

HANDHAVING VAN EN DOOR HET COLLECTIEF ARBEIDSRECHT

Filip DORSEMONT,
*Professor arbeidsrecht,
Université catholique de Louvain,
Vrije Universiteit Brussel*



INHOUD

I. TEN GELEIDE	113
II. HANDHAVING VAN COLLECTIEF ARBEIDSRECHT	114
A. Vrijheid van vakvereniging	114
B. De vrijheid van collectief onderhandelen	120
C. Het recht op collectieve actie, inclusief het recht om te staken	123
III. HANDHAVING VAN HET ARBEIDSRECHT DOOR COLLECTIEVE ACTOREN	126
A. Legaliteitscontrole op het <i>grassroots</i> -level	126
B. Access to Justice	129
IV. CONCLUSIES	133



Het collectief arbeidsrecht wordt in deze bijdrage beschouwd in het licht van de handhaving. In het kader van deze bijdrage wordt handhaving gedefinieerd als een geheel van geïnstitutionaliseerde technieken die toelaten om op te treden tegen de schending van rechtsnormen met het oogmerk de effectieve toepassing van deze normen te waarborgen.

In een eerste beweging wordt nagegaan hoe drie grondbeginselen van het collectief arbeidsrecht (vrijheid van vakvereniging, de vrijheid van collectief overleg en het recht op collectieve actie) worden gesanctioneerd.

Deze bijdrage overstijgt echter de problematiek van de handhaving van het Belgisch collectief arbeidsrecht. Er wordt ook nagegaan hoe collectieve actoren (werknemersorganisaties, werknemersvertegenwoordigers) een rol spelen op het vlak van de controle van de arbeidsrechtelijke legaliteit. Die controle is tweeledig. Werknemersvertegenwoordigers worden op het niveau van de onderneming gemachtigd om toe te zien op de arbeidsrechtelijke legaliteit, en representatieve werknemersorganisaties worden in bepaalde gevallen gemachtigd om in rechte te ageren ter verdediging van de rechten van individuele werknemers of om collectieve belangen te verdedigen die door bepaalde wetten of cao's worden beschermd.

La présente contribution tend à analyser le droit des relations collectives sous l'angle de vue de l'effectivité du droit. Cette effectivité dépend d'un nombre d'instruments permettant de sanctionner des violations des normes juridiques en vue d'assurer leur application.

Dans un premier temps, l'analyse se focalise sur les outils permettant de sanctionner les violations des principes fondamentaux sous-jacents du droit des relations collectives (la liberté syndicale, le droit de négociation collective et le droit à l'action collective).

La présente contribution dépasse la question de l'effectivité du droit des relations collectives. Elle cherche à mettre en exergue que les acteurs collectifs (les organisations représentatives des travailleurs et les représentants des travailleurs) exercent un contrôle sur le respect de la législation sociale. Ce contrôle s'opère par deux procédures distinctes. Les représentants des travailleurs sont habilités à contrôler le respect de la législation sociale au sein et au niveau de l'entreprise. Les organisations représentatives sont également habilitées à agir en justice en vue de défendre des droits individuels des travailleurs ou de défendre des intérêts collectifs juridiquement protégés par les lois ou les conventions collectives.



I. TEN GELEIDE

1. Het collectief arbeidsrecht wordt in deze bijdrage beschouwd in het licht van de handhaving. Het woord “handhaving” duikt niet op in *De Valks Juridisch woordenboek*. Van Dale geeft wel een bruikbare definitie van handhaven als “zorgen dat iets niet geschonden wordt”.

In het kader van deze bijdrage wordt handhaving gedefinieerd als een geheel van rechtsgeïstitutionaliseerde technieken om op te treden tegen de schending van rechtsnormen met het oogmerk de effectieve toepassing van deze normen te waarborgen. De lezer denkt daarbij spontaan aan administratiefrechtelijke, burgerrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering via de relevante statelijke actoren. Het collectief arbeidsrecht verrijkt die technieken evenwel en laat toe te gewagen van een vorm van handhaving op het meest lokale niveau ⁽¹⁾. Veeleer dan te mikken op de top van de ijsberg, wordt gekeken naar een niveau dat zich onder het wateroppervlak bevindt.

2. Eerst wordt nagegaan hoe drie grondbeginselen van het collectief arbeidsrecht worden gehandhaafd. Daarna staat de handhaving van het arbeidsrecht via een aantal actoren van het collectief arbeidsrecht centraal.

De effectiviteit van het collectief arbeidsrecht staat of valt primair met de juridisch beschermde mogelijkheid

- om werknemers- en werkgeversorganisaties op te richten, *alias* de vrijheid van vakvereniging;
- om toegang te hebben tot een vorm van collectief onderhandelen, *alias* de vrijheid van collectief overleg;
- om te kunnen grijpen naar middelen van collectieve actie ter verdediging en bevordering van werknemers- of werkgeversbelangen, *alias* het recht op collectieve actie.

Het recht op inspraak om via werknemersbetrokkenheid invloed te kunnen uitoefenen op het ondernemersbeleid komt in deze bijdrage niet aan bod.

3. Deze juridisch beschermde mogelijkheid krijgt gestalte via de erkenning van de vrijheid van vakorganisatie, de vrijheid van collectief overleg, het recht op collectieve actie. Deze grondrechten, die de pijlers van het collectief arbeidsrecht vormen, worden in een veelheid van rechtsordes erkend. In deze bijdrage wordt onderzocht hoe deze grondrechten in de Belgische rechtsorde kunnen worden gehandhaafd. De rechtsmiddelen die in de schoot van internationale rechtsordes kunnen worden aangewend in geval van schending van internationale normen, worden niet onderzocht. Verplichtingen die deze rechtsordes stellen aan de handhaving van die grondrechten in de interne rechtsorde, komen sporadisch wél aan bod.

Een dergelijke oefening vooronderstelt dat men concreter nagaat welke aanspraken de titularissen van die grondrechten kunnen doen gelden tegenover personen die deze grondrechten door doen of nalaten schenden. Het in kaart brengen van die aanspraken laat toe de schendingen te bepalen van die aanspraken en de daarop van toepassing zijnde controlemogelijkheden (supervisie) of sancties. In het bestek van deze bijdrage wordt vooral gekeken naar aanspraken die de werknemer mag doen gelden tegenover de werkgever, en minder ten aanzien van de Staat. Aangezien de vrijheid van collectief overleg in een ideaal scenario leidt tot autonome arbeidsrechtelijke normen (cao's), rijst onvermijdelijk de vraag hoe deze normen kunnen worden gehandhaafd in de statelijke rechtsorde

(1) Zie in dit verband T. VAN PEUPE, “Industrial Relations Processes” in J. MALMBERG *et al.*, *Effective Enforcement of EC Labour Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, 77-108.

ten koste van private actoren die deze normen schenden. In de context van deze bijdrage wordt primair gekeken naar de normatieve bepalingen van de cao.

4. Deze bijdrage overstijgt de problematiek van de handhaving van het Belgisch collectief arbeidsrecht. Er wordt ook nagegaan hoe collectieve actoren (werknemersorganisaties, werknemersvertegenwoordigers) een rol spelen op het vlak van de controle van de arbeidsrechtelijke legaliteit. Die controle is tweeledig. Werknemersvertegenwoordigers worden op het niveau van de onderneming gemachtigd om toe te zien op de arbeidsrechtelijke legaliteit, en representatieve werknemersorganisaties worden in bepaalde gevallen gemachtigd om in rechte te ageren ter verdediging van de rechten van individuele werknemers of om collectieve belangen te verdedigen die door bepaalde wetten of cao's worden beschermd.

Tot slot worden enkele conclusies geformuleerd.

II. HANDHAVING VAN HET COLLECTIEF ARBEIDSRECHT

A. Vrijheid van vakvereniging

5. De vraag naar de handhaving van de vrijheid van vakvereniging vooronderstelt dat de concrete aanspraken in kaart worden gebracht die een werknemer of een werkgever mag doen gelden krachtens deze vrijheid. De vrijheid van vakvereniging maakt tot op heden niet het voorwerp uit van een omvattende wettelijke regeling. Die vaststelling houdt verband met het feit dat de wetgever nauwelijks is gekomen tot een specifiek concept van de vrijheid van vakvereniging. In de Belgische Grondwet wordt sedert 1831 slechts de generische vrijheid van vereniging genoemd ⁽²⁾. In 1921 werd de wet tot waarborging der vrijheid van vereniging aangenomen. Deze wet bevat twee specifieke strafrechtelijke bepalingen die betrekking hebben op arbeidsverhoudingen. Ze betreffen om die reden op impliciete wijze de specifieke vrijheid van vakvereniging zonder deze terminologie te bezigen. Artikel 3 beteugelt feitelijke daden, geweldsdaden of bedreigingen om een bepaalde persoon te dwingen deel uit te maken van een vereniging, of daarvan niet deel uit te maken, ofwel hem doet vrezen dat hij zijn *betrekking* zal verliezen of dat zijn persoon, zijn gezin of zijn vermogen schade zou kunnen lijden met eenzelfde oogmerk. Artikel 4 bestraft al wie kwaadwillig, met het doel de vrijheid van vereniging te krenken, het sluiten, het uitvoeren of, zelfs wanneer hij de gebruikelijke opzeggingen in acht neemt, het voortzetten van een *arbeids- of dienstenovereenkomst* afhankelijk stelt, hetzij van de aansluiting, hetzij van de niet-aansluiting van een of meer personen bij een vereniging. Het gebruik van deze terminologie versterkt de indruk dat de wet tot waarborging van de vrijheid van vereniging tot stand kwam teneinde zich rekenschap te geven van een nieuw fenomeen: "het syndicale feit". De omstandigheid dat in deze wet de afkondiging van de negatieve vrijheid van vereniging letterlijk voorop staat en aan de afkondiging van de positieve vrijheid van vereniging voorafgaat, getuigt van een zekere achterdocht ten aanzien van het syndicale feit ⁽³⁾.

6. Bij de inschrijving van de economische, sociale en culturele rechten werd in de niet-exhaustieve enumeratie evenmin melding gemaakt van de vrijheid van vakvereniging ⁽⁴⁾.

(2) Zie art. 23 Belgische Grondwet.

(3) Zie art. 1 wet tot waarborging van de vrijheid van vereniging.

(4) Zie art. 23 Belgische Grondwet.

Deze uitgangssituatie verschilt radicaal van rechtsstelsels waarin de vrijheid van vakvereniging wordt erkend door een grondwettelijke bepaling ⁽⁵⁾ en van rechtsstelsels waarin de vrijheid van vakvereniging het voorwerp uitmaakt van een specifieke wettelijke regeling ⁽⁶⁾. Die regels verduidelijken scherper welke aanspraken ten aanzien van welke partijen uit de vrijheid van vereniging kunnen worden afgeleid.

7. De IAO-conventies nrs. 87 en 98 bieden voor de Belgische rechtsorde een meerwaarde. Beide verdragen werden door België geratificeerd. Alle lidstaten van de IAO dienen deze verdragen te eerbiedigen, aangezien het hier zogenoemde fundamentele conventies betreft, die op grond van het loutere lidmaatschap van de IAO dienen te worden geëerbiedigd ⁽⁷⁾. De bepalingen van beide verdragen zijn voldoende helder en duidelijk geformuleerd om de directe werking van die bepalingen te erkennen ⁽⁸⁾. Artikel 2 van IAO-conventie nr. 87 verduidelijkt dat de vrijheid van vakvereniging ten faveure van werknemers en werkgevers *zonder onderscheid* moet worden gewaarborgd ⁽⁹⁾. Deze bepaling lijkt ons in eerste instantie betrekking te hebben op de verhouding van de Staat tot zijn burgers in hun hoedanigheid van werknemers of werkgevers ⁽¹⁰⁾. Een Staat mag het genot van de vrijheid van vereniging niet zonder grond ontzeggen aan bepaalde categorieën van werknemers. Een meer horizontale dimensie van de non-discriminatie werd uitgewerkt in IAO-conventie nr. 98. Artikel 1 introduceert een beginsel van non-discriminatie in de arbeidsverhouding dat exclusief ten faveure van werknemers werd uitgewerkt, niettegenstaande de vrijheid van vakvereniging zowel voor werknemers als voor werkgevers geldt. Die vaststelling wordt verklaard doordat werkgevers in de praktijk niet worden geconfronteerd met private personen die hen zouden verhinderen om zich aan te sluiten bij een werkgeversorganisatie.

