

## Wetsontduiking in het arbeidsrecht.

### 1. Het begrip wetsontduiking<sup>1</sup>.

In dit opstel wordt het begrip arbeidsrecht in die zin opgevat dat het, naast de klassieke arbeidsrechtelijke onderwerpen, ook omvat de verplichting van de werkgever om sociale zekerheidsbijdragen te betalen. De verplichting om sociale zekerheidsbijdragen te betalen komt overeen met het verbod de verschuldigde sociale zekerheidsbijdragen niet te betalen<sup>2</sup>.

In het Romeinse recht was het begrip wetsontduiking blijkbaar reeds bekend. In de *Digesten* leest men bv. het volgende: “De wet ontduikt hij echter wie met behoud van de letter van de wet de strekking ervan omzeilt”<sup>3</sup>. In de aanloop tot deze omschrijving leest men dan dat de wetten kennen, betekent niet de woorden ervan machtig zijn, maar hun kracht en strekking”<sup>4</sup>.

Meer dan 1000 jaar later lezen we in de *Pandectes belges* dat er ‘fraude à la loi’ bestaat “lorsqu’on emploie certaines manoeuvres ou expédients au moyen desquels on parvient à échapper à l’application de la loi à laquelle il n’est pas permis de déroger. Cette fraude est toujours illicite”<sup>5</sup>. Een iets moderner van verwoording is te vinden in een vorige editie van *De Valks Juridisch Woordenboek*: “wetsontduiking” is “het door de rechtsonderhorige oordeelkundig gebruik maken van een constructie in strijd met de bedoeling en strekking van de wet teneinde aan de toepassing van de wet te ontsnappen”<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> *Fraus legis*, *Gesetzesumgehung*, *fraude à la loi*, *evasion of the law*. Het gaat niet om de ontduiking van verbintenissen in het verbintenissenrecht, maar om het ontduiken van verbintenissen uit de materiële wet: N. Van Damme, *Wetsontduiking*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 37-43 (verder verkort *Wetsontduiking*).

<sup>2</sup> Zie Y. Stox, “Wetsontduiking en wetsontwijking in het Belgisch sociaal recht”, in G. Van Limberghen (ed.), *Misbruik en fraudebestrijding in het sociaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 44.

<sup>3</sup> “*Contra legem facit, qui it facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit*” Zie J. Matthijs, “Wetsontduiking”, *RW* 1955-56, 112 en 127; J. Carbonnier, *Droit civil*, IV, Les obligations, Parijs, Presses Universitaires de France, 1991, 145.

Zie Y. Stox, “Wetsontduiking en wetsontwijking in het Belgisch sociaal recht”, in G. Van Limberghen (ed.), *Misbruik en fraudebestrijding in het sociaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 13 met verwijzing naar J.E. Spruit, R. Feenstra en K. Bongenaar (eds.), *Corpus Iuris Civilis. Digesten*, 1-10, Zutphen, Walburg Pers Zutphen, SDU, 1994, p. 110).

<sup>4</sup> Zie N. Van Damme, *Wetsontduiking*, 2020, p. V.

<sup>5</sup> *Pandectes belges*, deel 46, Brussel, Larcier, 1894, p. 703, v° *Fraude à la loi*.

<sup>6</sup> E. Dirix, B. Tilleman en P. Van Orshoven, *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, v° “Wetsontduiking”. Zie W. Algra en H. Gokkel, *Fockema Andreae’s Juridisch Woordenboek*, Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1985, p. 561, v° *Wetsontduiking*: “een handelen, dat niet rechtstreeks in strijd is met een wettelijk voorschrift, echter het doel ervan vrijdelt”. Vgl. E. Dirix, B. Tilleman en S. Lierman, *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 516, v° “Wetsontduiking”: “Overtreding van een

Prof. Van Oevelen omschrijft wetsontduiking als een poging van het rechtssubject met een ontduikingsopzet om zich te onttrekken aan een rechtsregel waardoor het verbod van wetsontduiking een autonoom corrigerend karakter krijgt dat wetsontduiking onderscheidt van op zichzelf toegelaten wetsontwijking<sup>7</sup>. Anders gezegd, wetsontduiking is niet toegelaten, wetsontwijking daarentegen wel<sup>8</sup>. Het ontduikingsopzet valt niet samen met de ongeoorloofde oorzaak in artikel 1133 BW<sup>9</sup> <sup>10</sup>.

Over wetsontduiking is er de laatste jaren, zowel in het sociaal recht<sup>11</sup> als daarbuiten<sup>12</sup>, op zeer hoog niveau geschreven Maar dit mag niet verdoezelen dat het begrip wetsontduiking een complex verhaal met zich meebrengt en de veelheid aan geschriften maakt duidelijk dat er veel verwarring bestaat over wat wetsontduiking precies is. . Recent werd in een doctoraal proefschrift zelfs de opvatting verdedigd dat de rechtsfiguur geen zelfstandige betekenis en neerkomt op een miskening van een dwingende wetsbepaling of een bepaling van openbare orde<sup>13</sup>. Ik deel die opvatting niet en nog minder dat deze opvatting steeds meer steunt zou vinden in de Belgische Nederlandstalige doctrine<sup>14</sup>. Hoe dan ook heeft het Hof van Cassatie het verbod van

---

(geïnterpreteerde ) rechtsregel door een rechtsonderhorige wanneer hij zich buiten het toepassingsgebied van de rechtsregel probeert te plaatsen, maar daarin faalt”

<sup>7</sup> A. Van Oevelen, *Algemeen verbintenissenrecht*, Antwerpen, Universitas, 2010, 133; zie ook A. Van Oevelen en W. Van Gerven, *Verbintenissenrecht*, Acco, 2015, p. 83: “de wetsontduiker poogt de toepassing van het door dat voorschrift verboden resultaat te ontgaan door gebruik te maken van een ander voorschrift dat het hem mogelijk maakt het verboden resultaat op een slinkse/indirecte manier te bewerkstelligen; een ontduikingsopzet moet worden bewezen of moet uit de omstandigheden duidelijk blijken”.

