beschikking stellen van haar teksten betreffende de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het publiekrecht. De voorliggende bijdrage is afgesloten op 15 december 2014.

INHOUD

Inleiding: opzet en indeling	9
Hoofdstuk I. Ruim kader van de onderzoeksvraag	10
§ 1. Geleidelijke toenadering tussen publiek recht en privaat recht	10
§ 2. Dilemma: fundamentele keuzes	13
§ 3. Eén vertrekpunt in de rechtsbescherming: vastheid van betrekking	15
1. Vastheid van betrekking: een sociaal grondrecht voor alle werkenden	15
2. Dynamische werking van het Europees recht	16
3. Direct belang van het Europees recht voor de onderzoeksvraag	17
Hoofdstuk II. Algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur in het ambtenarenrecht en in het arbeidsrecht	18
§ 1. Algemene rechtsbeginselen in het bestuursrecht	18
§ 2. Functies van de beginselen van behoorlijk bestuur	20
§ 3. Plaats van de algemene rechtsbeginselen in de hiërarchie van de normen	20
§ 4. Toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur	22
§ 5. Beginselen van behoorlijk burgerschap	23
§ 6. Algemene rechtsbeginselen in het arbeidsrecht	23
§ 7. Onderzoek naar de redenen van deze aarzeling	27
§ 8. (Beperkte) doorwerking?	29
§ 9. Geen fundamentele bezwaren tegen doorwerking van de beginselen	31
Hoofdstuk III. Oplijsting van de beginselen in het bestuursrecht en toetsing aan het arbeidsrecht	33
§ 1. Zorgvuldigheidsbeginsel	33
1. Matrixbeginsel in het bestuursrecht	33
2. Zorgvuldigheidsbeginsel in het arbeidsrecht	34
§ 2. Het motiveringsbeginsel	36
1. Een niet-geschreven grondrecht in het bestuursrecht	36
2. Het motiveringsbeginsel en het ontslag: een strijdperk in het arbeidsrecht	37
3. Cassatio locuta, causa finita?	39
4. Heropening van het debat in het licht van nieuw artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet en de WES	40
5. Discriminatie van de bedienden in de publieke sector	41
6. Discriminatie van de vakbondsafgevaardigden in de publieke sector	43
§ 3. Het redelijkheidsbeginsel	45
1. Een correctie op discretionaire bevoegdheden	45
2. Groeiend beginsel in het arbeidsrecht	46
§ 4. Gelijkheidsbeginsel	49
1. Een grondwettelijk beginsel in het bestuursrecht	49
2. Het gelijkheidsbeginsel in het arbeidsrecht	49



§ 5. Hoorplicht (audi et alteram partem)	54
1. Een algemeen aanvaard beginsel in het bestuursrecht	54
2. Bronnen en doel van de hoorplicht	55
3. Toepassingsgebied van de hoorplicht in het bestuursrecht	55
4. Uitzonderingen op de hoorplicht	56
5. Modaliteiten van het horen	57
6. De hoorplicht in het arbeidsrecht	57
7. Toch een hoorplicht als algemeen rechtsbeginsel?	59
§ 6. Het onpartijdigheidsbeginsel	60
1. Principe	60
2. Grenzen van het onpartijdigheidsbeginsel	61
3. Het onpartijdigheidsbeginsel in het arbeidsrecht: een beperking van de disciplinaire macht van de werkgever	62
§ 7. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel	63
1. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in het bestuursrecht	63
2. Rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in het arbeidsrecht	64
§ 8. Het algemeen beginsel van de redelijketermijneis	69
1. De redelijke termijn in het bestuursrecht	69
2. Stringente termijnen in het arbeidsrecht	69
Hoofdstuk IV. Conclusies	71



De centrale onderzoeksvraag van dit artikel luidt als volgt: in welke mate zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de tewerkstelling van contractueel overheidspersoneel? Vloeien er juridische problemen voort uit het feit dat de voornoemde beginselen eventueel niet van toepassing zijn op de contractuele tewerkstelling van het overheidspersoneel?

Deze onderzoeksvraag wordt vooral behandeld vanuit het perspectief van het arbeidsrecht. Daarbij worden de beginselen van behoorlijk bestuur vergeleken met de algemene rechtsbeginselen in het arbeidsrecht. Na algemene beschouwingen gaat de auteur in op enkele actuele discussiepunten op het vlak van de ongelijke behandeling zoals onder meer op het vlak van de motivering van het ontslag en de leemten inzake de vastheid van betrekking.

La présente contribution examine si les principes de bonne administration sont applicables aux relations entre l'administration et les agents contractuels, et les difficultés qui résulteraient pour ces agents de la non-application de ces principes.

La recherche est effectuée essentiellement à partir du droit du travail. Elle compare les principes de bonne administration aux principes généraux du droit en droit du travail. Après quelques réflexions générales, l'article examine différentes questions relatives à l'égalité de traitement, actuellement discutées, concernant notamment la motivation du licenciement et les lacunes en matière de stabilité d'emploi des agents contractuels.

Inleiding: opzet en indeling

1. De centrale onderzoeksvragen van dit artikel luiden als volgt: in welke mate zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de tewerkstelling van contractueel overheidspersoneel? Zijn deze beginselen van toepassing en zo ja, op welke wijze? Vloeiën er juridische problemen voort uit het feit dat de voornoemde beginselen eventueel niet van toepassing zijn op de contractuele tewerkstelling van het overheidspersoneel?

Een exhaustieve uiteenzetting en een sluitend antwoord op al deze vragen is niet mogelijk binnen het bestek van één enkel artikel. De onderzoeksvragen worden vooral behandeld vanuit het perspectief van het arbeidsrecht en niet zozeer vanuit het administratief recht⁽²⁾. Als centrale onderzoeksvraag wordt onderzocht of deze beginselen van behoorlijk bestuur al dan niet toepassing vinden in het arbeidsrecht. Hoewel diverse algemene beginselen heel concrete effecten kunnen hebben in de rechtspraak, worden deze toepassingen *brevitatis causa* niet altijd verder uitgewerkt en heeft deze bijdrage vooral een academisch karakter. Er wordt niettemin uitzonderlijk ingegaan op enkele actuele discussiepunten, meer in het bijzonder op het vlak van de motivering van het ontslag en de vastheid van betrekking. Het is immers rond deze punten dat in de rechtspraak behoorlijk wat discussie gevoerd wordt.

In een eerste hoofdstuk worden drie kernvragen geschetst die de bijzondere relevantie van de onderzoeksvraag voor beide rechtstakken breder situeert, vooraleer de uiteenzetting opnieuw te beperken tot de strikte uitwerking van de onderzoeksvraag. Waar mogelijk, wordt verwezen naar andere bijdragen in dit themanummer.

In een tweede hoofdstuk wordt kort ingegaan op de oorsprong en de functie van de beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen in het arbeidsrecht. Hierin wordt een verklaring gezocht voor het grote onderscheid tussen beide rechtstakken.

In een derde hoofdstuk worden de beginselen van behoorlijk bestuur opgelijst, alvorens telkens na te gaan of deze beginselen doorwerken in het arbeidsrecht via algemene rechtsbeginselen. Daarbij zal ik trachten aan te tonen dat ondanks de verschillende terminologie, er wel degelijk vaak een analogie kan worden ontdekt. Er is inderdaad een substantieel verschil tussen beide rechtstakken. Waar men in het bestuursrecht graag lijkt te vertrekken vanuit bekende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, wordt deze methode in het arbeidsrecht bemoeilijkt door de ad-hocuitwerking en een veeleer restrictieve cassatierechtspraak.

In een vierde en afsluitend hoofdstuk volgen enkele stellingen die tot een verder onderzoek en verdere rechtsontwikkeling kunnen bijdragen.

(2) Voor een benadering vanuit het administratief perspectief: R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 309-367.

Hoofdstuk I. Ruim kader van de onderzoeksvraag

§ 1. Geleidelijke toenadering tussen publiek recht en privaat recht

2. Zoals men weet, steunt het verschil in rechtspositie van contractanten en ambtenaren op het onderscheid tussen het privaat recht en het publiek recht⁽³⁾. De aanwerving, de tewerkstelling en het ontslag van ambtenaren steunen op het Belgische bestuursrecht⁽⁴⁾. De aanwerving, de tewerkstelling en het ontslag van contractanten steunt daarentegen op het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht. In de regel zou de tewerkstelling van medewerkers bij overheden, zowel federaal als lokaal, moeten steunen op een bestuursrechtelijke band: dit wordt in de regel de 'statutaire band' genoemd⁽⁵⁾, hoewel het begrip 'statuut' vaag is en meerdere ladingen kan dekken.

Traditioneel gaat men uit van een fundamentele kloof tussen het arbeidsrecht en het ambtenarenrecht. Het ambtenarenrecht betreft een statutaire verhouding die berust op het administratief recht, daar waar het arbeidsrecht steunt op een contractuele basis. In het ambtenarenrecht overheerst de eenzijdige rechtshandeling van de overheid, daar waar in de private sector het contractueel beginsel overheerst dat steunt op de wilsovereenstemming van beide partijen. Tot daar het principiële onderscheid, want in de realiteit is dat onderscheid al lang niet meer zo duidelijk⁽⁶⁾. Men kan nog moeilijk stellen dat de overheid alleen via eenzijdige rechtshandelingen beslist over de arbeidsvoorwaarden van ambtenaren, terwijl de wilsovereenstemming tussen werkgever en werknemer ook behoorlijk gerelativeerd wordt door de beschermende finaliteit van het arbeidsrecht en vooral door het collectief overleg.

3. Er zijn belangrijke institutionele factoren die het onderscheid tussen beide rechtsakten in stand houden. De scheiding tussen publiek en privaat recht loopt doorheen de continentale rechtssystemen en is diep verankerd. Niettemin behoort het precies tot de hedendaagse dynamiek dat de beide rechtsdisciplines steeds meer bruggen leggen en geenszins nog gescheiden werelden vormen. Het onderwerp van deze bijdrage is daar een bijzondere illustratie van. Daarom ligt de focus in deze bijdrage slechts op één facet: de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur via de algemene rechtsbeginselen in het arbeidsrecht.

(3) Cf. verwijzingen bij R. JANVIER, "Statutair of niet statutair: that's the question" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar Arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 125-163.

(4) A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 27 e.v.; R. JANVIER, "Aanwerving van contractanten in overheidsdienst" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 395-468; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 259-273.

(5) Art. 3 en 4 wet 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken, BS 14 augustus 1993 en overvloedige rechtspraak, o.a. Cass. 18 november 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 377; Cass. 9 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1165, *JTT* 1989, 44, *RW* 1988-89, 677; Cass. 2 april 1990, *Soc.Kron.* 1990, 339; Cass. 5 oktober 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1171; RvS 8 januari 1991, *APM* 1991, 60; RvS 30 maart 1993, *JTT* 1994, 234; *Arbh.* Gent 13 februari 2013, *Soc.Kron.* 2013, 366; R. JANVIER, "Statutair of niet statutair: that's the question" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar Arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 128 e.v.; I. PLETS, "De penetratie van het overheidsstatuut door de arbeidswetgeving" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 37-85.

(6) M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 73 e.v.

4. Een van de belangrijke factoren is de scheiding tussen de rechtscolleges, die bevoegd zijn om te oordelen over geschillen van tewerkstelling⁽⁷⁾. Waar in de private sector de arbeidsgerechten bevoegd zijn en in laatste instantie de derde kamer van het Hof van Cassatie⁽⁸⁾, worden geschillen in de publieke sector via interne beroepen, administratieve rechtscolleges allerhande en uiteindelijk door de Raad van State beslecht⁽⁹⁾. De Raad van State is dus niet bevoegd met betrekking tot het ontslag of de tucht van contractanten in overheidsdienst⁽¹⁰⁾. Het Hof van Cassatie treedt deze benadering bij⁽¹¹⁾.

De procedurele verschilpunten en de verschilpunten op het vlak van juridische terminologie zijn bijzonder talrijk. Niettemin willen we dit onderscheid, hoewel uitermate belangrijk, niet verder in deze bijdrage uitdiepen aangezien dit aspect aan bod komt in de bijdrage van A. De Becker⁽¹²⁾. Wel zal het fundamentele punt van de ontslagmacht (vernietiging van de ontslagbeslissing) kort behandeld worden in deze bijdrage.

5. Nog fundamenteeler is de scheiding van de sociale partners. Dit facet komt evenwel verder aan bod in de bijdrage van F. Dorssemont⁽¹³⁾. In de traditionele overheidsactiviteit vormt de dubbele hoedanigheid van overheid en werkgever een obstakel voor een analoge toepassing van de beginselen van het collectief arbeidsrecht, hoewel P. Humblet⁽¹⁴⁾ en I. De Wilde⁽¹⁵⁾ zullen aangeven dat deze historisch gegroeide situatie geen absolute noodzaak hoeft te zijn. Verder zal blijken hoe de inbreng van het collectief arbeidsrecht inderdaad een substantieel verschil uitmaakt.

6. Het onderscheid tussen publiek en privaat recht wordt mede door de overheid systematisch uitgehouden, ook bij de tewerkstelling van haar personeel. Men kan immers niet om de vaststelling heen dat de regel van de statutaire tewerkstelling in de praktijk

(7) Art. 144 Gw.; Cass. 11 juni 2010, AR C.09.0336.F, met conclusie Adv. Gen. WERQUIN, www.juridat.be; O. DE LEYE, 'De afbakening van de Raad van State en van de arbeidsgerechten', *RW* 1975-76, 1711-1715.

(8) Art. 578, 1° Ger.W.; R. JANVIER, "Statutair of niet statutair: that's the question" in *o.c.*, 2001, 126 e.v.

(9) Art. 107 Gw. en art. 14 RvS-wet. Voor een samenvatting van de rechtspraak: R. JANVIER, *Contractanten in overheidsdienst*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 4; A. DE BECKER, *De overheid en zijn personeel: juridische gevolgen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 42.

(10) RvS 15 februari 2000, nr. 85.323, Heylen; RvS 15 maart 2004, nr. 129.232, Ben Khayi; RvS 23 juni 2004, nr. 132.915, Hendrix; RvS 9 november 2004, nr. 137.134, Aerts; RvS 5 oktober 2006, nr. 163.263, Adamopoulos; RvS 8 mei 2007, nr. 170.916, Vandelacluze; RvS 7 december 2007, nr. 177.660, Kabongo; RvS 5 mei 2010, nr. 203.712, Massamba; RvS 6 mei 2011, nr. 213.041, Paliouras; W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 129 e.v.

(11) Cass. (verenigde kamers) 28 oktober 2005, *Arr.Cass.* 2005, 2077; *Soc.Kron.* 2007, 569; *Soc.Kron.* 2007, 569, met noot J. JACQMAIN.

(12) A. DE BECKER, "De impact van de rechtsmachtsverdeling tussen de Raad van State en de gewone (arbeids)rechter bij geschillen in personele aangelegenheden in de publieke sector", *TSR* 2015/1-2, 181 e.v.

(13) F. DORSSEMONT, "La notion de représentativité dans le cadre de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités", *TSR* 2015/1-2, 291 e.v.

(14) P. HUMBLET, "Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector? Een tweeluik – Deel 1: Morceau de fantaisie", *TSR* 2015/1-2, 317 e.v.

(15) I. DE WILDE, "Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector? Een tweeluik – Deel 2: Over dromen, daden, wetten en praktische bezwaren", *TSR* 2015/1-2, 338 e.v.

danig wordt uitgehouden⁽¹⁶⁾. Het aantal contractanten in overheidsdienst groeit immers voortdurend, terwijl het aantal ambtenaren afneemt. Vooral bij lokale en provinciale overheden is de contractuele tewerkstellingssituatie veeleer de regel⁽¹⁷⁾.

Wat ook de motieven van de overheden zijn om steeds meer een beroep te doen op de contractuele samenwerking⁽¹⁸⁾, de uiteenlopende juridische grondslagen en beginselen van beide tewerkstellingsvormen in de publieke sector creëren een voortdurende bron van spanning tussen beide tewerkstellingsvormen⁽¹⁹⁾. De ongelijke rechtspositie wordt daarmee voortdurend een punt van tegenspraak, van maatschappelijke discussie, maar ook van juridische procedures en belangenconflicten op de werkvloer. Vooral het arbeidsrecht staat bol van ongelijke behandelingen die betwistingen kunnen uitlokken⁽²⁰⁾.

De tegenstanders van de contractuele tewerkstelling en vooral de vakorganisaties beweren niet altijd ten onrechte dat misbruik wordt gemaakt van het privaatrecht⁽²¹⁾ omdat de politici zo de beschermingsregels van het ambtenarenstatuut kunnen omzeilen. De voorstanders beweren dat deze vorm van tewerkstelling noodzakelijk is omdat het ambtenarenstatuut te rigide is. Niet alleen met betrekking tot het ontslag, maar ook inzake aanwerving worden dermate juridische drempels opgeworpen dat het voor politici niet mogelijk is om een flexibel beleid te voeren, zoals dat wel geboden wordt door het arbeidsrecht.

7. In die zin is een vergelijking met het Verenigd Koninkrijk interessant. In tegenstelling tot continentale rechtstelsels is het onderscheid publiek/privaat daar minder uitgesproken, maar blijft er toch een substantieel verschil bestaan tussen tewerkstelling in de publieke en private sector. Maar het onderscheid steunt er rechtstreeks op de bijzondere aard van de overheid als werkgever en minder op een specifieke juridische traditie⁽²²⁾. De bijzondere positie van de overheid als werkgever is belangrijk als verklaring waarom de statutaire tewerkstellingssituatie in overheidsdienst de regel

(16) I. DE WILDE, S. AERTS en R. JANVIER, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2014, 13-19.

(17) Volgens het *Vademecum van de financiële en statistische gegevens over de sociale bescherming in België* van de FOD Sociale zekerheid, Brussel, 2014, 133 en 138 - http://socialesecurity.fgov.be/docs/nl/publicaties/vademecum/2014/vademecum_2014_nl.pdf, (laatst geconsulteerd op 1 oktober 2014), waren er op 31 december 2011, precies 92.392 arbeiders, 134.563 bedienden en slechts 134.633 ambtenaren werkzaam bij de provinciale en plaatselijke overheden en 51.137 arbeiders, 244.536 bedienden en 454.647 ambtenaren in dienst bij de andere overheden.

(18) R. JANVIER, "Statutair of niet statutair: that's the question" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, Honderd jaar Arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 125-164.

(19) R. JANVIER, "Aanwerving van contractanten in overheidsdienst" in M. RIGAUX en W. VAN EEKCHOUTTE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 5*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 395-468; R. JANVIER, "Over overheden, contractanten en ambtenaren: geen vrijblijvende 'ménage à trois'" in M. DEVOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 1-34; W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 156 e.v.

(20) V. PERTRY, "De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 213 e.v.

(21) R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 325.

(22) G. MORRIS, "The future of the Public/Private Labour Law Divide" in C. BARNARD, S. DEAKIN en G. MORRIS (eds.) *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford, Hart, 2004, 159.

zou moeten zijn. En dat uitgangspunt blijkt in België ook bijzonder relevant te zijn. In wezen draait de discussie rond de vraag hoe de tewerkstelling bij de 'overheid' als bijzondere 'werkgever' optimaal juridisch geregeld wordt. De vraag rijst of de beginselen van behoorlijk bestuur enerzijds en de algemene rechtsbeginselen in het arbeidsrecht anderzijds niet onder een algemeen beginsel van 'behoorlijk werkgeverschap' kunnen worden ondergebracht. Dit algemeen beginsel zou dan meer oog hebben voor de verschillende soorten werkgeverschap: gaande van gezagsdepartementen over publieke ondernemingen, transnationale ondernemingen, middelgrote en kleine ondernemingen. Het is niet de ambitie om dit beginsel volledig uit te werken, maar wel om aan te tonen dat het meer aanwezig is dan men vermoedt.

§ 2. Dilemma: fundamentele keuzes

8. Een van de belangrijkste punten van het juridisch onderscheid tussen de tewerkstelling op statutaire basis en die op contractuele grond berust in de toepassing van de algemene rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen zijn voor het bestuursrecht cruciaal, daar waar dit voor het Belgische arbeidsrecht veel minder het geval lijkt te zijn. De vraag rijst of de tegenstelling wel zo sterk is als traditioneel wordt geponeerd.

De vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden toegepast op contractanten in overheidsdienst, kan leiden tot twee mogelijke oplossingen.

Een eerste mogelijke oplossing bestaat hierin dat de beginselen van behoorlijk bestuur onverkort worden toegepast⁽²³⁾. Dat maakt de ongelijke behandeling met de ambtenaren minder problematisch, maar doet meteen de vraag rijzen of hiermee het arbeidsrecht zelf niet in twee disciplines gescheiden wordt. Indien men er immers van uitgaat dat het arbeidsrecht geen toepassing van deze beginselen kent, dan ontstaat een dualiteit in het arbeidsrecht die deze rechtstak fundamenteel splijt. Zo creëert men een spanning tussen twee soorten arbeidsovereenkomsten, misschien zelfs een apart arbeidsrecht dat alleen zou gelden voor de publieke sector. Dit komt de logica en de consistentie van het arbeidsrecht geenszins ten goede⁽²⁴⁾.

9. De tweede mogelijkheid is dat men de beginselen van behoorlijk bestuur niet toe past op de contractanten in overheidsdienst. Op deze wijze lost men op het eerste gezicht de spanning binnen het arbeidsrecht op. Ook deze oplossing heeft diverse nadelen. Gelet op de toename van het aantal contractanten in overheidsdienst creëert men daardoor in bepaalde situaties een ongelijke behandeling van personeelsleden in de publieke sector die vaak in dezelfde omstandigheden werken. In hoeverre doormaakt deze ongelijke behandeling dan de kritische toets aan het gelijkheidsbeginsel? Dat gelijkheidsbeginsel is geen theoretische spelerei, maar werkt door via talrijke rechtsnormen. Het beginsel heeft de laatste decennia het arbeidsrecht grondig getransformeerd⁽²⁵⁾.

(23) Cf. R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 309-367.

(24) W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETTS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 156 e.v.

(25) M. DE VOS, "Het Arbitragehof en het arbeidsrecht" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 40-171.

Het feit zelf dat personen samenwerken in vergelijkbare werksituaties, maar ongelijke rechtsposities, geeft onvermijdelijk aanleiding tot vragen over de gelijke behandeling. Personen die nauw samenwerken, zijn immers inherent geneigd om zich met de andere te vergelijken, ook op het vlak van hun rechtspositie. Het recht volgt daarmee wat leeft in de samenleving. De rechtspraak doet niets anders dan recht verschaffen op vraag van de samenleving, zonder daarbij altijd ongelijkheid echt te kunnen remediëren⁽²⁶⁾. Het gelijkheidsbeginsel leeft ook op de werkvloer⁽²⁷⁾. In het geval van een verschillende behandeling dient deze grondig verantwoord, transparant en proportioneel te zijn.

10. Het gelijkheidsbeginsel kan als hefboom dienen om veranderingen te bewerkstelligen. Dit kan aanleiding geven tot een stapsgewijze harmonisatie van de statuten. Meer in het bijzonder dient het arrest van het toenmalige Arbitragehof inzake de aansprakelijkheid van ambtenaren in herinnering gebracht te worden⁽²⁸⁾. En het arrest inzake het ongerechtvaardigd onderscheid van arbeiders en bedienden heeft het Belgische arbeidsrecht grondig hertekend⁽²⁹⁾. Deze aardshok in het arbeidsrecht deint mogelijk nog verder uit tot de publieke sector⁽³⁰⁾.

Belangrijk is ook de vraag of de overheidscontractanten werkelijk vergelijkbaar zijn met de personeelsleden in de private sector⁽³¹⁾. Dit is een vrij fundamentele vraag die we in dit kort bestek niet exhaustief kunnen behandelen. Toch ontkomen we niet aan enkele stellingnamen. Het gelijkheidsbeginsel kan immers in beide richtingen werken: zowel in de vergelijking ambtenaren versus contractanten als in de vergelijking contractanten in overheidsdienst versus werknemers in de private sector. In die zin kan er sprake zijn van een juridische leemte in de rechtspositie van de contractanten. Het is vooral op dit knelpunt dat deze bijdrage een focus wil leggen. De vraag rijst welke implicaties die juridische leemte dan wel heeft⁽³²⁾.

(26) A. SOMEK, *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford, Oxford Press, 2011, 217 p.; M. DE VOS en I. PLETS, "Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 87-127; D. CUYPERS, "There will never equality in the servants' hall. Gelijkheid in het arbeidsrecht" in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 445-488.

(27) M. DE VOS en I. PLETS, "Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 87-127.

(28) Arbitragehof, nr. 77/96, 18 december 1996, *BS* 1997, *RW* 1996-97, 1252. Zie uitgebreide bespreking in W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 136 e.v.

(29) GwH 7 juli 1991, nr. 5951; D. CUYPERS, "15 jaar grondwettelijke kritiek op het onderscheid arbeiders-bedienden. Stand van zaken", *Soc.Kron.* 2009, 357-362 met verwijzingen naar rechtsleer.

(30) GwH 187/2014, 18 december 2014, waarin het Hof artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet niet van toepassing verklaart, zonder acht te slaan op de gevolgen voor de publieke sector. Dit wordt verder besproken bij het motiveringsbeginsel.

(31) R. JANVIER, "Over overheden, contractanten en ambtenaren: geen vrijblijvende 'ménage à trois'" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 15 e.v.

(32) B. LIETAERT, "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", *TSR* 2014, 145-192; P. POPELIER, "Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever", *RW* 2006-07, 250; V. PERTRY, "De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 198-202.

§ 3. Eén vertrekpunt in de rechtsbescherming: vastheid van betrekking

1. Vastheid van betrekking: een sociaal grondrecht voor alle werkenden

11. Het verschil in de rechtspositie van ambtenaren en contractanten blijft zeer verschillend, maar het is de vraag of de kloof werkelijk onoverbrugbaar is⁽³³⁾. Vaak wordt geponeerd dat vooral de vastheid van betrekking daarbij het cruciale verschilpunt is, zodat een vergelijking tussen het administratief recht en het arbeidsrecht onmogelijk is.

Het klopt dat het ambtenarenstatuut altijd waardevol is geweest en daarom aanleiding heeft gegeven tot een sterke vastheid van betrekking⁽³⁴⁾. Maar dat geldt ook voor het privaatrecht: zowel in het verleden⁽³⁵⁾ als in het heden⁽³⁶⁾. Vastheid van betrekking wordt door Vandeputte omschreven als het “*geheel van arbeidsrechtelijke normen van privaatrechtelijke aard met als gemeenschappelijke doelstelling om aan de werknemer in de mate van het mogelijke het behoud van de dienstbetrekking te verzekeren of, zo dit zich toch zou voordoen, het verlies ervan met waarborgen te omkleden*”⁽³⁷⁾. Deze auteur verklaart in zijn proefschrift terecht dat men het ontslagrecht alleen kan systematiseren vanuit dit principe. Hij komt dan ook tot de conclusie dat er effectief een grondrecht bestaat op ontslagbescherming, zoals dat tot uiting komt in de Europese regelgeving en in de dynamische interpretatie van artikel 23 van de Grondwet⁽³⁸⁾ en met dit standpunt staat hij niet alleen⁽³⁹⁾.

12. Deze hernieuwde aandacht voor de vastheid van betrekking als sociaal grondrecht opent ook opnieuw de discussie over de institutionele dimensie van de arbeidsovereenkomst⁽⁴⁰⁾: een bijzonder vruchtbare bodem voor de beginselen van behoorlijk bestuur⁽⁴¹⁾. Deze doorbraak is belangrijker dan men denkt. Het relativiseert de traditionele terughoudendheid van de arbeidsrechtspraak die tot hertoe de vastheid van betrekking vooral leek te beschouwen als een zaak van de wetgever en van de

(33) G. MORRIS, “The future of the Public/Private Labour Law Divide” in C. BARNARD, S. DEAKIN en G. MORRIS (eds.) *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford, Hart, 2004, 161.

(34) D. CUYPERS, “Ambtenaren- en werknemersstatuut. Is het onderscheid (nog) relevant?” in *Publiek recht, ruim bekeken, Liber amicorum Jan Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 1994, 121-156.

(35) R. BLANPAIN, “Vastheid van betrekking in de EG”, *TSR* 1973, 31 e.v.; U. DUPREZ, “Vastheid van betrekking”, *RW* 1970-71, 1691 e.v.; H. GOETHALS, “Vastheid van betrekking” in *X, 50 jaar arbeidsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 1989, 271-320; K. VAN DEN LANGENBERGH, *De schorsing van de arbeidsovereenkomst en het recht op arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 319-323.

(36) S. ANDERMAN, “Termination of Employment: Whose Property Rights?” in C. BARNARD, S. DEAKIN en G. MORRIS (eds.) *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford, Hart, 2004, 101-128.

(37) W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 90.

(38) *Idem*, 433-636.

(39) Cf. eerder geciteerde Belgische rechtsleer inzake burgerschap in de onderneming, meer bepaald voor Nederland: N. ZEKIC, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 58-59 en 68-70.

(40) P. HUMBLET, “De Arbeidsovereenkomstenwet: de prequels” in B. DEBAENST (ed.), *Van status tot contract. De arbeidsovereenkomst in België vanuit rechtshistorisch perspectief*, Brugge, die Keure, 2013, 101-120; A.F. DAVID, “Remarques sur la conception institutionnelle de la relation de travail subordonnée”, *JTT* 1976, 309; F. DORSSEMONT, “De onderneming: arbeidsgemeenschap of rechtsorde?”, *TPR* 2003, 1366; K. NEVENS, *De arbeidsrelatie, de zelfstandige en de ondernemer*, Brugge, die Keure, 2011, 545; K. NEVENS, “De rol van de arbeidsovereenkomst toen, nu en dan” in B. DEBAENST (ed.), *Van status tot contract. De arbeidsovereenkomst in België vanuit rechtshistorisch perspectief*, Brugge, die Keure, 2013, 7-41.