8. Artikel 2, eerste lid van IAO-conventie nr. 98 introduceert een beginsel van niet-inmenging dat de verhoudingen tussen werknemersorganisaties en werkgeversorganisaties heet te beheersen. Dit artikel wordt geconcretiseerd door een tweede lid dat exclusief

- (5) Voorbeelden stammen uit grondwetten die aanzienlijk recenter zijn dan de Belgische Grondwet. Preambule van de Franse Grondwet van 27 oktober 1946: "Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix." Art. 39 Italiaanse Grondwet (1948): "L'organizzazione sindacale è libera." Art. 9 (3) Duitse Grondwet (1949): "Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden." Art. 28 Spaanse Grondwet: "1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato."
- (6) Zie in dit verband: Italië: Titel II Legge 20 mei 1970, nr. 300 (*Statuto dei Lavoratori*); Frankrijk: Loi 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels; Griekenland: Act No. 1264/82, For the democratisation of the trade union movement and the protection of workers' trade union; Spanje: Titel II Estatuto de los trabajadores.
- (7) J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2005, 94.
- (8) Over de afdwingbaarheid van de IAO-conventies, zie C. DENEVE, *Internationaal Arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2003, 81-84.
- (9) J. HODGES-ABERHEARD, "The right to organise in Article 2 of the Convention N° 87 - What is meant by workers 'without distinction whatsoever'?", *International Labour Review* 1989, 177-194. Zie ook INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Freedom of Association. Compilation of decisions of the Freedom of Association*, Genève, ILO, 2018, 59-76.
- (10) Zie ook INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Freedom of Association. Compilation of decisions of the Freedom of Association*, Genève, ILO, 2018, 223-230.

op de bescherming ziet van werknemersorganisaties tegen handelingen van werkgevers of hun organisaties die tot doel hebben op deze werknemersorganisaties een dominante invloed uit te oefenen of deze werknemersorganisaties afhankelijk te maken van financiële voordelen die een dergelijke controle vergemakkelijken.

Deze bescherming tegen inmenging werd tot op heden in België niet omgezet door een specifieke wettelijke bepaling. In een monistisch stelsel bestaat daartoe overigens geen noodzaak. In de praktijk lijkt me deze onachtzaamheid van de wetgever niet tot al te grote problemen aanleiding te hebben gegeven. De meest verregaande uiting van inmenging betreft de creatie van zogeheten “*yellow unions*” die volledig onder controle van een werkgever staan of sterk door de werkgeverszijde worden beïnvloed. De *Compilation* bezigt de term “*puppet unions*”⁽¹¹⁾. Aangezien een louter op het niveau van een onderneming opererende werknemersorganisatie nooit de prerogatieven kan uitoefenen die eigen zijn aan representatieve werknemersorganisaties, komen dergelijke bonden in de private sector nauwelijks voor. In de publieke sector liggen de zaken anders, aangezien aan erkende vakbonden minimale vakbondsrechten werden toegekend⁽¹²⁾. Deze erkende bonden hebben in het verleden overigens wel blijk gegeven van onafhankelijkheid van de werkgeverszijde. Recentelijk heeft het Grondwettelijk Hof op gelukkige wijze verduidelijkt dat het recht om een stakingsoproep te doen geenszins kon worden voorbehouden aan representatieve vakbonden in het kader van een nietigheidsverzoek gericht tegen de wet van 3 augustus 2016 die de legaliteit van de staking bij de NMBS afhankelijk stelde van een ordewoord van een van de representatieve werknemersorganisaties⁽¹³⁾.

9. Het enige denkbare probleem van inmenging dat kan rijzen, betreft de hypothese van huislijsten voor kaderleden in de context van sociale verkiezingen voor de aanduiding van werknemersvertegenwoordigers in de ondernemingsraad⁽¹⁴⁾. Achter deze lijsten kunnen immers *yellow unions* schuilgaan. Doordat de wetgever opteert voor de figuur van lijsten, kan de logische eis van de onafhankelijkheid van die lijsten niet worden geproblematiseerd. Dergelijke eis geldt immers logisch voor “verenigingen” die een meer duurzame roeping hebben. Formeel gezien lijkt de IAO-conventie nr. 98 op dit fenomeen niet van toepassing. Het *Freedom of Association Committee* benadrukt evenwel in de lijn van een aantal instrumenten dat het functioneren van werknemersvertegenwoordigers er niet toe mag leiden dat de positie van vakbonden op ondernemingsniveau wordt ondermijnd⁽¹⁵⁾.

10. De specifieke bepaling die discriminatie beteugelt ten nadele van gesyndiceerde werknemers, werd gedurende lange tijd slechts gewaarborgd door de weinig performante bepalingen van de wet van 24 mei 1921. De weinig efficiënte aard van deze bepalingen houdt verband met de hoge lat die inherent is aan een strafrechtelijke bewijslast. Artikel 4 vooronderstelt daarenboven het bewijs van een *dolus specialis*, een bijzonder oogmerk de

(11) INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Freedom of Association. Compilation of decisions of the Freedom of Association*, Genève, ILO, 2018, 1194.

(12) Zie F. DORSEMONT, “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, 293-316.

(13) Zie GwH 26 juli 2017, overw. B.23.9, al. 2. Zie in dit verband F.-X. LIEVENS, “De la cogestion au ‘service minimum’: un siècle de concertation sociale au sein des Chemins de fer belges”, *TSR* 2019, 247.

(14) Art. 20ter Bedrijfsorganisatiewet. Voor de toegang van kaderleden tot het sociaal overleg, zie P. HUMBLET, “Ze zijn zo lief, meneer. Overpeinzingen bij (het misbruik van) een vergeten beroepsgroep” in P. HUMBLET en A. VAN REGENMORTEL, *Markante standpunten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 83-88.

(15) INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Freedom of Association. Compilation of decisions of the Freedom of Association*, Genève, ILO, 2018, 1582 (zie ook ILO Workers’ Representatives Convention 1971 (nr. 135) en Collective Bargaining Convention 1981 (nr. 154).

vrijheid van vereniging te krenken. De in artikel 3 neergelegde *dolus* wordt eveneens in het licht van artikel 4 geïnterpreteerd als een *dolus specialis* ⁽¹⁶⁾.

11. In de Russische zaak-*Danilenkov* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gewaarschuwd dat de aanwezigheid van strafrechtelijke bepalingen er niet toe mag leiden dat discriminaties ter zake van de vrijheid van vakvereniging niet meer via de maat van de lichtere civielrechtelijke bewijslast kunnen worden bestreden. Zonder uitdrukkelijk voorop te stellen dat dit civielrechtelijk bewijs diende te worden gefaciliteerd door een omkering van de bewijslast, stelde het Hof in § 130 wel: "It therefore agrees that the clear negative effects of DUR membership on the applicants were sufficient to constitute a *prima facie* case of discrimination in the enjoyment of the rights guaranteed by Article 11 of the Convention." ⁽¹⁷⁾

De woorden "*prima facie*" wekken de indruk dat het Hof meent dat een bewijs dat gebaseerd is op indicaties, zou kunnen volstaan.

12. Deze afwezigheid van wettelijke bepalingen werd en wordt in een eerste tijd aangevuld door een aantal interprofessionele cao's. Zo verbiedt de Cao nr. 38 van 6 december 1983 discriminatie bij de aanwerving gebaseerd op het lidmaatschap van een vakbond in het normatieve luik van deze cao ⁽¹⁸⁾. Cao nr. 95 van 10 oktober 2008 verruimt deze verbodsbepaling door voorop te stellen dat het beginsel van gelijke behandeling moet worden nageleefd gedurende de hele arbeidsrelatie, d.i. de relatie die de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagregelingen omvat. Het relevante criterium betreft "het lidmaatschap van een vakbond of een andere organisatie".

13. De meest belangrijke innovatie van het voorbije decennium betreft de aanpassing van de Antidiscriminatiewet door de progammawet van 30 december 2009 ⁽¹⁹⁾. De wetgever kwam hierdoor tegemoet aan een arrest van het Grondwettelijk Hof ⁽²⁰⁾. Het Hof had geoordeeld dat de afwezigheid van een referentie naar "syndicale" overtuigingen leidde tot een discriminatoire behandeling van slachtoffers van discriminatie. Burgers die werden gediscrimineerd op basis van religieuze, levensbeschouwelijke en politieke overtuigingen, werden beter beschermd dan burgers die omwille van hun syndicale overtuigingen werden gediscrimineerd. Het Hof gaf daardoor duidelijk te kennen dat de bestaande strafrechtelijke en conventionele bepalingen ter beteugeling van discriminatie ver onder de maat van de Antidiscriminatiewet lagen.

14. Inmiddels zijn ruim tien jaar verstreken sedert het *aggiornamento* van de Antidiscriminatiewet. Een evaluatie dringt zich dan ook op. Unia heeft zorgvuldig de jurisprudentie in kaart gebracht waarin discriminaties op basis van syndicale overtuiging werden aangeklaagd ⁽²¹⁾. Uit deze jurisprudentie valt alleszins af te leiden dat de instroom van zaken

(16) Zie in dit verband R. BLANPAIN, *De syndikale vrijheid in België*, Antwerpen, Standaard, 1962, 67-70; I. VAN HIEL, "Vrijheid van vakvereniging en verbod van discriminatie op grond van syndicale overtuiging", *TSR* 2017, 740. In zijn *Éléments de droit industriel belge* heeft Velge de draagwijdte van de kwaadwilligheid in de zin van art. 4 omschreven als een *dolus specialis*, zonder uitdrukkelijk te stellen dat de *dolus* van art. 3 dezelfde draagwijdte heeft. Hij ziet art. 4 wel als een bijzondere toepassing van de algemene regels van art. 3 en meent dat een *dolus specialis* impliciet vervat zit in de materiële incriminaties van art. 3 (H. VELGE, *Éléments de droit industriel belge*, II, Bruxelles, Librairie Dewit, 1927, 230-234).

(17) EHRM 30 juli 2009, nr. 67336/01 (*Danilenkov en anderen tegen Rusland*).

(18) Art. 2bis Cao nr. 38.

(19) I. VAN HIEL, "Vrijheid van vakvereniging en verbod van discriminatie op grond van syndicale overtuiging", *TSR* 2017, 741-746; S. BEN AMAR, "Convictions syndicales et protection contre la discrimination", *Soc.Kron.* 2018/1, 1-12.

(20) GwH 2 april 2009, nr. 64/2009.