<sup>8</sup> Y. Stox, *o.c.* 49

<sup>9</sup> Ontwerp Nieuw BW: art. 5.56 en 5.59

<sup>10</sup> N. Van Damme, *o.c.* 66-67.

<sup>11</sup> In het sociaal recht: J. Lorré, *Misbruik en fraude in het Belgisch en Europees sociaal recht*, in O. Vanachter en W. Van Eeckhoutte, *Bibliotheek Sociaal Recht Larquier* nr. 25, Brussel, Larquier, 2018, p. 1-187; Y. Stox, “Wetsontduiking en wetsontwijking in het Belgisch sociaal recht”, in G. Van Limberghen (ed.), *Misbruik en fraudebestrijding in het sociaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 13-67. Ik ben voor dit opstel schatplichtig aan deze laatste auteur.

<sup>12</sup> Zie de indrukwekkende doctorale proefschriften van A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Brugge, Die Keure, 2013, p. 516 (verder verkort *Fraus omnia corrumpit*); N. Van Damme, *Wetsontduiking*, Intersentia, 2020, p. 1-711; beknopter A. Lenaerts, “Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?”, *RW* 2013-14, 362-380; N. Van Damme, “Wetsontduiking in het privaatrecht”, *RW* 2020-21, 1203-1228.

<sup>13</sup> N. Van Damme, *Wetsontduiking*, 44-49, 643-646.

<sup>14</sup> Zie de talloze verwijzingen in de voetnoten 151, 164, en 213, van het doctoraat van Van Damme met verwijzingen naar o.a. I. Claeys (2017), T. Afschrift (2003), A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 393 en 400, M. Reynebeau (*TPR* 2018, 1503), M. Meirlaen, (*NjW* 2018, 240), Y. Stox, *o.c.*, 2015, 43 en 49, T. Tanghe, (2015), P. Wautelet (2015), F. Glansdorff (*JT* 2018, 134).

Voor oudere gezaghebbende rechtsleer zie voor alles W. Van Gerven, *Algemeen deel*, in R. Dillemans en W. Van Gerven (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1969, 201-209. Contra N. Van Damme, *Wetsontduiking*, 643.

wetsontduiking erkend als algemeen rechtsbeginsel<sup>15 16</sup>. Het begrip “fraude à la loi” komt ook voor in de Franse sociale cassatierechtspraak<sup>17</sup>. Deze discussie over de betekenis van de wetsontduiking is een herhaling van de discussie of misbruik van recht wel een zelfstandig juridische figuur is, dan wel gewoon een schending van de wet inhoudt<sup>18</sup>. Ook hier werd het pleit gewonnen door de rechtspraak en de doctrine die misbruik van recht als een afzonderlijke rechtsfiguur aanvaarden<sup>19 20</sup>. En ook het verbod van rechtsmisbruik is een algemeen rechtsbeginsel<sup>21</sup>. Maar terecht wordt er vaak aan herinnerd niet lichtzinnig de figuur van de wetsontduiking te hanteren, omdat dit de rechtszekerheid aantast<sup>22</sup>. Ik kan me wel vinden in de gedachte dat de figuur

---

<sup>15</sup> Cass. 14 november 2005, *Arr. Cass.* 2005, 2234, *JT* 2006, 62, noot met verwijzingen naar de Franstalige literatuur, *RW* 2007-2008, 486, noot W. Rauws “Wetsontduiking en de subjectieve wil een dwingende wetsbepaling of een bepaling van openbare orde te omzeilen”; A. Lenaerts, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*

, 393; P. Marchal, “Principes généraux du droit”, in *RPDB*, Brussel, Bruylant, 2014, 259.

<sup>16</sup> Pasten in het sociaal recht de figuur van de wetsontduiking toe: Arbh. Brussel, 7 april 2011, nr. 2010/AB/180 (vrz. Ryckx), *Oceanwide Marine Services BV t/ RSZ* en het vervolg Arbh. Brussel, 19 januari 2012, nr. 2010/AB/180, beide arresten te vinden op Stradalex; Arbh. Gent, 26 januari, nr. 324/01 (vrz. Herman), *RSZ t NV. H.T.*; Arbh. Luik, 2 december 1996, *JLMB* 1997, 1637; Arbh. Luik, 15 april 2002, *JLMB* 2003, 104 (korte onderbreking van twee werkdagen tussen twee arbeidsovereenkomsten teneinde de het oplopen van de anciënniteit van de werknemer te doorbreken: wetsontduiking); Arbh. Luik, 23 januari 2007, *JTT* 2007, 201; Arbh. Brussel, 10 september 2003, *JTT* 2004, 265.

<sup>17</sup> Bv. Cass. fr. (soc.), 12 november 2020, nr. 19-10.606 (tewerkstelling via een platform),

[juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20201112-1910606](http://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20201112-1910606); Cass. fr. (soc.) 2 december 2019, nr. 07-45.028 (individueel ontslag in het kader van een collectief ontslag), [www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEX](http://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEX)

<sup>18</sup> Zie J. Bonnetcase en G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Supplément III*, Paris Recueil Sirey, 1926, 372-376, die uitgebreid schetsen waarom M. Duguit het bestaan van de figuur van rechtsmisbruik ontkent en die de verzuchting uitsprak “Qu’ou écarte le mot (abus de droit) et l’idée de droit subjectif”.

<sup>19</sup> Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918, I, 65 met conclusie eerste adv.-gen. Janssens; Cass. 10 september 1971, *RW* 1971-72, met conclusie Procureur-generaal Ganshof van der Meersch en noot, *RCJB* 1976, 300, noot P. Van Ommeslaghe, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”; inzake misbruik van recht in contractuele verhoudingen Cass. 17 mei 1990, *RW* 1990-91, 1085, commentaar M. Storme, “Rechtsverwerking na de cassatie-arresten van 17 mei 1999 en 16 november 1990: nog springlevend”.