(41) F. DORSSEMONT, “De disciplinaire macht van de werkgever” in M. RIGAUX, P. HUMBLET, G. VAN LIMBERGEN (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 191.

sociale partners. De uitbreiding van de vastheid van betrekking door de sociale partners stoot echter zelf op grenzen die steeds meer knellen⁽⁴²⁾.

2. Dynamische werking van het Europees recht

13. Een andere belangrijke factor in de ontwikkeling is het Europees recht. Nu de Europese wetgever en de Europese rechter geconfronteerd worden met diverse nationale stelsels, waarvan vele nauwelijks een onderscheid kennen inzake rechtspositie tussen publieke en private sector, kunnen deze niet anders dan het onderscheid relativeren⁽⁴³⁾. Al lang staan bepaalde punten in het ambtenarenstatuut onder Europese druk, vooral inzake de nationaliteitsvereiste, waarbij lidstaten ten onrechte de toegang tot de ambtenarenfuncties voorbehouden voor eigen burgers⁽⁴⁴⁾. Terecht kijkt het Europees recht eerder naar de feitelijke situatie en de verantwoording. Het organiek criterium is voor het hof nauwelijks relevant en dat is terecht⁽⁴⁵⁾. Inhoudelijk zorgt het Europees recht geleidelijk maar beperkt voor harmonisatie⁽⁴⁶⁾. Diverse Europese richtlijnen zijn van toepassing op ontslag in de publieke sector⁽⁴⁷⁾. De wedden en vergoedingen van ambtenaren vallen bijvoorbeeld zonder meer onder de Kaderrichtlijn die discriminatie verbiedt⁽⁴⁸⁾. We gaan niet verder in op dit facet omdat dit uitgebreid besproken wordt in de bijdrage van B. Lombaert en S. Adriaenssen⁽⁴⁹⁾.

Het Europees recht fungeert dus als een mogelijke katalysator voor een grotere harmonisatie die de uiteenlopende statuten langzaam een nieuwe dynamiek geeft⁽⁵⁰⁾. Nieuwe evenwichten tussen vastheid van betrekking en flexibiliteit raken het hart van de Europese sociale discussie⁽⁵¹⁾.

(42) M. RIGAUX, "Collectief bedongen werkzekerheid : een vrije reflectie over de grenzen van de subsidia-riteit" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 8*, Oxford, Intersentia, 2010, 711-712.

(43) R. DELARUE, "De Europese regelgeving" in M. STROOBANT en O. VANACHTER, *Honderd jaar arbeids-overeenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 215-233.

(44) HvJ C-47/08, Commissie t. België, 2011, www.curia.eu; HvJ C-173/94, 1996, www.curia.eu; HvJ C-149/79, Commissie t. België, 1982, www.curia.eu.

(45) R. JANVIER en M. RIGAUX, "Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking" in P. GEVERS (ed.) *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, Brugge, die Keure, 1987, 37-139.

(46) P.P. VAN GEHUCHTEN, "Droit du travail européen, droit du travail, droit du contrat de travail: quelles connexions?" in X, *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à Pierre Blondiau*, Limal, Anthemis, 2008, 433-458.

(47) Cf. o.a. HvJ C-212/04, 2006, www.curia.eu: inzake de beperking van arbeidsovereenkomsten van bepaalde tijd.

(48) HvJ C-546/11, 2013, www.curia.eu: inzake discriminatie wegens verlies van een vergoeding wegens 'herstructurering' van de openbare dienst wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd; HvJ C-501/12, Specht, 2014, www.curia.eu.

(49) B. LOMBAERT en S. ADRIAENSSEN, "L'influence du droit européen sur le droit de la fonction publique", hierna gepubliceerd.

(50) W. VAN GERVEN, "Wederzijdse doordringing van publiek- en privaatrecht op nationaal en supranationaal niveau: van doorwerking gesproken!" in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 183-202.

(51) *Green Paper European Commission*, 22nd November 2006, *Modernising Labour Law to meet the challenges of the 21st Century*, 15 p., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006DC0708> (15 oktober 2014).

In die zin is de Europese context dan ook een welgekomen reden om het Belgische arbeidsrecht, zowel in de publieke als in de private sector, meer systematisch te benaderen vanuit het Europese begrippenkader. Het Europees recht kan helaas geen knopen doorhakken inzake de afdwingbaarheid van de vastheid van betrekking in nationale rechtsordes en worstelt daardoor behoorlijk met het zelf uitgevonden 'flexicurity'-concept⁽⁵²⁾. De discussie over dit begrip is ten dele verhelderend voor de Belgische discussie. In wezen draait de discussie rond het evenwicht tussen vastheid van betrekking en noodzakelijke flexibiliteit bij de tewerkstelling zowel in de publieke als in de private sector.

3. Direct belang van het Europees recht voor de onderzoeksvraag

14. Zo valt als relevant gegeven voor de discussie over de motivering van het ontslag te vermelden dat artikel 30 van het Handvest van Grondrechten van de Unie zowel aan werknemers in de private als in de publieke sector een recht verleent op motivering van het ontslag⁽⁵³⁾. Artikel 51 van dit Handvest beperkt de toepassing wel tot organen en instellingen voor zover ze Europees recht ten uitvoer brengen. De toepassing van dit beginsel is dus beperkt, maar niet zonder waarde⁽⁵⁴⁾. Verder blijkt ook de reflexwerking van het artikel van belang. Het heeft bij de interpretatie van Belgische rechtsbegrippen wel degelijk effect in de Belgische rechtsorde⁽⁵⁵⁾. Zowel het Grondwettelijk Hof⁽⁵⁶⁾ als de rechtspraak van de arbeidsgerechten⁽⁵⁷⁾ hebben dit recent bevestigd.

Ook het Europees Mensenrechtenhof stelt duidelijk dat het fundamenteel recht op toegang tot de rechter in het geding is wanneer de werknemer geen procedure ter beschikking heeft om de motivering van het ontslag te verkrijgen⁽⁵⁸⁾.

-
- (52) W. VANDEPUTTE, "Arbeidsrecht tussen flexibiliteit en zekerheid. Existentiële vragen over het arbeidsrecht en de vastheid van betrekking in het licht van de flexizekerheid", *Soc.Kron.* 2010, 1-11.
- (53) Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Publ. EG*, 18 december 2000, artikel 30 – Bescherming bij kennelijk onredelijk ontslag: "Iedere werknemer heeft recht op bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken."
- (54) J. CLESSE en A. MORTIER, "Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés", in C.-É. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 12-17; L. DEAR, "L'auditon préalable et la motivation du congé" in C.-É. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 118; L. MONSEREZ, "Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?", *Or.* 2010, 97-110.
- (55) L. MONSEREZ, "Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?", *Or.* 2010, 97-110; B. BERCUSSON, "Social and Labour Rights under the European Constitution" in G. DE BÜRCA en B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford, University Press, 2005, 174-180 die art. 30 als voorbeeld geeft van een bepaling met directe horizontale werking.
- (56) Overw. B.6 GwH 13 oktober 2011, nr. 156/2011.
- (57) Cf. o.a. Arbh. Antwerpen 14 november 2011, *Soc.Kron.* 2012, 46 en *TORB* 2011-12, 281 met noot R. VERSTEGEN.
- (58) EHRM 10 juli 2012, K.M.C. t. Hongarije, *Soc.Kron.* 2013, 399; C. DESMET, "Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé?", *JTT* 2013, 337-334; C.L., "L'arrêt K.M.C. c. Hongrie : un arrêt éclairant", *Soc.Kron.* 2013, 399-400; S. GILSON, "Le statut 'unique' faux espoirs et vraies déceptions" in M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 19 e.v.

15. Funck stelt terecht dat dit arrest niet direct gevolgen heeft voor België en dat ook artikel 30 van het Handvest in België niet van toepassing is wegens gebrek aan directe werking⁽⁵⁹⁾.

Zelfs indien deze restrictieve visie wordt gevolgd, dan nog blijft de vraag in hoeverre het motiveringsbeginsel naar intern Belgisch recht tussen diverse ongelijke behandelde categorieën van werknemers de gelijkheidstoets kan doorstaan. De problematiek van de ongelijke behandeling van arbeiders en bedienden heeft immers de traditionele scheiding tussen willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht mee op de helling gezet. Cao nr. 109⁽⁶⁰⁾ is het moeizame, maar onvermijdelijke resultaat van de doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het private arbeidsrecht. Terecht stelt Gilson dan ook dat de Belgische reflectie over de hervorming van het ontslagrecht vooral het gebrek aan coherente visie weergeeft: “*Nous craignons qu’à l’heure actuelle, on ne fasse un nouveau système qui ne corresponde absolument pas aux standards qui peuvent être attendus aujourd’hui d’un Etat social correct.*”⁽⁶¹⁾ Het had anders kunnen zijn indien men inderdaad de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mee betrokken had in de reflectie. In plaats van een sluitstuk van de ontslagbescherming werd de cao een noodoplossing tegen een grondwettelijke leemte van de Arbeidsovereenkomstenwet. Nogmaals een gemiste kans om het Belgische arbeidsrecht vanuit Europese beginselen te systematiseren.

We komen verder nog in detail terug op deze discussie bij de bespreking van de beginselen afzonderlijk en vooral dan bij het motiveringsbeginsel.

Hoofdstuk II. Algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur in het ambtenarenrecht en in het arbeidsrecht

§ 1. Algemene rechtsbeginselen in het bestuursrecht⁽⁶²⁾

16. Algemene rechtsbeginselen strekken ertoe het recht aldus te interpreteren dat het in overeenstemming is met de ethiek, gegeven de specifieke functie van het recht in een pluralistische en democratische maatschappij⁽⁶³⁾.

(59) H. FUNCK, “L’arrêt K.M.C. c. Hongrie: un arrêt non applicable en droit belge”, *Soc.Kron.* 2013, 400; M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 111.

(60) Cao nr. 109, 12 februari 2014 algemeen bindend verklaard bij KB 9 maart 2014, BS 20 maart 2014; G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, “Cao nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc.Kron.* 2014, 123-139.

(61) S. GILSON, “Le statut ‘unique’ faux espoirs et vraies déceptions” in M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 19 e.v.; zie ook W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 747 p., maar vooral de conclusies p. 640-644; M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 132-136.

(62) Zie P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 3-33; L.M. VENY, J. DE MAERTELAERE en T. DE SUTTER, “De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun bijdrage tot een democratische werking van de overheid” in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 643-644.

(63) K. RAES, “Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen” in *Liber amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, 1994, 1141; L. WINTGENS, “Van een gouvernement des juges naar creatieve rechtspraak: het gebruik van rechtsfilosofie en rechtstheorie in rechterlijke uitspraken”, *RW* 2005-06, 205.

Algemene rechtsbeginselen zijn soms ongeschreven grondbeginselen die rechters afleiden uit het hele rechtssysteem. In de loop der jaren werden dergelijke algemene rechtsbeginselen soms opgenomen in de Grondwet (bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel) of in specifieke wetgeving (bijvoorbeeld machtsafwending als vernietigingsgrond in artikel 14, § 1 RvS-wet of de rechten van de verdediging in ambtenarenstatuten).

Beginselen van behoorlijk bestuur zijn een onderdeel van de algemene rechtsbeginselen⁽⁶⁴⁾. Het zijn algemene rechtsbeginselen die betrekking hebben op de wijze waarop bestuursbeslissingen moeten worden voorbereid, genomen en ter kennis gebracht. Het zijn vaak ongeschreven rechtsregels die het bestuur moet naleven alsof het geschreven rechtsregels zijn.

Beginselen van behoorlijk bestuur zijn eigenlijk concretisering van de algemene beginselen van behoorlijk handelen⁽⁶⁵⁾ en van de in artikel 1382 e.v. BW neergelegde zorgvuldigheidsnorm⁽⁶⁶⁾. Deze beginselen kunnen niet steeds scherp worden afgebakend.

17. Deze beginselen zijn – in België vooral vanaf de jaren 1970 – ontstaan in de rechtspraak en in de rechtsleer, geïnspireerd door de ontwikkelingen in het Nederlandse recht en in navolging van de Franse *'principes généraux du droit'*. De doorbraak van deze beginselen is te verklaren als een reactie van die rechtspraak en rechtsleer op de verruiming van het overheidsoptreden, het ontbreken van sluitende wettelijke regelingen en de groeiende discretionaire beslissingsbevoegdheid van de overheid.

Deze beginselen werden in een eerste fase vooral door de Raad van State gehanteerd, maar nu ook door het Hof van Cassatie, maar dan vooral in fiscale zaken⁽⁶⁷⁾. Een aantal van deze beginselen, zoals het evenredigheidsbeginsel, is ook buiten het bestuursrecht tot ontwikkeling gekomen, bijvoorbeeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het recht op behoorlijk bestuur is intussen erkend als een fundamenteel recht en opgenomen in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie⁽⁶⁸⁾.

(64) I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 194 p.; J. DE HERDT, "Queeste naar 'algemene beginselen van behoorlijk selecteren door het bestuur'. Vergelijkende studie van de algemene beginselen inzake de selectie van overheidspersoneel enerzijds en van aannemers, leveranciers en dienstverleners van overheidsopdrachten anderzijds", *CDPK* 2008, 39-68; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 140 p.; I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 491 p.

(65) W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *RW* 1982-83, 961-978.

(66) I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 30-32; R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 326; cf. RvS 16 maart 2006, nr. 156.429, Poesen, overw. 3.3.5.

(67) Zie bijvoorbeeld Cass. 3 november 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1700; Cass. 26 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1793, concl. Adv. Gen. Henkes.

(68) Zie J. PONCE SOLE, "The fight for Quality in the Field of Administrative Decisions", *Rev.Eu.Dr.Publ.* 2002, 1514-1522. Dit Handvest heeft sinds het Verdrag van Lissabon kracht van verdrag op basis van art. 6 VEU.

Artikel 43 (Hoofdstuk VIII) van het 'Handvest van Vlaanderen: een basistekst voor een eigentijds Vlaanderen' ⁽⁶⁹⁾ bepaalt: *"Iedereen heeft recht op een goed bestuur van de Vlaamse overheid. De Vlaamse overheid past hiervoor haar regelgeving correct toe, verduidelijkt en motiveert op een afdoende manier haar beslissingen en haar optreden, maakt de burger duidelijk wat zijn rechten en plichten zijn en geeft blijk van redelijkheid en evenredigheid."*

§ 2. Functies van de beginselen van behoorlijk bestuur

18. Beginselen van behoorlijk bestuur zijn erop gericht de burger te beschermen tegen willekeur ⁽⁷⁰⁾. De beginselen zullen door de rechter worden aangewend:

- wanneer het wettenrecht niet voldoende rechtsbescherming biedt en onvolledig, onduidelijk of tegenstrijdig is;
- bij het toezicht op de uitoefening van discretionaire bevoegdheden.

De beginselen fungeren dus enerzijds als toetsingscriteria voor de rechter, vervullen op die manier een repressieve functie en bieden rechtsbescherming tegen onbehoorlijk bestuur ⁽⁷¹⁾.

Anderzijds vormen deze beginselen ook regels voor de wijze waarop het bestuur moet handelen. Als zodanig hebben ze een preventieve werking, gericht op een beter bestuur.

De beginselen van behoorlijk bestuur zijn in België niet gecodificeerd. Gelet op het belang van deze beginselen en in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel rijst de vraag naar een codificatie van deze beginselen ⁽⁷²⁾, dit is het op een systematische wijze bijeenbrengen van deze beginselen in één toegankelijk kader.

§ 3. Plaats van de algemene rechtsbeginselen in de hiërarchie van de normen

19. De hiërarchie van de normen wordt grotendeels bepaald op basis van de 'plaats' van de normgever (grondwetgever, wetgever, uitvoerende macht ...) die de norm heeft uitgevaardigd. Algemene rechtsbeginselen worden echter doorgaans niet 'uitgevaardigd' door een normgever, zodat dit formele criterium niet bruikbaar is voor het bepalen van de plaats die de algemene rechtsbeginselen innemen in de hiërarchie van de normen. Zelfs al zijn bepaalde beginselen neergelegd in een norm, dan nog worden ze enkel 'bevestigd' door een normgever. Dit wil nog niet zeggen dat deze beginselen op dezelfde hoogte staan als de normen die deze normgever uitgevaardigt. Wanneer in een reglement toepassing wordt gemaakt van een algemeen rechtsbeginsel, betekent dit niet dat dit algemeen rechtsbeginsel de waarde van een reglement heeft.

(69) Zie www.vlaamshandvest.be.

(70) Voor een uitgebreide bespreking van de functie van beginselen van behoorlijk bestuur: R. VALKE-NEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 309-367.

(71) I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 20-27.

(72) E. VAN DE VELDE, "Naar een codificatie van de beginselen van behoorlijk bestuur?" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 429-448.

Beginselen doorbreken aldus de logica van de bronnenhiërarchie. Beginselen kunnen niet in de piramide worden gerangschikt op basis van hetzelfde criterium dat voor rechtsregels wordt gehanteerd.

Traditioneel heerste in de rechtsleer de visie dat algemene rechtsbeginselen weliswaar onduidelijkheden in de wet kunnen aanvullen en leemten kunnen opvullen, maar nooit *contra legem* kunnen werken en geen voorrang hebben op de wet, die steeds van een rechtsbeginsel kan afwijken⁽⁷³⁾. De wetgever hoeft in deze optiek de algemene rechtsbeginselen niet in acht te nemen. In dit verband werden de algemene rechtsbeginselen dan toch in de bronnenhiërarchie geplaatst en wel onder de wettekst, maar boven de bestuurlijke normen.

Omstreden is het antwoord op de vraag of algemene rechtsbeginselen een grondwettelijke status hebben (bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel), met als gevolg dat ze gaan primeren op de wet in de normenhiërarchie en dat de wetgever hiervan niet kan afwijken⁽⁷⁴⁾. Daarbij wordt vaak opgemerkt dat de algemene rechtsbeginselen geen hogere status hebben dan de wetgeving, uitgezonderd wanneer ze grondwettelijk verankerd zijn⁽⁷⁵⁾. Dat sluit evenwel niet uit dat het Grondwettelijk Hof wel degelijk deze beginselen kan betrekken in de grondwettigheidstoetsing⁽⁷⁶⁾, maar men moet voorzichtig zijn om deze beginselen zonder meer door te trekken⁽⁷⁷⁾. Deze vaststelling is niet zonder belang voor het arbeidsrecht, nu de sociale grondrechten in de regel vaak minder directe werking wordt toebedeeld. Ook lijkt het Hof van Cassatie in arbeidszaken helemaal niet geneigd om open rechtsbegrippen zeer ruim te interpreteren⁽⁷⁸⁾.

Andere beginselen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, zouden een wettelijke waarde hebben en bijgevolg hiërarchisch boven de besluiten staan en naast de formele wet⁽⁷⁹⁾. Dergelijke beginselen kunnen de formele wet aanvullen in de mate dat er leemtes zijn in de wet, zonder er echter van te kunnen afwijken of er tegenin te kunnen gaan.

20. Een andere discussie betreft de vraag of (sommige) beginselen van behoorlijk bestuur onder de noemer van de gewone rechtsbeginselen vallen, dan wel onder deze

(73) Cass. 1 maart 2010, *RW* 2010-11, 1091, noot W. VANDENBRUWAENE; M. VAN DAMME en A. WIRTGEN, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 344.

(74) W. VANDENBRUWAENE, "Beginselen van behoorlijk bestuur: eindelijk grondwettelijke waarde", *RW* 2010-11, 1092-1095; J. DE STAERCKE, "Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen", *NJW* 2004, 1406-1415; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 48-53.

(75) Cf. P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken" in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 1-36; J. VANDE LANOTTE en J. GOEDERTIER, "Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen" in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 37-74.

(76) P. VAN ORSHOVEN, o.c., 34 en J. VANDE LANOTTE en J. GOEDERTIER, o.c., 48 e.v.

(77) J. DE STAERCKE, "Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen", *NJW* 2004, 1411 e.v.

(78) A. VAN REGENMORTEL, "Interactie tussen arbeidsrecht en algemeen overeenkomstenrecht. Standpunt van de sociale kamer van het Franse Hof van Cassatie: een evolutief overzicht" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 47-77.

(79) M. VAN DAMME, *Overzicht van het Grondwettelijk Recht*, Brugge, die Keure, 2008, 108-112.

van de rechtsbeginselen met grondwettelijke status⁽⁸⁰⁾. Daarbij kan men zich afvragen of het onderscheid tussen beginselen met een wettelijke waarde en beginselen met een grondwettelijke waarde wel houdbaar is⁽⁸¹⁾.

In ieder geval zijn de burgerlijke rechter en de Raad van State uiteraard enkel bevoegd om bestuurshandelingen te toetsen, en geen wetten in de formele zin van het woord. Er wordt niet betwist dat reglementen die in strijd zijn met een algemeen rechtsbeginsel, buiten toepassing moeten worden gelaten op grond van artikel 159 Grondwet. Aldus oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechter in het raam van artikel 159 Grondwet geen toepassing mag maken van algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen waarbij een algemeen rechtsbeginsel, waaronder het algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur, wordt miskend⁽⁸²⁾.

De Raad van State heeft op grond van artikel 159 Grondwet al geweigerd om toepassing te maken van reglementen die niet in overeenstemming waren met een algemeen rechtsbeginsel. Zo liet de Raad van State een reglement dat de bijstand van een advocaat verbood in een tuchtprocedure, buiten toepassing omdat geen enkel reglement afbreuk kan doen aan het recht van verdediging, wat het recht op bijstand van een raadspersoon impliceert⁽⁸³⁾. Verder oordeelde de Raad van State dat een tuchtreglement dat voor bepaalde feiten verplicht de tuchtstraf van de afzetting voorschreef als sanctie, niet kan beletten dat bij de straftoemeting het evenredigheidsbeginsel moet worden nageleefd⁽⁸⁴⁾.

§ 4. Toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur

21. De beginselen van behoorlijk bestuur zijn van toepassing op besturen in de ruime betekenis van het woord: uiteraard de besturen in de organieke zin⁽⁸⁵⁾, maar ook de instanties die worden gekwalificeerd als besturen in de functionele zin, bijvoorbeeld privaatrechtelijke onderwijsinstellingen, maar enkel wanneer ze een taak van algemeen belang uitoefenen en eenzijdige beslissingen nemen die de rechtstoestand van

(80) Zie P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, nrs. 34 e.v. Volgens M. VAN DAMME zijn beginselen van behoorlijk bestuur bij uitstek algemene rechtsbeginselen met wettelijke waarde (o.c., p. 108, nr. 112).

(81) P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), o.c., nrs. 34 e.v.; W. VANDENBRUWAENE, "Beginselen van behoorlijk bestuur: eindelijk grondwettelijke waarde?" (noot onder Cass. 1 maart 2010, Stedenbouwkundig inspecteur van het Vlaamse Gewest t. V.F. en N.C.), *RW* 2010-11, 1091-1095.

(82) Cass. 8 april 2003, AR P.02.1165.N.

(83) RvS 17 februari 1988, nr. 29.357, Leenders; RvS 25 oktober 1989, nr. 33.289, Noël.

(84) *In casu* schreef het toepasselijke reglement voor dat voor bepaalde tuchtfeiten (onkiese daden waaronder diefstal) de tuchtstraf automatisch de afzetting was en er geen rekening kan worden gehouden met verzachtende omstandigheden (RvS 29 juni 2009, nr. 194.761, Delanghe).

(85) Deze beginselen zijn naar mijn mening trouwens niet alleen van toepassing op bestuurlijke beslissingen uitgaande van een administratieve overheid, maar evenzeer op bestuurlijke beslissingen inzake personeel of overheidsopdrachten uitgaande van organen van de wetgevende of rechterlijke macht, zie F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, nrs. 38-40.

derden wijzigen⁽⁸⁶⁾. Bijgevolg kunnen de eenzijdig bindende beslissingen van vrije onderwijsinstellingen worden getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur.

Ten aanzien van organieke besturen zijn, volgens sommigen, de beginselen van bestuur steeds van toepassing, ongeacht of het overheidsoptreden de vorm aanneemt van een eenzijdig bindend optreden, een subsidie, een contract of een feitelijk handelen⁽⁸⁷⁾.

§ 5. Beginselen van behoorlijk burgerschap

22. In het raam van het 'wederkerig bestuursrecht' past het dat ook de burger ten aanzien van het bestuur blijk moet geven van voldoende zorgvuldigheid, alertheid en medewerking⁽⁸⁸⁾.

In de rechtspraak van de Raad van State zijn er toepassingen te vinden die het bestaan van dergelijke beginselen onderschrijven⁽⁸⁹⁾. Zo is een burger die merkt dat zijn rechten worden geschonden (bijvoorbeeld een schending van de hoorplicht of van het onpartijdigheidsbeginsel) volgens de Raad van State verplicht dit tijdig in te roepen, voor het bestuur zelf. Zo niet, verliest de rechtzoekende de mogelijkheid om de miskenning van zijn rechten later op te werpen voor de Raad van State. Een burger die zelf talmt, zal zich niet kunnen beroepen op een schending van de redelijke termijn door de overheid of zal geen gebruik kunnen maken van de kortgedingprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

§ 6. Algemene rechtsbeginselen in het arbeidsrecht

23. De rechtspraak, vooral in burgerlijke zaken, is traditioneel veeleer restrictief in het erkennen van algemene rechtsbeginselen⁽⁹⁰⁾. Zoals Jan Gijssels stelde: "*Algemene*

(86) Terecht wordt de stelling verdedigd dat hetzelfde zou moeten gelden wanneer niet-gezagshandelingen worden gesteld, maar beslissingen die moeten worden genomen conform de procedures en voorschriften van een publiekrechtelijk procedé, bijvoorbeeld de wetgeving overheidsopdrachten. In dat geval heeft de regelgever zelf geoordeeld dat bepaalde niet-gezagshandelingen een voldoende overheidskarakter vertonen om ze aan een specifieke publiekrechtelijke regeling te onderwerpen (F. VANDENDRIESSCHE, o.c., nrs. 36 e.v.).

(87) F. VANDENDRIESSCHE, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, nrs. 16 en 25; J. DE STAERCKE, "Algemene beginselen van behoorlijk burgerschap. Naar een wederkerig bestuursrecht", *Jura Falc.* 2001-02, 505-535; J. DE STAERCKE, "Le principe de bonne citoyenneté et le principe de chercher bon droit", *CDPK*, 72-88 en 211-225.

(88) Zie I. OPDEBEEK en E. VAN DE VELDE, "Over stilzittende besturen... en stilzittende burgers" (noot bij RvS 24 oktober 2002, nr. 111.845), *RW* 2003-04, 217-221; I. VAN GIEL, "De 'beginselen van behoorlijk burgerschap' als volwaardige bron van het (wederkerig) bestuursrecht: sancties voor onbehoorlijk burgerschap in de relatie tussen burger en bestuur", *T.Gem.* 2008, 66-69 en de referenties aldaar. Zie, wat Nederland betreft, J.B.J.M. TEN BERGE, *Burgerplichten jegens de overheid*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, 40 p.

(89) I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 25; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 73-76.

(90) F. BAERT, "De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten", *RW* 1956-57, 498; H. BOCKEN, "De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen", *RW* 1989-90, 1041-1049.

rechtsbeginselen zijn nog geen recht, voor zover de rechtspraak ze niet als zodanig erkent."⁽⁹¹⁾

Enkele cassatiearresten erkennen wel de toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur, maar opvallend is dat dit vooral geldt voor zaken waarbij de overheid betrokken is⁽⁹²⁾.

24. Het Hof van Cassatie heeft in arbeidszaken weinig algemene rechtsbeginselen uitdrukkelijk erkend⁽⁹³⁾. Het verbod van rechtsmisbruik is bij uitstek het meest bekende. Maar de grondslag van het algemeen rechtsbeginsel wordt vaak gelegd in artikel 1134, derde lid Burgerlijk Wetboek⁽⁹⁴⁾. Het arrest van 19 september 1983 van het Hof van Cassatie heeft deze tendens versterkt⁽⁹⁵⁾. De rechtsleer volgt⁽⁹⁶⁾.

Niettemin blijft het Hof van Cassatie de nadruk leggen op het algemeen rechtsbeginsel als rechtsgrondslag. Een arrest van 21 januari 1999 lijkt de goede trouw als autonome grondslag niet te erkennen, zodat de zogenaamde 'beperkende werking van de goede trouw' veeleer een toepassing van rechtsmisbruik lijkt⁽⁹⁷⁾. Dit arrest werd in arbeidszaken bevestigd door een arrest van 4 september 2000⁽⁹⁸⁾. De rechter mag dus niet uitsluitend steunen op artikel 1134, derde lid Burgerlijk Wetboek om contractuele

(91) J. GIJSSELS, "Algemene rechtsbeginselen zijn nog geen recht", *RW* 1988-89, 1105-1116 en ook in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 29-58.

(92) Cass. (1e k.) 12 februari 2004, AR C.01.0248.N (Intercommunale Iverlek / Vleminckx), *Arr.Cass.* 2004, 229, concl. Adv. Gen. DUBRULLE; *NJW* 2004, afl. 80, 914 en *RCJB* 2005, 201, noot D. DE ROY.

(93) Cf. o.a. Cass. 7 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 882; *JTT* 1989, 76; *RW* 1987-88, 1478: geen algemeen rechtsbeginsel dat grove schuld gelijkstelt aan bedrog; A. BOSSUYT (onder toezicht van I. VEROUSTRATE), "Algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *Jaarverslag van het Hof van Cassatie 2002-2003*, 114-116 en 124-126.

(94) F. BAERT, "De goede trouw bij uitvoering van overeenkomsten", *RW* 1956-57, 495; A. DE BERSAQUES, "L'abus de droit en matière contractuelle", *RCJB* 1969, 522-523; P. VAN OMMESLAGHE, "L'exécution de bonne foi, principe général de droit", *TBBR* 1987, 104.