(21) Zie <https://www.unia.be/nl/rechtspraak-alternatieven/rechtspraak>.

beperkt is gebleven. Sommige rechters blijven terughoudend om bepaalde indicaties als afdoende te beschouwen om tot een omkering van de bewijslast over te gaan. In een arrest van 9 september 2019 gaf het Hof van Cassatie er blijk van een zekere pleinvrees te hebben om in de beoordeling van de appelrechters te treden die *in casu* hadden geoordeeld “dat de enkele omstandigheid dat de eiser werd ontslagen daags na zijn deelname aan een staking, gelet op het feit dat die geplande afwezigheid door de eiser laattijdig en op niet-gebruikelijke wijze aan zijn werkgever werd ter kennis gebracht, met een ernstige verstoring van de werkplanning voor gevolg en de overige aanvoeringen van de eiser niet aannemelijk werden gemaakt, geen discriminatie op grond van syndicale overtuiging *doet vermoeden*”.

Niettegenstaande de eisers in cassatie opwierpen dat deze rechtsoverweging afbreuk deed aan de wettelijke draagwijdte van de voorwaarde waaronder de omkering van bewijslast zou gelden en om die reden erop neerkwam dat aan de eisers in cassatie een volledig bewijs werd opgelegd, oordeelde het Hof in een oneliner dat het “middel op een onjuiste lezing van het arrest berust en feitelijke grondslag mist”⁽²²⁾.

15. Het komt me voor dat het Hof daarbij flagrant miskent dat de Antidiscriminatie-wet geenszins eist dat de eiser feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria *doen* vermoeden, maar wel *kunnen* doen vermoeden⁽²³⁾. De voorgelegde casuspositie wringt des te sterker daar de werkgever, zonder hierin door de appelrechter te worden tegengesproken, een naar Belgisch recht totaal onbestaande individuele stakingsaanzeggingsplicht uit de hoed tovert voor een individuele werknemer. Een dergelijke plicht werd tot op heden enkel uitgewerkt in artikel 4 van de wet van 29 november 2017 betreffende de continuïteit van de dienstverlening inzake personenvervoer per spoor in geval van staking en in artikel 16 van de wet van 23 maart 2019 betreffende de organisatie van de penitentiaire diensten en van het statuut van het penitentiair personeel.

16. Men kan slechts vaststellen dat *in casu* de betrokken werknemer de onderneming wel degelijk voorafgaandelijk op de hoogte heeft gebracht, niettegenstaande geen enkele bepaling in het arbeidsreglement of een toepasselijke cao in een dergelijke verplichting voorzag. Er was om die reden ook geen enkele termijn bepaald, bij gebrek aan een bepaling die de aanzegging verplichtte.

17. Hoe schaars de rechtspraak ook moge zijn, de rigide lijn die door het arbeidshof van Antwerpen werd gevolgd in de zaak-CM CVBA tegen WD, welk arrest niet door het Hof van Cassatie werd gecasseerd, is geen communis opinio. Zo oordeelde het arbeidshof van Gent in een arrest van 12 februari 2020 (RT NV tegen Volvo) dat de schorsing en de overplaatsing binnen dezelfde technische eenheid van een werknemer die eerder (niet-verkozen) kandidaat was geweest bij de sociale verkiezingen van 2016, om reden van een deelname aan wat een spontane staking moet worden genoemd discriminatoir was⁽²⁴⁾. Het arbeidshof van Gent kwam tot dit oordeel omdat de feiten naar zijn inzicht wel degelijk een vermoeden van discriminatie konden doen vermoeden. Het arbeidshof oordeelde dat

(22) Cass. 9 september 2019, AR S.18.0085.N Zie in dit verband F. DORSSEMONT, “Hof van Cassatie heeft moeite met juiste lezing antidiscriminatiewet”, *Juristenkrant* 2020, afl. 401, 12-13. Zie ook I. VAN HIEL, “Over de antidiscriminatiewet en het sanctioneren van stakende werknemers”, *Soc.Kron.* 2020, 217: “Vermits het arbeidshof van Antwerpen (afd. Hasselt) bijgevolg de bewijslastregeling van de Antidiscriminatiewet miskent, is het betreurenswaardig dat het cassatieberoep tegen het arrest op feitelijke gronden werd afgewezen.”

(23) Zie in dit verband ook L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Antwerpen, Larcier, 2020, 37. De auteur toont tevens overtuigend aan dat ook de jurisprudentie van het Arbitragehof in ditzelfde bedje ziek is.

(24) Arbh. Gent 12 februari 2020 (RT NV tegen Volvo), *Soc.Kron.* 2020, 252.

de werkgever er niet in slaagde dit vermoeden adequaat te weerleggen, nu geen misbruik van stakingsrecht werd aangetoond. Het arbeidshof oordeelde eveneens dat de werkgever niet aantoonde dat het verschil in behandeling waarvan de getroffen werknemer het slachtoffer was, gerechtvaardigd zou zijn geweest wegens zijn ietwat "hardere" opstelling als woordvoerder tijdens het conflict. Het oordeelde dat "van een vakbondsmilitant" kon worden verwacht dat hij zich "harder" en meer "veeleisend" opstelde dan de andere werknemers die deelnamen aan de spontane staking.

Het arbeidshof distantieert zich op deze wijze van een lange traditie van intimidatie die klassiek gericht wordt tegen de "volksmenners" die als rotte appels worden weggezet. Het is immers eigen aan een door zijn collega-werknemers aangeduide woordvoerder dat hij of zij niet in eigen naam spreekt. Zijn of haar optreden zal zich situeren in een spel van retoriek en dialectiek die eigen zijn aan collectieve arbeidsverhoudingen waarin een band van ondergeschiktheid in een proces van geformaliseerd of informeel sociaal overleg plaats moet ruimen voor een meer *herrschaftsfreie* dialoog.

18. Ten gronde valt op dat het atypisch karakter van een sociaal conflict tekenend voor beide zaken is. In de zaak-CM CVBA tegen WD was sprake van een door de werknemersorganisaties uitgeroepen proteststaking tegen het regeringsbeleid, terwijl in de zaak-RT NV tegen Volvo sprake was van een spontane staking. De gedachte leeft bij bepaalde werkgevers dat retorsiemaatregelen zich in dergelijke situaties die door hen al snel als politieke stakingen en wilde stakingen zullen worden gekwalificeerd, onttrekken aan het verbod van discriminatie. Die redenering roept een *déjà-vu* gevoel op aan een tijdperk waarin rechters typologieën van stakingen ontwierpen. Stakingen die buiten de lijntjes kleurden van met arbeidsvoorwaarden samenhangende stakingen die door vakbonden werden georganiseerd, gaven in die optiek al sneller aanleiding tot een erkenning van het ontslag om dringende reden⁽²⁵⁾. Er mag dan ook worden herinnerd aan het arrest-Debruyne van het Hof van Cassatie van 21 december 1981⁽²⁶⁾. In dit arrest heeft het Hof deze typologieën begraven door in beginsel de rechtmatigheid in hoofde van individuele werknemers te erkennen van de collectieve en vrijwillige stopzetting van de contractueel bedongen arbeid waarnaar de Prestatiewet verwijst. Deze omschrijving onderwerpt de erkenning van het recht om te staken niet aan een procedurele of teleologische voorwaardelijkheid. Het is niet aan de arbeidsrechtbanken en de arbeidshoven om die klok terug te draaien, uitgerekend op een moment dat bijna dertig jaar later een mechanisme tot stand kwam dat toelaat het recht om te staken effectief te handhaven. In dit verband moet ook worden gewaarschuwd dat het beginsel van non-discriminatie een fundament betreft van de bescherming van de vrijheid van vakvereniging. Zonder afbreuk te willen doen aan de legitimiteit van een stelsel waarin bepaalde prerogatieven in verband met het sociaal overleg worden voorbehouden aan representatieve organisaties, mag dit onderscheid er niet toe leiden dat niet-representatieve organisaties beroofd worden van essentiële vakbondsrechten⁽²⁷⁾. De bescherming van vakbondslidmaatschap tegen discriminatoire handelingen raakt die essentie.

(25) I. VAN HIEL, "Staking en collectieve actie in de naoorlogse Belgische rechtspraak en rechtsleer", *TSR* 2012/2, 159-163. Lucien François heeft deze classificatie van geoorloofde en niet geoorloofde stakingen eveneens geheld in zijn onvolprezen traktaat (L. FRANÇOIS, *Théorie des relations collectives du travail en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1980, 114-118).

(26) Cass. 6 december 1981, *RW* 1981-82, 2525. Voor een jubileumbundel naar aanleiding van 25 jaar stakingsrecht, zie C. DEVOS en P. HUMBLET, *Arbeid vs. Kapitaal. Een kwarteeuw stakings(recht)*, Gent, Academia Press, 2007, 214 p.

(27) Anders: L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 286. De auteur haalt in dit verband een passus uit een jeugdwerk van mezelf aan, waar ik een kwarteeuw later nog steeds achter sta – "Ce n'est qu'un idiot qui ne change pas d'idées" –, maar dat uit zijn context werd gerukt.

19. Het verbod van discriminatie op basis van syndicale overtuigingen in de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 beschermt niet enkel een overtuiging die men *in pectore* mag koesteren, maar eveneens de manifestatie van die overtuiging doorheen deelname aan collectieve acties. Het Grondwettelijk Hof onderscheidde in zijn jurisprudentie drie componenten van de discriminatiegrond “syndicale overtuiging”: het lidmaatschap van of het behoren tot een vakorganisatie en de activiteit die in het kader van een dergelijke organisatie wordt gevoerd ⁽²⁸⁾. Het onderscheid tussen lidmaatschap (*affiliation*) en het behoren tot een vakorganisatie (*appartenance*) is niet kristalhelder. Het zijn geen synoniemen, aangezien het Hof in een daaropvolgend arrest (nr. 123/2009) uitdrukkelijk van drie componenten van de syndicale overtuiging gewag maakt ⁽²⁹⁾.

Immers, men ziet niet onmiddellijk in hoe men tot een vakorganisatie kan behoren zonder er lid van te zijn. Men kan *prima facie* evident denken aan een persoon die lid is en een werknemer die werkt voor een vakorganisatie. Behoort die werknemer die bij hypothese geen lid is, dan tot die vakorganisatie? In de praktijk zal van dergelijke werknemers gevraagd worden lid te worden van een vakorganisatie van dezelfde zuil. Dit hoeft niet per se dezelfde vakorganisatie te zijn waarvoor hij of zij werkt. Het is niet omdat men een arbeidsovereenkomst sluit met een werkgever, dat men om die reden tot die werkgever behoort.

Mogelijk kan men denken aan een vorm van sympathie van een niet-aangesloten werknemer die gehoor geeft aan een ordewoord of die bij de sociale verkiezingen stemt voor een vakorganisatie of die op een door de vakorganisatie ingediende lijst wordt vermeld. Men dient immers formeel geen lid te zijn van een vakorganisatie om op een lijst te staan. Behoren tot (of *appartenance*) komt dicht bij het in het Franse recht uitgewerkte concept van *audience* ⁽³⁰⁾. Men geeft gehoor aan wat de vakorganisatie vooropstelt.

B. De vrijheid van collectief onderhandelen

20. De vrijheid van collectief onderhandelen moet onderscheiden worden van een recht op toegang tot een onderhandelingsstafel en van een recht om cao's te sluiten. Vrijheid van collectief onderhandelen kenmerkt zich wezenlijk door een vorm van voluntarisme. De vraag welke concrete aanspraken een werknemersorganisatie kan laten gelden op basis van dit grondrecht en ten aanzien van welke actoren, is om die reden relevant voor de vraag van de handhaving. De Belgische Grondwet erkent in artikel 23 een recht op collectief onderhandelen. Deze uitdrukking wekt ten onrechte de indruk dat collectief onderhandelen het voorwerp van een opeisbaar recht zou vormen. De Franse taalversie maakt gewag van een *droit de négociation collective*. Deze uitdrukking is veel fijnmaziger. Het gebruik van de term “de” in plaats van “à” bevestigt dat hier sprake is van een sfeer van vrijheid. Zo maakt diezelfde Grondwet in artikel 27 gebruik van de term *droit de s'associer* om het recht van vereniging uit te drukken. In zijn magistraal proefschrift heeft collega Pecinovsky niet minder dan 22 indicatoren ontwikkeld om de vrijheid van collectief onderhandelen concreter gestalte te geven op basis van een zorgvuldige analyse van de fundamentele conventies van de IAO en hun interpretatie door zogeheten *supervisory bodies* ⁽³¹⁾. De auteur ordent

(28) GwH 2 april 2009, nr. 64/2009.