<sup>20</sup> Op 24 februari 2021 werd het wetsvoorstel houdende Boek 1 “Algemene bepalingen” van het Burgerlijk Wetboek ingediend bij de Kamer van volksvertegenwoordigers (Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 1 “Algemene bepalingen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1805/001.)

Dit Boek 1 bevat een aantal fundamentele begrippen in het burgerlijk recht, waaronder het verbod van rechtsmisbruik. Art. 1.10. *Rechtsmisbruik* van dit Boek 1 luidt:

“Niemand mag misbruik maken van zijn recht.

Wie zijn recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, maakt misbruik van zijn recht.

De sanctie voor een dergelijk misbruik bestaat in de matiging van het recht tot zijn normale rechtsuitoefening, onverminderd het herstel van de schade die het misbruik heeft berokkend”.

<sup>21</sup> Cass. 22 september 2008, *Pas.* 2008, 1999; *RW* 2010-2011, 1345.

<sup>22</sup> Zie bv. J. Kirkpatrick, “Les limites du champ d’application du principe ‘fraus omnia corrumpit’”, noot onder Cass. 3 maart 2011, *RCJB* 2012, 31; Y. Van Gerven, “Wetsontduiking en rechtsmisbruik in het gemeenschapsrecht. Europese variaties op hetzelfde thema” in X. (ed.), *Liber Amicorum Walter Van*

van de wetsontduiking een subsidiair karakter heeft en het verbod van de wetsontduiking alleen kan worden toegepast wanneer er geen ander juridisch instrument bestaat om de naleving van de dwingende wetsbepaling te verzekeren<sup>23</sup>.

## 2. Wetsontduiking als zelfstandige figuur in de wetgeving.

Noch het vigerende BW, noch het ontwerp van nieuw verbintenissenrecht in Boek 5 van het BW regelen expliciet de wetsontduiking<sup>24 25</sup>.

Wetsontduiking heeft traditioneel altijd een voorname rol gespeeld in het internationaal privaatrecht<sup>26</sup>. Het verbod van wetsontduiking komt dan ook expliciet voor in het Belgische IPR. Artikel 18 van het Wetboek IPR bepaalt: “Voor de bepaling van het toepasselijk recht in een aangelegenheid waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken, wordt geen rekening gehouden met feiten en handelingen gesteld met het enkele doel te ontsnappen aan de toepassing van het door deze wet aangewezen recht”. Dit artikel is dwingend recht. Er zijn drie constitutieve elementen voor de *fraus*

---

*Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 345-346: “Men mag geen te ruime toepassing geven aan de leer van de wetsontduiking. Het gebruikmaken van de mogelijkheden waarin de wet voorziet, is in beginsel een perfect eerbare betrachting; slechts in uitzonderlijke omstandigheden zou het beroep op een wetsvoorschrift als een verboden ontduiking van een ander wetsvoorschrift mogen worden beschouwd. De vraag is dan te weten vanaf welk ogenblik het geoorloofd gebruik van een wetsvoorschrift verwordt tot een verboden ontduiking van een ander (dwingend) wetsvoorschrift. Wezenlijk aan wetsontduiking is dat de wetsontduiker via een min of meer gekunstelde handelwijze gebruikmaakt van een wetsvoorschrift om zich te kunnen plaatsen in een toestand die geheel of nagenoeg geheel gelijk is aan de toestand die door een ander dwingend wetsvoorschrift (het ontdoken voorschrift) verboden wordt. De verwording tot ongeoorloofde wetsontduiking is een gradueel proces: naarmate de handelingen gekunstelder overkomen en een situatie doen ontstaan die lijkt op de door een ander wetsvoorschrift verboden situatie, wordt het bestaan van wetsontduiking waarschijnlijker”.

<sup>23</sup> Arbh. Brussel, 19 januari 2012, onder punt a, *Soc. Kron.* 2013, 24, [www.stradalex.com/nl/sl\\_src\\_publ\\_jur\\_be/document/ArbeidsH\\_N-20120119-19](http://www.stradalex.com/nl/sl_src_publ_jur_be/document/ArbeidsH_N-20120119-19); J. Bonnetcase en G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Supplément VI*, Parijs Recueil Sirey, 1935, 50-53.

<sup>24</sup> Zie W. Van Gerven, *o.c.*, 205; wetsvoorstel Geens e.a. van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 55-1806/001, <http://www.dekamer.be/media/index.html>; E. Dirix, “Bij de start van een nieuwe jaargang. Enkele beschouwingen over de rol van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in het streven naar een meer rechtvaardige en duurzame samenleving”, *Not.Fisc.M.* 2021, 2-3.

<sup>25</sup> Dat is wel het geval in het Spaanse Burgerlijk Wetboek: Er is sprake van „strijd met doel en strekking van de wet” wanneer „met de krachtens een wetsbepaling gepleegde handelingen een door de rechtsorde verboden doel wordt nagestreefd [...] hetgeen niet verhindert dat de wetsbepaling die men getracht heeft te ontduiken wordt toegepast” zoals geciteerd door adv-gen. Ruiz-Jarabo Colomer van 4 september 2008 in de zaak C-396/07, *Mirja Juuri t/ Fazer Amica Oy* betreffende de overdracht van onderneming

<sup>26 26</sup> Zie J. Bonnetcase en G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Supplément VI*, Parijs Recueil Sirey, 1935, 40-43. Maar de opvatting dat het leerstuk van de wetsontduiking enkel kan worden aanvaard in het internationaal privaatrecht is onhoudbaar geworden. Contra P. Van Ommeslaghe, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi” noot onder Cass. 10 september 1971, *RCJB* 1976, p.336 e.v.; Arbh. Bergen, 18 mei 2009, nr. 20.543, *D.J t/ Dexia*, *Stradalex*.