(95) Cass. 19 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 52, *RW* 1983-84, 1480, *JT* 1985, 56 en *RCJB* 1986, 282; Cass. 16 januari 1986, *RW* 1987-88, 1470; Cass. 18 februari 1988, *RW* 1988-89, 1226; Cass. 8 februari 2001, *RW* 2001-02, 778; Arbh. Brussel 2 maart 2004 en 20 oktober 2004, *Soc.Kron.* 2006, 85; Arbh. Gent 20 juni en 17 oktober 2007, *Soc.Kron.* 2008, 280; Arbh. Antwerpen 18 september 1992, *Soc.Kron.* 1994, 347; Arbh. Antwerpen 18 maart 1994, *RW* 1994-95, 1407; Arbh. Antwerpen 4 november 2003, *Limb.Rechtsl.* 2004, 98; Arbh. Brussel 21 september 2004, *Soc.Kron.* 2006, 82.

(96) R. BLANPAIN, "Misbruik van recht en ontslag van werknemers. Een inleiding" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 2*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 67; W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot hervorming en reïntegratie", *TPR* 1990, 1047 e.v.; P. HUMBLET, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 112; C. BEDORET, "La bonne foi et le contrat de travail: baliverne, balisé ou baliste", *Orientations* 2009, afl. 2, 12; J. CLESSE en A. MORTIER, "Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés" in C.-É. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 24 e.v.; H. FUNCK, "Licenciement abusif de l'ouvrier, abus du droit de licencier un employé et bonne foi contractuelle", *Soc.Kron.* 2007, 41-42; V. VANNES, "Le licenciement pout motif grave et l'abus du droit de licencier" in C.-É. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 125-173; J.F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, 1023 p.

(97) Cass. 21 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 35 en L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 337.

(98) Cass. 4 september 2000, *JTT* 2000, 478 en *Arr.Cass.* 2000, 435. Cf. nochtans: Cass. 8 februari 2001, *RW* 2001-02, 778, noot A. VAN OEVELEN.

rechten te beperken⁽⁹⁹⁾. In een arrest van 2001 heeft het Hof van Cassatie echter, in tegenstelling tot het cassatiemiddel, niet meer verwezen naar het algemeen rechtsbeginsel⁽¹⁰⁰⁾.

Ook afstand van recht heeft het Hof van Cassatie als algemeen rechtsbeginsel in het arbeidsrecht erkend⁽¹⁰¹⁾, net als de exceptie van niet-uitvoering zoals bepaald in artikel 1612 BW⁽¹⁰²⁾. Verder heeft het Hof van Cassatie ook de algemene rechtsbeginselen van overgangsrecht inzake overeenkomsten, zoals vermeld in artikel 2 Burgerlijk Wetboek, erkend⁽¹⁰³⁾.

25. Daarbuiten is er weinig sprake van algemene rechtsbeginselen die rechtstreeks betrekking hebben op de relatie werkgever-werknemer. Het Hof van Cassatie aanvaardt rechtsverwerking niet als autonoom rechtsbeginsel, maar plaatst deze in het teken van rechtsmisbruik⁽¹⁰⁴⁾. Rechtsverwerking wordt dan een toepassing van de beperkende werking van de goede trouw⁽¹⁰⁵⁾. Hier lijkt het Hof van Cassatie veeleer aan te sluiten bij de fiscale rechtspraak die eveneens traditioneel de neiging heeft om de bestaande rechtsfiguren en vooral het verbod van misbruik van ontslagrecht als voldoende te beschouwen⁽¹⁰⁶⁾.

(99) Cf. Cass. 7 februari 1994, *JTT* 1994, 568, *Soc.Kron.* 1994, 110, *RW* 1994-95, 121 en *Arr.Cass.* 1994, 146.

(100) Cass. 8 februari 2001, *RW* 2001-2002, 778, noot A. VAN OEVELEN en *T.Not.* 2001, 473, noot C. DE WULF.

(101) Cass. 24 december 2009, *RW* 2011-12, 606; *TBBR* 2011, 331 noot S. JANSEN, "Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling", *TBBR* 2011, 333 e.v.: "Door te oordelen dat de brief van 7 december 2001 een louter eenzijdig voorstel is dat bij gebrek aan aanvaarding door de eiseres of uitvoering of begin van uitvoering ervan door de verweerder, voor hem niet kan beschouwd worden als een erkenning van het recht van verhaal van de eiseres en het verval van het verhaalrecht van de eiseres door dit louter voorstel dan ook niet ongedaan werd gemaakt, miskent het vonnis het algemeen rechtsbeginsel betreffende de afstand van recht", en Cass. 24 juni 2013; *JTT* 2013, 494, noot C. WANTIEZ en M. WANTIEZ.

(102) Cass. 15 juni 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1190, *JTT* 1981, 355 en *TSR* 1984, 38, noot J. MALLIE.

(103) Cass. 12 maart 2012, S. 10.0154.N.

(104) Cass. 17 mei 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, nr. 546 en *RCJB* 1990, 595, noot HEENEN; Cass. 16 november 1990, *Arr.Cass.* 1990, nr. 154; Cass. 20 februari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, nr. 325; Cass. 6 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 459; Cass. 10 februari 2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 85; Cass. 1 oktober 2010, www.cass.be, *TBH* 2011, 77; S. JANSEN, "Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling", *TBBR* 2011, 341; M.E. STORME, "Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend", *RW* 1990-91, 1073; P. BAZIER, "Abus de droit, rechtsverwerking en sanctions de l'abus de droit", *TBBR* 2012, 393-403; W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie" in *De goede trouw. Redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1990, 111; W. VAN EECKHOUTTE, De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 752.

(105) Cass. 1 oktober 2010, *RW* 2011-12, 142, noot JANSEN; S. STIJNS, "Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik", *RW* 2011-12, 143-148; L. CORNELIS, "Rechtsverwerking, een toepassing van de goede trouw", *TPR* 1990, 545; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 375; M.E. STORME, "Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei en 16 november 1990: nog springlevend", *RW* 1990-91, 1073 e.v.; S. STIJNS, "La 'rechtsverwerking' fin d'une attente (dé)raisonnable?", *JT* 1990, 690; A. VAN OEVELEN, "Afstand van recht en rechtsverwerking in het individuele arbeidsovereenkomstenrecht" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele Problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 1993, 60; A. VANDERHAEGHEN, "Rechtsmisbruik en rechtsverwerking", *NJW* 2012, 479-480; P. BAZIER, "Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit", *TBBR* 2012, 393-403.

(106) J. DE STAERCKE, "Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen", *NJW* 2004, 1410 e.v.

26. Wel aarzelt het Hof van Cassatie minder voor zover de algemene rechtsbeginselen betrekking hebben op de gerechtelijke procedure⁽¹⁰⁷⁾. Hiervan dient echter abstractie te worden gemaakt omdat deze bijdrage vooral de doorwerking van de beginselen in de privaatrechtelijke relatie wil onderzoeken. Het gaat immers niet op om algemene rechtsbeginselen, die zich situeren op het niveau van het gerechtelijk recht, zonder meer door te trekken naar de relatie werkgever-werknemer. Dat belet niet dat er soms wel doorwerking plaatsvindt naar de privaatrechtelijke relatie. Zo heeft het Hof van Cassatie inzake de terugwerkende kracht van nieuwe wetbepalingen geoordeeld dat het algemeen rechtsbeginsel van de non-retroactiviteit van nieuwe wetten zoals verwoord in artikel 2 Burgerlijk Wetboek, doorwerkt in private relaties⁽¹⁰⁸⁾.

27. Men kan dus niet zonder meer concluderen dat de algemene rechtsbeginselen een autonome bron van recht zijn in het arbeidsrecht⁽¹⁰⁹⁾. Voorts lijkt het Hof van Cassatie in arbeidszaken helemaal niet geneigd om open rechtsbegrippen zeer ruim te interpreteren⁽¹¹⁰⁾.

Een opvallende en lange lijst van beginselen van behoorlijk ontslagrecht is terug te vinden in het Verdrag nr. 158 van de Internationale Arbeidsorganisatie (1982)⁽¹¹¹⁾. Tot op heden heeft België dat verdrag (nog) niet geratificeerd. Er zijn trouwens weinig landen die dit hebben gedaan⁽¹¹²⁾. De wetgever, de sociale partners en de rechtspraak in België hebben er zich nauwelijks door laten inspireren. Dit neemt niet weg dat verschillende auteurs het niettemin als leidraad benutten voor een systematische bespreking en analyse van het Belgisch ontslagrecht⁽¹¹³⁾.

28. De lijst inzake algemene rechtsbeginselen in de arbeidsrechtspraak lijkt dus vrij kort. Men zou bijgevolg kunnen concluderen dat er een substantieel verschil bestaat tussen de beginselen van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht in vergelijking met het arbeidsrecht. Dit was inderdaad de vroegere opvatting⁽¹¹⁴⁾. Dit lijkt echter een overhaaste conclusie.

(107) A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 156-157.

(108) Cass. 10 mei 1999, *Arr.Cass.* 1992, 274.

(109) Anders: R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 324 e.v. De auteur constateert wel de aarzelingen van het Hof van Cassatie (zie 340 e.v.).

(110) A. VAN REGENMORTEL, "Interactie tussen arbeidsrecht en algemeen overeenkomstenrecht. Standpunt van de sociale kamer van het Franse Hof van Cassatie: een evolutief overzicht" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 47-77.

(111) Art. 27 Aanbeveling nr. 166, IAO 68e zitting, 2 juni 1982, *Conventions et recommandations internationales du travail 1919-1984*, Genève, BIT, 177 e.v.; <http://ilolex.ilo.ch> via www.ilo.org; R. BLANPAIN, "Codex" in *International Encyclopedia for labour law and industrial relations*, Deventer, Kluwer, 673-684.

(112) Tot op heden slechts 32 landen waarvan 6 EU-landen: Finland, Frankrijk, Luxemburg, Spanje, Portugal, Zweden. Opmerkelijk is dat de grootste industrielanden ter wereld het verdrag niet hebben geratificeerd.

(113) O.a. W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 747 p.; M. JOURDAN, *Le licenciement abusif de l'ouvrier ou la transformation d'un droit discrétionnaire en droit contrôlé*, Waterloo, Kluwer, 2010, 422 p.; P.P. VAN GEHUCHTEN, "Rapport: La motivation du congé en droit belge: aspects formels, dans une perspective de réforme" in BEGASOZ (ed.), *Passende arbeid & Behoorlijk ontslag*, Brugge, die Keure, 2007, 173-206.

(114) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2009, 46-64.

29. Hoewel de arbeidsgerechten in meerderheid niet geneigd zijn om de beginselen van behoorlijk bestuur te laten doorwerken, is minder aarzeling te merken bij de toezichthoudende overheden⁽¹¹⁵⁾. Die kunnen wel degelijk bij het personeelsbeleid van de kant van de ‘ondergeschikte’ besturen eisen dat deze laatste overheden de beginselen van behoorlijk bestuur toepassen⁽¹¹⁶⁾.

Dat heeft ook gevolgen nu het Hof van Cassatie de doorwerking van een dergelijke beslissing in de privaatrechtelijke relatie wel degelijk aanvaard heeft in een arrest van 2012⁽¹¹⁷⁾.

§ 7. Onderzoek naar de redenen van deze aarzeling

30. Een van de redenen waarom de beginselen van behoorlijk bestuur met aarzeling worden onthaald in het Belgisch arbeidsrecht, ligt in het feit dat ook in het bestuursrecht deze beginselen niet altijd een eenduidige betekenis hebben⁽¹¹⁸⁾.

31. In arbeidszaken lijkt het Hof van Cassatie veeleer aan te sluiten bij de restrictieve visie van procureur-generaal Lenaerts⁽¹¹⁹⁾. De terughoudendheid van deze rechtsgeleerde die de autonomie van het Belgische arbeidsrecht in grote mate heeft vormgegeven, was echter vooral ingegeven door de wens om arbeidsrechtelijke noties niet te laten contamineren. Daarmee heeft Lenaerts gestalte willen geven aan een consequente en logische vormgeving van het arbeidsrecht in de decennia waarin daaraan behoefte was en de autonomie van het arbeidsrecht tegenover andere rechtstakken bevestigd moest worden⁽¹²⁰⁾. De transpositie van de beginselen van behoorlijk bestuur naar het arbeidsrecht is inderdaad niet evident, voornamelijk omdat het arbeidsrecht gekenmerkt wordt door eigen begrippen en rechtsbronnen die lang niet altijd in het schema van de beginselen passen⁽¹²¹⁾.

32. De belangrijkste reden voor deze terughoudendheid van de rechtspraak in arbeidszaken, in tegenstelling tot de rechtspraak in bestuurszaken, ligt naar mijn oordeel allicht vooral in het feit dat het arbeidsrecht eigen rechtsbronnen heeft. De autonomie van het collectief arbeidsrecht leidt immers tot een rijke productie van collectieve arbeidsovereenkomsten waarbij de sociale partners zelf de beginselen van behoorlijk bestuur in de onderneming uitwerken. In die zin kon de arbeidsrechter de rechtschepende functie overlaten aan de sociale partners. Dat blijkt uit de

(115) R. VALKENEERS, “Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?”, *TSR* 2014, 350 e.v.

(116) RvS 15 februari 2002, nr. 103.610, OCMW Houyet; RvS 10 februari 2004, nr. 127.986, OCMW Houyet; RvS 19 februari 2008, nrs. 179.869 en 179.870, Fosses-la-Ville.

(117) Cass. 5 maart 2012, *Soc.Kron.* 2012, 351, met concl. Adv. Gen. GÉNICOT en noot J. JACQMAIN.

(118) R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij. De nieuwe overheidswerknemer is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 183-191.

(119) H. LENAERTS, conclusie bij Cass. 2 februari 1987, AC 1986-87, 718; *RW* 1987-88, 79; M. VAN HOECKE, “Algemene rechtsbeginselen als rechtsbron” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 1-28, vooral 26-28.

(120) Cf. verzameling conclusies in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken, gewezen op conclusie van em. procureur-generaal H. LENAERTS*, Antwerpen, Maklu, 1996, 957 p.

(121) W. RAUWS, “Enige beschouwingen over de bedongen arbeid in Nederlands-Belgisch perspectief” in A. VAN OEVELEN, *Bedongen arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 96-97.

grote oogst aan nationale collectieve arbeidsovereenkomsten die ons arbeidsrecht in aanzienlijke mate bepalen. In die zin is het belangrijkste onderscheid tussen de tewerkstelling in de private sector en de publieke sector dat er in sociale verhoudingen van de private sector minder sprake is geweest van een ‘terugtred van de wetgever’. Het is die terugtred van de wetgever die precies mee aan de basis ligt van de opmars van de beginselen van behoorlijk bestuur ⁽¹²²⁾. De ontwikkeling van beginselen van behoorlijk bestuur door de Raad van State was vooral gericht op de indijking van deze administratieve discretionaire macht ⁽¹²³⁾. Ten slotte kan opgemerkt worden dat de algemene rechtsbeginselen niet van stal moeten worden gehaald als deze uitdrukkelijk wettelijk bekrachtigd zijn ⁽¹²⁴⁾. Dat verklaart volledig waarom er in het arbeidsrecht minder praktische behoefte was aan het systematisch uitwerken van algemene rechtsbeginselen.

33. In de publieke sector was van een grote activiteit van de wetgever of van de sociale partners geen sprake. Allicht ging de wetgever ervan uit dat het ambtenarenstatuut conform de Grondwet veeleer behoorde tot de bevoegdheid van de koning ⁽¹²⁵⁾ en van de federale entiteiten ⁽¹²⁶⁾. Verder was er ten tijde van de uitwerking van het statuut-Camu voor de rijksambtenaren geenszins sprake van een dergelijke omvangrijke rechtsbescherming van personeelsleden zoals die voor de werknemers uit de privésector tot stand gekomen is na de Cao-wet. Camu kon in 1937 dus terecht bezorgd zijn om de grillige willekeur van de werkgever in het arbeidsovereenkomstenrecht en terecht deze rechtspositie niet geschikt achten om het algemeen belang te dienen. Men kan niet anders dan concluderen dat de collectieve arbeidsverhoudingen *anno* 2014 wel heel anders liggen dan in 1937 ⁽¹²⁷⁾.

(122) L.-P. SUETENS, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning” in I. OPDEBEEK (ed.) *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 8-11; A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 1-3; J. DE STAERCKE, “Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen”, *NJW* 2004, 1406-1407 en 1414-1415; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 49.

(123) F. DEBAEDTS, “De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 268.

(124) P. VAN ORSHOVEN, “Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken” in J. VANDE LANOTTE en J. GOEDERTIER, *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 19.

(125) Art. 107, tweede lid Gw.; KB 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen, van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen, *BS* 9 januari 2001. Cf. o.a. RvS 12 december 1957, Deprez, *RJDA* 1958, 124; RvS 7 september 2001, nr. 98.375, Jadot, *JT* 2001, 756.

(126) Art. 87, § 2 tot en met § 5 Bijz.Wet 8 augustus tot hervorming van de instellingen, *BS* 15 augustus 1980; R. JANVIER, “Statutair of niet statutair: that’s the question” in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, Honderd jaar Arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 133 e.v.

(127) R. JANVIER en M. RIGAUX, “Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking” in P. GEVERS (ed.) *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, Brugge, die Keure, 1987, 37-139.

34. Dat blijkt onder meer wat betreft de bevoegdheid van de koning. Zijn bevoegdheid is lang niet meer zo evident ⁽¹²⁸⁾. De recente discussie over de federale bevoegdheid om de algemene beginselen vast te leggen ⁽¹²⁹⁾, illustreert goed dat er inderdaad behoefte is aan algemene rechtsbeginselen. De functie van de hoogste rechtscolleges bij de handhaving van de eenvormigheid van het bestuursrecht wordt alleen versterkt door de versnippering van bevoegde wetgevers. In dat perspectief komt de primauteit van de bevoegdheid van de koning dan ook over als een anachronisme ⁽¹³⁰⁾. Dit is geen overdrijving. Het volstaat te verwijzen naar de recente afgebroken onderhandelingen over de motivering van het ontslag, zoals noodzakelijk na de wet van 26 december 2013 inzake het eenheidsstatuut. Blijkbaar slaagde de ‘overheid’ er niet meer in om met één stem te spreken en werden de ontwerp teksten in Comité A door de vakorganisaties zelf opgesteld ⁽¹³¹⁾.

35. In het licht van de juridische leemten in het ambtenarenstatuut was de ontwikkeling van de rechtspraak van de Raad van State dan ook vanzelfsprekend. De tussenkomst van de Raad van State bij de uitwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur vond behoorlijk wat steun in de rechtsleer. Maar deze juridische logica ging niet in gelijke mate op voor de arbeidsrechtbanken ⁽¹³²⁾, die trouwens pas echte rechtscolleges werden na de invoering van het Gerechtelijk Wetboek, lang na de oprichting van de Raad van State en kort na de Cao-wet. Op dat ogenblik lagen de collectieve rechtsverhoudingen in de private sector fundamenteel anders dan in de jaren 1930.

§ 8. (Beperkte) doorwerking?

36. Als gevolg van deze autonomie van het arbeidsrecht aanvaardt slechts een deel van de Belgische arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven ⁽¹³³⁾ dat de beginselen van behoorlijk bestuur direct doorwerken in de arbeidsovereenkomst in de publieke sec-

(128) Wet 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken, *BS* 14 augustus 1993.

(129) A. DE BECKER, *De overheid en zijn personeel: juridische gevolgen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 167 en B. WEEKERS, *Ambtenarenrecht: het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene principes*, Brugge, die Keure, 2004, 5.

(130) R. JANVIER, “Statutair of niet statutair: that’s the question” in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Belgische Vereniging voor Arbeidsverhoudingen, Honderd jaar Arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 140 e.v. Als voorbeeld bij uitstek kan de onderwijssector gelden, waar de representativiteit van de werkgeversvertegenwoordigers wel degelijk een zeer pijnlijk knelpunt vormt (cf. GwH 20 oktober 2005, nr. 154/2005 en vooral overw. B.12). Een analoge discussie betreft de Hoge Raad voor Preventie en Bescherming op het werk (GwH 23 maart 2005, nr. 65/2005).

(131) https://openbardiensten.acv-online.be/Images/wetsontwerp-motivatie-ontslag-na-overleg-comite-A_tcm185-316955.pdf (15 oktober 2014).

(132) Zie ook R. SOETAERT, “Algemene rechtsbeginselen in cassatie” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 81-94.

(133) Zie Arbh. Brussel 26 november 2002, *Soc.Kron.* 2003, 458, noot J. JACQMAIN; Arbh. Brussel 10 december 2003, *JTT* 2005, 185; Arbh. Brussel 27 november 2007, *JTT* 2008, 167; Arbh. Luik 9 november 2007, *JTT* 2008, 73; Arbh. Brussel 18 december 2008, *JTT* 2009, 153; Arbh. Bergen 27 maart 2009, *JTT* 2010, 107; Arbh. Bergen 10 januari 2011, *JTT* 2012, 10 en *Soc.Kron.* 2013, 119; Arbh. Brussel 25 mei 2011, *JTT* 2011, 473; Arbh. Brussel 13 december 2011, *Soc.Kron.* 2013, 392; Arbh. Brussel 14 februari 2012, *JTT* 2012, 213; Arbh. Brussel 23 april 2012, *JTT* 2012, 284; Arbh. Brussel 8 januari 2013, *JTT* 2013, 228, noot C.W.

tor⁽¹³⁴⁾. Een substantieel deel van de rechtspraak en vooral de meeste arbeidshoven wijzen de principiële en rechtstreekse doorwerking van de hand⁽¹³⁵⁾ en ook de Nederlandstalige rechtsleer is relatief sceptisch⁽¹³⁶⁾. Deze afwijzing betreft vooral de principiële en onverkorte doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur en niet de indirecte doorwerking via de open rechtsbegrippen van het arbeidsrecht. Valkeneers stelt wel dat deze indirecte doorwerking afbreuk doet aan de autonome rechtsbron die algemene rechtsbeginselen zouden moeten zijn⁽¹³⁷⁾. Deze stelling botst echter met de terughoudende cassatierechtspraak in het arbeidsrecht⁽¹³⁸⁾.

37. Een ander deel van de rechtspraak laat deze beginselen doorwerken via de erkende algemene rechtsbeginselen van het arbeidsrecht. Dat betekent *in concreto* vooral via het algemeen rechtsbeginsel dat misbruik van ontslagrecht verbiedt⁽¹³⁹⁾ of via de toepassing van artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet dat willekeurig ontslag sanctioneert⁽¹⁴⁰⁾. Het onderscheid is belangrijk, want op deze wijze worden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet direct als algemene rechtsbeginselen erkend, maar in samenhang gebracht met de regels van het arbeidsrecht⁽¹⁴¹⁾. Gelet op de cassatierechtspraak lijkt dit zelfs de enig mogelijke uitweg. In die situatie kan men ook niet zonder meer spreken van een zuivere doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wel is er een sterke doorwerking waar de rechtspraak zelfs cumulatief een schadevergoeding toekent op grond van artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet én op basis van de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur⁽¹⁴²⁾. Deze rechtspraak blijft echter uitzonderlijk.

- (134) W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2013-2014. Arbeidsrecht met fiscale notities*, Mechelen, Kluwer, 2013, III, 2034-2036. Zie ook I. VANDEN POEL, A. VAN EECKHOUTTE, S. HEYNDRICKX, G. DE MAESENEIRE en E. DE KEZEL, "Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (2005-2012)", *TPR* 2014, 307-308.
- (135) Arbh. Antwerpen 20 april 2009, *Soc.Kron.* 2013, 355; Arbh. Luik 24 juni 2009, *JTT* 2010, 13; Arbh. Luik 22 december 2010, *Soc.Kron.* 2013, 368; Arbh. Luik 5 september 2012, *JTT* 2013, 247 en *Soc.Kron.* 2013, 378; Arbh. Gent 13 februari 2013, *Soc.Kron.* 2013, 366; Arbrb. Gent 6 december 2007, *RW* 2008-09, 1480; Arbrb. Tongeren 2 oktober 2008, *Limb.Rechtsl.* 2010, 225.
- (136) A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 576-581; A. DE BECKER, "De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector", *RW* 2007-08, 90-102; A. DE BECKER, "Het ontslag van arbeidscontractanten in de publieke sector" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht. Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2010, 171-174; K. SALOMEZ, "Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiek of privaat recht?" (noot onder Arbrb. Gent 6 december 2007), *RW* 2008-09, 1481-1485; K. SALOMEZ en H. FUNCK, "Le licenciement d'un agent contractuel d'un service public, un acte non de droit public mais de droit privé", *Soc.Kron.* 2013, 338-339.
- (137) R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 324 e.v.
- (138) Zie vooral Cass. 12 mei 2014, S.13.0092.F, www.juridat.be.
- (139) Arbh. Brussel 30 mei 2006, *Soc.Kron.* 2007, 522; Arbh. Luik 20 juni 2011, *Soc.Kron.* 2013, 371; Arbh. Brussel 18 december 2008, *JTT* 2009, 153.
- (140) Arbh. Luik 5 september 2012, *Soc.Kron.* 2013, 378; Arbh. Bergen 13 september 2011, *Soc.Kron.* 2013, 390, noot L. DEAR; Arbh. Bergen 21 november 2012, *JLMB* 2013, 1227, *Soc.Kron.* 2013, 381, noot L. DEAR; Arbh. Bergen 27 maart 2009, *JTT* 2010, 107; Arbh. Bergen 6 september 2010, *JTT* 2011, 103.
- (141) D. CUYPERS, "Over ontslagmotieven, motiveringswet en rechtsmisbruik", *Soc.Kron.* 2007, 509-513; F. LAMBINET en S. GILSON, "De la nécessité de l'audition préalable au congé à l'égard des contractuels de la fonction publique", *Soc.Kron.* 2013, 339-346; S. COCKX, "Willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht. Overzicht van rechtspraak (2005-2009). Deel II – Misbruik van ontslagrecht", *Or.* 2010, 150.
- (142) Arbh. Brussel 23 april 2012, *JTT* 2012, 284.

Wel stellen gezaghebbende auteurs steeds meer dat de autonomie van het arbeidsrecht, die vooral een betere bescherming beoogde, paradoxaal tot gevolg heeft op een aantal punten minder bescherming te bieden dan mogelijk zou zijn in navolging van de recente evoluties in het verbintenissenrecht⁽¹⁴³⁾.

38. In het volgende hoofdstuk worden de diverse beginselen kort besproken en getoetst aan het arbeidsrecht. Hieruit zal blijken dat het arbeidsrecht in vele gevallen wel degelijk toepassingen van algemene rechtsbeginselen erkent, maar deze vertaalt in afzonderlijke toepassingssituaties waarin de rechtspraak dwingende arbeidsrechtelijke regels interpreteert. Waar het bestuursrecht lijkt te vertrekken van algemene beginselen om deze vervolgens toe te passen en te nuanceren, focust de arbeidsrechtpraak veeleer op specifieke en genuanceerde toepassingen via de open rechtsbegrippen. De rechtsleer probeert wel theorievorming bij te werken. Ook de dynamiek van de sociale grondrechten maakt een synthese van diverse beschermingsregels in het arbeidsrecht mogelijk vanuit een duidelijk gestructureerde theorievorming⁽¹⁴⁴⁾. En daaruit zullen enkele opvallende analoge ontwikkelingen tussen beide rechtsgebieden blijken⁽¹⁴⁵⁾.

§ 9. Geen fundamentele bezwaren tegen doorwerking van de beginselen

39. Van Gerven en Rigaux hebben terecht geargumenteed dat er wel degelijk een band bestaat tussen de algemene rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur⁽¹⁴⁶⁾ en talrijke auteurs zijn deze stelling bijgetreden⁽¹⁴⁷⁾. Ook jongere rechtsgeleerden in het arbeidsrecht volgen dit standpunt met veel overtuiging⁽¹⁴⁸⁾.

(143) W. RAUWS, "Arbeitsrecht en burgerlijk recht: een stevig huwelijk, een turbulente lat-relatie of scheiding", *TPR* 2011, 175-176.

(144) W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 433-636.

(145) R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 309-367.

(146) W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *RW* 1982-83, 961-978; M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 86 e.v.; cf. J. POLAK, "Marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen" in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 41-50.

(147) F. DEBAEDTS, "De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht" in M. VAN HOECKE (ed.) *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 243-270; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Algemene beginselen van ambtenarentuchtrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 18; P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 3; S. SEYS, D. DE JONGHE en F. TULKENS, "Le niveau transversal" in I. HACHEZ e.a. (eds.), *Les sources du droit revisitées: normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, II, 2012, 530; L.P. SUETENS, "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning" in I. OPDEBEEK (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, 12-13.

(148) P. DORSEEMONT, "De disciplinaire macht van de werkgever" in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGEN (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 225; F. HENDRICKX, "De arbeidsovereenkomst: een burgerlijke en sociale verbintenis" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, BVVA en Intersentia, 2001, 63-83; W. VANDEPUTTE, "Flexizekerheid: het beste van twee werelden", *TSR* 2007, 303-357; R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?", *TSR* 2014, 309-367.