(29) GwH 16 juli 2009, nr. 123/2009, overw. B.4.2: “Het lidmaatschap van of het behoren tot een vakorganisatie en de activiteit die in het kader van een dergelijke organisatie wordt gevoerd, moeten worden beschouwd als uitingen van de syndicale mening van de betrokken persoon. Het slachtoffer van een discriminatie op grond van zijn lidmaatschap van een vakorganisatie, van het feit dat hij daartoe behoort of van zijn syndicale activiteit is derhalve eveneens het slachtoffer van een discriminatie op grond van zijn syndicale overtuiging, zodat de drie aangehaalde discriminatiegronden vervat zijn in die van de syndicale overtuiging.”

(30) Art. L. 2121-1 Code du Travail.

(31) P. PECINOVSKY, *EU economic governance en het recht op collectief onderhandelen*, Brugge, die Keure, 2019, 308-316.

al deze indicatoren op twee grote assen. De eerste as betreft de verplichting van de overheid tot de promotie van het collectief overleg en de tweede as betreft de verplichting van die overheid om het voluntarisme van het collectief overleg te respecteren door zich te onthouden van interventie of door op prudente wijze gebruik te maken van interventie. De vrijheid van collectief overleg wordt in die zin geconcipieerd als de uitoefening van collectieve autonomie.

21. De *handhaving* van de vrijheid van collectief overleg leidt in die zin tot twee complexe vragen. Hoe kan een Staat gedwongen worden zijn plicht tot promotie van de vrijheid van collectief onderhandelen te handhaven, indien hij nalatig is? Hoe kan een Staat het verbod handhaven om zelf niet te interveniëren op een wijze die de collectieve autonomie schendt? In het eerste geval rijst een probleem van overheidsaansprakelijkheid wegens stilzitten. In het tweede geval is er sprake van overheidsaansprakelijkheid wegens onwettig optreden. In beide gevallen moet heil gezocht worden in een objectief contentieux waarin de naleving van normen centraal staat in een verticale verhouding.

Geen van de door Pecinovsky aangegeven indicatoren vestigt een concrete aanspraak vanwege een werknemer of een vakbond die een aansprakelijkheid genereert tegenover een werkgever of een werkgeversorganisatie.

22. De handhaving van de vrijheid van collectief overleg komt in een horizontale verhouding vooral aan bod indien een cao eenmaal is gesloten. In dergelijke hypothese rijst de vraag naar de handhaving van de cao's *c.q.* van cao's die algemeen verbindend verklaard zijn. In beide gevallen veronderstelt de aanwezigheid van dergelijke handhaving-instrumenten dat een Staat zich reeds heeft gekweten van zijn plicht om het collectief overleg te promoten door aan de producten van de collectieve autonomie een bindende kracht te geven.

Naar Belgisch recht kan worden gesteld dat deze handhaving zeer adequaat is in vergelijking met andere lidstaten van de Europese Unie. Handhaving veronderstelt vooreerst dat cao-normen bindend zijn. Cao's worden naar Belgisch recht geenszins als gentlemen's agreements gekwalificeerd. De Belgische Staat heeft een omvattend wettelijk kader uitgebouwd ter handhaving van de cao's ⁽³²⁾. De individuele normatieve bepalingen van de cao genieten een *extension automatique*. Ze zijn bindend voor alle werknemers van een gebonden werkgever ⁽³³⁾. Het instrument van de algemeenverbindendverklaring laat overigens toe dat de binding van sectorale en intersectorale cao's wordt verruimd tot niet bij de ondertekenende werkgeversorganisaties aangesloten werkgevers en hun werknemers. Deze bindende normen worden via een aantal technieken adequaat gehandhaafd. De individuele normatieve bepalingen worden immers *ex lege* geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst ⁽³⁴⁾. Alle technieken die de handhaving van de individuele arbeidsovereenkomst betreffen, komen op die wijze binnen het handbereik van de werknemers en de werkgevers. De schending van de normatieve bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde cao wordt bovendien beteugeld via een sanctie van niveau 1 ⁽³⁵⁾.

(32) F. KÉFER en A. LAMINE, "La sanction du non-respect, par l'employeur des obligations trouvant leur source dans des conventions collectives: questions choisies" in E. DERMINE en V. VANNES, *La loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires?*, Bruxelles, Larcier, 2019, 269-370.

(33) Zie art. 19 Cao-wet.

(34) Art. 11 en 23 Cao-wet. Zie ook J.-Ph. CORDIER en A. GUÉRIT, "La convention collective incorporée dans le contrat de travail" in F. DORSEMONT, P.-P. VAN GEHUCHTEN, L. DEAR en J.-Ph. CORDIER, *Organes et instruments de la concertation sociale: enjeux contemporains*, Luik, Wolters-Kluwer, 2020, 115-142.

(35) Art. 189 Sociaal Strafwetboek.

23. Aangezien de handhaving van de algemeen verbindend verklaarde cao superieur is aan deze van een niet algemeen verbindend verklaarde cao, rijst de vraag of de bevordering van het collectief overleg geen principiële plicht inhoudt om in paritaire organen gesloten cao's algemeen verbindend te verklaren. Dit lijkt immers de beste methode om gestalte te geven aan een verplichting om het cao-overleg te bevorderen. Een van de meest voor de hand liggende redenen om de algemeenverbindendverklaring te weigeren betreft een negatieve evaluatie ingevolge een legaliteitscontrole. De problematiek van de legaliteit van de cao in de context van de neerlegging en de algemeenverbindendverklaring werd in het verleden uitvoerig onderzocht ⁽³⁶⁾. Een weigering op grond van legaliteit kan geen schending inhouden van de vrijheid van collectief overleg. Zo weigerde het Hof van Justitie in de zaak-*Hennigs* tot een afweging over te gaan tussen het discriminatieverbod enerzijds en de in artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde vrijheid van collectief overleg anderzijds. Het Hof stelde: "In dit verband doet het feit dat het Unierecht zich verzet tegen die maatregel en dat deze is opgenomen in een cao, geen afbreuk aan het in artikel 28 van het Handvest opgenomen recht om collectief te onderhandelen en cao's te sluiten." ⁽³⁷⁾ De gelding van het recht om collectief te onderhandelen vooronderstelt in die optiek het respect van de legaliteit.

24. Veel minder aandacht kreeg de vraag of de Koning uit loutere opportuniteitsoverwegingen de algemeenverbindendverklaring kan weigeren. Uit het advies van de Raad van State blijkt dat de Koning een algemeenverbindendverklaring kan weigeren om redenen van *algemeen belang* ⁽³⁸⁾. Indien de minister van oordeel is de algemeenverbindendverklaring niet aan de Koning te kunnen voorstellen, brengt hij de redenen daarvan ter kennis van het betrokken paritair orgaan ⁽³⁹⁾. Hieruit blijkt dat de minister wel degelijk de verzoekende partijen van antwoord moet dienen, zelfs indien het verzoek *niet* uitgaat van het paritair orgaan. Artikel 29 bepaalt evenwel geen termijn waarbinnen de minister een weigering moet motiveren.

In de praktijk komt een weigering van algemeenverbindendverklaring om redenen van opportuniteit weinig voor ⁽⁴⁰⁾. Tegen een weigering na een verzoek om redenen van legaliteit of opportuniteit staat een rechtsmiddel open bij de Raad van State. Bij wijze van vergelijking: in een relatief recente zaak oordeelde het Gerecht van het Hof van Justitie dat een weigering van een gezamenlijk verzoek aan de Commissie om een voorstel van richtlijn aan te nemen om een Europese cao om te zetten in een richtlijn, vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring ⁽⁴¹⁾. De verplichting om die weigering formeel te motiveren, faciliteert deze mogelijkheid om naar de rechter te stappen. De in artikel 29 van de Cao-wet verankerde verplichting om een weigering te motiveren over een individueel verzoek prefigureert de Wet Motivering Bestuurshandelingen. Het komt me voor dat de beslissing om

(36) Zie G. COX, "Cao's: moeilijk evenwicht tussen autonomie en wettigheid?" in P. HUMBLET en A. VAN REGENMORTEL, *Markante standpunten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 11-27; G. COX en K. LEUS, "De rol van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de collectieve arbeidsverhoudingen: de legaliteitstoets bij neerlegging en algemeenverbindendverklaring van cao's" in M. RIGAUX en G. COX, *Omtrent behoorlijk bestuur van collectieve arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 129-184; J.-F. NEVEN en P. JOASSART, "Le contrôle de la légalité des conventions collectives du travail" in J.-Ph. CORDIER, *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Brussel, Bruylant, 2008, 63-106.

(37) HvJ 8 september 2011, nrs. C-297/10 en C-298/10 (§ 78).

(38) Adv.RvS, *Parl.St.* Senaat 1966-67, nr. 14, 93.

(39) Art. 29 Cao-wet.

(40) Zie G. COX, "Cao's: moeilijk evenwicht tussen autonomie en wettigheid?" in P. HUMBLET en A. VAN REGENMORTEL, *Markante standpunten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 198: "Opportuniteitsredenen spelen in de praktijk geen rol."

(41) HvJ 24 oktober 2019, nr. T-310/18, *European Federation of Public Service Unions (EPSU), Jan Goudriaan vs Commission européenne*. Zie in dit verband F. DORSEMONTE, "La non promozione del dialogo sociale europeo: osservazioni sul caso EPSU", *Lavoro e diritto* 2020, 519-538.

een verzoek tot algemeenverbindendverklaring al dan niet goed te keuren een individueel karakter heeft, niettegenstaande de cao zelf een reglementair karakter heeft in de zin van artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Een dergelijke beslissing is een beslissing die wordt genomen na een voorafgaand verzoek van een individuele partij of van individuele partijen en heeft slechts betrekking op de algemeenverbindendverklaring van één cao. Om die reden moet een beslissing tot algemeenverbindendverklaring niet worden onderworpen aan de controle van de afdeling wetgeving van de Raad van State ⁽⁴²⁾.

C. Het recht op collectieve actie, inclusief het recht om te staken

25. De meest klassieke modaliteit van het recht op collectieve actie betreft de werkstaking. Traditioneel wordt de staking gedefinieerd als de vrijwillige niet-uitvoering van de contractueel bedongen arbeid in een collectief verband ⁽⁴³⁾. Welke concrete aanspraken kan een werknemer laten gelden ten aanzien van zijn werkgever krachtens dit recht, en hoe moet dit recht worden gehandhaafd? Op eerste gezicht lijkt die vraag bevreemdend. Een werknemer lijkt niet aangewezen op een bepaalde handeling van zijn werkgever teneinde iets *niet* te doen. De effectiviteit van het recht om te staken staat of valt met twee fundamentele aanspraken ten aanzien van de werkgever om iets na te laten. Zonder de effectiviteit van die aanspraken, zijn erkenningen van het recht om te staken gespeend van praktische relevantie. Vooreerst staat of valt de erkenning van het recht om te staken met een effectieve ontslagbescherming c.q. elke bescherming tegen een discriminatoire handeling wegens de syndicale overtuiging van de werknemer. Een deelname aan een wettige staking kan geen dringende reden vormen. De deelname aan een staking kan evenmin een *justa causa demissionis* vormen voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met eerbiediging van de opzeggingstermijnen c.q. mits betaling van een opzeggingsvergoeding. De Antidiscriminatiewet biedt het slachtoffer van een dergelijke vorm van discriminatie een vorm van rechtsherstel via een forfaitaire compensatie van zes maanden. Niet enkel de schade dient niet te worden bewezen, noch de omvang, ook het bewijs van de discriminatie wordt aanzienlijk vergemakkelijkt door een voorwaardelijke omkering van de bewijslast. De Antidiscriminatiewet biedt evenwel geen enkele juridische waarborg voor de nietigheid van een dergelijk ontslag of op een re-integratie in de dienstbetrekking ⁽⁴⁴⁾. Door deze sanctie *niet* te voorzien, schendt België op manifeste en aperte wijze de verplichtingen die voortvloeien uit de ratificatie van het Europees Sociaal Handvest en uit de IAO-verdragen nrs. 87 en 98 ⁽⁴⁵⁾.