*legis*: partijen beschikken niet vrijelijk over hun rechten; het doel is het normaal toepasselijk recht te ontlopen, en deze ontdoken wet is de eigen *lex fori*<sup>27</sup>. Uitzonderlijk pasten de arbeidsgerechten artikel 18 Wetboek IPR toe, bv. met betrekking tot de Islamitische verstoting van de echtgenote in Jordanië in relatie tot het recht op een rustpensioen<sup>28</sup>. Terecht wijzen specialisten in het IPR er op dat artikel 18 van het Wetboek IPR met de nodige omzichtigheid dient toegepast te worden. Het is immers vaak moeilijk een grens te trekken tussen een toegelaten handeling en een handeling aangetast door wetsontduiking<sup>29</sup>. De extra-territorialiteit laat bv. toe om de Belgische wetgeving inzake terbeschikkingstelling te ontduiken door Poolse zeelieden in dienst te laten nemen door een bedrijf gevestigd op Cyprus, dat een zusterbedrijf is van een Nederlands bedrijf dat schepen onder Panamese vlag uitbaat, om herstelwerkzaamheden te verrichten aan zeilschepen op een scheepswerf te Gent<sup>30 31</sup>

Bevat het sociaal recht een expliciete regeling over wetsontduiking? Schijnbaar wel. In Hoofdstuk 2 – “Bestrijding van wetsontwijking en wetsontduiking” van titel 3 “Sociale fraude en correcte toepassing van de wet” van de Programmawet van 27 december 2012 prijkt een artikel 27<sup>32</sup>. De regering heeft zich laten inspireren door de fiscale antimisbruikbepaling in artikel 344

---

<sup>27</sup> E. Casier, v° “Wetsontduiking” in I. Couwenberg, A. Hansebout en L. Vanfraechem, *Duiding Internationaal Privaatrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 623 e.v.

<sup>28</sup> Arbh. Brussel, 6 november 2008, nr. 49.275, *B. t. RVP*, Stradalex. Vgl. Arbh. Antwerpen, 7 juni 1995, *Soc. Kron.* 1995,500, (zending naar het buitenland, geen wetsontduiking).

<sup>29</sup> M. Traest, “Artikel 18: Wetsontduiking”, in J. Erauw (ed.), *Het Wetboek internationaal privaatrecht becommentarieerd*, Antwerpen en Brussel, Intersentia en Bruylant, 2006, 97; A. Heyvaert, *Belgisch Internationaal Privaatrecht – Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, p.92.

<sup>30</sup> Arbh. Brussel, 7 april 2011, 19 januari 2012 en 6 september 2012, *Soc. Kron.* 2013, 24.

<sup>31</sup> Voor een ander geval van wetsontduiking betreffende de Uitzendarbeidswet van 24 juli door het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een proefbeding na een tewerkstelling van dezelfde werknemer als uitzendkracht: Arbh. Luik, 23 januari 2007, *JTT* 2007, 201.

<sup>32</sup> Artikel 27 luidt als volgt: “§1: Er is sprake van een sociaalrechtelijk misbruik wanneer een rechtsonderhorige door middel van een rechtshandeling of een kwalificatie van een rechtshandeling zichzelf, in strijd met de doelstellingen van een of meerdere bepalingen van het sociaal recht, hetzij buiten de toepassing plaatst van deze bepalingen, hetzij onder de toepassing plaatst van deze bepalingen. §2: Een rechtshandeling of een kwalificatie van een rechtshandeling is niet tegenstelbaar aan de openbare instellingen van sociale zekerheid, de meewerkende instellingen van sociale zekerheid en de sociaal inspecteurs wanneer er sprake is van sociaalrechtelijk misbruik, tenzij wordt vastgesteld dat de rechtsonderhorige op generlei wijze de bedoeling had om zich, in strijd met de doelstelling van een bepaling van sociaal recht, te onttrekken of onder de toepassing te plaatsen van de desbetreffende bepaling”.

Wetboek Inkomstenbelastingen<sup>33 34</sup>. Artikel 344 WIB werd gewijzigd door artikel 167 van de Programmawet (I). van 29 maart 2012<sup>35</sup>. De Belgische fiscale antimisbruikbepaling lijkt gesteund op het verbod van wetsontduiking<sup>36</sup>.

De Programmawet van 27 december 2012 werd terecht scherp bekritiseerd omdat artikel 28 van de Programmawet<sup>37</sup> een negatieve bewijslast op de schouders van de rechtsonderhorige legt<sup>38</sup>. Bovendien zijn de bepalingen van de Programmawet ook onzorgvuldig geformuleerd. De begripsomschrijving van het objectieve element van de wetsontduiking (art. 27, §1 Programmawet) en van het subjectieve element van de wetsontduiking (art. 27, §2 in fine Programmawet) geeft duidelijk aan dat de doelafwending door de rechtsonderhorige betrekking moet hebben op één of meerdere bepalingen van het sociaal recht. Bij de bewijslastverdeling daarentegen moet de rechtsonderhorige bewijzen dat hij niet de bedoeling had om te handelen in strijd met de doelstellingen van het sociaal recht, wat wel een erg brede formulering betreft. Opgemerkt werd dat het geen sinecure is om altijd de doelstelling van een bepaalde sociale wet te definiëren<sup>39</sup>. De wetgever heeft

---

<sup>33</sup> Art. 344, §1 WIB: “Aan de administratie kan niet worden tegengeworpen, de rechtshandeling noch het geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt, wanneer de administratie door vermoedens of andere in artikel 340 vermelde bewijsmiddelen aan de hand van objectieve omstandigheden aantoonde dat er sprake is van fiscaal misbruik.

*Er is sprake van fiscaal misbruik wanneer de belastingplichtige middels de door hem gestelde rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen één van de volgende verrichtingen tot stand brengt:*

- 1. Een verrichting waarbij hij zichzelf in strijd met de doelstellingen van een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten buiten het toepassingsgebied van die bepaling plaatst; of*
- 2. Een verrichting waarbij aanspraak wordt gemaakt op een belastingvoordeel voorzien door een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten en de toekenning van dit voordeel in strijd zou zijn met de doelstellingen van die bepaling en die in wezen het verkrijgen van dit voordeel tot doel heeft.*

*Het komt aan de belastingplichtige toe te bewijzen dat de keuze voor zijn rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen door andere motieven verantwoord is dan het ontwijken van inkomstenbelastingen.*

*Indien de belastingplichtige het tegenbewijs niet levert, dan wordt de belastbare grondslag en de belastingberekening zodanig hersteld dat de verrichting aan een belastingheffing overeenkomstig het doel van de wet wordt onderworpen alsof het misbruik niet heeft plaatsgevonden”.*

<sup>34</sup> MvT, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2561/001, 23 en advies afdeling wetgeving RvSt. op p.149; Y. Stox, *o.c.* 16.