40. Ook blijkt de Arbeidsovereenkomstenwet zelf geen principiële bezwaren te hebben tegen de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur. Het volstaat al te verwijzen naar artikel 1 Arbeidsovereenkomstenwet: *“Deze wet regelt de arbeidsovereenkomsten voor werklieden, bedienden, (...). Zij is ook van toepassing op de bij het eerste lid bedoelde werknemers, tewerkgesteld door het Rijk, de provincies, de agglomeraties, de federaties van gemeenschappen, de gemeenten, de openbare instellingen welke eronder ressorteren, de instellingen van openbaar nut en de door het Rijk gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs, en wier toestand niet statutair geregeld is.”*

Merk op hoe archaïsch en inadequaaf dit artikel geformuleerd is, gelet op de ingrijpende veranderingen op grondwettelijk vlak⁽¹⁴⁹⁾. De laatste woorden van dit cruciaal artikel laten toe dat zelfs partieel voor overheidspersoneel een ‘statuut’ wordt uitgewerkt, dat daardoor ook kan afwijken van de regels van de Arbeidsovereenkomstenwet⁽¹⁵⁰⁾. Daarbij wordt steeds gedacht aan de rechtspositie van het onderwijzend personeel in gesubsidieerde onderwijsinstellingen. Niettegenstaande het statuut blijft het een arbeidsovereenkomst voor zover de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet en de beginselen van het verbintenisrecht aanvullend kunnen werken⁽¹⁵¹⁾.

Deze bepaling kan echter ook veel ruimer opgevat worden dan alleen maar het onderwijs. Een statutaire regeling in het algemeen en de toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder in het arbeidsovereenkomstenrecht is dus geen *contradictio in terminis*⁽¹⁵²⁾. Deze bepaling belet geenszins dat overheden (en dus ook rechtbanken) de rechtspositie van contractanten zouden regelen in afwijking van de beginselen van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het past hier het arrest van het Grondwettelijk Hof van 11 juni 2008 in herinnering te brengen: *“Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie vereist niet dat aan iedere persoon die bij een overheidsdienst werkt een identiek statuut wordt toegekend en het staat aan de bevoegde overheid de meest geschikte weg te kiezen teneinde de opdrachten van openbare dienst te verwezenlijken waarmee ze is belast.”* Eigenlijk volgt hieruit dat de overheid met een ruime beleidsruimte een gepast statuut kan én moet uitwerken. Dit beginsel van de ‘gepaste rechtspositie’ dient dan ook de leidraad te zijn in de discussie over de ongelijke behandeling.

(149) R. JANVIER, “Statutair of niet statutair: that’s the question” in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *BVAA, Honderd jaar Arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 125-163; R. VERSTEGEN, “De arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs zijn (nog altijd) contractueel van aard”, *RW* 1998-99, 73-74.

(150) Cass. 13 juni 1973, *Arr.Cass.* 1973, 995; RvS 13 juli 1979, *Arr.RvS* 1979, 846.

(151) Arbitragehof 17 juni 1999, nr. 66/99, *RW* 1999-2000, 531 noot R. VERSTEGEN, “Voor het handhaven van een contractuele grondslag voor de arbeidsverhoudingen in het vrij gesubsidieerd onderwijs bestaat een grondwettelijke verantwoording”; Cass. 25 juni 1979, *RW* 1979-80, 199; Cass. 11 oktober 1982, *RW* 1982-83, 1825 met concl. Adv. Gen. LENAERTS; Cass. 10 oktober 1988, *RW* 1988-89, 886; C. ENGELS, “De vastheid van betrekking in het katholiek onderwijs opnieuw ter discussie gesteld. Enkele bedenkingen bij het Cassatiearrest van 10 oktober 1988”, *RW* 1988-89, 872.

(152) Cf. GwH 8 mei 2002, ter nuancering van Cass. 11 juni 2001; R. JANVIER, o.c., 154-160.

Hoofdstuk III. Oplijsting van de beginselen in het bestuursrecht en toetsing aan het arbeidsrecht

41. Een sluitende indeling of opsomming van alle beginselen van behoorlijk bestuur is niet te geven. In de rechtsleer verschillen dan ook de meningen hierover ⁽¹⁵³⁾. Overlappingsen zijn onvermijdelijk ⁽¹⁵⁴⁾. Verder gaan we ook niet in op de vraag betreffende de omstreden grondwettelijke positie van deze beginselen.

Soms wordt het onderscheid gemaakt tussen procedurele en inhoudelijke beginselen van behoorlijk bestuur. Inhoudelijke beginselen beïnvloeden de uiteindelijke beslissing; procedurele beginselen zijn veeleer gericht op het besluitvormingsproces en beïnvloeden niet noodzakelijk het uiteindelijke resultaat.

Dit onderscheid tussen procedurele en inhoudelijke beginselen is evenwel kunstmatig. Procedurele beginselen hebben vaak tot doel om inhoudelijk zorgvuldige beslissingen tot stand te brengen. De hoorplicht bijvoorbeeld heeft mee tot doel dat de overheid met kennis van zaken een beslissing zou kunnen nemen.

§ 1. Zorgvuldigheidsbeginsel

1. Matrixbeginsel in het bestuursrecht

42. Eigenlijk kan men alle beginselen van behoorlijk bestuur samenvatten onder één noemer: het bestuur moet zich zorgvuldig gedragen. Elk bestuur moet zich gedragen zoals een normaal voorzichtig en zorgvuldig handelend bestuur, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou handelen ⁽¹⁵⁵⁾. Wat dit zorgvuldig gedrag precies inhoudt, zal variëren naargelang van de toepasselijke regelgeving en de concrete omstandigheden.

Dit zorgvuldigheidsbeginsel fungeert dan ook als een overkoepelend begrip voor een hele waaier van verwante beginselen die soms zijn uitgegroeid tot specifieke beginselen van behoorlijk bestuur. Zo kan men stellen dat bijvoorbeeld de hoorplicht en de redelijketermijneis deel uitmaken van het zorgvuldigheidsbeginsel.

43. De vereiste zorgvuldigheid kan zowel betrekking hebben op de vorm als op de inhoud (formele versus materiële zorgvuldigheid). De zorgvuldigheidsplicht impliceert onder meer dat de overheid haar beslissingen zorgvuldig moet voorbereiden, nemen, bekendmaken of ter kennis geven en uitvoeren. Ook bij het uitoefenen van haar informatieplicht moet de overheid de nodige zorgvuldigheid aan de dag leggen.

(153) P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, nr. 6.

(154) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 54-56.

(155) K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 101-129; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 62-65.

Het bestuur moet, alvorens een beslissing te nemen, erover waken dat het beschikt over alle feitelijke en juridische gegevens (zorgvuldige feitenvinding). Een zorgvuldige beslissing impliceert dat met kennis van zaken wordt beslist: de overheid moet volledig zijn ingelicht over de belangrijke gegevens die de beslissing kunnen beïnvloeden ⁽¹⁵⁶⁾.

Uiteraard zal een bestuur vooraf een advies moeten inwinnen wanneer dit is voorgeschreven door een norm, maar soms zal het bestuur zich deskundig moeten laten voorlichten, ook zonder dat een norm dit oplegt ⁽¹⁵⁷⁾. Wanneer een technische beslissing moet worden genomen, kan het bestuur dan ook verplicht zijn het advies van deskundigen in te winnen ⁽¹⁵⁸⁾.

Vervolgens moeten bij het nemen van de beslissing alle relevante gegevens zorgvuldig worden onderzocht en afgewogen ⁽¹⁵⁹⁾. Aan de bestuursbeslissing moet een nauwgezette belangenafweging ten grondslag liggen. Een beleidsrichtlijn mag bijvoorbeeld niet automatisch, zonder enig nader onderzoek, op een individueel geval worden toegepast. De genomen beslissing moet zorgvuldig ter kennis worden gebracht of bekendgemaakt.

2. Zorgvuldigheidsbeginsel in het arbeidsrecht

44. Het zorgvuldigheidsbeginsel wordt in het arbeidsrecht niet uitdrukkelijk als algemeen rechtsbeginsel erkend. Niettemin zijn er talrijke rechtsregels die wel degelijk deze zorgvuldigheidsplicht nader omschrijven. Wat is de Welzijnswetgeving, zoals deze werd gecodificeerd in de Welzijnscode ⁽¹⁶⁰⁾, anders dan een uitermate uitgebreide en gedetailleerde uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel?

45. Verder zijn er de algemene bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet. Meer bepaald omschrijft artikel 20 Arbeidsovereenkomstenwet een brede zorgplicht van de werkgever voor de werknemer. Typerend voor de arbeidsrechtspraak lijkt te zijn dat dit artikel zelden rechtscheppend is, maar dat de rechtspraak en ook de sociale partners de voorkeur geven om deze zorgvuldigheidsplicht van de werkgever te detailleren.

46. De sociale partners hebben de ruimte om de zorgvuldigheidsplicht gestalte te geven volledig benut. De Nationale Arbeidsraad heeft in die context een functie vervuld die moeilijk denkbaar is in andere landen. Zelfs de implementatie van Europese Richtlijnen werd overgelaten aan de Nationale Arbeidsraad. Een volledige opsomming van alle cao's waarin het zorgvuldigheidsbeginsel gedetailleerd werd uitgewerkt zou veel te lang uitvallen voor een beperkte publicatie. Daarom verwijzen we enkel naar drie

(156) RvS 27 april 2004, nr. 130.662, Sierens, *RW* 2006-07, 1359, noot S. DENYS.

(157) RvS 7 mei 1982, nr. 22.238, Van den Hende; S. DENYS, *Advisering in het bestuursrecht door publiekrechtelijke organen*, Brugge, die Keure, 2008, 173 p.

(158) RvS 31 mei 1979, nr. 19.671, Integan, *RW* 1979-80, kol. 1040; RvS 27 januari 1999, nr. 78.374, Hourman-Doyen; S. DENYS, "De zorgvuldigheidsplicht in het raam van de adviesverlening aan de overheid" (noot onder RvS 27 april 2004, nr. 130.662, Sierens), *RW* 2006-07, 1363-1366.

(159) RvS 27 april 2004, nr. 130.662, Sierens.

(160) KB 27 maart 1998 betreffende het beleid inzake het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, *BS* 31 maart 1988.

recente cao's die een rechtsontwikkeling van meer dan 100 nationale cao's bevestigen:

- Cao nr. 100 inzake de alcoholpreventie verplicht de werkgever vooral tot het uitwerken van beleid op de werkvloer⁽¹⁶¹⁾;
- Cao nr. 104 inzake de werkgelegenheid van oudere werknemers. Artikel 5 van deze Cao stipuleert voor oudere werknemers een beleid dat op vele punten analogieën vertoont met een degelijk personeelsbeleid dat aandacht heeft voor, jawel, de vastheid van betrekking en het ontslag als 'laatste remedie'⁽¹⁶²⁾;
- Cao nr. 109 inzake de motivering van het ontslag die zowel de motiveringsplicht als de vereiste van een geprononceerd ontslagreden bepaalt⁽¹⁶³⁾.

47. Deze regelgeving toont een toenemende 'institutionalisering' van de arbeidsverhouding, die de contractuele verplichtingen verruimt naar algemene verplichtingen van 'goed werkgeverschap'. De rechtsleer heeft steeds minder problemen met het poneren van het beginsel van 'goed werkgeverschap'⁽¹⁶⁴⁾, hoewel zich dat nog niet vertaalt in de rechtspraak.

Estlund meldt dat in de VS, met een vrij verschillende juridische context en een regelrechte aversie voor sociale grondrechten, werkgevers niettemin op grond van talrijke juridische procedures steeds meer een beroep doen op interne procedures die dure en risicovolle gerechtelijke procedures tegen werkgevers moeten voorkomen. Er wordt in de VS wel degelijk behoorlijk veel geprocedeerd tegen nalatige werkgevers⁽¹⁶⁵⁾. Deze omweg via de onrechtmatige daad is bij ons minder noodzakelijk, precies vanwege de bezorgdheid van de sociale partners om te komen tot precieze afspraken waardoor juridische procedures kunnen worden vermeden. Goed werkgeverschap steunt dus mede op de zorg om eventuele gerechtelijke procedures te vermijden door zorgvuldig bestuur binnen de onderneming. Om een nalatige werkgever, te kunnen identificeren, is het wel nodig dat een referentienorm, een zorgvuldige werkgever, wordt gedefinieerd. Een beginsel dat verdacht sterk lijkt op het zorgvuldigheidsbeginsel in het publiek recht⁽¹⁶⁶⁾.

(161) Nationale Arbeidsraad, Cao nr. 100 van 1 april 2009 betreffende het preventief alcohol- en drugsbeleid in de onderneming, KB 28 juni 2009, BS 13 juli 2009.

(162) Nationale Arbeidsraad, Cao nr. 104, 27 juni 2012, KB 24 oktober 2012, BS 8 november 2012.

(163) Nationale Arbeidsraad, Cao nr. 109, 12 februari 2014, KB 9 maart 2014, BS 20 maart 2014; G. DEVILLE en P. GEERBAERT, "Cao nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 123-139.

(164) F. DORSSEMONT, "De disciplinaire macht van de werkgever" in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGEN (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 225; F. HENDRICKX, "De arbeidsovereenkomst: een burgerlijke en sociale verbintenis" in M. STROOBANT en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, BVVA en Intersentia, 2001, 63-83; A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 469-535; N. GUNDT en A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht: toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 516-517.

(165) C. ESTLUND, "An American Perspective" in B. HEPPLER, *Social and Labour Rights in a Global Context*, Cambridge, University Press, 2002, 211-212.

(166) R. VALKENEERS, "Zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing op de arbeidscontracten in de publieke sector?"; *TSR* 2014, 326; W. VAN GERVEN, "Wederzijdse doordringing van publiek- en privaatrecht op nationaal en supranationaal niveau: van doorwerking gesproken!" in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 183-202.

§ 2. Het motiveringsbeginsel ⁽¹⁶⁷⁾

1. Een niet-geschreven grondrecht in het bestuursrecht

48. Er bestaat een niet-geschreven grondrecht dat iedere bestuurshandeling moet worden gedragen door deugdelijke, afdoende, draagkrachtige motieven. Dit zijn motieven die zowel in rechte als in feite aanvaardbaar moeten zijn en die door de rechter moeten kunnen worden gecontroleerd ⁽¹⁶⁸⁾. Op grond van de materiële motiveringsplicht moeten deze motieven er zijn, maar volstaat het dat ze terug te vinden zijn in het administratief dossier. Ze moeten niet worden opgenomen in de beslissing zelf. De afdeling wetgeving van de Raad van State noemt de materiële motiveringsplicht een niet-geschreven grondrecht ⁽¹⁶⁹⁾.

49. Deze materiële motiveringsplicht is – als ongeschreven beginsel van behoorlijk bestuur – van toepassing op alle bestuurshandelingen (reglementaire en individuele). Voor de individuele bestuurshandelingen is hier een normatieve formele motiveringsplicht aan toegevoegd: bij individuele bestuurshandelingen moeten de motieven worden opgenomen in de bestuurshandeling zelf. De formele motiveringsplicht houdt de wettelijke verplichting in om, bij individuele bestuurlijke rechtshandelingen, de materiële motivering in het besluit zelf op te nemen. De formele motiveringsplicht betreft dus de kenbaarheid van de motieven. De normatieve formele motiveringsplicht is dus een verstrenging van het materiële motiveringsbeginsel: de deugdelijke motieven moeten er niet alleen zijn, ze moeten ook in de beslissing zelf worden opgenomen.

50. De motievencontrole houdt een onderzoek in:

- naar het bestaan van de motieven;
- naar de feitelijke en juridische juistheid van de motieven;
- naar het al dan niet bestaan van een redelijke verhouding tussen de motieven en de inhoud van de beslissing. Dat laatste is een omschrijving van het redelijkheidsbeginsel.

Daar het overheidshandelen doelgebonden is – het dienen van het algemeen belang – moet elke beslissing geschraagd zijn door motieven van algemeen belang. Deze motieven moeten evenwel worden gepreciseerd: loutere verwijzingen naar het ‘algemeen belang’ of het ‘gemeentelijk belang’ zijn stijlformules.

51. Het motiveringsbeginsel kan niet strikt worden gescheiden van andere beginselen, zoals het redelijkheidsbeginsel, het consistentiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. De ondeugdelijkheid van de motieven kan voortvloeien uit het feit dat ⁽¹⁷⁰⁾:

- de motieven niet het resultaat zijn van een zorgvuldig onderzoek – wat onvermijdbaar is met het zorgvuldigheidsbeginsel;

(167) Zie D. MAREEN, “Het motiveringsbeginsel” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 131-173; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 876-890.

(168) Adv.RvS, *Parl.St. Senaat* 1981-82, nr. 33/2.

(169) Adv.RvS, *Parl.St. Senaat* 1981-82, nr. 33/2.

(170) RvS 15 juli 1996, nr. 60.981, Muylaert.

- de motieven de beslissing in redelijkheid niet kunnen dragen – wat onverenigbaar is met het redelijkheidsbeginsel;
- de motieven elkaar tegenspreken, wat onverenigbaar is met het consistentiebeginsel.

2. Het motiveringsbeginsel en het ontslag: een strijdperk in het arbeidsrecht

52. Krachtens artikel 37 Arbeidsovereenkomstenwet hoeft de opzegging niet gemotiveerd te worden. Het ontslag om dringende redenen op grond van artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet daarentegen wel. De rechtspraak houdt behoorlijk strak de hand aan deze rechtsregels. Een werkgever kan geen nieuwe motieven aanvoeren die niet vermeld staan in de opzeggingsbrief. Dit heeft in de regel tot gevolg dat de werkgever eerder uitzonderlijk ontslag zal geven om dringende reden. De beperking van de toetsing van de ontslagreden door de arbeidsrechter werd door het Hof van Cassatie zelfs verbonden met het algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging dat de rechter ambtshalve dient te controleren⁽¹⁷¹⁾. De schriftelijke motivering van de dringende reden is dus wel degelijk een algemeen rechtsbeginsel in het arbeidsrecht, waarbij het Hof echter aangeeft dat het binnen de perken blijft van de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet.

53. Er is al behoorlijk wat inkt gevloeid in het arbeidsrecht over de vraag of de opzegging van contractanten in overheidsdienst gemotiveerd moet worden of niet. Het is niet de bedoeling in dit kort bestek de volledige discussie nog eens over te doen nu er belangrijke wijzigingen *de lege ferenda* op til staan, maar in het licht van de belangrijke recente nieuwe rechtsontwikkelingen geven we eerst nog een samenvatting van de discussie *de lege lata* om deze te kaderen binnen de recente ontwikkelingen.

54. De stelling dat het ontslag van contractanten in de openbare sector moet worden gemotiveerd, steunt op de Uitdrukkelijke Motiveringswet van 1991⁽¹⁷²⁾. In minderheidsrechtspraak en rechtsleer wordt aanvaard dat de toepassing van de Uitdrukkelijke Motiveringswet tot gevolg heeft dat het ontslag van contractuelen in overheidsdienst moet worden gemotiveerd⁽¹⁷³⁾. Gebrek aan motivering leidt tot nietigheid van de opzegging en derhalve tot opzeggingsvergoeding⁽¹⁷⁴⁾, waarbij meestal geen rechtsmisbruik aanvaard wordt⁽¹⁷⁵⁾. Hiertegen wordt opgemerkt, vooral in de

(171) Cass. 22 mei 2000; *Arr.Cass.* 2000, 956; *JTT* 2000, 369, concl. J. LECLERCQ; *Soc.Kron.* 2001, 259.

(172) Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, *BS* 12 september 1991.

(173) J. JACQMAIN, "Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics: avec ou sans motivation formelle?"; *Soc.Kron.* 2007, 514; J. CLESSE en A. MORTIER, "Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés" in C.-É. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 23-24; L. DEAR en O. DEPRINCE, "Incidences de la loi du 29 juillet relative à la motivation formelle des actes administratifs sur le licenciement du personnel contractuel du secteur public"; *JTT* 2005, 175; M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 113.

(174) Arbh. Brussel 27 november 2007, *JTT* 2008, 167.

(175) Arbh. Luik 9 november 2007, *JTT* 2008, 73.

Nederlandstalige rechtsleer⁽¹⁷⁶⁾ en rechtspraak⁽¹⁷⁷⁾, dat de Motiveringswet niet van toepassing is. Een deel van de Franstalige rechtspraak sluit zich daarbij aan⁽¹⁷⁸⁾. Niettemin lijkt de Franstalige rechtspraak (vooral in Bergen) toch nog de motivering als verplichting voorop te stellen⁽¹⁷⁹⁾, maar de sanctie hierop verschilt nogal eens. De Franstalige rechtsleer is in de regel voor de motiveringsplicht⁽¹⁸⁰⁾.

55. Als tegenargumenten tegen de motiveringsplicht worden voornamelijk twee argumenten aangevoerd:

- 1° het is niet de uitdrukkelijke wil van de wetgever geweest, aangezien de opzeg een zuiver privaatrechtelijke handeling is en de wetgever alleen bestuurshandelingen beoogde;
- 2° de gevolgen voor een niet-gemotiveerde opzeg lijken overdreven aangezien de nietigheid steunt op een niet door de wet geschreven vormvereiste van de opzeg.

Het eerste bezwaar lijkt minder overtuigend. Het is inderdaad duidelijk dat de wetgever niet direct gedacht heeft aan de opzeg van contractanten, maar het is niet de eerste keer dat wegens een evoluerende rechtspraak een wettelijke bepaling uitdeint. Vooral in het licht van de algemene rechtsbeginselen is een dergelijke evolutie in de interpretatie altijd mogelijk, tenzij andere motieven dit zouden beletten.

Het tweede bezwaar weegt zwaarder en verwijst terecht naar het substantiële onderscheid tussen de privaatrechtelijke akten en de bestuurshandelingen. De Arbeids-overeenkomstenwet heeft een autonoom bestaan en wordt niet zomaar beïnvloed door het bestuursrecht. De gevolgen bij een nietigverklaring van de opzeg zijn, vooral bij lange opzegtermijnen, inderdaad soms disproportioneel⁽¹⁸¹⁾, mede gelet op het feit dat de rechtsoplossing helemaal niet duidelijk is en de rechtspraak verdeeld is.

(176) A. DE BECKER, "De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector, *RW* 2007-08, 90-102; A. DE BECKER, "Het ontslag van arbeidscontractanten in de publieke sector" in M. RIGAUX en W. RAUWS, *Actuele Problemen van het arbeidsrecht 8*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 145-177; W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DEVOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 150; K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 237; K. SALOMEZ, "Ontslag van contractanten in overheidsdienst, publiekrecht of privaatrecht" (noot onder Arbh. Gent 14 september 2007), *RW* 2008-09, 1483; I. VANDEN POEL, "Motivering van het ontslag van een contractant in overheidsdienst: een bres in het Belgische ontslagrecht", *TSR* 2011, 115-153.

(177) Arbrb. Gent 6 december 2007, *RW* 2008-09, 1480; Arbrb. Tongeren 2 oktober 2008, *Limb.Rechtsl.* 2010, 225.

(178) Arbrb. Luik 13 januari 2006, *JTT* 2008, 251.

(179) Arbh. Bergen 6 september 2010, *JTT* 2011, 103; M. JOURDAN, *Le licenciement abusif de l'ouvrier ou la transformation d'un droit discrétionnaire en droit contrôlé*, Reeks Études pratiques de Droit social, nr. 2010/6, Waterloo, Kluwer, 2010, 49 e.v.

(180) Arbh. Brussel 26 november 2002, *Soc.Kron.* 2003, 458, noot J. JACQMAIN; F. LAMBINET, S. GILSON, "De la nécessité de l'audition préalable au congé à l'égard des contractuels de la fonction publique", *Soc. Kron.* 2013, 339-346; M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 113; J. JACQMAIN, "Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics : avec ou sans motivation formelle?", *Soc.Kron.* 2007, 514 e.v.

(181) Arbh. Brussel 27 november 2007, *JTT* 2008, 167; Arbh. Luik 9 november 2007, *JTT* 2008, 73.

3. *Cassatio locuta, causa finita?*

56. De discussie lijkt beslecht te zijn met een recent cassatiearrest van 12 mei 2014⁽¹⁸²⁾. Hierbij verbreekt het Hof een arrest van het arbeidshof van Bergen dat stelde dat een publieke werkgever gelet op de motiveringswet in de loop van het geding geen nieuwe geldige ontslagredenen mag aanvoeren conform artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet⁽¹⁸³⁾. Het arbeidshof lijkt hiermee aan te geven dat het ontslag dus moet worden gemotiveerd. Dat wordt door het Hof van Cassatie van de hand gewezen. Hiermee bevestigt het Hof niets anders dan de traditionele rechtspraak die stelt dat de werkgever nog steeds de rechtmatige ontslagredenen kan aantonen. De motiveringsplicht in artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet is m.a.w. een uitgestelde motiveringsplicht⁽¹⁸⁴⁾, in tegenstelling tot de motiveringsverplichting in de publieke sector. Dat belet evenwel niet dat de rechter nog altijd vermag de gebrekkige en laattijdige motivering als belangrijk element te beschouwen bij de toetsing van artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet. Het Hof van Cassatie sluit dus aan bij de traditionele interpretatie van artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet. Er valt trouwens niet in te zien waarom dit artikel fundamenteel zou verschillen naargelang de betrokkene al dan niet in de publieke sector werkt. Er valt niet in te zien waarom het Hof van Cassatie anders zou oordelen zo de schending van artikel 37 Arbeidsovereenkomstenwet zou worden aangevoerd. Men zal dus wel degelijk op subtielere wijze moeten werken om de beginselen van behoorlijk bestuur te laten doorwerken in het arbeidsrecht: namelijk via de normen zelf van het arbeidsrecht zonder afbreuk te doen aan de tekst van de wet⁽¹⁸⁵⁾.

57. Zelfs indien men zich aansluit bij de stelling dat ontslag van contractanten niet gemotiveerd moet worden, blijft toch de vraag of de motiveringswet niet kan doorwerken via de blanco normen en algemene rechtsbeginselen van het arbeidsrecht. Onrechtstreeks kan men immers via de redelijkheidstoetsing het gebrek aan motivering sanctioneren, maar dan enkel indien de werkgever geen reden of een onrechtmatige reden aanvoert. Bij werklieden moet de werkgever immers, ook bij betwisting, de ware ontslagredenen aanbrengen krachtens de tekst van artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet. Ontbrekende of twijfelachtige motivering kan dan ook lang nawerken in de procedure ten nadele van de overheid als werkgever⁽¹⁸⁶⁾. Uit diverse toepassingen

(182) Cass. 12 mei 2014, S.13.0092.F, www.juridat.be.

(183) Niet hetzelfde, maar soortgelijke arresten: Arbh. Bergen 13 september 2011, *Soc.Kron.* 2013, 390, noot L. DEAR; in dezelfde zin: J. JACQMAIN, "Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics: avec ou sans motivation formelle?", *Soc.Kron.* 2007, 514; Arbh. Bergen 27 maart 2009, *JTT* 2010, 107; Arbh. Bergen 6 september 2010, *JTT* 2011, 103.

(184) *Gedr.St. Kamer* 1977-78, nr. 293/4, 212; Cass. 4 maart 1985, *Soc.Kron.* 1985, 142; Arbh. Bergen 9 oktober 1981, *JTT* 1983, 24; Arbh. Luik 10 februari 2000, *JTT* 2000, 376; Arbh. Luik 22 april 1997, *Soc.Kron.* 1998, 77; Arbh. Brussel 5 oktober 1998, *Soc.Kron.* 2001, 470; J. CLESSE en M. JAMOULLE "Chronique de Jurisprudence (1978-1981)", *RCJB* 1983, 669; B. DUBOIS, "Het willekeurig ontslag. Naar een grondige hervorming van het Belgisch ontslagrecht", *RW* 1977-78, 85-86; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II, Liège, Fac. Droit, 1986, 313; B. PATERNOSTRE, *Le droit de la rupture du contrat de travail*, Brussel, De Boeck, 1990, 101; R. VERHEYDEN, "De willekeurige afdanking", *RW* 1976-77, 915.

(185) D. CUYPERS, "Over ontslagmotieven, motiveringswet en rechtsmisbruik", *Soc.Kron.* 2007, 509-513; W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETTS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 162; S. COCKX, 'Willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht. Overzicht van rechtspraak (2005-2009). Deel II – Misbruik van ontslagrecht', *Or.* 2010, 150.

(186) D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brussel, Larcier, 2002, 214-227 met verwijzingen naar rechtspraak.

van willekeurig ontslag blijken overheden nogal eens laattijdig en verward het ontslag te motiveren met de voorspelbare veroordeling als gevolg ⁽¹⁸⁷⁾.

4. Heropening van het debat in het licht van nieuw artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet en de WES

58. Het cassatiearrest van 12 mei 2014 over de toepassing van artikel 63 in de publieke sector is echter niet meer zo relevant. De discussie komt in een totaal ander licht te staan nu de nieuwe Wet op het Eenheidsstatuut de bestaande regels inzake willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht fundamenteel heeft veranderd ⁽¹⁸⁸⁾. Ondanks de wijze raad van de Raad van State delegerde de wetgever de oplossing voor de eenmaking van de statuten van arbeiders en bedienden op het vlak van artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet aan de Nationale Arbeidsraad ⁽¹⁸⁹⁾. Ondertussen werd Cao nr. 109 algemeen verbindend verklaard ⁽¹⁹⁰⁾. Deze bepaalt een uitgestelde motiveringsplicht bij ontslag, maar dan enkel op aanvraag van de werknemer. Maar voor de publieke sector verwacht de wetgever een oplossing die gelijkwaardig zou zijn. In ieder geval zou daarmee een einde komen aan de discussie nu de wetgever een gelijkwaardige bescherming moet uitwerken waarin de motivering van het ontslag van contractanten minstens een wettelijke regeling zal kennen.