(42) J.-F. NEVEN en P. JOASSART, "Le contrôle de la légalité des conventions collectives du travail" in J.-Ph. CORDIER, *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail*, Brussel, Bruylant, 2008, 69, en instemmend met deze visie G. COX, "Cao's: moeilijk evenwicht tussen autonomie en wettigheid?" in P. HUMBLET en A. VAN REGENMORTEL, *Markante standpunten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 19.

(43) Zie in dit verband art. 1 Prestatiewet.

(44) Zie Arbh. Brussel 6 april 2007, *Soc.Kron.* 2007, 15, met noot J. BUELENS. Zie ook I. VERHELST en S. RAETS, "Discriminatie op de arbeidsplaats: gewikt en gewogen. Een overzicht van de rechtspraak van de arbeidsgerechten betreffende de antidiscriminatiewetten van 10 mei 2007", *Or.* 2011, 100-101.

(45) Zie in dit verband CONSEIL DE L'EUROPE, *Digest de Jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*, 2018, 106 (<https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-fr/1680939fa8>): "La grève ne peut pas être considérée comme une violation des obligations contractuelles des grévistes entraînant à ce titre la rupture." INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Freedom of Association. Compilation of decisions of the Freedom of Association*, Genève, ILO, 2018, 207: "106. It would not appear that sufficient protection against acts of anti-union discrimination, as set out in Convention No. 98, is granted by legislation in cases where employers can in practice, on condition that they pay the compensation prescribed by law for cases of unjustified dismissal, dismiss any worker, if the true reason is the worker's trade union membership or activities."

26. Een tweede pijler van de handhaving betreft het verbod voor een werkgever van het beroep op werknemers die de taken overnemen van de stakende werknemers. In de *Compilation of Decisions* van het *Freedom of Association Committee* wordt een principieel verbod vooropgesteld om werknemers te rekruteren ter vervanging van stakende werknemers⁽⁴⁶⁾.

Deze pijler is minder solide, maar er zijn belangrijk aanzetten uitgebouwd in het Belgisch recht.

In een aantal scenario's heeft de wetgever uitdrukkelijk het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde duur verboden ter vervanging van werknemers die in staking zijn. Bekend is artikel 11 *ter* van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat de mogelijkheid biedt om een werknemer aan te werven ter vervanging van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst is geschorst. Artikel 11 *ter* stelt dat een dergelijke werknemer "in dienst kan worden genomen onder voorwaarden die afwijken van deze wet, wat de duur van de overeenkomst en de opzeggingstermijn betreft". *Evenwel* kan van deze figuur geen gebruik worden gemaakt in geval van een schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens staking of lock-out.

27. In de Belgische rechtsorde bestaat een conventionele bepaling die bepaalt dat "een uitzendbureau geen uitzendkrachten bij een gebruiker kan tewerkstellen of aan het werk kan houden in geval van staking of lock-out". Deze bepaling ligt vervat in artikel 19 van Cao nr. 108. De Cao nr. 108 werd gesloten in uitvoering van artikel 1, § 5 van de Uitzend arbeidswet, waarin bepaald wordt dat "de na te leven procedure en de duur van de tijdelijke arbeid worden geregeld bij een door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst". Artikel 19 van Cao nr. 108 herneemt verbatim artikel 8 van de opgeheven Cao nr. 58.

In een letterlijke lezing gaat deze bepaling veel verder dan een verbod om enkel stakende werknemers door uitzendkrachten te *vervangen*. Ook het eerste gedeelte van de bepaling kan niet in die zin worden gelezen. Het impliceert immers een algemeen en tijdelijk inleningsverbod ingeval een staking of een lock-out uitbreekt, ongeacht of de uitzendkrachten worden aangewend om een werknemer wiens arbeidsovereenkomst werd geschorst wegens staking of lock-out te vervangen. Bovendien wordt in de cao bepaald dat uitzendkrachten die reeds waren tewerkgesteld gedurende de periode van de staking of de lock-out, dienen te worden teruggeroepen. Deze uitzendkrachten voerden per definitie andere taken uit dan deze die door de stakers werden uitgevoerd. De Belgische conventionele bepalingen reguleren eveneens de hypothese van een lock-out.

28. In een zeer doorwrochte annotatie hebben Humblet en Vanthournout⁽⁴⁷⁾ op overtuigende wijze aangetoond dat deze cao-bepaling ruim moet worden geïnterpreteerd. *Ratione personae* (welke uitzendkrachten?) *et loci* (binnen welke omschrijving?) geldt een verbod op het inzetten of behouden van uitzendkrachten bij de gebruiker als rechtspersoon. Hiermee wordt niet bedoeld op een institutioneel ondernemingsbegrip dat bij de

(46) INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Freedom of Association. Compilation of decisions of the Freedom of Association*, Genève, ILO, 2018, 172: "918. The hiring of workers to break a strike in a sector which cannot be regarded as an essential sector in the strict sense of the term, and hence one in which strikes might be forbidden, constitutes a serious violation of freedom of association.

A strike should not be considered a violation of the contractual obligations of the striking employees entailing a breach of their employment contract. It should be accompanied by a prohibition of dismissal. If, however, in practice, strikers are fully reinstated when the strike has ended and their previously acquired entitlements (e.g. concerning pensions, holidays and seniority) are not affected, then formal termination of the employment contract does not violate Article 6§4."

(47) P. HUMBLET en J. VANTHOURNOUT, "Uitzendarbeid en staking: behoefte aan een duidelijke regeling?", *RW* 2006-07, 374-377.

afbakening van de toepassingsfeer zou toelaten om abstractie te maken van de juridische personificatie. De perimeter wordt geconditioneerd door de juridische vormgeving. Van tel is de onderneming die een rechtspersoon drijft. Binnen die perimeter is er evenmin ruimte om de toepassingsfeer te beperken tot de relevante beroepscategorie die staakt. Naar Frans recht bestaat eveneens een algemeen geformuleerd verbod om een beroep te doen op uitzendkrachten om werknemers te vervangen waarvan de arbeidsovereenkomst werd geschorst als gevolg van een collectief conflict (bv. staking)⁽⁴⁸⁾. Het Franse Hof van Cassatie heeft niet geaarzeld deze bepaling breed te interpreteren en een veroordeling van een werkgever overeind te houden die de omvang van het werk van een aantal uitzendkrachten wilde vermeerderen die nochtans voorafgaandelijk aan het uitbreken van het conflict waren ingehuurd⁽⁴⁹⁾.

29. Er lijken ons minstens vier scenario's te bestaan waarin een werkgever gebruikmaakt van arbeidskrachten teneinde de arbeidstaken van stakers over te nemen, die geenszins zijn verboden. Het bestaan van die mogelijkheid kan ertoe leiden dat het recht om te staken van zijn nuttig effect wordt bevrijd.

Vooreerst kan een werkgever nog steeds een beroep doen op de gewone arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur. Deze figuur heeft evenwel het grote nadeel dat de werkgever niet noodzakelijk kan weten hoelang een staking zal duren. Dit probleem kan wel ontweken worden door een successie van korte arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur. De wetgever heeft evenwel die mogelijkheid ontraden in artikel 10 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Dit artikel stelt een bewijs voorop in hoofde van de werkgever dat de opeenvolgende overeenkomsten gerechtvaardigd zijn wegens de aard van het werk of wegens andere wettige redenen. Het lijkt me niet evident dat de wil om een staking te breken daaronder valt.

De derogaties die artikel 10*bis* van de Arbeidsovereenkomstenwet bieden, zijn weinig relevant, omdat de werkgever in dit scenario overeenkomsten tekent voor telkens minstens drie maanden.

Een derde scenario betreft de outsourcing van de door stakers verrichte contractueel bedongen arbeid. In een dergelijk scenario sluit de werkgever een commerciële overeenkomst met een onderneming die via de eigen werknemers van die onderneming de door de stakers uitgeoefende taken laat uitvoeren. Deze techniek is naar Belgisch recht niet uitdrukkelijk verboden. In Nederland werd deze techniek uitdrukkelijk legitiem geacht door het Hof te Amsterdam, nu geen wettelijke bepaling voorhanden was die deze praktijk verbood⁽⁵⁰⁾. Een beroep van de vakbond FNV op artikel 6, § 4 van het Europees Sociaal Handvest faalde naar recht.

In een vierde scenario doet de werkgever een beroep op vrijwilligers die de contractueel bedongen arbeid uitvoeren. In het arrest-Entremont heeft het Franse Hof van Cassatie deze techniek legitiem geacht, in weerwil van de grondwettelijke erkenning van het recht om te staken⁽⁵¹⁾.

30. Van een geheel andere orde is de vraag of het recht op collectieve actie kan worden ingezet om het respect te eisen voor de arbeidsrechtelijke legaliteit. Artikel 6, § 4 van het Europees Sociaal Handvest erkent het recht op collectieve actie in geval van belangengeschillen. Het ligt *prima facie* voor de hand om te stellen dat een collectieve actie in de

(48) Art. L. 1251-10 Code du Travail.

(49) Cour de cassation, Chambre sociale, 2 maart 2011, 10-13.634.

(50) Hof Amsterdam 24 januari 2008, JAR 2008/105 (NedTrain). Zie ook A. JACOBS, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, 237-238.

(51) Cour de Cassation, Chambre sociale, 11 januari 2000, 97-22.025.

context van een rechtsgeschil om die reden niet onder artikel 6, § 4 van het Europees Sociaal Handvest valt. Daarbij passen twee belangrijke kanttekeningen. Vooreerst belet artikel 6, § 4 van het Europees Sociaal Handvest niet dat een Staat die het Europees Sociaal Handvest ratificeerde een ruimere rechtsbescherming verleent. Ten tweede is het onderscheid tussen belangengeschillen en rechtsgeschillen niet zo scherp. Een concreet voorbeeld kan dit verduidelijken. Indien werknemers in staking gaan om de re-integratie te vragen van een ontslagen werknemer, bijvoorbeeld een lid van de vakbondsafvaardiging, moet een dergelijke actie niet per se worden gekaderd in de context van een rechtsgeschil over de rechtmatigheid van een dergelijk ontslag⁽⁵²⁾. Het ordewoord houdt niet per se een betwisting in van de rechtmatigheid van een ontslaghandeling, maar kan evengoed een betwisting inhouden van de opportuniteit van een dergelijk ontslag. De denkbare tegenwerping dat het bestaan van een juridische procedure zich verzet tegen het gebruik van het stakingswapen als *ultimum remedium* overtuigt evenmin. Vooreerst heeft het Hof van Cassatie nooit gesteld dat slechts naar het stakingswapen kan worden gegrepen bij wijze van *ultimum remedium*. Bovendien kan geen enkele juridische procedure tot een rechterlijk bevel leiden om de ontslagen werknemer opnieuw in dienst te nemen. Indien de doelstelling van de actie de re-integratie is, kan geen heil worden verwacht van de juridische procedure en is staken de enige remedie.