<sup>35</sup> J. Lorré, *o.c.* 61-62.

<sup>36</sup> Y. Stox, *o.c.* 16-17; verwijzend naar S. Van Crombrugge, “Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012”, *TRV* 2012, 540. Contra E. Spruyt, *Anti-misbruik in registratie- en successierechten. Een kritische analyse*, Brussel, Larcier, 2012, 23-26.

<sup>37</sup> Artikel 28 Programmawet: “Het komt aan de instelling of de inspecteur toe om het bewijs te leveren van het in artikel 27 bedoelde sociaalrechtelijk misdrijf. Wanneer dit bewijs is geleverd, kan de rechtsonderhorige slechts de toepassing van de niet-tegenwerpelijkheid vermijden wanneer hij bewijst dat de betrokken rechtshandeling of kwalificatie op generlei wijze tot doel had om zich, in strijd met de doelstellingen van het sociaal recht, hetzij onder de toepassing, hetzij buiten de toepassing te plaatsen van een of meerdere bepalingen van het sociaal recht”

<sup>38</sup> Y. Stox, *o.c.*, 54-55.

<sup>39</sup> J. Lorré, *o.c.*, 96.

niet verduidelijkt hoe het in de Programmawet bedoelde sociaalrechtelijk misbruik zich verhoudt tot de algemene figuur van de wetsontduiking<sup>40</sup>.

Op de wetsontduikingsfiguur in de Programmawet van 27 december 2012 werd evenwel een belangrijke rem gezet, zowel *de jure* als *de facto*. Artikel 29 van de Programmawet bepaalt expliciet dat de Koning in *concreto* de misbruiken dient te bepalen waarop de antimisbruikbepaling van toepassing zal zijn. M. a. w., enkel die gevallen van misbruik die zijn bepaald bij koninklijk besluit zullen onder het de antimisbruikbepaling van de Programmawet kunnen vallen<sup>41</sup>. Omtrent de bevoegdheid van de Koning om de gevallen van sociaalrechtelijk misbruik bij koninklijk besluit te bepalen merkte de afdeling wetgeving van de Raad van State op dat de machtiging aan de Koning te ruim is en nader dient te worden afgebakend<sup>42</sup>. De algemene misbruikbepaling in de Programmawet heeft geen praktische rechtsgevolgen omdat al 9 jaar lang geen koninklijke besluiten werden uitgevaardigd waarin misbruiken of gevallen van wetsontduiking onder de toepassing van de sociale antimisbruikbepaling worden gebracht. Lorré overweegt in zijn boek dat de introductie van wetgever van de algemene misbruikbepaling in het sociaal recht in 2012 niet toepasbaar blijkt<sup>43</sup>.

Een en ander brengt ons bij een paar andere bepalingen van de Programmawet. De artikelen 22 en 23 van de Programmawet van 27 december 2012 geven de Belgische rechtbanken, de RSZ en de sociale inspectie de mogelijkheid om een A1-verklaring afgegeven door een andere lidstaat inzake de onderwerping aan het toepasselijke sociale zekerheidsrecht naast zich neer te leggen en de betrokken werknemers te onderwerpen aan de Belgische sociale zekerheid, wanneer zij oordelen dat er sprake is van misbruik. Het Hof van Justitie erkende in het arrest *Altun* het beginsel *fraus omnia corrumpit* als algemeen Unierechtelijk beginsel. Volgens het Hof vereist de vaststelling van fraude een objectief en een subjectief element: aan de voorwaarden voor een detachering is in werkelijkheid niet voldaan, en dit wordt opzettelijk verborgen door de betrokkenen<sup>44</sup>. De dragende overwegingen van het *Altun*-arrest

---

<sup>40</sup> J. Lorré, o.c., 96

<sup>41</sup> K. Salomez, "De algemene misbruikbepaling in het sociaal recht", in *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia 2014, 440; Y. Stox, o.c. p.25-26.

<sup>42</sup> Advies 52 462/1 van de afd. wetgeving van de RvSt. van 4 en 5 december 2012, *Parl.St. Kamer 2012-13*, nr. 53-2561/1, 149; vgl. K. Salomez, "De algemene misbruikbepaling in het sociaal recht", in *CBR Jaarboek 2013-2014*, Antwerpen, Intersentia 2014, 440-442.

<sup>43</sup> J. Lorré, o.c. 97.

<sup>44</sup> HvJ, 6 februari 2018, C-359/16, *Altun*, overwegingen 49-53.

werden herhaald in het arrest *Commissie t. België* van 11 juli 2018<sup>45</sup>. Dit arrest ‘zong het requiem over de Europese antimisbruikbepaling in de Belgische programmawet van 27 december 2012’<sup>46</sup>. Struikelblok was het ontbreken van een Belgische wettelijke regeling van het opstarten van de dialoogprocedure<sup>47</sup>. In het arrest van het Hof van Justitie van 2 april 2020 besliste het Hof in de samengevoegde zaken *Vueling Airlines*<sup>48</sup> aansluitend dat de rechter van de lidstaat van ontvangst een A1-verklaring slechts kan optreden tegen frauduleuze A1 verklaringen indien voorafgaandelijk en onverwijld de geijkte procedure werd opgestart en de stukken die wijzen op fraude in dit kader werden overgemaakt teneinde de dialoog tussen de bevoegde organen te bewerkstelligen, en het bevoegde orgaan nalaat om binnen een redelijke termijn het verzoek te behandelen of een beslissing te nemen. Verder bevestigde het Hof van Justitie in dit arrest dat A1-verklaringen retroactief kunnen worden afgeleverd door het bevoegd orgaan<sup>49</sup>. De A1-verklaringen kunnen nog worden afgeleverd nadat het ontvangstand, bij afwezigheid van A1-verklaringen, al had beslist tot onderwerping op grond van de *lex loci laboris*<sup>50 51 52</sup>. Kortom, de fraudebepalingen in de Programmawet van 27 december 2012 komen niet ongehavend uit de juridische strijd. De meer algemene conclusie is dat de jurisprudentiële toepassingen van de figuur van de wetsontduiking in het sociaal recht derhalve belangrijker blijven dan de wettelijke bepalingen.