59. Nu blijkt evenwel dat de onderhandelingen in het paritair Comité A van de overheidssector vastgelopen zijn ⁽¹⁹¹⁾. Er was wel een ontwerpakkkoord dat een gelijkaardige regeling voorzag als Cao nr. 109, met uitzondering evenwel voor de motivering die in de opzeg zelf vermeld zou moeten worden. Het ontwerp van protocol kreeg de goedkeuring van het ACV en het VSOA, maar het ACOD verwierp het akkoord. Het stelde dat de voorgestelde regeling een te zwakke oplossing bood voor onrechtmatig ontslag in de overheidssector. Het ACOD refereerde hier meer bepaald aan het ontbreken van een ontslagbescherming voor syndicale afgevaardigden in de publieke sector. Deze problematiek is inderdaad schrijnend en heeft zelfs aanleiding gegeven tot rechtspraak die wel geneigd is om de beginselen van behoorlijk bestuur rechtstreeks toe te passen in het arbeidsrecht. Zo handelen twee vaak geciteerde arresten van de arbeidshoven van Brussel ⁽¹⁹²⁾ en Bergen ⁽¹⁹³⁾ inzake de motivering van het ont-

(187) Arbrb. Brussel 10 april 1989, *Soc.Kron.* 1990, 90 met noot JACQMAIN; Arbh. Brussel 6 november 1989, *Soc.Kron.* 1992, 334 (buitenlandse overheid); Arbh. Luik (afd. Namen) 3 december 1991, *Soc.Kron.* 1993, 90; Arbrb. Brussel 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1996, 23.

(188) Art. 38 wet 26 december 2013, wet betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, *BS* 28 december 2013.

(189) Adv.RvS 6 november 2013, nr. 54.231/1, *Parl.St.* zitting 2013-14, nr. 53-3144/001, p. 116; L. LENAERTS, "Leidt eenheid naar gelijkheid?" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 285-286.

(190) Cao nr. 109, 12 februari 2014, algemeen bindend verklaard bij KB 9 maart 2014, *BS* 20 maart 2014; G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, "Cao nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 123-139.

(191) Deze informatie komt uit een nota van het ACV: *Akkoord over de motivering van het ontslag voor contractueel overheidspersoneel*, 30 maart 2014, 6 p., die op 18 september 2014 nog op de website van het ACV stond, maar thans verdwenen is. Niettemin is op diverse websites van de vakorganisaties hierover informatie te vinden. Van de kant van de 'overheid' is geen informatie gegeven.

(192) Arbh. Brussel 13 december 2011, *Soc.Kron.* 2013, 392.

(193) Arbh. Bergen 27 maart 2009, *JTT* 2010, 107.

slag precies over deze schrijnende situaties. De ware reden waarom deze arbeidshoven dan geneigd zijn om de beginselen van behoorlijk bestuur door te trekken is het feit dat een equivalente regeling inzake de vakbondsafgevaardigden, zoals bepaald in Cao nr. 5 voor de private sector, ontbreekt. Contractanten kunnen daarenboven ook geen beroep doen op de bescherming van het ambtenarenrecht⁽¹⁹⁴⁾. De rechters vullen dus wel degelijk een juridische leemte in met toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De kern van deze juridische oplossing lijkt dus niet te zijn dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur doorwerken, maar eerder de vraag of, gelet op de juridische leemte, de doorwerking een mogelijk antwoord biedt op de ongelijke behandeling van contractanten in vergelijking met werknemers uit de private sector.

5. Discriminatie van de bedienden in de publieke sector

60. Met deze impasse in het paritair Comité A komt de wettelijke regeling op het bord van de nieuwe regering. *Brevitatis causa* laten we hier de lopende discussie over de uitgestelde dan wel onmiddellijke motivering buiten beschouwing. De Motiveringswet van 1991 bevat immers de plicht tot onmiddellijke motivering. Cao nr. 109 en artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet bepalen slechts een uitgestelde motiveringsplicht. Men kan alleszins hopen dat deze regeling er snel kan komen.

61. Sedert het van kracht worden van Cao nr. 109 worden bedienden in overheidsdienst zonder regeling ongelijk behandeld, eventueel gediscrimineerd in vergelijking met bedienden in de private sector⁽¹⁹⁵⁾. De opzeggingstermijn voor bedienden in de publieke sector is wel verlaagd, maar zij kunnen geen beroep doen op Cao nr. 109⁽¹⁹⁶⁾. De arbeiders kunnen nog wel een beroep doen op het oude artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet dat van toepassing blijft tot een regeling voor de publieke sector wordt uitgevaardigd⁽¹⁹⁷⁾.

Dit onderscheid kan nog moeilijk verantwoord worden, temeer omdat de wetgever zelf de leemte als hoogstens tijdelijk had gekwalificeerd. De ongelijke behandeling in de wetgeving kan alleen opgelost worden door minstens één regeling toe te passen. In afwachting van de tussenkomst van de wetgever of een arrest van het Grondwettelijk Hof is het echter niet uitgesloten dat een arbeidsrechtbank die de discriminatie vaststelt dan toch toepassing maakt van de beginselen van behoorlijk bestuur. Zoals eerder gemeld lijkt de rechter in het kader van de vaststelling van een discriminatie wel meer juridische grondslag te hebben⁽¹⁹⁸⁾. Uiteraard kan de arbeidsrechter het

(194) Cf. regeling en rechtspraak in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 458 e.v.

(195) M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 136-137.

(196) Nationale Arbeidsraad, Cao nr. 109, 12 februari 2014, KB 9 maart 2014, BS 20 maart 2014; G. DEVILLE en P. GEERBAERT, "Cao nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 123-139.

(197) Art. 38 wet 26 december 2013, wet betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen, BS 28 december 2013.

(198) B. LIETAERT, "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", *TSR* 2014, 145-192; P. POPELIER, "Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever", *RW* 2006-07, 250;

oude algemeen rechtsbeginsel van verbod van misbruik van ontslagrecht gebruiken als grondslag voor eventuele sancties, maar de toepassing hiervan zal allicht gekleurd worden door de beginselen van behoorlijk bestuur als beginselen van behoorlijk werkgeverschap en door de nieuwe Cao nr. 109.

62. Het mogelijke standpunt van het Grondwettelijk Hof na een prejudiciële vraag lijkt voorspelbaar gelet op de nalatigheid van de wetgever⁽¹⁹⁹⁾. Inzake artikel 63 had het Grondwettelijk Hof eerder nog opgemerkt dat de verschillende behandeling van arbeiders en bedienden deze regeling verantwoordt⁽²⁰⁰⁾. Nu evenwel de statuten geharmoniseerd zijn en de opzeggingstermijnen van arbeiders en bedienden gelijkge maakt worden⁽²⁰¹⁾, vervalt de wettelijke motivering voor een aparte ontslagregeling ten voordele van de arbeiders in de publieke sector⁽²⁰²⁾.

In een zeer recent arrest oordeelt het Hof zelfs zonder meer dat artikel 63 geen bestaansreden meer heeft sedert 1 april 2014⁽²⁰³⁾. Het arrest van het Grondwettelijk Hof roept ernstige vragen op omtrent de verdere toepassing van artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet in de publieke sector, nu het erop lijkt dat dit uit de rechtsorde verdwenen is vanaf 1 april 2014. Maar zelfs indien artikel 63 overeind zou blijven, valt ook niet in te zien hoe de bedienden in de publieke sector verstoken blijven van iedere motivering bij het ontslag, terwijl bedienden in de private sector zich daarop wel kunnen beroepen. Het feit dat een werknemer geen procedure ter beschikking heeft om de motivering van het ontslag te verkrijgen kan beschouwd worden als een inbreuk op het fundamenteel recht op toegang tot de rechter⁽²⁰⁴⁾. Indien men er bovendien van uitgaat dat er geen automatisme is inzake *levelling-up* bij een juridische leemte⁽²⁰⁵⁾, dan is niet uitgesloten dat de beginselen van behoorlijk bestuur door de directe of indirecte werking wel de leemten enigszins kunnen opvullen.

63. Het punt waarover het Belgische arbeidsrecht in de knoop raakt, is het feit dat men weigert uitdrukkelijk te erkennen dat de motivering van het ontslag stilaan een algemeen rechtsbeginsel wordt. Zoals eerder gesteld is dat niet onverwacht. Verdrag nr. 158 van de Internationale Arbeidsorganisatie inzake de regels van een behoorlijk ontslag is trouwens hiervan de emanatie bij uitstek⁽²⁰⁶⁾. Deze lijst van beginselen van

V. PERTRY, "De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 198-202.

(199) V. PERTRY, "De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 227-228.

(200) GwH 21 juni 2001, nr. 84/2001.

(201) Uiteraard gradueel na verloop van het wettelijk tijdspad.

(202) M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 116.

(203) GwH 187/2014, 18 december 2014.

(204) EHRM 10 juli 2012, K.M.C. t. Hongarije; C. DESMET, "Le congé en droit belge devra-t-il bientôt être formellement motivé?", *JTT* 2013, 337-334; C. L. "L'arrêt K.M.C. c. Hongrie: un arrêt éclairant", *Soc.Kron.* 2013, 399-400; S. GILSON, "Le statut 'unique' faux espoirs et vraies déceptions" in M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 19 e.v.

(205) V. PERTRY, "De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 224 e.v.

(206) Verdrag nr. 158, IAO 68e zitting, 2 juni 1982, *Conventions et recommandations internationales du travail 1919-1984*, Genève, BIT, s.d., 171 e.v.; art. 27 Aanbeveling nr. 166, IAO 68e zitting, 2 juni 1982; <http://ilolex.ilo.ch> via www.ilo.org.

behoorlijk bestuur toegepast op het privaatrechtelijk ontslag fungeerde als inspiratiebron van artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet inzake het willekeurig ontslag zoals vooreerst ingevoerd door de wet 1969 en nadien opgenomen in de Arbeidsovereenkomstenwet van 1978⁽²⁰⁷⁾. Het verdrag werd niet geratificeerd door België, maar dat belet niet dat er sprake is van een Europese standaard, nu zowel het Franse⁽²⁰⁸⁾, het Duitse⁽²⁰⁹⁾ als het Nederlandse⁽²¹⁰⁾ ontslagrecht wel degelijk een redelijkheids-toetsing hebben ingevoerd. Vandeputte kwam in zijn proefschrift na een uitvoerige analyse tot de conclusie dat de werknemer zich wel degelijk kan beroepen op een sociaal grondrecht dat een geldige ontslagreden vereist. Dit volgt niet alleen uit een dynamische interpretatie van de sociale grondrechten en Europese regels, maar ook uit het beginsel van de menselijke waardigheid⁽²¹¹⁾. Hij staat geenszins alleen met deze stelling⁽²¹²⁾.

64. Maar in de marge rijst opnieuw de vraag of de federale wetgever wel bevoegd is. De Raad van State afdeling wetgeving merkte nog terecht op dat het niet opnemen van de ontslagmotivering in de Arbeidsovereenkomstenwet een substantiële leemte laat⁽²¹³⁾. De delegatie aan de sociale partners kan dan wel vanuit politieke motieven verklaard worden, maar vanuit legistiek perspectief is dit uitermate bedenkelijk, vooral nu de Cao-wet niet van toepassing is voor de publieke sector en de bevoegdheid van de koning ook niet evident lijkt. Alleen voor zover de regeling verankerd zit als algemeen rechtsbeginsel in de Arbeidsovereenkomstenwet lijkt een uniforme toepassing verzekerd over alle werkgevers en werknemers heen. De rechtspraak zal niet ontsnappen aan de erkenning van een beginsel dat werknemerscategorieën én wetgevers overspant om aldus ook aansluiting te vinden bij de Europese basisbeginselen.

6. Discriminatie van de vakbondsafgevaardigden in de publieke sector

65. Verder kan inzake de rechtspositie van contractanten in overheidsdienst ook een schending aangevoerd worden van Conventie nr. 98 van de Internationale Arbeidsorganisatie die in artikel 1 een degelijke bescherming van de vakbondsvertegenwoor-

(207) Commissieverslag, *Gedr.St. Senaat 1977-78*, 258, 129; *Hand. Senaat 1977-78*, 14 februari 1978, 837-838.

(208) C. AMELOOT en B. PLATEL, "De beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar Frans recht", *Or. 2002*, 253-261; W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 601; K. SALOMEZ, *De rechtspositie van de ontslagmacht naar Belgisch arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 370 e.v.

(209) P. MAERTEN en C. ROOS, "De beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar Duits recht", *Or. 2002*, 187-195; W. VANDEPUTTE, o.c., 599; D. CUYPERS, "Hoelang moeten opzeggingstermijnen zijn? Een rechtsvergelijkende studie van het Duitse ontslagrecht", *JTT 1983*, 209 e.v.

(210) I. VERHELST, "De beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht", *Or. 2002*, 153-159; W. VANDEPUTTE, o.c., 600; K. SALOMEZ, o.c., 340 e.v.

(211) W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 536-568.

(212) G. DOMEZ, "Droit au travail et motivation du licenciement" in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail, Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 147-160.

(213) RvS 6 november 2013, Advies nr. 54.231/1, *Parl.St.*, zitting 2013-14, nr. 53-3144/001, 116.

digers bepaalt⁽²¹⁴⁾. Dit verdrag is door België geratificeerd⁽²¹⁵⁾ en dus verbindend, ook in de publieke sector. Daarover kan geen twijfel bestaan nu artikel 5 zelfs van toepassing is op de strijdkrachten en op de politie. België heeft zich zelfs tot doel gesteld om dit verdrag internationaal zo veel mogelijk te promoten en af te dwingen⁽²¹⁶⁾. Dit illustreert hoe fout het loopt in de publieke sector. Enerzijds promoot België internationaal dit verdrag om het wereldwijd ingang te doen vinden als minimale sociale norm, anderzijds slaagt men er niet eens behoorlijk in om dit verdrag om te zetten voor de contractanten in overheidsdienst.

66. Een mogelijke oplossing voor deze leemte ligt in de mogelijke toepassing van de Antidiscriminatiewet⁽²¹⁷⁾. De rechter is thans bevoegd om discriminatie te toetsen aan de beschermingsgrond 'syndicale overtuiging'. De uitbreiding van de wet is er gekomen na tussenkomst van het Grondwettelijk Hof⁽²¹⁸⁾ op vraag van een vakorganisatie. De toepassing van deze wet bij eventueel discriminatoir ontslag op grond van syndicale overtuiging levert dan slechts een schadevergoeding op van zes maanden loon in plaats van het in Cao nr. 5 voorziene één jaar loon⁽²¹⁹⁾, maar het zou al een stap zijn die allicht meer verteerbaar zou zijn voor de tegenstanders van een principiële toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur⁽²²⁰⁾. De directe doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur die sommige arbeidshoven ter bescherming van contractuele vakbondsleden toepassen zou dus ook via een andere juridische oplossing gerealiseerd kunnen worden die meer conform is aan de cassatierechtspraak. Meer nog: in een aantal gevallen lijkt de schadevergoeding een behoorlijk stuk hoger uit te vallen dan in de rechtspraak die wel de directe doorwerking erkent. Indirecte doorwerking hoeft dus niet altijd een zwakte te zijn om de rechtshandhaving van een algemeen beginsel te verzekeren.

(214) Internationale Arbeidsorganisatie: Verdrag nr. 98; http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312243 (1 oktober 2014): Art. 1: *Workers shall enjoy adequate protection against acts of anti-union discrimination in respect of their employment.*

2. Such protection shall apply more particularly in respect of acts calculated to--

(a) make the employment of a worker subject to the condition that he shall not join a union or shall relinquish trade union membership;

(b) cause the dismissal of or otherwise prejudice a worker by reason of union membership or because of participation in union activities outside working hours or, with the consent of the employer, within working hours.

(215) Wet 20 november 1953, wet houdende goedkeuring van het Internationaal Verdrag nr. 98 betreffende de toepassing van de grondbeginselen van het recht van organisatie en collectief overleg, aangenomen op 1 juli 1949, te Genève, door de Internationale Arbeidsconferentie, tijdens haar twee en dertigste zitting, *BS* 30 december 1953.

(216) Vraag nr. 156 van mevrouw de volksvertegenwoordiger Zoé GENOT van 10 februari 2011 (Fr.) aan de vice-eersteminister en minister van Buitenlandse Zaken en Institutionele Hervormingen: *Vr. en Antw. QRVA* 53 026 p. 23 DO 2010201102339.

(217) Art. 107 wet 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, *BS* 31 december 2009.

(218) W. 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007.

(219) Art. 20 Cao nr. 5, 24 mei 1971, betreffende het statuut van de syndicale afvaardiging van het personeel der ondernemingen, zoals gewijzigd door Cao nr. 5bis, 30 juni 1971, nr. 5ter, 21 december 1978, nr. 5quater, 5 oktober 2011. Deze cao werd niet algemeen verbindend verklaard omdat men de sectoren toeliet eigen regelingen uit te vaardigen. Dit is vooral belangrijk wegens het quorum, aangezien het aantal vakbondsafgevaardigden in tegenstelling tot de leden van de ondernemingsraad en het pre-ventiecomité niet wettelijk bepaald is.

(220) Cf. B. LIETAERT, "Nieuw discriminatierecht en ontslagbescherming, met aandacht voor de kwestie arbeiders-bedienden, motivering en willekeurig ontslag, en medische overmacht" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele Problemen van het arbeidsrecht* 8, Antwerpen, Intersentia, 2010, 735-795.

§ 3. Het redelijkheidsbeginsel ⁽²²¹⁾

1. Een correctie op discretionaire bevoegdheden

67. Bij het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid ⁽²²²⁾ moet de overheid het redelijkheidsbeginsel in acht nemen. Een discretionaire bevoegdheid is immers geen synoniem van willekeur. Ook beslissingen genomen op grond van beleidsvrijheid moeten redelijk zijn.

In het redelijkheidsbeginsel maakt men het onderscheid tussen:

- algemeen: het verbod van willekeur;
- het evenredigheidsbeginsel: de beslissing moet in een redelijke verhouding staan tot de feiten;
- de zuinigheidsplicht.

Schending van het *redelijkheidsbeginsel* komt bijvoorbeeld vaak voor op het vlak van benoemingen en bevorderingen, wanneer een andere kandidaat wordt benoemd dan de kandidaat die zichtbaar grotere aanspraken heeft op de benoeming of de bevordering.

Het *evenredigheidsbeginsel* komt vooral aan bod wanneer de overheid de keuze heeft tussen verschillende bestuurlijke sancties, handhavingsmaatregelen of maatregelen van orde. Schending van het evenredigheidsbeginsel wordt dan ook vooral ingeroepen in tuchtzaken, maar ook bij de keuze van een politiemaatregel, zoals de sluiting van een dancing of café, of bij het beoordelen van de keuze van de herstelmaatregel in geval van een stedenbouwmisdrijf ⁽²²³⁾.

De *zuinigheidsplicht* zal geschonden zijn wanneer de overheid, die beschikt over verschillende keuzemogelijkheden, die keuze maakt die haar financiën nodeloos zwaart.

68. Soms gewaagt de Raad van State in verband met het redelijkheidsbeginsel van een marginale toetsing van het overheidsoptreden ⁽²²⁴⁾, omdat hij niet aan de beleidsvrijheid van het bestuur wil raken. De rechter mag inderdaad niet op de plaats van het bestuur gaan zitten. Het begrip ‘marginale toetsing’ is evenwel een verwarringstich-

(221) M. BOES, “Het redelijkheidsbeginsel” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 175-199; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 69-70.

(222) Bij een gebonden bevoegdheid, waarbij de inhoud van de overheidsbeslissing op voorhand vaststaat en de overheid dus niet beschikt over een beoordelingsvrijheid, kan er geen sprake zijn van een schending van het redelijkheidsbeginsel (zie RvS 14 februari 2002, nr. 103.580, NV Euro-Silo).

(223) M. BOES, “Het redelijkheidsbeginsel” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *o.c.*, 176 e.v. en A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 71-72.

(224) Traditioneel stelt de Raad van State in dit verband dat de tuchtoverheid bij het bepalen van de strafmaat over een discretionaire bevoegdheid beschikt, die de redelijkheid als grens heeft en dat de Raad van State bij de toetsing van de redelijkheid van de tuchtstraf slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt, wat wil zeggen dat de Raad van State zich niet in de plaats van de tuchtoverheid vermag te stellen, maar enkel een volkomen in wanverhouding tot de bewezen feiten staande straf als onwettig kan kwalificeren (zie bijv. RvS 28 februari 2005, nr. 141.317, Weemans).

tend begrip, omdat het de indruk wekt dat enkel manifeste onwettigheden kunnen worden gesanctioneerd, terwijl elke onwettigheid of onrechtmatigheid moet kunnen worden gesanctioneerd⁽²²⁵⁾.

Onredelijk bestuurshandelen zal door de Raad van State vaak worden gesanctioneerd door een controle van de motieven die aan de beslissing ten grondslag liggen. Het redelijkheidsbeginsel is eigenlijk een aspect van het motiveringsbeginsel, het maakt deel uit van de materiële motiveringsplicht in haar brede betekenis. Wat zijn de motieven anders dan de redenen van een bestuurshandeling en hoe kunnen redenen aanvaardbaar zijn als ze niet redelijk zijn?

2. Groeiend beginsel in het arbeidsrecht

69. De rechtspraak⁽²²⁶⁾ en de rechtsleer⁽²²⁷⁾ staan eerder afwijzend tegenover de zui-vere belangenafweging. Niettemin is er ook rechtsleer die stelt dat het beginsel inherent is aan de 'redelijkheidstoetsing' als zodanig⁽²²⁸⁾ en daarom onderschat wordt in het arbeidsrecht⁽²²⁹⁾.

Daarmee is niet gezegd dat het beginsel niet terug te vinden is in het arbeidsrecht. Zo dient een dringende reden immers voldoende ernstig te zijn. De sanctie kan niet uitgeoefend worden indien de fout van de werknemer zeer licht blijkt te zijn. Hiermee passen de arbeidsrechtbanken een analoge beschermende interpretatie toe die overeenstemt met de restrictieve houding van de administratieve rechter bij de toepassing van tuchtsancties⁽²³⁰⁾.

(225) Relativerend over het onderscheid tussen 'kennelijk onredelijk' en 'onredelijk': RvS 10 juli 2012, nr. 220.243, UGent.

(226) Vgl. Herstelvordering in stedenbouw: Cass. 18 maart 2008, *RW* 2008-09, 1347 met noot T. VAN CAUTER, "De herstellvordering getoetst aan het evenredigheidsbeginsel: het Hof van Cassatie stelt orde op zaken", *RW* 2008-09, 1348-1350; Cass. 6 juni 1994, *Arr.Cass.* 1994, 584; Cass. 22 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 98; *JTT* 1996, 236; *Soc.Kron.* 1996, 336; *JLMB* 1996, 541; *RW* 1996-97, 744; Cass. 7 mei 2001, *JTT* 2001, 407 met noot. C. WANTIEZ.

(227) M. DE VOS, "Het gedrag dat het ontslag van een voor onbepaalde tijd in dienst genomen werkmán niet-willekeurig maakt", *RW* 1996-97, 729-739; S. GILLIAMS, "Evenwichtsoefening van vrouwe Justitia: dansen op de slappe koord tussen ontslagvrijheid en sociale bescherming, Overzicht van de evolutie met betrekking tot de toepassing van artikel 63, eerste lid, van de wet betreffende de arbeids-overeenkomsten aan de hand van gepubliceerde en niet gepubliceerde arresten", *JTT* 1996, 233-234; C. WANTIEZ, "Licenciement abusif. Article 63 de la L.C.T. Licenciement lié à la conduite ou à l'aptitude de l'ouvrier. Règle de proportionnalité. Non requise. Caractère supplétif de l'article 63", *JTT* 2001, 408-410; B. VAN DEN BERGH, "Recht zkt zekerheid' voor vaste relatie", *RW* 2010-11, 351 en 355-356.

(228) W. VAN GERVEN, "Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst" in *In het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer, 1991, 75 e.v.; W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *JT* 1992, 309; J.F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, 194 e.v.

(229) J.J. ANDRÉ, "Het vereiste van evenredigheid: de rechtszekerheid nog verder weg of een onmisbaar rechtsbeginsel", *JTT* 2011, 433-434; J.F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, 194 e.v.

(230) V. VANNES, "Plaidoyer pour le contrôle de proportionnalité entre la conduite fautive du travailleur et le licenciement qui en résulte" in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail, Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 459-499; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en

70. Men wijst er vaak op dat de arbeidsrechter slechts marginaal kan toetsen. Dat komt tot uitdrukking in het klassieke leerstuk van misbruik van ontslagrecht, waarbij de rechter slechts kan sanctioneren bij kennelijke onredelijkheid. Deze restrictieve criteria zijn afkomstig van het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt. Deze restrictieve visie werkt nog steeds door in het arbeidsrecht⁽²³¹⁾ en blijkt ook sterk uit Cao nr. 109⁽²³²⁾. Er is in dat verband maar een relatief onderscheid tussen private en publieke werkgevers, want in beide gevallen dient de rechter zich te onthouden van inmenging in de beleidsvrijheid die zowel een publiekrechtelijke als een privaatrechtelijke werkgever geniet⁽²³³⁾.

71. Hoewel er principiële aarzeling bestaat inzake het redelijkheidsbeginsel, is er steeds minder aarzeling om art. 1134 BW als algemene grondslag van de goede trouw in arbeidsovereenkomsten als algemeen rechtsbeginsel te formuleren⁽²³⁴⁾. Dit niet alleen inzake misbruik van het ontslagrecht, maar ook daarbuiten werkt de goede trouw door. Nu vormen deze toepassingen in de rechtspraak vaak zuivere toepassingen van een algemeen beginsel van 'goed werkgeverschap'⁽²³⁵⁾. De ontwikkeling van dit principe als algemeen beginsel staat in het arbeidsrecht nog in de kinderschoenen.

En ook hier valt de inbreng van het collectief overleg op. Hoe moet een redelijk werkgever optreden? Wat is een redelijke bezoldiging? Dit wordt in vele gevallen tussen de sociale partners onderhandeld. Vervolgens sluiten zij collectieve arbeidsovereenkomsten om dit nader uit te werken. Daarbij genieten zij een grote, maar geen onbeperkte marge om het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel gestalte te geven⁽²³⁶⁾. Die grote autonomie van sociale partners staat mede onder druk van het discriminatierecht dat een substantiële invloed uitoefent op het ontslagrecht⁽²³⁷⁾.

Meer in het bijzonder dient de aandacht gevestigd te worden op artikel 14 van de Antidiscriminatiewet van 2007 dat verplicht redelijke aanpassingen door te voeren om discriminatie van personen met een handicap te voorkomen. Deze wet werd goedgekeurd in uitvoering van de Kaderrichtlijn 2000/78. Sedert de ratificatie van het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap oefent dit een bijzondere dynamiek uit op het Belgische ontslagrecht⁽²³⁸⁾. Een werkgever ontkomt niet langer

J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 286 e.v.

(231) D. CUYPERS, "Rechtsmisbruik in het arbeidsrecht-revisited" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 81-115.

(232) Cf. tekst en commentaar art. 8 Cao nr. 109, 12 februari 2014 algemeen bindend verklaard bij KB 9 maart 2014, BS 20 maart 2014; G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, "Cao nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 123-139.

(233) D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurige ontslag*, Brussel, Larcier, 2002, 106 e.v.

(234) A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 95-157 en vooral 156-157.

(235) M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 89.

(236) Arbh. Brussel 25 juni 2007, *Soc.Kron.* 2008, 177.

(237) Arbh. Antwerpen 23 april 2010, *Soc.Kron.* 2010, 408; N. BETSCH en A. VAN REGENMORTEL, "Definitieve arbeidsongeschiktheid bekeken vanuit het discriminatierecht. Wordt het recht op redelijke aanpassingen voor werknemers met een beperkingen niet al te zeer beperkt?", *Soc.Kron.* 2012, 5; W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 259-268.

(238) HvJ C-335/11, Ring, 2013 en HvJ C-337/11, Skouboe Werge, 2013; V. DE SAEDELEER en A. VAN REGENMORTEL, "De gezondheidsbeoordeling in de arbeidsverhoudingen en haar (gespannen?) relatie tot het recht op arbeid en het non-discriminatiebeginsel" in M. RIGAUX, P. HUMBLET, G. VAN LIMBERGEN

aan de verplichting om *redelijke aanpassingen* door te voeren vooraleer ontslag te geven. Met het begrip 'redelijke aanpassingen' ontkomt men niet langer aan een redelijkheidstoetsing. Niet alleen kan de notie 'handicap' uitdeinen, men ontkomt ook niet aan de vraag waarom andere werknemers, zoals oudere werknemers, ook geen aanspraak kunnen maken op 'redelijke aanpassingen'.

72. Ten slotte dient vermeld te worden dat sedert Cao nr. 109 wel degelijk een motiveeringsplicht bestaat voor de werkgever die ontslag geeft. Momenteel bestaat er discussie over de vraag of de ontslagreden 'kennelijk onredelijk', dan wel gewoon 'onredelijk' mag zijn ⁽²³⁹⁾. Deze discussie toont vooral aan hoe de toetsing van de ontslagreden, ook in het private arbeidsrecht, geleidelijk evolueert naar een onvermijdelijke redelijkheidstoetsing ⁽²⁴⁰⁾. De redelijkheidstoetsing ligt in de beleidsmarge zelf vervat.

73. Het algemeen rechtsbeginsel dat het ontslag gemotiveerd moet worden, heeft trouwens een sterke invulling gekregen door de talrijke beschermingsregels bij ontslag die gelden voor specifieke categorieën van werknemers ⁽²⁴¹⁾. Diverse regels garanderen niets anders dan concrete toepassingen van het redelijkheidsbeginsel bij ontslag ⁽²⁴²⁾. De wetgever of de sociale partners leggen daarmee telkens vast dat dit ontslag eventueel in aanmerking komt om als 'onredelijk' te worden gekwalificeerd. In feite werkten de wetgever en de sociale partners *ad hoc* een reeks beperkingen van het tuchtrechtelijk ontslag in hoofde van de werkgever uit.

Waar deze beperkingen in het private arbeidsrecht *ad hoc* en weinig coherent werden uitgewerkt door de sociale partners, werd het tuchtstatuut in het bestuursrecht in feite grotendeels uitgebouwd onder impuls van de Raad van State. Het feit dat de cao's van de Nationale Arbeidsraad waarbij een bijzondere bescherming tegen ontslag wordt toegekend, niet van toepassing zijn in de publieke sector, creëert dan ook een belangrijke leemte in de rechtspositie van de contractanten in overheidsdienst. Zij worden niet alleen benadeeld in vergelijking met de ambtenaren die kunnen bogen op een uitgewerkt tuchtstatuut, zij worden ook benadeeld in vergelijking met de werknemers uit de private sector.

(eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 45-171; D. CUYPERS en S. VAN DAMME, "Het VN-Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap: bron van inspiratie voor het Unierecht en het Belgisch sociaal recht?" *TSR* 2014, 53-89; S. GILSON, "Le statut 'unique' faux espoirs et vraies déceptions" in M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 13-16.

(239) G. DEVILLE en P. GEERBAERT, "Cao nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 123-139.

(240) F. ROBERT, "Discrimination. Licenciement et motivation", *JTT* 2003, 345-356; M. JOURDAN, *Le licenciement abusif de l'ouvrier ou la transformation d'un droit discrétionnaire en droit contrôlé*, Waterloo, Kluwer, 2010, 422 p.; P.P. VAN GEHUCHTEN, "Rapport: La motivation du congé en droit belge: aspects formels, dans une perspective de réforme" in BEGASOZ (ed.), *Passende arbeid & behoorlijk ontslag*, Brugge, die Keure, 2007, 173-206.

(241) J. HERMAN, "Overvloed en onbehangen: de veelheid aan en de tekorten van ontslagbeschermingen" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), in *Sociaal Recht. Niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 101-177; S. GILSON, "Le statut 'unique' faux espoirs et vraies déceptions" in M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 17-26; D. HEYLEN, L. VERMEULEN en I. VERREY, *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder het eenheidsstatuut*, Antwerpen, Intersentia, 2014; I. VAN PUYVELDE, "De bewijslast van de regelmatigheid van het ontslag bij ontslagverboden", *RW* 2008-09, 114-117.

(242) D. CUYPERS, "Inhoudelijke aspecten van behoorlijk ontslag" in BEGASOZ (ed.), *Passende arbeid & behoorlijk ontslag - Travail convenable & licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2007, 145-171.

§ 4. Gelijkheidsbeginsel ⁽²⁴³⁾

1. Een grondwettelijk beginsel in het bestuursrecht

74. Het gelijkheidsbeginsel is in tegenstelling tot tal van andere beginselen van behoorlijk bestuur uitdrukkelijk verwoord in tal van grondwettelijke en verdragsrechtelijke bepalingen. Krachtens de Grondwet zijn de Belgen gelijk voor de wet (art. 10, tweede lid) en moet het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen zonder discriminatie worden verzekerd (art. 11). Nog andere grondwetsbepalingen bevestigen deze beginselen ten aanzien van vrouwen en mannen (art. 10, derde lid en art. 11bis), inzake onderwijs (art. 24, § 4), inzake fiscaliteit (art. 172) en ten aanzien van vreemdelingen (art. 191).

Daarnaast zijn het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod nog opgenomen in tal van verdragsbepalingen, maar deze voegen niets toe aan de Belgische grondwettelijke bepalingen ter zake.

75. Het gelijkheidsbeginsel neemt verschillende gedaanten aan naargelang de invalshoek van waaruit men het beginsel bekijkt en is soms moeilijk af te lijnen van andere beginselen ⁽²⁴⁴⁾. Daarnaast werkt het gelijkheidsbeginsel door in diverse sectoren van het bestuursrecht. Voor ambtenaren is dit van belang inzake de gelijkheid inzake benoemingen en bevorderingen. Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit tevens het beginsel voort van de gelijke toegang tot het openbaar ambt en het beginsel volgens hetwelk benoemingen gebeuren op basis van rechtsregels die vooraf op algemene en objectieve wijze zijn bepaald. Het gelijkheidsbeginsel verplicht de overheid ertoe om de titels en verdiensten van alle gegadigden te vergelijken aan de hand van objectieve, redelijke en pertinente criteria. Deze criteria moeten uiteraard voor iedere kandidaat dezelfde zijn en op iedere kandidaat op een objectieve en gemotiveerde wijze worden toegepast. Er moet een eenheid van beoordeling verzekerd zijn ⁽²⁴⁵⁾.

2. Het gelijkheidsbeginsel in het arbeidsrecht

76. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel is in het Belgische arbeidsrecht zeer omstreven ⁽²⁴⁶⁾. Er bestaat immers in het Belgische arbeidsrecht geen algemeen

(243) J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 201-234; J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 129-181.

(244) J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel", o.c., 2006, nr. 4 e.v.

(245) RvS 8 mei 2002, nr. 106.493, Mullier, *T.Gem* 2002, 229. Dit beginsel impliceert dat het in principe dezelfde jury is die, gedurende eenzelfde sessie, alle kandidaten moet ondervragen; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 304 e.v.

(246) J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 175 e.v.; J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet. Enkele constitutionele beschouwingen" in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet in Het recht in de samenleving*, Centrum Grondslagen van het Recht - UFSIA, Antwerpen, Maklu, 2003, 287-325.

beginsel dat de werkgever verplicht tot gelijke behandeling van zijn personeelsleden. Het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel werkt niet door in horizontale relaties. Het Hof van Cassatie heeft dit zo bevestigd en daarmee het onderscheid tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke hoedanigheid van de overheid bekrachtigd⁽²⁴⁷⁾. Het Grondwettelijk Hof schijnt minder moeite te hebben met de doorwerking van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in zuiver private gezagsverhoudingen⁽²⁴⁸⁾, maar dit Hof hanteert het criterium vooral voor de wetgever, niet voor de werkgever.

Maar ook hier passen talrijke nuances. Vooreerst is in de Belgische rechtspraak het collectief overleg van belang. Collectief overleg inzake loonclassificaties en loonbarena's heeft immers tot doel om gelijkheid te realiseren. Het vraagstuk van gelijke behandeling is in de praktijk vaak complex: wie bevindt zich immers echt in vergelijkbare situaties? Op hoeveel loon heeft iemand recht op grond van verdienste, respectievelijk anciënniteit? De oplossing van dit vraagstuk is vaak zo verweven met het sociaaleconomische beleid dat de rechtspraak hierop dikwijls geen concreet antwoord kan geven. Zelfs het Hof van Justitie, dat niet bepaald terughoudend is inzake tussenkomsten in collectief overleg, geeft soms ruiterlijk toe dat het wegwerken van discriminatie veel tijd en collectief overleg vergt. Dit heeft het Hof onder meer aanvaard in het arrest-Hennigs en Mai⁽²⁴⁹⁾.

77. Ook hier weer vervult het discriminatierecht een dynamische functie. In feite bepaalt de Antidiscriminatiewet het principe van gelijke behandeling. De wet omschrijft een aantal gronden waarop geen onderscheid gemaakt mag worden, tenzij dit een objectieve discriminatietoets doorstaat. Het gelijkheidsbeginsel wordt aldus negatief omschreven als een verbod tot discriminatie. Maar precies dit discriminatieverbod is een verfijnde toepassing van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties. Er is dus wel degelijk sprake van een 'constitutionalisering' van het Belgische arbeidsrecht⁽²⁵⁰⁾.

De Antidiscriminatiewet heeft in hoge mate de rol versterkt van de FOD WASO bij de controle over de collectieve arbeidsovereenkomsten⁽²⁵¹⁾. De koning dient er immers over te waken dat de algemeenbindendverklaring geen schending uitmaakt van het gelijkheidsbeginsel en tegenover de Europese instanties is hij verantwoordelijk verschuldigd bij discussie over de implementatie van de Kaderrichtlijn 2000/78. Het

(247) Zie Cass. 29 maart 2010, *JTT* 2010, 241; V. PERTRY, "De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht* 9, Antwerpen, Intersentia, 2014, 210; B. LIETAERT, "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", *TSR* 2014, 145-192.

(248) GwH 11 maart 2009, nr. 41/2009, onder B.8 en B.11. In dezelfde zin: GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, onder B.7.4 en B.7.7; GwH 16 juli 2009, nr. 122/2009, onder B.3.2 en GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009, onder B.3; B. LIETAERT, "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", *TSR* 2014, 145-192.

(249) Overw. 65, HvJ C-297/10 en C-298/10, gevoegde zaken Hennigs en Mai, 2011.

(250) B. LIETAERT, "Taak van de feitenrechter bij discriminaties in de wet of door lacunes van de wet", *TSR* 2014, 145-192.

(251) G. COX en K. LEUS, "De rol van de beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeenverbindendverklaring van cao's" in H. BOCSTEINS e.a. (eds.) *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeidsverhoudingen. Scripta manent Jan Rombouts*, Intersentia, Antwerpen, 2012, 129-184.

discriminatierecht heeft in het algemeen de controle van overheid en rechter op de toepassing van loon- en arbeidsvoorwaarden in de private sector aangescherpt ⁽²⁵²⁾.

Een soortgelijke versterking van het principe van gelijke behandeling blijkt ook uit de problematiek van de bewijslast inzake discriminatie. Men weet dat de Raad van State bij aanwerving hoge eisen stelt aan de motivering inzake de afweging van titels en verdiensten van de kandidaten. Deze controle laat toe om de objectieve beleidsredenen van de overheden bij de aanstelling van statutair personeel te toetsen ⁽²⁵³⁾.

Er wordt vaak beweerd dat een werkgever in de private sector een dergelijke motivering niet moet en kan leveren. Dat is evenwel iets te kort door de bocht ⁽²⁵⁴⁾. De worsteling van het Europese discriminatierecht met de bewijslast van discriminatie bij de aanwerving is tekenend. Het Hof heeft al lang erkend dat bij mogelijke betwisting de werkgever wel degelijk de bewijslast draagt van de motieven die aan de beslissing tot aanwerving van de andere kandidaat hebben geleid. De opvatting dat de werkgever zich kan beperken tot het invoeren van vage motieven heeft al lang afgedaan. In de zaken-Danfoss ⁽²⁵⁵⁾, -Enderby ⁽²⁵⁶⁾ en -Feryn ⁽²⁵⁷⁾, heeft het Hof steeds meer de noodzaak aan motivering van de werkgeversbeslissing opgelegd. In de zaak-Meister ⁽²⁵⁸⁾ voerde de werkgever nog aan dat hij niet alle dossiers van kandidaten hoeft voor te leggen, maar het Hof stelde toch dat de werkgever bij betwisting over mogelijke discriminatie moet aantonen welke criteria hij *de facto* bij de aanwerving heeft gehanteerd. Daarmee wordt eigenlijk een diminutief van de afweging van titels en verdiensten ingevoerd voor de private sector. Hoewel ze vaak is bekritiseerd, is deze evolutie in de rechtspraak onvermijdelijk. De besproken zaken van het Hof van Justitie hebben trouwens alle gemeen dat de werkgever zich niet zomaar kan verschuilen achter vage economische motieven. Zonder een redelijke verdeling van de bewijslast zou het gehele discriminatierecht ondergraven worden, zoals het Hof reeds poneerde in de zaak-Brunnhöfer ⁽²⁵⁹⁾.

78. Daarmee is niet gezegd dat er geen verschil meer zou bestaan tussen de publieke en private sector. Het verschil inzake toetsing van de aanwerving heeft m.i. echter meer te maken met de aard van de werkgever. Gelet op het feit dat overheden grote werkgevers zijn en gebonden zijn door een grotere transparantieplicht en respect voor het algemeen belang kan de Raad van State ook hogere eisen stellen. Rekening houdend met het aantal tewerkgestelde werknemers komt de overheid dichterbij de

(252) A. SOMEK, *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 217 p.

(253) I. OPDEBEEK, "De rechtsplicht tot vergelijking van de titels en verdiensten van de kandidaten voor een benoeming of bevordering" in I. OPDEBEEK (ed.), *Benoemingen, bevorderingen en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 1997, 3-62; J. DE HERDT, "Queeste naar 'algemene beginselen van behoorlijk selecteren door het bestuur'. Vergelijkende studie van de algemene beginselen inzake de selectie van overheids personeel enerzijds en van aannemers, leveranciers en dienstverleners van overheidsopdrachten anderzijds", *CDPK* 2008, 39-68.

(254) J.-F. NEVEN, F. LAMBINET en S. GILSON, "Le partage du fardeau de la preuve en matière de harcèlement et de discrimination", *TSR* 2013, 397-452.

(255) HvJ C-109/88, Danfoss, 1989.

(256) HvJ C-127/92, Enderby, 1993, www.curia.eu.

(257) HvJ C-54/07, Feryn, 2008, www.curia.eu.

(258) HvJ C-415/10, Meister, 2012, www.curia.eu.

(259) HvJ C-381/99, Brunnhöfer, 2001, www.curia.eu.

buurt van een multinational inzake tewerkstelling. En dat scheelt voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Waar een *comparator* (een vergelijkbare werknemer) in een kleine onderneming soms onmogelijk te vinden is, is dat bij tienduizenden werknemers wel best mogelijk. Het vergelijkbaarheidscriterium is immers essentieel in de discriminatietoets⁽²⁶⁰⁾. En redelijke aanpassingen zijn makkelijker in een grote onderneming⁽²⁶¹⁾.

Ook voor de arbeidsrechter maakt de aard en de omvang van de onderneming een wezenlijk verschil uit⁽²⁶²⁾. Dit blijkt uit de cassatierechtspraak inzake de aanwerving van de eigen zoon in een klein familiebedrijf⁽²⁶³⁾. Het Hof erkende daarbij de legitimiteit van nepotisme. Het is evenwel de vraag of een dergelijke regel zonder meer kan worden doorgetrokken naar grotere ondernemingen⁽²⁶⁴⁾. Een grote onderneming zoals in de zaak-Meister ontkomt niet aan een objectieve afweging van belangen. Kortom: het belang van de werkgever weegt vaak door in privaatrechtelijke relaties, maar dat betekent niet dat steeds een evenwicht gevonden dient te worden in functie van de aard van de onderneming⁽²⁶⁵⁾. Andere rechtspraak heeft benadrukt dat het ingeroepen nepotisme ook effectief moet steunen op het 'belang van de familiale onderneming'⁽²⁶⁶⁾. In die zin valt familiaal belang in een familiale onderneming met enkele werknemers inderdaad vaak ook samen met het ondernemingsbelang. Dat ligt voor grote ondernemingen anders.

79. De Nederlandse arbeidsrechtspraak toont hiervan ook sporen. Zo is de ophefmakende uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad in de Taxi Hofman-zaak⁽²⁶⁷⁾ in verband met 'goed werknemerschap' en 'goed werkgeverschap' eerder terug te brengen op de eigen aard van de kleine onderneming. In tegenstelling tot wat diverse auteurs stellen lijkt het arrest in de zaak-Stoof/Mammoet m.i. geen 'kentering' in de rechtspraak, aangezien het hier een concern betrof zodat het Hof de gelegenheid had om zijn principes duidelijker te formuleren⁽²⁶⁸⁾. De uitspraak in een kleine onderneming doortrekken naar een concern, waar de personeelsrelaties fundamenteel anders liggen, was dan ook onterecht.

(260) K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *RW* 1992-93, 8; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, De Boeck en Larcier, 2004, 92 e.v.; V. FLOHIMONT, *Gelijkheid in de pensioenregelingen voor ambtenaren, werknemers en zelfstandigen*, Brugge, die Keure, 2013, 32; V. PERTRY, "De toets aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof" in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 202 e.v.

(261) K. VAN DEN LANGENBERGH, "Discriminatie van gehandicapten bij de aanwerving. Een verkennende analyse" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 182 e.v.

(262) E. VERHULP, *Maatwerk in het arbeidsrecht?* Amsterdam, Vossiuspress UvA, 2003, 10.

(263) Cass. 2 oktober 1989, *RW* 1989-90, 955 en *Arr.Cass.* 1989-90, 152.

(264) M. DE VOS, "Gebrek aan werk wegens economische oorzaken, nepotisme en het willekeurig ontslag van de voor een onbepaalde tijd aangeworven werkmán", *AJT* 1995-96, 413-415.

(265) W. VAN EECKHOUTTE, "Het belang van de werkgever", *TSR* 1994, 1994.

(266) *Arbh.* Antwerpen 9 april 1986, *RW* 1986-87, 2662; *Arbh.* Gent 2 oktober 1995, *AJT* 1995-96, 412.

(267) HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199, met concl. Adv. Gen. STRIKWERDA; G.J.J. HEERMA VAN VOSS, "De dynamiek van het goedwerkgeverschap. Over de thermometer en de kraamkamer van het arbeidsrecht", *TRA* 2011, 9.

(268) HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

80. De reden waarom de arbeidsrechtspraak dit onderscheid tussen grote en kleine ondernemingen meestal niet motiveert ligt in het feit dat ook dit onderscheid in het arbeidsrecht moeilijk principieel te maken valt. Een duaal arbeidsrecht dat wezenlijk verschil maakt tussen kleine ondernemingen en grotere ondernemingen ligt delicaat in het Belgische arbeidsrecht, in tegenstelling tot het Duitse ontslagrecht waar het wezenlijk ingebakken zit als gevolg van de bevoegdheid van de 'Betriebsrat'⁽²⁶⁹⁾. Waar dient men de grens te leggen tussen kleine en grote ondernemingen? Geen wonder dat ondanks de feitelijke relevantie *in concreto* de arbeidsrechtspraak aarzelt om dit onderscheid principieel sterk te benadrukken. Daartoe beschikt de rechtspraak wel steeds over de mogelijkheid om via de algemene beginselen van het arbeidsrecht *in concreto* een onderscheid te maken.

81. Tot slot past natuurlijk de vraag of contractanten en ambtenaren zich in dezelfde situatie bevinden. Zoals eerder gesteld kan deze vraag niet algemeen beantwoord worden. Dit is een vraag die telkens weer *in concreto* beoordeeld dient te worden. Het Grondwettelijk Hof geeft aan dat een verschillende behandeling mogelijk is, voor zover dit objectief verantwoord kan worden⁽²⁷⁰⁾. Belangrijk is wel het feit dat het Hof ook aangeeft dat de hoedanigheid van de werkgever van belang is⁽²⁷¹⁾.

Het feit dat loon- en arbeidsvoorwaarden substantieel kunnen verschillen tussen sectoren is dus in wezen geen ongelijke behandeling. Het gelijkheidsbeginsel kan dus nooit als uitwerking hebben dat er geen onderscheid mogelijk zou zijn tussen contractanten en ambtenaren. Het gelijkheidsbeginsel kan enkel tot gevolg hebben dat bij ongelijke behandelingen zonder objectieve grondslag en buiten verhouding er sprake is van discriminatoire behandeling.

82. Het principe van gelijke behandeling is geen abstracte notie. De hoedanigheid van de werkgever is dus van belang. Hoe groter de werkgever, hoe groter de eisen aan transparantie van zijn beslissingen. Precies het feit dat de tewerkstelling in overheidsdienst in functie staat van het algemeen belang is de verklaring waarom de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naar boven borrelen bij de tewerkstelling van contractanten⁽²⁷²⁾.

Niet alleen het Grondwettelijk Hof en de Raad van State kunnen waken over toepassingen van het gelijkheidsbeginsel. Ook de arbeidsrechtbanken waken hierover binnen de perken van artikel 159 Grondwet. Via de doorwerking van de algemene rechtsbeginselen kunnen ze immers erover waken dat contractanten in bepaalde situaties niet het slachtoffer worden van een ongelijke behandeling die niet verantwoord kan worden.

(269) P. MAERTEN en C. ROOS, "De beëindiging van de arbeidsovereenkomst naar Duits recht", *Or.* 2002, 187-195.

(270) GwH 7 mei 1992, nr. 37/92.

(271) GwH 7 juli 2004, nr. 125/2004.

(272) S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, 27; W. RAUWS, "Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid" in M. DE VOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 162-163; F. VANDENDRIES-SCHÉ, "Het toepassingsgebied van de beginselen van behoorlijk bestuur" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 45.

83. Omdat deze afweging telkens *in concreto* dient te worden gemaakt, gaan we niet verder in op alle mogelijke toepassingen hiervan. Dit zou trouwens veel te ver leiden voor een kort bestek als dit. Het is wel correct vast te stellen dat de arbeidsgerechten terughoudend zijn bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel inzake de loonvoorwaarden van contractanten in overheidsdienst in vergelijking met ambtenaren ⁽²⁷³⁾, maar de vraag rijst of dit ook niet in vergelijkbare mate het geval is in de private sector. Verschilpunten inzake loon- en arbeidsvoorwaarden moeten door rechtbanken immers marginaal getoetst worden. Rechtbanken en rechtscolleges kunnen zich immers nooit in de plaats stellen van het bestuur of de private werkgever, voor zover deze objectieve en redelijke doelstellingen formuleert en in functie daarvan gedifferentieerde loon- en arbeidsvoorwaarden vastlegt. De beperking in de Europese Kaderrichtlijn tot welbepaalde discriminatiegronden is hiervan een uitdrukking. Er zijn immers talrijke visies op gelijkheid, maar de maatschappij en het recht dient zich te beperken tot deze vormen van ongelijke behandeling die maatschappelijk als bedreigend worden ervaren. Alleen discriminatie is verboden, differentiatie op grond van legitieme criteria blijft steeds mogelijk ⁽²⁷⁴⁾.

§ 5. Hoорplicht (audi et alteram partem) ⁽²⁷⁵⁾

1. Een algemeen aanvaard beginsel in het bestuursrecht

84. De overheid heeft weliswaar de bevoegdheid om eenzijdig beslissingen te nemen, maar deze eenzijdige beslissingsbevoegdheid moet worden genuanceerd omdat de overheid, in een aantal gevallen, verplicht is de bestuurde *individueel* te horen of een bepaalde bevolkingsgroep eerst moet consulteren alvorens ze een beslissing mag nemen. De hoorplicht mag dan ook niet worden verward met het *collectieve* recht op inspraak.

De hoorplicht mag volgens de Raad van State niet worden verward met de rechten van de verdediging ⁽²⁷⁶⁾. De verplichting voor het bestuur om de rechten van de verdediging na te leven, geldt, behoudens andersluidend voorschrift, enkel in straf- en in tuchtzaken. De hoorplicht is minder vergaand dan de rechten van de verdediging, die strengere eisen stellen, maar heeft een veel ruimer toepassingsgebied. Van de hoorplicht zal soms gemakkelijker kunnen worden afgeweken. Het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg maken dit onderscheid echter niet tussen de hoorplicht en het recht van verdediging ⁽²⁷⁷⁾. Het onderscheid tussen beide is de laatste jaren meer en meer vervaagd, mede ten gevolge van de modaliteiten die moeten worden vervuld

(273) P. JOASSART, "La rémunération du contractuel de la fonction publique" in J. CLESSE en M. DUMONT (eds.), *Questions choisies de droit social*, Luik, Anthemis, 2012, 204.

(274) C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Louvain-la-Neuve, De Boeck & Larcier, 2004, 442 e.v.

(275) I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 235-278.

(276) I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 235-278; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 58.

(277) K. LENAERTS, "Beginselen van behoorlijk bestuur in de Europese Unie" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), o.c., 67 e.v.

bij het horen, zodat beide inhoudelijk meer naar elkaar zijn toegegroeid. Anderzijds wordt ook aanvaard dat er uitzonderingen bestaan op het recht van verdediging⁽²⁷⁸⁾.

2. Bronnen en doel van de hoorplicht

85. Het bestuur zal in ieder geval de burger vooraf moeten horen wanneer dit is voorgeschreven door de toepasselijke norm (*normatieve* verplichting tot horen). Maar ook bij afwezigheid van een norm ter zake, zal de overheid in een aantal gevallen, op basis van het *ongeschreven* beginsel van de hoorplicht, verplicht zijn de betrokkene te horen.

Het doel van de hoorplicht is tweëerlei: enerzijds het vrijwaren van de belangen van de bestuurdde door hem de mogelijkheid te bieden zijn opmerkingen te doen kennen en aldus een voor hem ongunstige beslissing te vermijden en anderzijds het vrijwaren van het belang van het bestuur, door te vermijden dat het bestuur een onzorgvuldige beslissing zou nemen omdat het niet beschikt over een volledige kennis van zaken⁽²⁷⁹⁾.

3. Toepassingsgebied van de hoorplicht in het bestuursrecht

86. Het is constante rechtspraak van de Raad van State dat het bestuur maar een ernstige (individuele) maatregel kan nemen die gegrond is op een gegeven dat de bestuurdde als een tekortkoming wordt aangerekend nadat de betrokkene de gelegenheid heeft gekregen om nuttig voor zijn belangen op te komen⁽²⁸⁰⁾.

De hoorplicht is dus van toepassing wanneer twee voorwaarden cumulatief zijn vervuld:

- het moet gaan om een *ernstige* maatregel die van aard is om de belangen van de bestuurdde zwaar aan te tasten;
- de maatregel moet gegrond zijn op een gegeven dat de betrokkene als een *tekortkoming* wordt aangerekend, m.a.w. als een maatregel die gegrond is op zijn persoonlijk gedrag.

Bestuurshandelingen die de rechtstoestand van de bestuurdde niet in ongunstige zin wijzigen, maar *die een weigering inhouden om een door de bestuurdde gevraagd voordeel te verlenen*, zijn, behoudens andersluidende bepalingen, niet onderworpen aan tegenspraak. Het gaat hier immers niet om maatregelen gebaseerd op een tekortkoming en evenmin om het ontnemen van een eerder verleend voordeel of om een sanctie.

(278) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 58-61.

(279) RvS 5 april 1995, nr. 52.710, Wery.

(280) RvS 28 april 2008, nr. 182.454, Verdoodt; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 92-123; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 58-61.

87. In sommige arresten wordt het toepassingsgebied van de hoorplicht echter verruimd tot maatregelen die *niet* gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokkene, maar hem wel een nadeel toebrengen ⁽²⁸¹⁾. Soms wordt ook geen 'ernstig nadeel' vereist opdat de hoorplicht van toepassing zou zijn, maar wel dat de betrokkene op een 'meer dan geringe wijze' wordt geraakt in zijn belangen ⁽²⁸²⁾.

Ook in het (vervallen) voorstel van Algemene Wet Bestuursrecht werd een verruiming van het toepassingsgebied voorgesteld. Hierin wordt immers bepaald dat een bestuur een aanvraag van een burger tot het bekomen van een individueel besluit maar geheel of gedeeltelijk kan afwijzen, na de betrokkene de gelegenheid te hebben gegeven zijn zienswijze naar voren te brengen ⁽²⁸³⁾. Een tekortkoming van de bestuurde is dus niet langer vereist; het voornemen om een negatieve maatregel te nemen volstaat. Sommige arresten van de Raad van State gaan nu dus reeds in die richting.

88. Tuchtstraffen kunnen maar worden opgelegd aan een ambtenaar met respect voor de rechten van de verdediging. Die zijn een stuk ruimer dan de loutere hoorplicht. Naast deze tuchtmaatregelen kunnen echter ook heel wat ordemaatregelen worden opgelegd, die enkel de goede werking van de dienst beogen. Heel wat ordemaatregelen zijn echter gebaseerd op het persoonlijk gedrag van de betrokkene en brengen een ernstig nadeel toe, zodat ze onderworpen zijn aan de hoorplicht ⁽²⁸⁴⁾.

Wanneer de overheid de functie van een ambtenaar wijzigt wegens tekortkomingen in zijn wijze van dienen, een stagedoend personeelslid ontslaat wegens een negatieve beoordeling van de proeftijd of een vastbenoemd ambtenaar ontslaat wegens een onwettige afwezigheid, zijn dit ordemaatregelen gebaseerd op het persoonlijk gedrag van de betrokkene en moet hij bijgevolg worden gehoord.

Indien een overplaatsing echter niet is ingegeven door het persoonlijk gedrag van de ambtenaar, maar voortvloeit uit de reorganisatie van de dienst of een personeelsinkrimping, is de hoorplicht niet van toepassing.

4. Uitzonderingen op de hoorplicht

89. Op de hoorplicht bestaan evenwel een aantal uitzonderingen. Zelfs voor maatregelen die in beginsel onder de hoorplicht vallen, zal er niet moeten worden gehoord indien:

- de feiten vaststaan of voor directe of eenvoudige constatering vatbaar zijn én er sprake is van een gebonden bevoegdheid; in dat geval kan het horen van de

(281) Bijvoorbeeld het sluiten van een inrichting door de burgemeester bij wijze van veiligheidsmaatregel (RvS 1 oktober 2009, nr. 196.542, 1 oktober 2009), het slopen van een bouwvallig huis, het intrekken van een wapenvergunning om veiligheidsredenen (RvS 24 januari 2008, nr. 178.887, De Backer).

(282) RvS 24 januari 2008, nr. 178.887, De Backer.

(283) Art. 4.2.1 Voorstel Algemene Wet Bestuursrecht.

(284) I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 127-133.

- betrokkene immers niets nieuws opleveren en de te nemen beslissing niet beïnvloeden ⁽²⁸⁵⁾;
- de beslissing zo dringend is, bijvoorbeeld wegens gevaar voor de volksgezondheid, dat snel moet worden opgetreden en de betrokkene niet meer kan worden gehoord;
 - de bestuurd onbereikbaar is binnen een redelijke termijn.

In deze laatste gevallen wordt de hoorplicht aldus afgewogen tegen het algemeen belang, het belang van de dienst en de continuïteit van de dienstverlening.

5. Modaliteiten van het horen

90. De Raad van State eist dat de bestuurd *op nuttige wijze* voor zijn standpunt kan opkomen. Wat nuttig is, moet worden beoordeeld *in concreto*. Het hoeft niet noodzakelijk om een mondeling verhoor te gaan, het kan ook schriftelijk gebeuren.

Vereist is dat de betrokkene behoorlijk wordt uitgenodigd om zijn standpunt kenbaar te maken ⁽²⁸⁶⁾. In dit verband is vereist:

- een voorafgaande precieze mededeling van de feiten;
- een voorafgaande mededeling van de voorgenomen beslissing en de juridische grondslag ervan;
- een redelijke termijn om het verweer voor te bereiden en eventueel een raadsman te consulteren;
- inzage van het dossier;
- recht op bijstand van of vertegenwoordiging door een raadsman naar keuze.