III. HANDHAVING VAN HET ARBEIDSRECHT DOOR COLLECTIEVE ACTOREN

31. In een klassieke benadering wordt statelijk recht gehandhaafd via administratieve en jurisdictionele instelling van het staatsapparaat. Het is kenmerkend voor het arbeidsrecht dat werknemersvertegenwoordigers en werknemersorganisaties op een meer lokaal niveau controle kunnen uitoefenen op het respect van de arbeidsrechtelijke legaliteit op ondernemingsniveau en betrokken kunnen worden in het proces van handhaving van het recht door de instellingen van het staatsapparaat (sociale inspectie en rechterlijke macht).

A. Legaliteitscontrole op het *grassroots*-level

32. Op het niveau van wat een onderneming heet te zijn, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de vakbondsafvaardiging en twee gemengde overlegorganen (de ondernemingsraad en het Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk - CPBW).

Luidens artikel 11, 3° van Cao nr. 5 betreft de toepassing in de onderneming van de sociale wetgeving, van de collectieve arbeidsovereenkomsten, van het arbeidsreglement en van de individuele arbeidsovereenkomsten een van de bevoegdheden van de vakbondsafvaardiging. Deze bevoegdheid spoort met een van de algemene beginselen die in artikel 2 van Cao nr. 5 worden gememoreerd: “De werkgevers eerbiedigen de waardigheid der werknemers en zij maken ervan een erepunt hen met rechtvaardigheid te behandelen.”

33. Rechtvaardigheid en respect voor de legaliteit gaan hand in hand. De controle door de vakbondsafvaardiging op het respect van de legaliteit waarborgt een minimum aan dialectiek. Dit algemeen beginsel vindt ook een uitloper in de obligatoire bepaling van artikel 5 van Cao nr. 5. Luidens dit artikel “verbinden alle ondertekenende interprofessionele organisaties zich ertoe aan hun aangesloten organisaties aan te bevelen:

- respectievelijk de ondernemingshoofden en de syndicale afgevaardigden te verzoeken in alle omstandigheden blijf te geven van zin voor rechtvaardigheid, billijkheid en verzoening die bepalend zijn voor de goede sociale verhoudingen in de onderneming;

(52) *Contra* Arbh. Brussel 1 december 1989, JTT 1990, 80.

- er over te waken dat dezelfde personen de sociale wetgeving, de collectieve arbeids-overeenkomsten en het arbeidsreglement naleven en hun inspanningen bundelen ten einde de naleving ervan te verzekeren”.

34. Artikel 11 van Cao nr. 5 geeft de domeinen aan waarbinnen de bevoegdheden worden uitgeoefend, terwijl de daaropvolgende artikelen van Hoofdstuk V concrete instrumenten aanreiken om die bevoegdheden uit te oefenen. Voor de materiële toepassingsfeer van de arbeidsrechtelijke legaliteit, lijken me vooral relevant: de bevoegdheid om te worden gehoord in geval van geschillen of betwistingen van collectieve aard (art. 11 Cao nr. 5) en het recht om een belanghebbende werknemer bij te staan die een individuele klacht indient (art. 13 Cao nr. 5) en gebeurlijk daaromtrent achteraf wenst te worden gehoord. Het gebruik van de woorden geschil (*litiges*) of betwisting (*différend*) in de artikelen 12 en 13 van Cao nr. 5 wijst niet op eenduidige wijze op belangengeschillen, maar kan evengoed betrekking hebben op rechtsgeschillen omtrent de naleving van de arbeidsrechtelijke legaliteit. De in artikel 11 van Cao nr. 5 genoemde bevoegdheid om te onderhandelen lijkt me niet onmiddellijk relevant. Het betreft hier overigens eerder een instrument dan een bevoegdheidsdomein. Onderhandelingen strekken ertoe om cao's in het leven te roepen om een belangengeschil te beslechten. Een onderhandelingsbevoegdheid zou slechts nuttig zijn in het kader van een geschil over de toepassing van de arbeidsrechtelijke legaliteit in zoverre de interpretatie van een ondernemings-cao het voorwerp vormt van het rechtsgeschil. Een te onderhandelen interpretatieve cao op ondernemingsvlak kan dan voor die specifieke rechtsbron een oplossing bieden.

35. Artikel 14 van Cao nr. 5 heeft betrekking op een informatieplicht van de werkgever ingeval zich “veranderingen” voordoen “die de contractuele of gebruikelijke arbeids- en beloningsvoorwaarden *kunnen* wijzigen, met uitzondering van inlichtingen van individuele aard”. Deze bepaling lijkt evenmin onmiddellijk relevant voor de kwestie van de legaliteitscontrole. Het zich voordoen van die “veranderingen” en de mogelijke evolutie van een juridisch kader worden allicht bemiddeld door een werkgeversbeleid. Dit recht op informatie lijkt me dan ook eerder relevant voor belangengeschillen. Artikel 14 van Cao nr. 5 bepaalt evenwel dat de vakbondsafvaardiging eveneens moet worden ingelicht over “de wijzigingen welke voortvloeien uit de wet, de collectieve overeenkomsten of de bepalingen van algemene aard die in de individuele arbeidsovereenkomsten zijn opgenomen, voornamelijk de bepalingen die een weerslag hebben op de loonschalen en de regelen van beroepsclassificatie”. Deze bepaling lijkt me wel onmiddellijk relevant voor de uitoefening van het toezicht op de legaliteitscontrole.

36. Niettegenstaande in de regel een overlap werd vermeden tussen de bevoegdheid van de ondernemingsraad en de bevoegdheid van de vakbondsafvaardiging, lijkt die vaststelling voor wat betreft het toezicht op de arbeidsrechtelijke legaliteit een uitzondering te zijn. Zo bepaalt artikel 15, d) van de Bedrijfsorganisatiewet dat de ondernemingsraad moet “zorgen voor de stipte toepassing van de industriële en sociale wetgeving ter bescherming van de arbeiders”. Gelet op het gemengde karakter van de ondernemingsraad, is die bepaling merkwaardig. Immers, het ondernemingshoofd moet zorgen voor de stipte toepassing van de industriële en sociale wetgeving ter bescherming van zijn werknemers, en de werknemersvertegenwoordigers moeten dit kunnen controleren. Zij kunnen het ondernemingshoofd daarover inlichtingen vragen en interpelleren.

37. De Franse versie van de tekst is correcter geformuleerd en daaruit blijkt dat de ondernemingsraad erover dient te waken dat de wetten stipt worden toegepast (*de veiller à la stricte application*). Het is uiteraard het ondernemingshoofd dat de wetten stipt moet toepassen en het zijn de werknemersvertegenwoordigers in de ondernemingsraad die moeten *waken* over die toepassing.

Dit wordt treffend geïllustreerd door een bijzondere toepassing van wettigheidstoezicht die onder de meer recente *littera* m van artikel 15 van de Bedrijfsorganisatiewet werd ingevoegd. Dit artikel bepaalt dat de ondernemingsraad de bevoegdheid heeft “om van de werkgever om de twee jaar een analyseverslag over de bezoldigingsstructuur van de werknemers te krijgen, in toepassing van de wet van het artikel 13/1 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen”. Deze bepaling kadert duidelijk in een controle op de naleving van het beginsel van non-discriminatie op basis van geslacht.

38. Voor de goede orde mag worden opgemerkt dat de ondernemingsraad er eveneens zorg voor moet dragen om in arbeidsreglementen geen bepalingen op te nemen die onwettig zijn. Men dient immers de hiërarchie van de arbeidsrechtelijke normen in acht te nemen ⁽⁵³⁾. Aangezien de ondernemingsraad in beginsel zelf dit reglement aanneemt, valt dit aspect logischerwijze buiten het wettigheidstoezicht dat door de ondernemingsraad zelf wordt uitgeoefend. Evenwel hebben de werknemersvertegenwoordigers die in de ondernemingsraad zetelen, dan wel bij afwezigheid van dit orgaan de werknemers, de mogelijkheid om in het kader van de procedure tot de vaststelling van een arbeidsreglement dergelijke legaliteitsbezwaren kenbaar te maken ⁽⁵⁴⁾. Indien die bezwaren terzijde worden geschoven, kan enkel de exceptie van onwettigheid *post factum* een oplossing bieden. In Frankrijk, waar de ondernemingsraad slechts geraadpleegd wordt in het kader van de eenzijdige vaststelling van het *règlement intérieur*, vindt een *preventieve* legaliteitscontrole plaats door de Sociale Inspectie ⁽⁵⁵⁾. Deze kan een veto uitbrengen tegen de vaststelling van het arbeidsreglement. Een dergelijk preventief wettigheidstoezicht op arbeidsreglementen is in België onbestaande. Voor cao's geldt wel dat een neerlegging niet zal plaatsvinden indien een probleem rijst met de externe wettigheid van de cao, en dat de Koning in beginsel de algemeenverbindendverklaring zal weigeren indien de cao strijdig is met hogere rechtsnormen ⁽⁵⁶⁾. Dergelijke vormen van preventieve controle op de wettigheid van lagere rechtsnormen in een vroeg stadium van de procedure zou men kunnen zien als een vorm van handhaving van de wet via een wettigheidstoezicht.

39. Onvermijdelijk rijst de vraag of *in casu* sprake is van een vorm van concurrerende bevoegdheden. Die overlap lijkt evident. De vakbondsafvaardiging is evenals de ondernemingsraad gemachtigd toe te zien op de naleving van de industriële of sociale wetgeving ter bescherming van de arbeiders. De bevoegdheid van de vakbondsafvaardiging lijkt me om twee redenen ruimer. De Bedrijfsorganisatiewet beperkt formeel het respect voor de legaliteit tot wetgeving, terwijl Cao nr. 5 die verruimt tot de producten van de individuele en de collectieve wilsautonomie.

Vervolgens lijkt het me minder in de rede te liggen dat de ondernemingsraad problemen van legaliteitscontrole in een concreet personeelsdossier zou bespreken, tenzij dit individueel dossier het probleem van een singuliere werknemer overstijgt. Uit de bevoegdheden van de vakbondsafvaardiging blijkt daarentegen duidelijk dat zij naar aanleiding van zowel individuele als collectieve geschillen kan optreden. Het loutere feit dat ook individuele arbeidsovereenkomsten worden genoemd onder de bronnen die het voorwerp van de legaliteitscontrole vormen, bevestigt dit.

40. Het lijkt me belangrijk om op te merken dat de legaliteitscontrole niet noodzakelijk beperkt hoeft te blijven tot werknemers die door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden met de werkgever die de onderneming drijft waarin de vakbondsafvaardiging en de ondernemingsraad actief zijn. Dit is relevant in verband met de arbeidsomstandigheden

(53) Art. 51 Cao-wet.

(54) Zie art. 11 en 13 Arbeidsreglementenwet.

(55) Art. L1321-4 Code du Travail.

(56) Cf. *supra* het onderdeel over het recht op collectief onderhandelen.

van uitzendkrachten of van gedetacheerden die op dezelfde werkplek een arbeidsovereenkomst gesloten met een uitzendkantoor of een dienstverlener, uitvoeren. In dit verband kan bij wijze van voorbeeld worden gedacht aan de juridische verantwoordelijkheid die een gebruikende onderneming heeft om toe te zien op de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van alle werknemers op een bepaalde werkplaats⁽⁵⁷⁾, ongeacht het bestaan van een arbeidsovereenkomst met deze werknemers dan wel het verbod voor een gebruikende onderneming om uitzendkrachten op basis van religie of overtuiging te discrimineren⁽⁵⁸⁾. De Welzijnswet Werknemers bevat een regeling voor werkzaamheden uitgevoerd door ondernemingen van buitenaf of door uitzendkrachten die een werkgever van de betreffende inrichting responsabiliseert voor de veiligheid van werkenden die niet zijn werknemers zijn⁽⁵⁹⁾. De Uitzendrichtlijn 2008/104 genereerde ook een plicht voor de gebruikende onderneming om de uitzendkracht in te inlichten over de vacante dienstbetrekkingen⁽⁶⁰⁾.