Tot slot is het natuurlijk nodig vast te stellen dat in een aantal gevallen de wetgever een expliciete wettelijke regeling heeft uitgevaardigd om bepaalde vormen van wetsontduiking tegen te gaan. In dergelijke geval is de zelfstandige toepassing door de rechter van de algemene leer van de wetsontduiking zonder belang. Dat is bv. het geval met de bepalingen van artikel 14, §2 van de Bedrijfsorganisatiewet van 1948, als gewijzigd door het KB nr. 4 van 11 oktober 1978, inzake meerdere juridische entiteiten die weerlegbaar vermoed worden

---

<sup>45</sup> HvJ 11 juli 2018, C-356/15, *Commissie/België*

<sup>46</sup> Bewoordingen van J. Lorré, “Sociale zekerheidscoördinatie, fraude- en misbruikbestrijding : nieuwe Europese rechtspraak”, *JTT* 2021, 4.

<sup>47</sup> J. Lorré, o.c. *JTT* 2021, 4

<sup>48</sup> C-370/17 en C-37/18

<sup>49</sup> HvJ, C-370/17 en C-37/18, overweging 70-73.

<sup>50</sup> HvJ, C-370/17 en C-37/18, overweging 77.

<sup>51</sup> Zie wederom J. Lorré, “Sociale zekerheidscoördinatie, fraude- en misbruikbestrijding : nieuwe Europese rechtspraak”, *JTT* 2021, 4.

<sup>52</sup> Ik laat de beslissing van het Hof van Justitie inzake het onderspit van het gezag van strafrechtelijk gewijsde buiten beschouwing: HvJ, C-370/17 en C-37/18, overwegingen 87-98.



één technische bedrijfseenheid uit te maken<sup>53</sup>. De definitie van het begrip 'onderneming' als technische bedrijfseenheid is wel bekend. De Nationale Arbeidsraad had in zijn advies nr. 577 van 28 februari 1977 vastgesteld dat in sommige ondernemingen waar de juridische entiteit en de technische bedrijfseenheid samenvielen, de werkgever was overgegaan tot een kunstmatige splitsing van de technische bedrijfseenheid in verscheidene vennootschappen ten einde te ontsnappen aan de verplichte oprichting van een ondernemingsraad. Om dergelijke wetsontduiking te vermijden heeft de Nationale Arbeidsraad voorgesteld om aan de hand van bepaalde criteria een vermoeden van het bestaan van een technische bedrijfseenheid in de wet te schrijven<sup>54</sup>. Maar het wettelijk vermoeden belet niet dat buiten het vermoeden het bestaan van één technische bedrijfseenheid kan worden bewezen door rekening te houden met alle gegevens van de zaak, zonder dat moet worden bewezen dat de verschillende juridische entiteiten werden opgericht met de bedoeling de wetgeving op de ondernemingsraden te omzeilen<sup>55</sup>.

### 3. De constitutieve elementen van de wetsontduiking

Om de figuur van de wetsontduiking te kunnen toepassen vereisen rechtspraak en rechtsleer in het algemeen de vervulling van de volgende 4 voorwaarden. Ten eerste moet het ontweken wetsvoorschrift van dwingend recht of van openbare orde zijn en ten tweede moet de wetsbepaling een bepaald resultaat willen verbieden en niet alleen maar een manier om dat resultaat te verwezenlijken<sup>56</sup> <sup>57</sup>. De derde voorwaarde vereist dat de wetsontduiker dit verboden resultaat probeert te bereiken door de aanwending van een op zich geoorloofd en dus ogenschijnlijk geoorloofd middel: het gebruik van een ander wettelijk voorschrift dat het hem mogelijk maakt het resultaat op slinkse of indirecte manier of met artificiële middelen te bewerkstelligen dan wel een resultaat te bewerkstelligen dat de ontdoken wetsbepaling zeer dicht

---

<sup>53</sup> Zie ook art. 50, §3 Welzijnswet Werknemers van 4 augustus 1996.

<sup>54</sup> M. Van Putten, *Het arbeidsrecht en de onderneming*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 248-249.

<sup>55</sup> Cass. 31 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 964, nr. 492, Cass. 12 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1142, *Pas.* 1980, I, 1130.

<sup>56</sup> W. Van Gerven, *Algemeen deel*, nr. 75, p.205; J. Lorré, o.c. 53; Y. Stox, o.c. 43, A. Lenaerts, *RW* 2013-2014, 378-379; L. Vael, *Privaatrechtelijke veinzing*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 89, N. Van Damme, o.c., *RW* 2020-21, 1203.

<sup>57</sup> Arbh. Luik 2 december 1996, *JLMB* 1997, 1637 (een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, in casu geen wetsontduiking; Arbh. Brussel, 10 september 2003, *JTT* 2004, 265 (CAO canada dry brugpensioen, in casu geen wetsontduiking).

benadert<sup>58</sup>. Deze drie voorwaarden zijn eerder ‘objectief’ van aard en kunnen makkelijk worden aangetoond, in tegenstelling tot de vierde voorwaarde, die subjectief is. Het is noodzakelijk dat een ontduikingsopzet of *consilium fraudandi* aanwezig is, alvorens tot een geval van wetsontduiking mag worden besloten<sup>59 60</sup>. Anders kan er sprake zijn van wetsontwijking wat geoorloofd is<sup>61</sup>.