Bij gebrek aan wettelijke of reglementaire bepaling die dit voorschrijft is het niet vereist dat de betrokkene wordt gehoord door het bestuursorgaan dat bevoegd is om de beslissing te nemen ⁽²⁸⁷⁾.

6. De hoorplicht in het arbeidsrecht

91. Volledigheidshalve vermelden we dat de collectieve hoorplicht en consultatieplicht wel degelijk grondig werd uitgewerkt in het Belgische collectieve arbeidsrecht. Ook hier gaat het om een sociaal grondrecht dat verankerd ligt in artikel 23 Grondwet ⁽²⁸⁸⁾. Sedert de wet-Renault gaat de overlegplicht wel erg ver ⁽²⁸⁹⁾ voor grote ondernemingen.

(285) Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een ambtenaar tweemaal achtereenvolgend een ongunstige evaluatie heeft bekomen en het statuut hier automatisch een ontslag aan verbindt of wanneer een ambtenaar zijn burgerlijke en politieke rechten heeft verloren en het statuut hier automatisch een ontslag bij ordemaatregel aan koppelt (RvS 14 januari 2008, nr. 178.526, Bonami, *RW* 2008-09, 117, met noot R. GERITS; RvS 28 februari 2008, nr. 180.182, Vreven).

(286) RvS 14 mei 2009, nr. 193.298, Bierebeeck.

(287) RvS 28 april 2008, nr. 182.454, Verdoodt.

(288) W. RAUWS, "Enige collectiefrechtelijke problemen bij herstructurering van ondernemingen" in J. PEETERS en W. RAUWS (eds.), *Herstructurering doorheen het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 143 e.v.

(289) Wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling (Hoofdstuk VII, Collectief ontslag), *BS* 19 februari 1998.

Er is evenwel geen algemeen beginsel in het Belgische individueel arbeidsrecht dat de werkgever een plicht voorschrijft om de individuele werknemer te horen alvorens ontslag te geven⁽²⁹⁰⁾. Er is wel schaarse rechtspraak⁽²⁹¹⁾, maar daaruit kan zeker geen algemene regel worden afgeleid.

Een deel van de arbeidsrechtbanken erkent het beginsel van de hoorplicht tevens voor de publieke sector. Deze rechtspraak laat dus de algemene beginselen van hoorbaar bestuur op dit aspect wel doorwerken voor contractanten⁽²⁹²⁾. Het arbeidshof van Luik daarentegen stelt dat de huidige wetgeving dergelijke doorwerking niet toelaat⁽²⁹³⁾.

Uiteraard botst de hoorplicht op de zeer korte termijnen die artikel 35 AOW stelt voor ontslag om dringende redenen en dient men bij conflict onvermijdelijk de voorrang te geven aan deze bepaling⁽²⁹⁴⁾. In een arrest van 25 februari 1991 kon het Hof van Cassatie dan ook niet anders dan bij conflict tussen interne reglementen en de dwingende bepalingen van artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet stellen dat er geen algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti* bestaat dat bij tegenstelling tussen een hoorplicht en de dwingende termijnen van artikel 35 zou toelaten om van deze bepaling af te wijken⁽²⁹⁵⁾, terwijl het Hof van Cassatie nochtans in een arrest van 1982 wel had aanvaard dat de statutaire bepalingen inzake de rechtspositie van hoogleraren wel wettelijk toelaten af te wijken van de dwingende regels van artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet. De rechtsgrondslag was hiervoor te vinden in artikel 41 van de wet van 1971⁽²⁹⁶⁾ en in artikel 1 Arbeidsovereenkomstenwet⁽²⁹⁷⁾.

92. Dat belet evenwel niet dat de rechtspraak vrij coulant blijkt te zijn bij het interpreteren van de feitelijke aanvang van de termijn van drie werkdagen, zo de werkgever pas ten volle kennis van de feiten heeft kunnen verkrijgen na verhoor van de werknemer. Hoewel niet uitdrukkelijk zo vermeld, is dit m.i. de voornaamste strekking van het cassatiearrest van 14 mei 2001⁽²⁹⁸⁾ waar het Hof stelt: *“Dat het feit, dat de dringende reden van het ontslag oplevert, aan de ontslaggevende partij bekend is in de zin van voornoemde wetsbepaling, wanneer zij zowel voor haar eigen overtuiging als ten aanzien van de tegenpartij en het gerecht over voldoende zekerheid beschikt om met kennis van zaken een beslissing te nemen over het bestaan van het feit en de omstandigheden die van dat feit een dringende reden kunnen maken;”*. Gelet op de feitelijke situatie werd het dus de werkgever niet kwalijk genomen dat hij wel eerder vage kennis had gekregen van onregelmatigheden, maar dat hij ook een grondig onderzoek heeft gevoerd om deze individueel aan de werknemer te kunnen toerekenen. Daarmee pas kon de

(290) L. DEAR, “L’audition préalable et la motivation du congé” in C.-É. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 93-124.

(291) Arbh. Brussel 18 december 2008, *JTT* 2009, 153; Arbh. Brussel 13 december 2011, *Soc.Kron.* 2013, 392.

(292) Arbrb. Brussel 28 oktober 2008, *JTT* 2009, 43.

(293) Arbh. Luik 5 augustus 2009, *JTT* 2009, 14; Arbh. Luik 28 oktober 2008, *JTT* 2009, 43.

(294) Arbh. Luik 5 augustus 2008, *JTT* 2009, 14; Arbh. Luik, afdeling Namen, 28 oktober 2008, *JTT* 2009, 43; Arbh. Luik, afdeling Namen 28 juni 2011, *Soc.Kron.* 2013, 373.

(295) Cass. 25 februari 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 690, *RW* 1990-91, 131; Arbh. Bergen 21 november 2012, *Soc.Kron.* 2013, 381; *contra*: Arbh. Luik 11 januari 2013, *Soc.Kron.* 2013, 387.

(296) Cass. 11 oktober 1982, *RW* 1982-83, 1626 met concl. Adv. Gen. LENAERTS.

(297) R. AERDEN en B. MERGITS, “Het personeelsstatuut van de vrije universitaire instellingen: een nieuwe soort arbeidsovereenkomst”, *RW* 1982-83, 1617-1626.

(298) Cass. 14 mei 2001, *Arr.Cass.* 2001, 881 en *JTT* 2001, 390.

‘overtuiging’ tot stand komen. In een arrest van 28 februari 1994 heeft het Hof daarbij wel het belang van een ‘tegensprekelijk onderzoek’ onderkend voor deze ‘overtuiging’⁽²⁹⁹⁾. Deze arresten staan geenszins alleen⁽³⁰⁰⁾. Het horen van de werknemer kan wel degelijk relevant zijn in bepaalde omstandigheden⁽³⁰¹⁾.

93. De termijn die noodzakelijk is om de werknemer te horen kan aldus fungeren als verschoning voor het later betekenen van de dringende reden. Op te merken valt dat de rechtspraak wel kritisch nagaat dat de werkgever dit hoorrecht niet als een zuiver excuus inroept om de termijn later van start te laten gaan. Verder is er rechtspraak die ook bij ontslag om dringende reden hamert op de diligentieplicht van de werkgever. Lichtzinnig ontslag om dringende reden gaf regelmatig aanleiding tot een schadevergoeding wegens willekeurig ontslag of wegens misbruik van ontslagrecht⁽³⁰²⁾.

7. Toch een hoorplicht als algemeen rechtsbeginsel?

94. Artikel 7 van het Verdrag nr. 158 schrijft de hoorplicht voor als algemeen beginsel in het ontslagrecht.

De arbeidsrechtbank te Brussel erkende dit algemeen rechtsbeginsel uitdrukkelijk, hoewel een dergelijk vonnis uniek blijft⁽³⁰³⁾. Het arbeidshof te Brussel heeft recent nog bevestigd dat het verdrag niet geratificeerd is en dat de hoorplicht daarmee alleen een morele plicht is die beoordeeld moet worden in het licht van dwingende regels van de Arbeidsovereenkomstenwet⁽³⁰⁴⁾. Een deel van de arbeidsrechtspraak heeft er geen moeite mee te erkennen dat de hoorplicht een onderdeel kan zijn van de diligentieplicht van de werkgever⁽³⁰⁵⁾.

Ook in de rechtsleer gaan er talrijke stemmen op om de hoorplicht als algemeen beginsel in het Belgische arbeidsrecht te erkennen. De lijst van auteurs wordt wel behoorlijk lang, wat illustreert dat het bestaande arbeidsrecht de rechtsleer niet bevredigt⁽³⁰⁶⁾. Vandeputte stelt dat de hoorplicht een essentieel onderdeel vormt van een

(299) Cass. 28 februari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 209; *JTT* 1994, 286; *RW* 1994-95, 402; *Soc.Kron.* 1994, 345.

(300) Cass. 13 mei 1991, *JTT* 1991, 324; Cass. 7 december 1998, *JTT* 149; *Arbh.* Brussel 3 september 2010, *Soc.Kron.* 2013, 359.

(301) Cass. 5 november 1990, *JTT* 1991, 155; Cass. 14 oktober 1996, *JTT* 1996, 500.

(302) Zie bijvoorbeeld *Arbh.* Luik 5 september 2012, *Soc.Kron.* 2013, 378; *Arbh.* Bergen 21 november 2012, *Soc.Kron.* 2013, 381; M. DE VOS, “De diligentie- en gematigdheidsplicht van de werkgever bij de kennisverwerving van de dringende reden (I)”, *Or.* 1995, 72; D. CUYPERS, *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brussel, Larcier, 2002, 185-187.

(303) *Arbrb.* Brussel 20 februari 1992, *Soc.Kron.* 1993, 86.

(304) *Arbh.* Brussel 3 september 2010, *Soc.Kron.* 2013, 359.

(305) *Arbh.* Brussel 14 augustus 1986, *Soc.Kron.* 1986, 277; *Arbh.* Brussel 4 februari 1988, *TSR* 1988, 245; *Arbh.* Antwerpen 11 maart 1998, *JTT* 1999, 465; *Arbh.* Brussel 13 december 2011, *Soc.Kron.* 2013, 392.

(306) R. JANVIER en K. JANSSENS, *De mythe van het statuut voorbij? De nieuwe overheidswerknemer is opgestaan!*, Brugge, die Keure, 2003, 183-192 en 216-220; F. DORSSEMONT, “De disciplinaire macht van de werkgever” in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGEN (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 228 e.v.; J. JACQMAIN, “Le licenciement des travailleurs contractuels dans les services publics: avec ou sans motivation formelle?”, *Soc.Kron.* 2007, 514-515; P.P. VAN GEHUCHTEN, “Rapport: La motivation du congé en droit belge: aspects formels, dans une perspective de réforme” in BEGASOZ (ed.), *Passende arbeid & behoorlijk ontslag – Travail convenable & licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2007, 173-206; R. JANVIER, “Een volwaardige tuchtregeling

diligente ontslagprocedure die verbonden is aan het sociaal grondrecht op ontslagbescherming⁽³⁰⁷⁾.

Het is trouwens al algemeen aanvaard dat de werkgever er goed aan doet om vooraf eer ontslag te geven wegens dringende reden de werknemer te horen, vooral indien de feiten niet duidelijk zijn. De hoorplicht maakt deel uit van het arsenaal van het moderne Human Resources Management dat wederzijdse voordelen ziet in een degelijke dialoog over de toekomstperspectieven⁽³⁰⁸⁾.

§ 6. Het onpartijdigheidsbeginsel⁽³⁰⁹⁾

1. Principe

95. Het onpartijdigheidsbeginsel wordt vaak in één adem genoemd met het onafhankelijkheidsbeginsel, alhoewel beide begrippen niet dezelfde lading dekken. Een persoon die niet onafhankelijk is, kan moeilijk voor onpartijdig doorgaan, maar een persoon die in alle onafhankelijkheid kan oordelen, kan nog steeds partijdig zijn⁽³¹⁰⁾.

Het onpartijdigheidsbeginsel is ook van toepassing op de organen van het *actief bestuur*, althans in zoverre dit verenigbaar is met de eigen aard, in het bijzonder de structuur van de overheid⁽³¹¹⁾. Dit betekent dat bestuursorganen/ambtenaren/mandatarissen geen persoonlijk belang mogen hebben bij de door hen te nemen beslissingen en in dezelfde zaak geen 'rechter' en partij mogen zijn (*nemo iudex in causa sua*). Zelfs de *schijn* van partijdigheid (*likelihood of bias*) moet in dit geval worden vermeden: *justice should not only be done, it should also be seen to be done*⁽³¹²⁾.

voor contractanten in overheidsdienst", TSR 2008, 310-312; O. DEPRINCE, "Audition préalable et motivation du licenciement: un état de la question, quelques réflexions" in M. DUMONT (ed.), *Le droit du travail dans tous les secteurs*, Luik, Anthemis, 2008, 142-147; O. DEPRINCE, "Licenciement pour motif grave: faut-il revenir encore sur la question de l'audition préalable" in X, *Le congé pour motif grave*, Limal, Anthemis, 2011, 92; L. DEAR, "L'audition préalable et la motivation du congé" in C.-É. CLESSE en S. GILSON (eds.), *Le licenciement abusif*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 106-124; F. LAMBINET, S. GILSON, "De la nécessité de l'audition préalable au congé à l'égard des contractuels de la fonction publique", *Soc.Kron.* 2013, 339-346; H. DECKERS, "La sanction de l'absence d'audition préalable au licenciement d'un agent contractuel du secteur public", *Soc.Kron.* 2013, 347-349; S. GILSON, "Le statut 'unique' faux espoirs et vraies déceptions" in M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 27-32; M. STRONGYLOS, R. CAPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvriers-employés*, Limal, Anthemis, 2014, 113.

(307) W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 571-574.

(308) M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 95 e.v.

(309) Zie I. OPDEBEEK, "Het onpartijdigheidsbeginsel in tuchtzaken" (noot onder RvS 12 juni 1995, nr. 53.652, Schurmans), *T.Gem.* 1996, 96-100 en A. COOLSAET, "Het onpartijdigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 279-314.

(310) Zie A. COOLSAET, "Het onpartijdigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 279.

(311) RvS 12 april 2007, nr. 169.980, Vancauwenbergh.

(312) I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 254.

96. De toepassing van dit beginsel kan leiden tot onverenigbaarheden, wraking, verbod tot deelname aan de beraadslaging en de stemming⁽³¹³⁾.

Aldus mag bijvoorbeeld niet worden deelgenomen aan de uitspraak over een tuchtstraf:

- door het slachtoffer van het tuchtvergriep, tevens lid van het tuchtorgaan;
- door diegene die in de pers reeds heeft verklaard dat de betrokkene schuldig is aan een tuchtvergriep en streng moet worden gestraft;
- door leden die de zaak hebben onderzocht en een tuchtsanctie hebben voorgesteld⁽³¹⁴⁾.

Het onpartijdigheidsbeginsel wordt vaak ook teruggevonden in geschreven recht, bijvoorbeeld het verbod voor gemeente- of provincieraadsleden om mee te beraadslagen en te stemmen wanneer zij (of hun echtgenoot of bloed- of aanverwant tot en met de vierde graad) een persoonlijk en rechtstreeks belang hebben bij een zaak⁽³¹⁵⁾, of het verbod voor een ambtenaar om tussen te komen bij de gunning van of de controle op een overheidsopdracht wanneer hij zelf een belang heeft in de zaak⁽³¹⁶⁾.

2. Grenzen van het onpartijdigheidsbeginsel

97. Het onpartijdigheidsbeginsel is echter slechts van toepassing op de organen van het actief bestuur voor zover dit verenigbaar is met de eigen aard, in het bijzonder de structuur van de overheid. De toepassing van het beginsel mag evenwel niet leiden tot een onmogelijkheid voor de overheid om haar wettelijke bevoegdheden uit te voeren. Wanneer het inwilligen van een verzoek tot wraking tot gevolg zou hebben dat bijvoorbeeld de tuchtoverheid of een examencommissie het quorum om geldig te beslissen niet meer bereikt, kan geen schending van het onpartijdigheidsbeginsel worden ingeroepen⁽³¹⁷⁾.

Er kan ook geen sprake zijn van een schending van het onpartijdigheidsbeginsel wanneer het bestuur enkel beschikt over een gebonden bevoegdheid en dus verplicht is een welbepaalde beslissing te nemen⁽³¹⁸⁾.

(313) I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 216-337.

(314) RvS 12 juni 1995, nr. 53.652, Schurmans, *T.Gem.* 1996, noot I. OPDEBEEK.

(315) Art. 27, § 1 Gemeentedecreet; art. 27, § 1 Provinciedecreet. Onder 'rechtstreeks belang' moet worden verstaan "alle belangen waarvan het gemeenteraadslid niet met redelijke zekerheid kan worden geacht voldoende afstand te kunnen nemen om de belangen van zijn gemeentebestuur voorrang te verlenen boven zijn persoonlijke belangen". Een gemeenteraadslid mag niet deelnemen aan de beraadslaging of stemming over de aanvaarding van een ruimtelijk uitvoeringsplan, waarbij hij of zij rechtstreeks belang heeft. Dat is het geval met een gemeenteraadslid, tevens voorzitter van een vzw die belang heeft bij de wijziging van het plan, om haar activiteiten te kunnen voortzetten in een gebouw dat zij van de stad huurt (RvS 30 maart 2004, nr. 129.888, T.M.).

(316) Art. 10 wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zie ook art. 27, § 2, 3° Gemeentedecreet en art. 27, § 2, 3° Provinciedecreet.

(317) RvS 22 december 2003, nr. 126.721, Coppenholle; Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen 29 juli 2010, nr. 2010/032.

(318) Wanneer een ambtenaar twee opeenvolgende jaren de evaluatie 'onvoldoende' heeft gekregen en het bestuur in dat geval krachtens het statuut verplicht is dit personeelslid te ontslaan, wordt het

3. Het onpartijdigheidsbeginsel in het arbeidsrecht: een beperking van de disciplinaire macht van de werkgever

98. Het onpartijdigheidsbeginsel is zeker geen algemeen beginsel in het arbeidsrecht. Dat belet evenwel niet dat de disciplinaire macht van de private werkgever geenszins een ongebonden macht is. Ook het arbeidsrecht leidt het tuchtrecht in afgebakende paden⁽³¹⁹⁾. Opvallend is ook hier de 'ad hoc' en verbrokkelde uitwerking, die behoefte heeft aan een meer consistente benadering, waarbij onvermijdelijk het verband wordt gelegd met de notie 'burgerschap' van de onderneming.

Een beperkt deel van de rechtspraak laat het onpartijdigheidsbeginsel doorwerken voor contractanten in overheidsdienst⁽³²⁰⁾. Er is inderdaad een verschil tussen de private en de publieke werkgever. Voor de publieke werkgever geldt een grotere mate van openbaarheid en verantwoording tegenover de publieke opinie⁽³²¹⁾.

99. Dit blijkt o.a. uit de regeling inzake klokkenluiders. Wegens de beperkte opzet van deze studie als artikel in een tijdschrift kunnen we helaas hierover niet verder uitweiden en verwijzen we naar de uitvoerige rechtsleer hierover⁽³²²⁾. Hoewel er nog discussie bestaat of het private arbeidsrecht behoefte heeft aan een aparte regelgeving voor klokkenluiders, zijn contractanten onderworpen aan de Vlaamse⁽³²³⁾ en federale⁽³²⁴⁾ regelgeving, net zoals ambtenaren⁽³²⁵⁾. Zoals sommige auteurs terecht stellen, dringt ook hier een interdisciplinaire oplossing zich op⁽³²⁶⁾.

onpartijdigheidsbeginsel niet geschonden doordat de secretaris-generaal die de bestreden beslissing tot ontslag heeft genomen, deel uitmaakte van het college van secretarissen-generaal dat de evaluatie 'onvoldoende' heeft toegekend (RvS 16 oktober 1997, nr. 68.914, Verdoodt).

(319) F. DORSEMONT, "De disciplinaire macht van de werkgever" in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGEN (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 173-233.

(320) Arbh. Brussel 30 mei 2006, *Soc.Kron.* 2007, 522.

(321) G. MORRIS, "The future of the Public/Private Labour Law Divide" in C. BARNARD, S. DEAKIN en G. MORRIS (eds.) *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford, Hart, 2004, 160.

(322) R. DRUYTS, "Een 'statuut' voor de 'klokkenluiders' in België. Wachten op de noodzakelijke cultuuromslag? Of: wachten op de invoering van een bescherming via een reglementaire of wettelijke tekst?"; *TBP* 2003, 558-563; T. MESSIAEN, "Klokkenluiders. Overzicht van wetgeving"; *NJW* 2007, afl. 173, 922-926; K. DE BISSCHOP en E. CARLIER, "Klokkenluidersregelingen in een grensoverschrijdende context"; *Or.* 2009, afl. 2, 48-60; B. DE BIE en J. HOFKENS, *Doeltreffende klokkenluidersregelingen*, Kluwer, Mechelen, 2011, 79 p.; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 451-457; F. DORSEMONT, "De blaffende werknemer en de gemuilkorfde watchdog [ontslag van werknemers die hun recht op vrije meningsuiting hadden gebruikt]"; *Juristenkrant* 2012, afl. 244, 6; L. ROTTIERS, *Le sonneur de tocsin: ses origines, son évolution et ses implications en droit social belge*, Kluwer, Mechelen, 2012, 108 p.; L. ROTTIERS, "La protection du 'sonneur de tocsin' (whistleblower) enfin assurée par la jurisprudence belge"; *Soc.Kron.* 2013, 173.

(323) VI. Decreet 7 mei 2004, *BS* 11 juni 2004.

(324) Wet 15 september 2013, *BS* 4 oktober 2013.

(325) B. HUBEAU, "Querimonia prodest. Enkele recente ontwikkelingen in het klachtrecht voor de burger, met bijzondere aandacht voor de Vlaamse situatie" in B. PEETERS en J. VELAERS (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief*, Morselt, Intersentia, 2007, 353-456; B. HUBEAU, "Klokkenluiders nemen hun institutionele verantwoordelijkheid op. Ambtelijke integriteit, klokkenluidersbescherming en de Ombudsman in Vlaamse context" in B. HUBEAU, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 407; B. HUBEAU, "Impact of Ombudsman's work on the Integrity of Officials: the Role of the Ombudsman in Whistleblowing" in R. PASSEMIERS e.a. (eds.), *The Impact of Ombudsmen*, Brugge, Vanden Broele, 2009, 97-130.

(326) J. MAESSCHALCK en F. ORNELIS, "Een interdisciplinaire analyse van de klokkenluidersproblematiek in de openbare sector"; *TBP* 2003, 535-537.

En ook blijkt uit de rechtspraak van het Europees Mensenrechtenhof dat het 'algemeen belang' toch ook kan doorwegen bij de beoordeling van de ontslagbeslissing in private arbeidsrelaties⁽³²⁷⁾. De hoge waardering die het Hof hecht aan de vrijheid van meningsuiting is daaraan niet vreemd. Zelfs het EU-recht werd door de materie beïnvloed⁽³²⁸⁾. De tijd dat de werkgever alleen rechter was over de vrije meningsuiting van zijn werknemers is wel verleden tijd. Het eigen economisch belang van de werkgever, zo kenmerkend voor het private arbeidsrecht, moet hier in bepaalde gevallen wijken voor het rechtmatig algemeen belang dat doorwerkt in de private arbeidsverhouding via fundamentele rechten⁽³²⁹⁾.

§ 7. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel⁽³³⁰⁾

1. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in het bestuursrecht

100. Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat het recht voorzienbaar en toegankelijk moet zijn zodat de rechtzoekenden in staat zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen op voorhand in te schatten en dat die rechtssubjecten moeten kunnen vertrouwen op een zekere standvastigheid bij het bestuur⁽³³¹⁾. De overheid mag niet zonder objectieve en redelijke verantwoording daarvan afwijken⁽³³²⁾.

Dit beginsel vindt toepassing op een waaier van situaties, waaronder het verbod van het verlenen van retroactiviteit aan bestuurshandelingen van reglementaire of individuele aard. Het verlenen van terugwerkende kracht aan administratieve beslissingen kan onder bepaalde voorwaarden wel toelaatbaar worden geacht, namelijk ingeval⁽³³³⁾:

- voor de retroactiviteit een wettelijke grondslag bestaat⁽³³⁴⁾;
- de retroactiviteit betrekking heeft op een regeling die, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, voordelen toekent;

(327) EHRM 21 juli 2011, Helmish; EHRM 12 september 2011, Palomo Schanez and others: www.echr.int.

(328) F. SAELENS en G. GALAND, "Klokkenluidersregelingen binnen de Europese Unie", *Or.* 2006, 163-175; B.J. DRIJBER, "Comment on ECJ, C-360/09, Pfeiderer AG/Bundeskartellamt", *Tijdschrift voor Europees Recht*, 2011, 454-457.

(329) F. VAN UDEN, "Klokkenluiden: tussen zelfregulering en Amerikaanse toestanden", *Ars Aequi (Ned.)* 2006, afl. 1, 33-41; P. HUMBLET, "Kritiek op werkgever moet kunnen", *Juristenkrant* 2007, afl. 147, 20; F. NEVEN, F. LAMBINET en S. GILSON, "Le partage du fardeau de la preuve en matière de harcèlement et de discrimination", *TSR* 2013, 397-452.

(330) Zie M. VAN DAMME en A. WIRTGEN, "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 315-362; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel van behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 173-74; J. DE STAERCKE, "Beginselen van behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen", *NJW* 2004, 1407 e.v.

(331) *Ibidem*, nr. 413; RvS 22 maart 2004, nr. 129.541, VZW Vlaams Centrum voor Levensvorming.

(332) RvS 22 maart 2004, nr. 129.541, VZW Vlaams Centrum voor Levensvorming.

(333) RvS 15 december 2009, nr. 198.943, NV Total Belgium en NV Nationale Maatschappij der Pijpleidingen.

(334) RvS 19 mei 2009, nr. 193.418, Goslar. Zo schrijven heel wat personeelsstatuten voor dat aan een tuchtstraf terugwerkende kracht kan worden verleend indien het personeelslid voordien preventief was geschorst bij wijze van ordemaatregel (*infra*, rechtsregime overheidspersoneel).

- in zoverre de retroactiviteit noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang en daardoor, in beginsel, geen verkregen situaties worden aangetast ⁽³³⁵⁾.

101. Er zijn dus gevallen waar retroactiviteit wel toegelaten of zelfs geboden is, bijvoorbeeld bij het verlenen van rechtsherstel na een vernietigingsarrest van de Raad van State of bij het opleggen van een tuchtrechtelijk ontslag aan een ambtenaar die voordien reeds preventief geschorst was bij ordemaatregel. Gerechvaardigde verwachtingen die door het bestuur bij de rechtsonderhorigen zijn gewekt, moeten – zo enigszins mogelijk – worden gehonoreerd: *“de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid, of op toezeggingen of beloften die de overheid in het concrete geval heeft gedaan”* ⁽³³⁶⁾. Traditioneel worden drie voorwaarden vermeld waaraan moet zijn voldaan opdat het beginsel zou kunnen worden ingeroepen:

- het bestaan van een vergissing van de kant van het bestuur;
- het ten gevolge van die vergissing verlenen van een voordeel aan een rechtsonderhorige;
- de afwezigheid van gewichtige redenen om de rechtsonderhorige dat voordeel te ontnemen.

102. Het vertrouwensbeginsel impliceert echter niet dat de bevoegde overheid de ambtenarenstatuten niet in een minder gunstige zin zou mogen wijzigen wanneer het belang van de dienst daartoe noopt. Het vertrouwensbeginsel is ondergeschikt aan het principe van de veranderlijkheid van de openbare dienst. De overheid moet wel zorgvuldig optreden door, behoudens omwille van ernstige en gewichtige redenen, ‘niet onverhoeds’ in te grijpen in een bestaande situatie ⁽³³⁷⁾.

Soms is er ook sprake van het *consistentiebeginsel*, dat impliceert dat het beleid samenhang, coherentie en consistentie vertoont, zo niet, zou het beleid onvoorspelbaar worden voor de bestuurde, hem schokken in zijn gewekt rechtmatig vertrouwen en uiteindelijk ontaarden in willekeur.

2. Rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel in het arbeidsrecht

103. Op dit vlak is allicht het grootste verschil op te merken tussen publiek- en privaatrecht ⁽³³⁸⁾. Dit heeft vooral te maken met de ontslagmacht en de contractuele beginselen die ten grondslag liggen aan de arbeidsovereenkomst.

De ontslagmacht ligt fundamenteel anders in het publiek recht. De ambtenaar geniet immers een vastheid van betrekking die gegarandeerd wordt door de annulatie-

(335) RvS 15 december 2009, nr. 198.943, NV Total Belgium en NV Nationale Maatschappij der Pijpleidingen. *In casu* ging het om de verplichting om, in het algemeen belang, leidingen te verplaatsen.

(336) RvS 28 juni 1989, nr. 32.893, Eeckhout; RvS 22 maart 2004, nr. 129.541, VZW Vlaams Centrum voor Levensvorming.

(337) RvS 19 maart 2001, nr. 94.090, Vervliet.

(338) P. POPELIER, “Het vertrouwensbeginsel versus het legaliteitsbeginsel: het kalf is verdrongen, maar wanneer dempt men de put?” (noot onder Cass. 15 februari 2013), *AFT* 2013, 50-55.

bevoegdheid van de Raad van State ⁽³³⁹⁾. Vooreerst dient opgemerkt te worden dat het vertrouwensbeginsel ook relatief is in het bestuursrecht. Weliswaar geniet de ambtenaar vastheid van betrekking, maar daartegenover staat dat hij moet dulden dat zijn statuut eenzijdig door de overheid kan worden gewijzigd ⁽³⁴⁰⁾. Dit wordt beschouwd als het corrolarium van de vastheid van betrekking.