41. In het kader van de legaliteitscontrole verdient ook de rol van de werknemersvertegenwoordigers in het Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk te worden vermeld. Noch de Welzijnswet Werknemers, noch de Codex over het welzijn op het werk bevatten helaas een specifieke bepaling die het CPBW belast met een toezicht op de naleving van de welzijnsreglementering. Hierbij moet wel voor ogen worden genomen dat het CPBW meer dan de ondernemingsraad een proactieve rol speelt op het vlak van het veiligheidsbeleid in de onderneming. De bevoegdheid op grond van artikel 65 van de Welzijnswet Werknemers om “alle middelen op te sporen en voor te stellen en actief bij te dragen tot alles wat wordt ondernomen om het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk te bevorderen” houdt logischerwijze een bevoegdheid in om primair een wettigheidscontrole uit te oefenen.

42. Artikel II-7-12 van de Codex over het welzijn op het werk bevat daarenboven een bepaling die stelt dat “het Comité een afvaardiging aanwijst om de met het toezicht belaste ambtenaren te woord te staan bij hun toezichtsbezoeken”.

Deze bepaling kan worden beschouwd als een omzetting van artikel 12 van de Kaderrichtlijn Veiligheid en Gezondheid, dat luidt: “6. De werknemers en/of hun vertegenwoordigers hebben het recht om zich, overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken, tot de bevoegde autoriteit op het gebied van de veiligheid en de bescherming van de gezondheid op het werk te wenden indien zij menen dat de door de werkgever genomen maatregelen en ingezette middelen niet toereikend zijn om de veiligheid en de gezondheid op het werk te verzekeren.”

De werknemersvertegenwoordigers moeten in de gelegenheid worden gesteld hun opmerkingen voor te leggen tijdens bezoeken en inspecties door de bevoegde autoriteit.

B. Access to Justice

43. Van een geheel andere orde is de toegang tot de rechterlijke macht teneinde op jurisdictionele wijze de handhaving van de legaliteit te waarborgen. Die jurisdictionele handhaving staat of valt om evidente redenen met het bestaan van rechtscolleges en met de toegang tot de rechter. In het kader van deze bijdrage wordt louter ingegaan op de collectiefarbeidsrechtelijke aspecten van deze problematiek.

(57) Zie art. 19 Uitzendarbeidswet.

(58) Arbrb. Tongeren 2 januari 2013 (JVDB tegen Randstad Belgium en Hema), *Limb.Rechtsl.* 2013, 55.

(59) Zie Hoofdstuk V Welzijnswet Werknemers. Zie ook J. BUELENS, *Collectief overleg in (onder)aannemingsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 2012.

(60) Art. 20bis Uitzendarbeidswet.

In dit verband dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de toegang tot de rechter die werknemersvertegenwoordigers hebben om de arbeidsrechtelijke legaliteit te handhaven vanuit een belang dat niet per se samenvalt met het eigen belang, en de toegang van (representatieve) werknemersorganisaties tot de rechter om redenen die verband houden met hun statutair doel (de verdediging en de bevordering van werknemersbelangen). De focus richt zich op de vraag hoe deze werknemersvertegenwoordigers en deze werknemersorganisaties als formele procespartij bepaalde belangen kunnen behartigen via de uitoefening van een *ius agendi*. De vraag hoe werknemers zich als formele procespartij in rechte kunnen laten vertegenwoordigen, komt hier niet aan de orde (zie art. 728 Ger.W.).

Het functioneren van overlegorganen raakt de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie. De Bedrijfsorganisatiewet en de Welzijnswet Werknemers organiseren de toegang tot de rechter in verband met geschillen die uit de toepassing van de organieke wetten voortvloeien, op een verschillende wijze.

44. Artikel 24 van de Bedrijfsorganisatiewet biedt een zeer ruime toegang tot de rechter in hoofde van zowel individuele werknemers, werkgevers als de representatieve werknemersorganisaties voor alle geschillen die voortvloeien uit de toepassing van de wet. Deze ruime toegang contrasteert overigens met de toegang tot de rechter in verband met geschillen die voortvloeien uit de wet houdende diverse bepalingen met betrekking tot de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen met een communautaire dimensie of in concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers. Deze wet versmalt immers de rechterlijke toegang tot de representatieve organisaties van werknemers. Er is geen *ius agendi* voorzien voor werknemers en zelfs niet voor de leden van de Europese ondernemingsraad. De onmogelijkheid voor de leden van de Europese ondernemingsraad om toegang tot de rechter te hebben, lijkt me op gespannen voet te staan met artikel 10 van de Richtlijn 2009/38. Luidens deze bepaling moeten de leden van de Europese ondernemingsraad beschikken over de middelen die nodig zijn om de uit de onderhavige richtlijn voortvloeiende rechten te doen gelden, teneinde gezamenlijk de belangen van de werknemers van de onderneming met een communautaire dimensie of het concern met een communautaire dimensie te vertegenwoordigen.

45. De Welzijnswet Werknemers biedt een toegang tot de rechter in hoofde van individuele werknemers, werkgevers en de representatieve werknemersorganisaties voor alle geschillen die voortvloeien uit de toepassing van de wet ⁽⁶¹⁾. In een bijdrage die specifiek betrekking heeft op het recht van een werknemer "om zijn werkpost of een gevaarlijke zone te verlaten in geval van een niet te vermijden, ernstig en onmiddellijk gevaar" in de zin van artikel I.2.26 van de Codex over het welzijn op het werk, hebben Dermine, Remouchamps en Vogel gewezen op het potentieel van artikel 79 van de Welzijnswet. De auteurs merken evenwel op dat de werknemersorganisaties in een periode van 25 jaar nog nooit hun *ius agendi* in welzijnsaangelegenheden hebben aangewend ⁽⁶²⁾. Een verklaring zou hierin gelegen kunnen zijn dat het Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk geen door de werkgever ter beschikking gesteld budget heeft, evenmin als de ondernemingsraad om zijn prerogatieven tegen die werkgever te verdedigen. Voor specifieke geschillen in verband met preventie van psychosociale risico's op het werk, waaronder stress, geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, geldt een nog ruimere toegang tot de rechter ⁽⁶³⁾.

(61) Art. 79 Welzijnswet Werknemers.

(62) E. DERMINE, S. REMOUCHAMPS en L. VOGEL, "Le droit de retrait face à un danger grave et immédiat pour la santé: esquisse d'un régime juridique", *JTT* 2020, 212.

(63) Art. 32*duodecies* Welzijnswet Werknemers.

Is het functionele belang van de representatieve organisaties voor de werking van de overlegorganen vrij direct, dan hebben zij een indirect maar zeker belang om op te komen tegen schendingen van de arbeidsrechtelijke legaliteit ten koste van werknemers.

46. Die laatste vaststelling is evident telkens het conventionele normen zijn waarvan de representatieve werknemersorganisaties zelf de auteur zijn. Om die reden bepaalt artikel 4 van de Cao-wet dat “de organisaties in rechte mogen optreden in alle geschillen die uit de toepassing van deze wet kunnen ontstaan en ter verdediging van de rechten welke *haar leden* putten in de door haar gesloten overeenkomsten”.

Deze bepaling habiliteert de ondertekenende organisaties om op te treden in geval van betwistingen omtrent de obligatoire en de normatieve bepalingen van een cao.

47. In het geval normatieve bepalingen zijn geschonden die de rechten van individuele werknemers betreffen geldt evenwel als voorwaarde dat deze werknemers op directe of indirecte wijze lid zijn van de ondertekenende organisaties. Het staat representatieve werknemersorganisaties niet vrij de schending te betwisten van normatieve bepalingen ten koste van niet-aangesloten werknemers. Niettegenstaande de binding van de normatieve bepalingen onafhankelijk is van het lidmaatschap, leidt het lidmaatschap tot een versterkte vorm van handhaving. De handhaving is minder universeel dan de binding. In een doorwrochte bijdrage hebben Dermine en Remouchamps betoogd dat artikel 4 van de Cao-wet de werknemersorganisaties eveneens zou machtigen om in rechte te ageren ter verdediging van de rechten die niet-aangesloten leden putten uit de cao ⁽⁶⁴⁾. Deze interpretatie druist in tegen de grammaticale en lexicale draagwijdte van artikel 4 van de Cao-wet en tegen de in de doctrine gangbare interpretatie. Zij wijzen *inter alia* evenwel op een nieuw belangrijk feit: het verbod van discriminatie op basis van syndicale overtuiging, men zegge beter: de afwezigheid van een syndicale overtuiging ⁽⁶⁵⁾. Het hoeft geen betoog dat een schijnbare antinomie tussen twee wettelijke bepalingen niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid. Dit laat evenwel niet toe om aan een bepaling die hiërarchisch op gelijke hoogte staat met een niet Europeesrechtelijk ondersteund discriminatieverbod, een draagwijdte te geven die haaks staat op haar lexicale en grammaticale draagwijdte. Immers, met evenveel recht kan worden betoogd dat een niet bij een werknemersorganisatie aangesloten werknemer zich in een andere en niet vergelijkbare situatie bevindt dan de bij deze organisatie aangesloten werknemer, telkens het *ius agendi* van die organisatie in het geding is. Indien vakbonden een algemene bevoegdheid hebben om voor leden én niet-leden op te treden, dan zou kunnen worden betoogd dat die bevoegdheid reeds vervat lag in de rechtsbekwaamheid om op te treden in *alle* geschillen die uit de toepassing van de wet voortvloeien.

48. In een aantal andere wetten dan de Cao-wet is eveneens voorzien dat representatieve werknemersorganisaties in rechte kunnen ageren met de instemming van de belanghebbende werknemer. Dergelijk *ius agendi* werd uitgewerkt in het kader van de volgende wetten ter beteugeling van discriminatie ten faveure van de werknemersorganisaties (en werkgeversorganisaties) in de zin van artikel 3 van de Cao-wet:

- 30 juli 1981: wet tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (art. 32);
- 10 mei 2007: wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (art. 30);
- 10 mei 2007: wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (art. 35).

(64) E. DERMINE en S. REMOUCHAMPS, “L’action en justice des organisations représentatives” in E. DERMINE en V. VANNES, *La Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires*, Bruxelles, Larcier, 2018, 145-235.

(65) *Ibid.*, 226.

49. In al deze situaties treden de werknemersorganisaties op als formele procespartij en niet als lasthebber van het slachtoffer van de discriminatie. De wetgever stelt de ontvankelijkheid van deze vordering echter wel afhankelijk van een akkoord met het slachtoffer van de discriminatie, voor zover dit slachtoffer een geïdentificeerd natuurlijk persoon of rechtspersoon is. Hieruit kan worden afgeleid dat de representatieve organisaties *kunnen* optreden zonder een akkoord van het slachtoffer, indien identificatie van het slachtoffer onmogelijk is.