De mate waarin de wetsontduiking ontduikingsopzet subjectief gewild moet zijn, dan wel dat het meer geobjectiveerd mag worden benaderd is een heikele kwestie. Van Gerven schreef reeds in 1969 dat niet alleen wetsontduiking mogelijk is indien men bij het rechtssubject de subjectieve ontduikingswil kan vaststellen. Het element van het ontduikingsopzet kan ook meer objectief toegepast worden waarbij de subjectieve ontduikingswil niet moet worden bewezen wanneer de omstandigheden van het geval wetsontduiking zeer waarschijnlijk maken<sup>62</sup>.

In een jeugdwerk van 1986 schreef ik dat het beter leek het subjectieve element van de ongeoorloofde wetsontduiking te laten vallen<sup>63</sup> en dat bovendien uit de arbeidsrechtelijke rechtspraak bleek dat de arbeidsrechters bewust of onbewust toepassing maakten van de leer van de objectieve wetsontduiking<sup>64</sup>. Dat is eigenlijk niet verwonderlijk. Het verbod van

---

<sup>58</sup> Arbh. Brussel 10 september 2003, *JTT* 2004, 265; Arbh. Bergen, 18 mei 2009, nr. 20.543, *D.J t/ Dexia*, *Stradalex*; W. Van Gerven, *Algemeen Deel* 1969, nr. 75, p. 206; Y. Stox, 44; , N. Van Damme, o.c., *RW* 2020-21, 1203; J. Bonnecase en G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Supplément VI*, Parijs Recueil Sirey, 1935, 53-55; zie ook Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, JCB Mohr, 1960, 1161.

<sup>59</sup> Cass. 14 november 2005, *JT* 2006, 62: “que la fraude à la loi requiert un élément intentionnel, étant l’intention de frauder la loi impérative ou d’ordre public”, “Overwegende dat verbod op wetsontduiking een opzet vereist, namelijk het opzet om de dwingende wet of de wet die de openbare orde raakt, bedrieglijk toe te passen; Overwegende dat het arrest, door de in het middel weergegeven redenen, vaststelt dat de verweersters op geen enkel ogenblik door schuldvernieuwing aan de inhouding van 3,5% hebben willen ontsnappen; Dat het arrest de bestreden beslissing aldus naar recht verantwoordt;” J.F. Romain, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé: des atteintes à la bonne foi en général et de la fraude en particulier*, Brussel Bruylant, 2000, 506; J. Matthijs, o.c., *RW* 1955-56, 116; A. Lenaerts, o.c., 396; . Y. Stox, o.c. 44; J. Lorré, o.c. 53; , N. Van Damme, o.c., *RW* 2020-21, 1203; J. Bonnecase en G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Supplément VI*, Parijs Recueil Sirey, 1935, 55-58.

<sup>60</sup> Ook in het arbeidsrecht: Arbh. Luik, 20 december 1996, *JLMB* 197, 1637; Arbh. Brussel, 7 april 2011, nr. 2010/AB/180 (vrz. Ryckx), ; *Oceanwide Marine Services BV t/ RSZ*;

<sup>61</sup> N. Van Damme, o.c., 65; W. Van Gerven, *Algemeen Deel* 1969, nr. 75, p. 206;

<sup>62</sup> W. Van Gerven, *Algemeen Deel* 1969, nr. 75, p. 207.

<sup>63</sup> W. Rauws, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, in *Reeks sociaal recht*, nr. 30, Antwerpen, Kluwer, 1987, 36-40.

<sup>64</sup> W. Rauws, o.c., 832.

wetsontduiking beperkt de wilsautonomie<sup>65</sup> en het arbeidsrecht is bij uitstek een rechtstak die gekenmerkt wordt door veel dwingende bepalingen en bepalingen van openbare orde. De objectivering van de wil doet zich ook voor in het ontslagrecht<sup>66</sup>. Een centraal element in het begrip ontslag en opzegging is de wil, inzonderheid de wil de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Een en ander doet evenwel geen afbreuk aan de omstandigheid dat deze beëindigingswil in zekere mate wordt geobjectiveerd. Zo wordt aangenomen dat de nietigheid van de opzegging een onmiddellijk ontslag tot gevolg heeft zonder dat hierbij wordt nagegaan in welke mate dit onmiddellijk ontslag gedragen wordt door de werkelijke wil van de auteur van de nietige opzegging<sup>67</sup>. Wanneer de werkgever eenzijdig een belangrijke wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst doorvoert, kan de werknemer dit binnen een redelijk korte bedenktijd inroepen als een onrechtmatig ontslag door de werkgever, maar dit vereist niet dat ook de wil tot beëindiging van de werkgever wordt vastgesteld<sup>68</sup>. Wanneer de werkgever eenzijdig de arbeidsvoorwaarden wijzigt die essentiële bestanddelen van de overeenkomst zijn, kan de voortzetting van de arbeidsprestaties door de werknemer, na het verstrijken van de termijn die vereist is om stelling te nemen ten aanzien van het eventueel sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst, impliceren dat afstand wordt gedaan van het aanvoeren van de aan de werkgever te wijten beëindiging, niettegenstaande voorbehoud, en dat een stilzwijgend akkoord is bereikt over de nieuwe arbeidsvoorwaarden<sup>69</sup>. Of de werknemer nu de reël wil heeft geuit afstand te doen van het recht de contractbreuk door de werkgever in te roepen, moet nauwelijks worden nagegaan.

Ik zag en zie in de toepassing in meer of mindere mate van de objectieve ontduikingstheorie in het arbeidsrecht trouwens ook een bewijs van de beperkte autonomie van het arbeidsrecht. Uiteraard dient rekening te worden gehouden met het bovenvermelde cassatiearrest van 14 november 2005. Het blijft perfect mogelijk dat rechters de figuur van de wetsontduiking toepassen

---

<sup>65</sup> N. van Damme, *o.c.*, *RW* 2020-2021, 1204, die derhalve wetsontduiking als autonome rechtsfiguur wil weren.

<sup>66</sup> W. Rauws en K. Salomez, "Wil en vertrouwen in het ontslagrecht", *TPR* 2007, 1993-2037; M. Jamoulle, *Le contrat de travail*, II, Luik, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, 206-207.