104. Werknemers genieten daarentegen krachtens de Arbeidsovereenkomstenwet slechts een beperkte vastheid van betrekking. De werkgever kan de overeenkomst beëindigen met een opzeggingstermijn of met betaling van een opzegvergoeding ⁽³⁴¹⁾. De ontslagmacht belet dus de re-integratie. Ook het Europese recht brengt daarin weinig verandering ⁽³⁴²⁾. Dat heeft tot gevolg dat, zelfs bij toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur, er geen sprake is van re-integratie. Meer nog neemt de rechtspraak dan vaak aan dat de ontslagen werknemer alsnog zijn schade dient te bewijzen ⁽³⁴³⁾. De sanctie van de overtreding van de beginselen van behoorlijk bestuur kan dus in de arbeidsovereenkomst leiden tot een schadevergoeding. In een aantal gevallen is dat eerder een symbolische vergoeding die vaak nauwelijks een maandwedge bedraagt – zelfs in de rechtspraak die geen principiële bezwaar heeft tegen de doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur ⁽³⁴⁴⁾. In heel schaarse gevallen loopt de schadevergoeding wel aanzienlijk op ⁽³⁴⁵⁾.

105. Dat het private ontslagrecht ook kan leven met een vastheid van betrekking als gevolg van een vernietiging van de ontslagbeslissing blijkt evenwel uit de rechtsvergelijking. Duitsland en Nederland kennen wel degelijk een principiële re-integratieplicht bij nietig ontslag ⁽³⁴⁶⁾.

Uit het ontbreken van een annulatiebevoegdheid van de arbeidsgerechten kan men echter niet concluderen dat vastheid van betrekking geen beginsel is in het arbeidsrecht. Vastheid van betrekking wordt in het Belgische arbeidsrecht ook georganiseerd door talrijke bijzondere regels van ontslagbescherming. Meermaals is daarop terecht kritiek geuit dat deze uitwerking weinig coherent en verbrokkeld is ⁽³⁴⁷⁾. Dat komt vooral omdat ze onvoldoende worden beschouwd als bijzondere toepassingen van

(339) A. DE BECKER, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 18 e.v.; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 1247-1267.

(340) RvS 14 april 2000, nr. 86.787 (Renquin).

(341) M. RIGAUX en P. HUMBLET, "Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem", *RW* 1988-89, 729-743; K. SALOMEZ, "Ontslagmacht: een absoluut recht?", *Soc.Kron.* 1999, 211-215.

(342) D. CUYPERS, "Het injunctierecht staande de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX, P. HUMBLET en G. VAN LIMBERGEN (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1-43.

(343) Arbh. Brussel 26 november 2002, *Soc.Kron.* 2003, 458, noot J. JACQMAIN; Arbh. Brussel 30 mei 2006, *Soc.Kron.* 2007, 522; Arbh. Brussel 14 februari 2012, *JTT* 2012, 213.

(344) Arbh. Brussel 18 december 2008, *JTT* 2009, 153: 1.250 euro; Arbh. Luik 20 juni 2011, *Soc.Kron.* 2013, 371: 2.500 euro; Arbh. Bergen 6 september 2010, *JTT* 2011, 103: 2.500 euro; Arbh. Brussel 25 mei 2011, *JTT* 2011, 473: 2.000 euro.

(345) Arbh. Bergen 10 januari 2011, *JTT* 2012, 10; *Soc.Kron.* 2013, 119: 12.500 euro; Arbh. Brussel 23 april 2012, *JTT* 2012, 284: 5.000 euro.

(346) M. RIGAUX, *Tussen burgerschap en sociale concurrentie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 115 e.v.

(347) J. HERMAN, "Overvloed en onbehagen: de veelheid aan en de tekorten van ontslagbeschermingen" in W. VAN EECKHOUTTE en M. RIGAUX (eds.), *Sociaal Recht. Niets dan uitdagingen*, Gent, MYS & Breesch, 1996, 101-177; W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 177-178.

een algemeen rechtsbeginsel. Toch zijn deze regels geleidelijk dermate uitgedeid dat nu potentieel alle werknemers onder een beschermingsregel kunnen vallen ⁽³⁴⁸⁾. Een van de meest substantiële recente uitbreidingen is deze van de Antidiscriminatie-wet. Het aantal potentiële kandidaten onder de werknemers dat zich kan beroepen op de bescherming tegen discriminatoir ontslag is wel behoorlijk uitgebreid. Hoewel deze de re-integratie niet invoert, is de schadevergoeding van zes maanden loon niet bepaald licht te noemen.

106. Verder moet ook verwezen worden naar de stringente ontslagbescherming van leden van de ondernemingsraad en van het preventiecomité ⁽³⁴⁹⁾. De ontslagprocedure voor deze categorie van werknemers bevat regels die equivalent mogen worden genoemd aan de tuchtregeling van ambtenaren en ook al is er hier geen sprake van re-integratie, de torenhoge schadevergoedingen hebben voor werkgevers vaak hetzelfde ontradede effect. De reden voor deze bijzondere bescherming ligt in het feit dat deze werknemers een taak vervullen die van bijzonder belang wordt geacht voor de maatschappij en waarbij de wet hun onafhankelijkheid tegenover de werkgever moet beschermen. De bescherming is inherent verbonden aan hun mandaat ⁽³⁵⁰⁾. Deze bescherming wordt van openbare orde genoemd en de afstand van de bescherming is aan strikte voorwaarden onderhevig ⁽³⁵¹⁾. Deze redenering komt merkwaardig goed overeen met de *ratio legis* van de vastheid van betrekking van de ambtenaren. Bepaalde arbeidsrechtspraak gaat zelfs zo ver om de inroeping van de beschermingsvergoeding te veroordelen als rechtsmisbruik indien de betrokken werknemer zijn statuut alleen benut om een bijzondere ontslagvergoeding in te palmen los van enig algemeen belang ⁽³⁵²⁾.

107. Ook buiten de door de wetgever en de Nationale Arbeidsraad bepaalde ontslagverboden is de vastheid van betrekking soms nog verder gegarandeerd: er bestaan diverse situaties waarin de vastheid van betrekking op één of andere wijze werd geregeld. Alleen moet deze vastheid van betrekking gestalte krijgen in werkzekerheidsbedingen, die vastgesteld moeten worden in individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten en blijkt de sanctionering soms moeilijk ⁽³⁵³⁾. Bedingen die het ontslag

(348) F. ROBERT, "Discrimination. Licenciement et motivation", *JTT* 2003, 345-356.

(349) Artikelen 14-19 Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden. L. ELIAERTS en J. BUELENS, "Ontslagbescherming en vertegenwoordiging van de werknemers" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 8*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 659 e.v.

(350) I. PLETS, S. DEMEESTERE, J. HOFKENS en A. VANDENBERGEN, *20 jaar Wet Ontslag Personeelsafgevaardigden*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 303 p.

(351) Cass. 16 mei 2011, *Arr.Cass.* 2011, nr. 321; *JTT* 2011, 301, noot D. en A. VOTQUENNE; *NJW* 2011, 496, noot S. DE GROOF; *RABG* 2012, 151, noot M. DEMEDTS; *RW* 2011-12, 1904, noot L. ELIAERTS; *Arbh.* Antwerpen 14 december 2009, *RW* 2010-11, 1063; voor een overzicht, zie de rechtsleer en de rechtspraak vermeld in J. BUELENS en I. VAN PUYVELDE, "Het moment van opeisbaarheid bij afstand van de beschermingsvergoeding van beschermde werknemers (noot onder *Arbh.* Antwerpen 14 december 2009)", *RW* 2010-11, 1063; L. ELIAERTS en J. BUELENS, "Ontslagbescherming en vertegenwoordiging van werknemers" in M. RIGAUX en W. RAUWS (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 8*, Oxford, Intersentia, 2010, 669; I. PLETS, S. DEMEESTERE, J. HOFKENS en A. VANDENBERGEN (eds.), *20 jaar Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 239-244.

(352) *Arbh.* Brussel 23 februari 2011, *JTT* 2012, 9.

(353) *Arbrb.* Gent 21 maart 1986, *TGR* 1986, 86-87; M. RIGAUX, "Werkzekerheidsbedingen in collectieve arbeidsovereenkomsten" in M. RIGAUX (ed.), *Actuele Problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 1994, 441-503; M. RIGAUX, "Omtrent de kwalificatie van werkzekerheidsbedingen", *Soc.Kron.* 1997, 352-353; K. RASSCHAERT, "Beperking van de ontslagmacht van de werkgever door werkze-

bemoeilijken zijn immers niet verboden ⁽³⁵⁴⁾. Schadevergoedingsbedingen zijn dus toegelaten, zelfs indien ze vijf jaar loon als sanctie stipuleren ⁽³⁵⁵⁾. Ze mogen zelfs gecumuleerd worden met de hoge vergoeding voor ten onrechte ontslagen beschermde werknemers ⁽³⁵⁶⁾.

In sommige sectoren zoals in het verzekeringswezen ⁽³⁵⁷⁾ en in het bankwezen ⁽³⁵⁸⁾ werden cao's gesloten die vrij sterke bepalingen in het leven roepen die een grote analogie vertonen met het ambtenarenstatuut. En zo komen we bij een categorie van werknemers die, verbonden door een arbeidsovereenkomst, toch quasi-statutaire bescherming geniet, met als sanctie een loondoorbetalingsplicht die bijna neerkomt op een re-integratie. Meer bepaald dient verwezen te worden naar de werknemers in het gesubsidieerd onderwijs die een vastheid van betrekking genieten die ongekend is in het private arbeidsrecht, niettegenstaande het feit dat zij wel degelijk door een arbeidsovereenkomst verbonden zijn. Deze bescherming gaat zover dat de vraag kan worden gesteld of ze wel altijd verzoenbaar is met de fundamentele vrijheid van de privaatrechtelijke werkgever ⁽³⁵⁹⁾. Eigenaardig genoeg werd deze vraag nooit aan het Grondwettelijk Hof voorgelegd, wat bewijst dat de ontslagmacht niet echt onverzoenbaar is met privaatrechtelijke ondernemingsvrijheid.

108. Men kan dus geenszins stellen dat de vastheid van betrekking en de mogelijk re-integratie zoals de ambtenaren die nu genieten in wezen onvereenigbaar is met het Belgische privaatrechtelijke arbeidsrecht. De ontslagbescherming is, zij het verborkeld en zonder veel visie, een stuk genuanceerder. Bovendien is ze aangepast aan specifieke situaties waarin de werknemer inderdaad verhoogde ontslagbescherming dient te genieten. Nu evenwel zowel de individuele als de collectieve arbeidsovereenkomst niet als rechtsbron kan dienen, moet de overheid voor ambtenaren natuurlijk hun statuut gedetailleerd vastleggen.

109. Men mag ook niet vergeten dat alle werknemers beschermd worden door het beginsel zelf van de contractuele band. Zij worden, in tegenstelling tot de ambtenaren, wel degelijk beschermd tegen wijzigingen aan de arbeidsovereenkomst. Verder dient verwezen te worden naar de mogelijkheid van werknemers om op grond van de rechtspraak inzake impliciet ontslag de onrechtmatige beëindiging vast te stellen

kerheidsbedingen: afdwinging bij gebrek aan expliciete sanctie", *JTT* 1996, 381-389; D. HEYLEN, L. VERMEULEN en I. VERREYDT, *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder het eenheidsstatuut*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 27-31.

(354) Cass. 16 oktober 1969, *RW* 1969-70, 349; Cass. 6 oktober 1997, *RW* 1997-98, 2012.

(355) Arbh. Brussel 3 oktober 1988, *Soc.Kron.* 1989, 264.

(356) Vgl. Cass. 20 februari 2012, *Or.* 2012, 349 inzake de cumul van de ontslagbescherming wet 1991 met de cao vastheid van betrekking in de verzekeringssector.

(357) KB 10 januari 1980, *BS* 20 mei 1980; KB 30 maart 1988, *BS* 9 april 1988; Arbrb. Antwerpen 19 april 1985, *TSR*. 1985, 473; vgl. Arbh. Antwerpen 13 september 1985, *Soc.Kron.* 1986, 14 en *JTT* 1987, 137; Arbrb. Namen 25 april 1988, *JTT* 1988, 330; Arbh. Brussel 28 november 1990, *TSR* 1991, 289; Arbrb. Brussel 20 maart 1990, *RAB* 1990, 220; Arbh. Gent 10 februari 1999, *Soc.Kron.* 1999, 391; Arbh. Brussel 16 maart 1994, *JTT* 1994, 256; C. WANTIEZ, "La sécurité d'emploi dans le secteur des assurances", *JTT* 1995, 267; F. LAGASSE en M. MILDE, "Les clauses de stabilité d'emploi dans le secteur des entreprises d'assurances", *Ors.* 1992, 80.

(358) Arbrb. Charleroi 15 juni 1982, *JTT* 1983, 26.

(359) D. CUYPERS en A. OVERBEEKE, "Vastheid van betrekking in het vrij gesubsidieerd onderwijs", *RW*, 1999-2000, 1363-1369.

van overeenkomst wegens eenzijdige wijziging van essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Deze rechtspraak inzake impliciet ontslag is gevestigde cassatierechtspraak⁽³⁶⁰⁾. De rechtsfiguur is vooral van belang in de openbare sector, waar men nog al eens de neiging heeft omwille van de variabiliteit en het 'algemeen belang' het fundamentele respect voor de individuele overeenkomst te vergeten⁽³⁶¹⁾, terwijl dit het fundament is van de contractuele tewerkstelling⁽³⁶²⁾.

Men kan zich zelfs afvragen of deze bescherming in een aantal gevallen niet effectiever is dan die van ambtenaren, nu werknemers zelf door middel van de rechtsfiguur de onrechtmatige beëindiging van de overeenkomst kunnen vaststellen ten laste van de werkgever en daarbij de voorziene vergoedingen kunnen opeisen. Hierbij wordt de toets van 'de goede trouw' gehanteerd die soms sterk lijkt op de beginselen van behoorlijk bestuur⁽³⁶³⁾. De contractanten in overheidsdienst kunnen zich beroepen op dezelfde bescherming als de werknemers in de private sector⁽³⁶⁴⁾. Dat voordeel is de ambtenaren ontnomen en men zou kunnen reflecteren over het feit of zij wel beter af zijn, nu zij wel re-integratie kunnen bekomen, maar dan vaak na lange en onzekere procedures.

110. Ten slotte dient er ook aan herinnerd te worden dat de vastheid van betrekking van ambtenaren zelf ook niet meer absoluut te noemen valt, nu ingevolge de Copernicus-hervorming negatieve evaluaties kunnen leiden tot ontslag van de ambtenaren⁽³⁶⁵⁾.

Deze 'inflexibiliteit' van het contractueel statuut is soms een doorn in het oog van de overheden. Vandaar dat soms zelfs gepleit wordt om bij de rechterlijke beoordeling van de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden een ruimere marge in te bouwen voor de publieke sector⁽³⁶⁶⁾. Merkwaardig genoeg spoort dit gelijk met de discussie in het Belgische arbeidsrecht, waar vaak gepleit wordt voor meer (contractuele) flexibiliteit in ruil voor een grotere (institutionele) vastheid van betrekking. Dit vormt precies de kern van de discussie omtrent het Europese begrip 'flexicurity'⁽³⁶⁷⁾.

(360) Hierover o.a. Cass. 1 februari 1993, *Soc.Kron.* 1993, 304; Cass. 18 december 2000, *Soc.Kron.* 2001, 260; W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 731-774.

(361) Cf. rechtspraak in de bijdrage van I. DE WILDE en P. JOASSART, "La modification unilatérale des conditions de travail du personnel contractuel: l'impossible alchimie", verder in dit nummer.

(362) M. DE VOS en I. PLETS, "Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext" in M. DEVOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 116 e.v.

(363) N. GUNDT en A. VAN BEVER, "Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht: Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden", *TSR* 2010, 516-517.

(364) A. DE BECKER, "Kroniek van het Belgische ambtenarenrecht 1999-2008", *RW* 2008-09, 1160.

(365) D. CUYPERS en S. PAUWELS, "Personeelsevaluatie in het onderwijs" in S. LUST (ed.), *Evaluatie en tucht in onderwijs(personeels-)aangelegenheden*, Brugge, die Keure, 2010, 109-15.

(366) S. AERTS, I. DE WILDE en R. JANVIER, *Eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Brugge, die Keure, 2013, 245.

(367) M. HERBIET en E. HANNAY, "Statut-contrat: deux points de vue sur une même réalité? Ou le recours à l'engagement contractuel dans la fonction publique belge", *ATP* 2005, 188; D. CUYPERS en E. VERHULP, "Flexicurity and Employment Protection, a Happy Marriage?" in F. PENNING, Y. KONIJN en A. VELDMAN (eds.), *Liber amicorum Teun Jaspers, Social Responsibility in Labour Relations*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2008, 331-350; W. VANDEPUTTE, "Arbeidsrecht tussen

Ook rijst de vraag naar het evenwicht tussen vastheid van betrekking en flexibiliteit. In het ambtenarenstatuut geldt de vastheid van betrekking immers als compensatie voor de variabiliteit⁽³⁶⁸⁾. Het beginsel dat contractuele afspraken alleen in wederzijds akkoord kunnen worden gewijzigd, lijkt in openbare diensten te vaak vergeten te worden⁽³⁶⁹⁾. In wezen gaat het dus om dezelfde vraag bij de discussie over de hervorming van het ontslagrecht bij ambtenaren als bij werknemers: hoe verzoenen we in toekomstige arbeidsrelaties de gewenste flexibiliteit met een grote mate van werkzekerheid^{(370)?}

§ 8. Het algemeen beginsel van de redelijketermijneis

1. De redelijke termijn in het bestuursrecht

111. De eis inzake het respecteren van een redelijke termijn kan men onderbrengen onder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel, maar men kan de eis evenzeer beschouwen als een apart beginsel van behoorlijk bestuur⁽³⁷¹⁾.

2. Stringente termijnen in het arbeidsrecht

112. De eis tot redelijke termijn leidt in het arbeidsrecht tot minder problemen, aangezien de wettelijke regels vrij strikt zijn.

Voor de dringende reden bijvoorbeeld is de wettelijke termijn van artikel 35 Arbeids-overeenkomstenwet uiterst kort. De private werkgever of de overheid voor contractanten dient dan wel degelijk tot ontslag over te gaan binnen de drie werkdagen na kennis genomen te hebben van de ernstige feiten die ontslag om dringende redenen kunnen verantwoorden.

Het niet vermelden van de beroepstermijn doet ook geen afbreuk aan de dwingende werking van artikel 15 Arbeidsovereenkomstenwet dat een verjaringstermijn bepaalt van één jaar⁽³⁷²⁾. Hoewel de meningen hierover uiteenlopen⁽³⁷³⁾, dient opgemerkt te worden dat de termijn van één jaar toch behoorlijk lang genoemd kan worden, zodat,

flexibiliteit en zekerheid. Existentiële vragen over het arbeidsrecht en de vastheid van betrekking in het licht van de flexizekerheid”, *Soc.Kron.* 2010, 1-11.

(368) K. LEUS e.a., *Proeve tot een geïntegreerd en hervormd statuut voor het federaal openbaar ambt*, Gent, Academia Press, 2004, 24.

(369) I. DE WILDE en P. JOASSART, “La modification unilatérale des conditions de travail du personnel contractuel: l’impossible alchimie” in dit nummer.

(370) R. JANVIER, “Over overheden, contractanten en ambtenaren: geen vrijblijvende ‘ménage à trois’” in M. DEVOS en I. PLETS (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 1-34.

(371) I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Ambtenarenrecht. II. Rechtspositieregeling*, Brugge, die Keure, 2011, 216-337; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 62-68.

(372) Cass. 28 maart 2011, *Soc.Kron.* 2013, 349 met noten J. JACQMAIN en H. FUNCK.

(373) J. JACQMAIN, “Droit du travail et droit administratif: la Pythie fume encore”, *Soc.Kron.* 2013, 350-51; H. FUNCK, “Qu’est-ce qu’une voie de recours”, *Soc.Kron.* 2013, 351.

in tegenstelling tot de soms korte termijnen van het bestuursrecht, zich hier geen bijkomende bescherming opdringt.

113. In de gevallen waarin de wet geen duidelijke termijn voorschrijft, aanvaardt de rechtspraak wel degelijk dat de partijen een 'redelijke termijn' in acht dienen te nemen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij impliciet ontslag. Werknemers kunnen de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst vaststellen wanneer de werkgever eenzijdig een essentieel element van de arbeidsovereenkomst wijzigt. Daar aanvaardt de cassatierechtspraak dat de partijen een redelijke bedenktijd in acht kunnen nemen, ook al is de arbeidsovereenkomst door een eenzijdige wijziging van belangrijke elementen in principe onmiddellijk beëindigd⁽³⁷⁴⁾. Het is onmogelijk om daar een exacte termijn voor te bepalen⁽³⁷⁵⁾. Veel hangt af van het beleid van de werkgever⁽³⁷⁶⁾.

114. De soepelheid waarmee de arbeidsrechter omspringt hangt nauw samen met de finaliteit van arbeidsbescherming. Afstand van recht wordt niet vermoed bij stilzwijgen⁽³⁷⁷⁾. Er werd zelfs een voorstel uitgewerkt om deze 'redelijke bedenktijd' in de Arbeidsovereenkomstenwet op te nemen om zo de discussie uit te klaren⁽³⁷⁸⁾.

Verder kan zelfs bij een absoluut nietige opzegging afstand gedaan worden door het verder werken. De rechtspraak neemt dan aan dat wanneer de nietigheid niet binnen een redelijke termijn wordt ingeroepen, de partijen afstand hebben gedaan van een 'absolute' nietigheid. De overeenkomst moet dan op een andere wijze beëindigd worden⁽³⁷⁹⁾. Het Hof van Cassatie brengt de redelijketermijneis onder bij het algemeen rechtsbeginsel betreffende afstand van recht. Deze arbeidsrechtspraak over termijnen die niet dwingend in de wet zijn bepaald verschilt in essentie weinig van de 'redelijketermijneis' in bestuurszaken. Wel valt op dat vooral de werknemer getroffen wordt door het beginsel. Maar algemene beginselen kunnen inderdaad ook 'goed werknemerschap' betreffen. Algemene rechtsbeginselen snijden inderdaad soms aan twee kanten.

(374) Cass. 7 januari 1980, *RW* 1980-81, 1214; Cass. 28 juni 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1367; Cass. 17 juni 2002, *JTT* 2002, 417; D. VOTQUENNE, "Het ius variandi van de werkgever en de beëindiging door eenzijdige wijziging na het cassatiearrest van 20 december 1993", *JTT* 1994, 439; W. RAUWS, "Enige knelpunten van het ontslagrecht" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het Arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 587; N. GUNDT en W. RAUWS, "De wijziging van de arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht", *TSR* 2010, 256-257; L. DEAR, "La sanction de la modification unilatérale - l'acte équipollent à rupture ou la résolution judiciaire: avantages et inconvénients" in S. GILSON (ed.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 73-107.

(375) W. VAN EECKHOUTTE, "De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001 754-755.

(376) *Arbh. Bergen*, 7 juni 2005, *Soc.Kron.* 2007, 404; acht maanden.

(377) Cass. 24 juni 2013, *JTT* 2013, 494 met noot C. WANTIEZ en M.L. WANTIEZ.

(378) W. RAUWS i.s.m. L. LENAERTS en J. NIETVELT, *Voorstel van nieuwe Arbeidsovereenkomstenwet (NAOW)*, Brugge, die Keure, 2001, 212.

(379) Cass. 11 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 4, 846; *JTT* 2005, 926, 382; *NJW* 2005, 1026, met noot G. de Maeseneire en G. Beckers; *Soc.Kron.* 2005, 326; Cass. 25 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, 932; *JTT* 2005, 381; *NJW* 2005, 1026, *Soc.Kron.* 2005, 330; Cass. 30 mei 2005; *Arr.Cass.* 2005, 1155; *JTT* 2005, 926, 378; *NJW* 2005, 1027; *RABG* 2005, 1253 met noot V. Doms.

Hoofdstuk IV. Conclusies

1° De kloof tussen privaatrechtelijk arbeidsrecht en het bestuursrecht blijft bestaan en zal allicht nog blijven. Niet alleen werkt de rechtstraditie in die zin, zelfs wanneer dat niet altijd meer te verantwoorden valt, daarnaast blijft er ook een technisch verschil dat in stand gehouden wordt door gescheiden rechtscolleges⁽³⁸⁰⁾ en vooral door het ontbreken van de rechtscheppende functie van het collectief overleg in de publieke sector. Werken in de publieke sector zal altijd gekenmerkt worden door een aantal specifieke juridische kenmerken⁽³⁸¹⁾. Maar zoals bij het onderscheid arbeiders/bedienden dat geleidelijk ook uitgehold werd, zullen verschilpunten die niet meer als relevant worden beschouwd in het licht van het moderne personeelsbeleid weg-gewerkt moeten worden, zodat het onderscheid veel geringer zal zijn.

2° Er bestaat geen consensus over de algemene toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur in het arbeidsrecht. De autonomie van het arbeidsrecht blijft overeind. De weerstand tegen de principiële erkenning is grotendeels toe te schrijven aan de wens om de concepten van het traditionele arbeidsrecht die vaak steunen op dwingende wetbepalingen niet te laten 'contamineren' door regels uit een andere rechtstak. Niettemin werken ze wel degelijk door via de open rechtsnormen van het arbeidsrecht en via concrete toepassingen waarbij de rechtspraak rekening houdt met de aard van de werkgever. Het feit dat de principiële directe werking van de beginselen van behoorlijk bestuur in het arbeidsrecht afgewezen wordt door een substantieel deel van de arbeidshoven alsook ook door het Hof van Cassatie belet geenszins dat deze indirect doorwerken via de eigen regels van het arbeidsrecht, zoals de rechtspraak en de rechtsleer algemeen aanvaardt. Soms is de band tussen toepassing van het arbeidsrecht en beginselen van behoorlijk bestuur zo klein dat men ten onrechte besluit tot directe doorwerking.

3° Het onderscheid tussen de beginselen van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht in vergelijking met de algemene beginselen in het arbeidsrecht is relatiever dan men denkt. In talrijke gevallen bestaat er grote analogie, hoewel deze niet altijd sterk opvalt, wegens het gebruik van verschillende terminologie die steunt op specifieke wetgeving. Verder blijft ook relevant dat de werkgever in de private sector een vrij grote marge behoudt om zijn economisch beleid gestalte te geven. Daarbij lijkt vooral de omvang, de finaliteit en de publieke dimensie van de onderneming van belang. Dat ook private ondernemingen niet ontsnappen aan de toets van het algemeen belang blijkt uit de recente rechtspraak inzake 'klokkenluiders'. De rechtspraak toetst deze regeling via de doorwerking van de grondrechten en uit de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel via de Antidiscriminatiewet.

4° Er is een toenadering in de arbeidsrechtelijke regels: niet zozeer via rechtspraak (opmars artikel 1134 BW), maar via Europese en nationale regels en recente cao's (Cao nr. 109). Recente rechtspraak en Europese regels bekrachtigen steeds meer van de klassieke regels van behoorlijk ontslag, zoals bekrachtigd door Verdrag nr. 158 in diverse toepassingen. Met deze ontwikkeling sluit het Belgische ontslagrecht zich aan

(380) A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 54.

(381) G. MORRIS, "The Future of the Public/Private Labour Law Divide" in C. BARNARD, S. DEAKIN en G. MORRIS (eds.), *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford, Hart, 2004, 161.

bij de algemene rechtsontwikkeling in Europa. De beginselen van behoorlijk bestuur leveren daarbij een degelijk theoretisch kader waarbinnen verdere evolutie mogelijk is. Ook in het Belgische arbeidsrecht is een dergelijke systematische benadering wenselijk. Recente proefschriften gaan dan ook (terecht) systematisch van dergelijke grondrechtelijke benadering uit.

5° De ongelijke behandeling van ambtenaren en contractanten roept ernstige vragen op inzake het gelijkheidsbeginsel. Deze zullen onvermijdelijk leiden tot meer betwistingen, vooral in gelijke arbeidssituaties. In een aantal gevallen kan de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor deze contractanten een concrete oplossing bieden voor gestelde problemen van ongelijke behandeling. Het gelijkheidsbeginsel wordt zo de hefboom tot geleidelijke harmonisering.

6° Een frequente toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur voor contractanten in overheidsdienst leidt misschien tot een grotere dualiteit in het arbeidsovereenkomstenrecht. Deze dualiteit van het arbeidsrecht is in wezen geen bedreiging voor het arbeidsrecht, dat voldoende flexibel is om rekening te houden met de diversiteit van werkgevers en arbeidsverhoudingen. Zo houdt het arbeidsrecht nu reeds rekening met de omvang van de onderneming en met de mogelijkheden die een onderneming heeft inzake personeelsbeleid. Arbeidsverhoudingen berusten in grote mate op collectief overleg, ongeacht de juridische vorm waarin deze plaatsvindt en berust dus ten dele op andere factoren. Deze variatie wordt niet als problematisch ervaren, omdat het arbeidsrecht voldoende flexibel is om rekening te houden met de aard en de diligentieplicht van de werkgever.

7° Door contractanten systematisch te beroven van de toepassing van beginselen van behoorlijk bestuur *en* van de correcties die het collectief arbeidsrecht biedt, worden contractanten in sommige gevallen gediscrimineerd tegenover gewone werknemers. De huidige impasse rond de motivering van het ontslag in de publieke sector ingevolge het niet implementeren van Cao nr. 109 in de publieke sector is hiervan een symptomatisch verschijnsel. Ook de ontslagbescherming die steunt op cao's van de Nationale Arbeidsraad en die niet van toepassing is in de publieke sector, laat een juridische leemte in de ontslagbescherming. In het bijzonder vraagt ook de rechtspositie van de vakbondsafgevaardigden bijzondere aandacht. De rechtspraak kan dit opvangen door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur effectief te laten doorwerken.