50. In een aantal richtlijnen van de Europese Unie duikt daarentegen steevast de volgende formule op: “De lidstaten zorgen ervoor dat verenigingen, organisaties of andere rechtspersonen, die er, overeenkomstig de in de nationale wetgeving vastgestelde criteria, een rechtmatig belang bij hebben dat deze richtlijn wordt nageleefd, namens of ter ondersteuning van de klager of klagster met zijn, respectievelijk haar toestemming met het oog op de naleving van de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen, gerechtelijke en/of administratieve procedures kunnen aanspannen.”⁽⁶⁶⁾

51. De in de hierboven genoemde Belgische wetten gehanteerde formule wijkt daar in twee opzichten van af. Ze biedt duidelijker ruimte voor een vordering “in eigen naam” van de organisatie *bij afwezigheid* van een vordering van het slachtoffer, en ze biedt een uitzondering op het beginsel dat het slachtoffer zijn of haar toestemming moet geven.

52. In de zaak-Feryn, heeft het Hof van Justitie duidelijk gesteld dat het opgeven van de toestemmingsvereiste geenszins een schending uitmaakt van de Richtlijn 2000/43, nu de richtlijnen een minimumbescherming nastreven.

Het Hof overwoog: “De vraag wanneer er sprake is van directe discriminatie in de zin van richtlijn 2000/43 moet worden onderscheiden van die van de in artikel 7 van deze richtlijn voorziene rechtsmiddelen om de schending van het beginsel van gelijke behandeling te doen vaststellen en te bestraffen. Overeenkomstig dat artikel moeten die middelen immers openstaan voor de personen die zich benadeeld achten door een discriminatie. De voorschriften van artikel 7 van richtlijn 2000/43 zijn echter, zoals in artikel 6 van deze richtlijn wordt gesteld, slechts minimumvoorschriften en die richtlijn verbiedt de lidstaten niet om bepalingen vast te stellen of te handhaven die voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling gunstiger zijn.

Artikel 7 van richtlijn 2000/43 verzet zich er bijgevolg geenszins tegen dat de lidstaten verenigingen die er een rechtmatig belang bij hebben, de naleving van die richtlijn te doen verzekeren, of het (de) overeenkomstig artikel 13 van deze richtlijn aangewezen orga(n)en(en), in hun nationale wetgeving het recht verlenen om gerechtelijke of administratieve procedures in te stellen teneinde de uit die richtlijn voortvloeiende verplichtingen te doen naleven, zonder dat zij namens een bepaalde klager optreden of zonder dat er een identificeerbare klager is. Het staat echter uitsluitend aan de nationale rechter, te beoordelen of zijn wetgeving een dergelijke mogelijkheid biedt.”⁽⁶⁷⁾

(66) Art. 9 (2) Richtl. 2000/78 (tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep);
art. 7 (2) Richtl. 2000/43 (houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming);
art. 17 (2) Richtl. 2006/54 (betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep);
art. 9 (2) Richtl. 2010/41 (betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen en tot intrekking van Richtlijn 86/613/EEG van de Raad).
In dezelfde zin: art. 11 (3) Richtl. 2014/67 (inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt).

(67) HvJ 10 juli 2008, nr. C-54/07, Feryn, § 26-§ 27.

53. Die lijn werd nog radicaler doorgetrokken in artikel 8^{ter} van de Detacheringswet van 5 maart 2002 en in de artikelen 35/6/5 en 35/13 en van de Loonbeschermingswet. In beide hypothesen (loonvorderingen op basis van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtstreekse contractant, in geval van activiteiten in de bouwsector en van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land) kunnen de werknemersorganisaties ageren indien de werknemer kan worden geïdentificeerd en zonder dat deze zijn toestemming geeft.

IV. CONCLUSIES

54. In deze bijdrage werd gepoogd de relatie tussen het collectief arbeidsrecht en de handhaving in kaart te brengen. Daarbij wordt vooral gekeken naar de grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht en naar de rol die de collectieve actoren aan werknemerszijde spelen bij de handhaving van het arbeidsrecht zonder meer.

De handhaving van de vrijheid van vakvereniging naar Belgisch recht vooronderstelt dat de vrijheid van vakvereniging niet wordt gereduceerd tot een louter sequeel van de generieke vrijheid van vereniging. Het belang van de vrijheid van vakvereniging blijkt onder meer uit het feit dat de vakvereniging de enige vereniging is die in artikel 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens wordt genoemd. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie noemt slechts twee verenigingen op uitdrukkelijke wijze. Naast de vakvereniging kregen politieke partijen een plek ⁽⁶⁸⁾. Naar Belgisch recht bleef het wachten op een specifieke en expliciete erkenning van de vrijheid van vakvereniging. Die erkenning bleek tardief, fragmentarisch en impliciet uit het arrest van het Grondwettelijk Hof. Door de afwezigheid van de syndicale overtuiging in de Antidiscriminatiewet als een lacune aan te merken, heeft het Grondwettelijk Hof in wezen de vrijheid van vakvereniging op impliciete maar specifieke wijze als mensenrecht erkend ⁽⁶⁹⁾. Door de wetgever een verplichting op te leggen om discriminatie op basis van syndicale overtuiging te bestrijden, genereerde een uitdrukkelijk mechanisme van handhaving een impliciete erkenning van het te handhaven recht. De kar werd als het ware voor de paarden gespannen.

55. De balans van de rechtspraak die ruim tien jaar na de introductie van deze handhavingstechniek kan worden opgemaakt, toont aan dat een deel van de Belgische rechters er aarzelend tegenover staat om de vrijheid van vakvereniging ook effectief te handhaven, niettegenstaande aan de heilige koe van de ontslagmacht nauwelijks werd geraakt. De handhaving van de vrijheid van collectief overleg in de horizontale verhouding tussen werkgevers en werknemers is in zekere zin een *non issue*. In deze horizontale verhouding valt er eigenlijk niets te handhaven, *a fortiori* wanneer de werkgeverszijde geen onderhandelingen wenst aan te vatten. Er zijn geen concrete aanspraken die een individuele werknemer in deze sfeer van vrijheid kan doen gelden tegenover zijn werkgever. Hij is overigens geen titularis van dit grondrecht. De vrijheid van collectief overleg creëert primair verplichtingen voor de Staat tot promotie en abstinentie ten aanzien van de sociale partners. Het verbod van discriminatie op basis van syndicale overtuigingen is potentieel eveneens relevant ter handhaving van het recht om te staken. Zoals de vrijheid van religie meer is dan de vrijheid om een geloofsovertuiging *in pectore* te koesteren, is de vrijheid van vakvereniging maar betekenisvol indien ze de leden van de vakvereniging de moge-

(68) Zie J. SHAW en L. KHADAR, "Article 12(2) Freedom of Assembly and Association" in S. PEERS *et al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2014, 367-37.

(69) GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, overw. B.8.4: "Volgens de memorie van toelichting heeft de wetgever geoordeeld dat hij een "gesloten" lijst van discriminatiegronden vermocht aan te nemen, op voorwaarde dat 'geen enkel 'belangrijk criterium' [wordt] weggelaten. Een 'belangrijk criterium' stemt [...] overeen met de uitdrukkelijke vermelding in een instrument voor de bescherming van de Mensenrechten."

lijkheid biedt om via collectieve actie de belangen van de werknemers of de werkgevers te verdedigen en te bevorderen. Werknemers die geconfronteerd worden met represailles van werkgeverszijde, moeten zich op het discriminatieverbod kunnen beroepen om die represailles in rechte te betwisten. De vergelijking met de vrijheid van religie kan hier verder worden doorgetrokken. Zoals men een religieuze overtuiging mag beleven los van een kerkgenootschap, zo moet ook een syndicale overtuiging los van een vakbond kunnen worden beleefd. Maatgevend voor een collectieve actie is dat ze in een collectief verband wordt uitgeoefend. Dit collectief verband behoeft geen ordewoord van een vakbond. Het Grondwettelijk Hof heeft gesteld: "Het lidmaatschap van of het behoren tot een vakorganisatie en de activiteit die in het kader van een dergelijke organisatie wordt gevoerd, moeten worden beschouwd als uitingen van de syndicale mening van de betrokken persoon."⁽⁷⁰⁾ Er zijn geen redenen om aan te nemen dat deze enumeratie van componenten van bescherming van de syndicale overtuiging limitatief moet worden geïnterpreteerd⁽⁷¹⁾. Zo werd de beslissing om een werknemer niet aan te werven die in het kader van een sollicitatiegesprek te kennen had gegeven de bijstand van een vakbond te zoeken, terecht als discriminatoir gezien, in weerwil van het feit dat de betrokkene geen lid was⁽⁷²⁾.

56. De handhaving van het arbeidsrecht is gebaat met een controle door werknemersvertegenwoordigers op de naleving van het arbeidsrecht in zijn totaliteit in de schoot van een onderneming. De Bedrijfsorganisatiewet en Cao nr. 5 bieden ruimte voor een dergelijke vorm van supervisie op een niveau van proximateit. Deze supervisie is weliswaar gespeend van sancties, maar vormt een eerste stap in de handhaving. Belangrijker is allicht de mogelijkheid voor werknemersvertegenwoordigers én werknemersorganisaties om in rechte te ageren. Die mogelijkheid bestaat in tegenstelling tot de hogergenoemde supervisie slechts voor bepaalde onderdelen van het arbeidsrecht. Deze onderdelen houden enkel verband met de werking van de ondernemingsraad, het Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk, het non-discriminatierecht, de regulering van de detachering en de cao's. Grote onderdelen van het arbeidsrecht blijven gespeend van een dergelijke vorm van rechtshandhaving. Deze lacune is dan ook problematisch voor een effectieve handhaving van het arbeidsrecht in zijn totaliteit. Daar waar een *ius agendi* bestaat, blijft dit in grote mate afhankelijk van een akkoord van de individueel getroffen werknemer. Voor de handhaving van normatieve bepalingen van een cao is een optreden van de vakbonden *niet* afhankelijk van een dergelijke instemming. De mogelijkheid om in rechte te ageren veronderstelt evenwel volgens een meerderheidsopvatting dat de getroffen werknemer lid is van de vakbond⁽⁷³⁾. Die harde voorwaarde werd enkel niet gesteld in de hypothese van de regulering van de detachering en in enkele specifieke bepalingen van de Loonbeschermingswet⁽⁷⁴⁾. Die vaststelling is relevant, omdat de gedetacheerde werknemers, gelet op de tijdelijkheid van de detachering, zelden aansluiting zullen vinden bij een Belgische werknemersorganisatie. Tot slot mag worden herhaald dat de leden van de Europese ondernemingsraad in door het Belgisch recht beheerste Europese ondernemingsraden niet over de mogelijkheid beschikken om de prerogatieven van dit orgaan te verdedigen. Die vaststelling levert strijdigheid op met de Europese Herschikkingsrichtlijn.

(70) GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, overw. B.8.3.

(71) Zie Arbrb. Gent 11 juli 2019, randnrs. 4.2.2.2.6 en 4.2.2.2.8 (www.unia.be) en I. VAN HIEL, "Over de antidsicriminatiwet en het sanctioneren van stakende werknemers", *Soc.Kron.* 2020, 214-215.

(72) Arbh. Brussel 19 juni 2018, *Soc.Kron.* 2018, 25, noot I. VAN HIEL, "Syndicale overtuiging beschermt ook niet-lid dat syndicale bijstand wenst". Zie ook L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsverhoudingen*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 284.

(73) Art. 4 Cao-wet. Voor een uitstekende analyse, zie E. DERMINE en S. REMOUCHAMPS, "L'action en justice des organisations représentatives" in E. DERMINE en V. VANNES, *La Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires*, Bruxelles, Larcier, 2018, 145-235.

(74) Art. 8ter wet 5 maart 2002 betreffende de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden in geval van detachering van werknemers in België en de naleving ervan. Art. 35/6/5 en 35/13 en Loonbeschermingswet.