<sup>67</sup> Cass. 26 september 1973, *Arr. Cass.* 1974, 96, met noot, *Pas.* 1974, I, 87, *RW* 1973-74, 1556; zie verder in dezelfde lijn: Cass. 23 maart 1981, *RW* 1981-82, 2481; Cass. 14 december 1992, *Arr. Cass.* 1992, 1432; Cass. 6 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 25; Cass. 12 oktober 1998, *Arr. Cass.* 1998, 954.

<sup>68</sup> Cass. 23 juni 1997, *RW* 1997-98, 1372, noot J.R.R.; W. Van Eeckhoutte, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2018-2019*, Mechelen, Kluwer 2018, nr. 4504.

<sup>69</sup> Cass. 17 juni 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1531, nr. 363.

wanneer ze bij de rechtsonderhorige een subjectieve ontduikingswil vaststellen. Maar de door het Hof van Cassatie vereiste *consilium fraudandi* lijkt een betrekkelijk brede toetssteen. Zo schrijft A. Lenaerts in haar proefschrift dat een oogmerk om de wet te ontduiken voldoende is en dat in tegenstelling tot het beginsel *Fraus omnia corrumpit* er geen specifiek oogmerk vereist is om een ander te schaden<sup>70</sup>. Glansdorff schrijft in 2018 “la fraude à la loi interne, telle qu’on la défini, n’implique aucun procédé frauduleux en soi, mais seulement une intention et un resultat”<sup>71</sup>. Deze gedachte van een meer geobjectiveerde leer van wetsontduiking was in 1986 minder revolutionair dan het lijkt. In een belangrijke commentaar op het Duitse Burgerlijk Wetboek<sup>72</sup>, schreven Ludwig Enneccerus en Hans Carl Nipperdey reeds 1960 dat de vroeger veelvuldig voorgestane zogenaamde subjectieve theorie van de wetsontduiking als achterhaald kon worden beschouwd. Volgens dezelfde auteurs wordt “heden” bijna uitsluitend de theorie van de objectieve wetsontduiking verdedigd die zich uitsluitend richt op de betekenis en het doel van de norm om de objectieve strijdigheid van de rechtshandeling met het doel van de norm te bepalen<sup>73</sup>. De beide auteurs onderstrepen voorts dat het leerstuk van de wetsontduiking bijzondere betekenis heeft in het arbeidsrecht. Belangrijker dan de doctrine is dat het Bundesarbeitsgericht de leer van de objectieve wetsontduiking ook toepast in zijn rechtspraak<sup>74</sup>. Het is geen overbodige luxe tussen door op te merken dat de figuur van de wetsontduiking sporadisch ook opduikt in de conclusie van de advocaten-generaal van het Hof van Justitie. Zo bespreekt advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in een betwisting van een overgang van onderneming nadrukkelijk de wetsontduiking<sup>75</sup> <sup>76</sup> De advocaat-

---

<sup>70</sup> A. Lenaerts, o.c. 396

<sup>71</sup> F. Glansdorff, “ ‘L’adage *fraus omnia corrumpit* ’ ”, *JT* 2018, 134.

<sup>72</sup> W. Van Gerven verwijst in zijn Algemeen Deel naar dit werk. Nipperdey is een belangrijk arbeidsjurist omdat hij ook de eerste voorzitter is geweest van Bundesarbeitsgericht.

<sup>73</sup> Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, JCB Mohr, 1960, 1162: “Heute dagegen wird fasst ausschliesslich die objective Theorie vertreten, die allein auf den Sinn und Zweck der Norm auf die objective Funktionswidrigkeit des Geschäfts abstellt”.

<sup>74</sup> BAG, 10 december 1998, nr. 8 AZR 324/97 inzake een beëindiging met onderlinge toestemming bij overdracht van een onderneming <https://www.prinz.law/urteile/>; BAG, 13 mei 2020, nr. 4 AZR 489/19, punt 32: inzake de doorwerking van een CAO: “(1) Eine **objektive** Gesetzesumgehung liegt vor, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich, dh. ohne einen im Gefüge der einschlägigen Rechtsnorm sachlich rechtfertigenden Grund, verwendet werden (st. Rspr., BAG 21. Februar 2017 -1 ABR 62/12 - Rn. 49 mwN, *BAGE* 158, 121; ausf. 18. März 2009 - 5 AZR 355/08- Rn. 17 mwN, *BAGE* 130, 34)”, . <http://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal>

<sup>75</sup> Conclusie van 4 september, C-396/97, *Mirja Juuri t/ Fazer Amica Oy*

<sup>76</sup> Punt 32 van de conclusie: “Op basis van het uitgangspunt dat het aan de nationale rechter is om vast te stellen of het laten samenvallen van de overgang van een onderneming met de einddatum van de collectieve overeenkomst wetsontduiking oplevert, (...). De nationale rechter dient te beoordelen of deze opeenvolging van overeenkomsten, het tijdsverloop en de informatie die aan de werknemers is verstrekt, het aannemelijk maken dat de vervreemdster en de verkrijgster zich schuldig hebben gemaakt aan ontduiking van de wet en

generaal vermeldt geen vereiste van een subjectieve bedoeling te ontduiken als voorwaarde voor de toepassing van het verbod van wetsontduiking.

De gedachte van een meer objectieve benadering van het ontduikingsopzet de leer komt m.i. ook tot uitdrukking in de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende ontbindende bedingen in een arbeidsovereenkomst. In zake de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, wat neerkomt op een arbeidsovereenkomst met een ontbindende tijdsbepaling, regelde de wetgever expliciet de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd<sup>77</sup>. Daarnaast geldt wat ontbindende tijdsbepalingen in een arbeidsovereenkomst betreft een verbod van een ontbindend pensioenbeding<sup>78</sup> <sup>79</sup> en van een ontbindende tijdsbepaling krachtens dewelke het overlijden van de werkgever een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst<sup>80</sup>. Op grond van de toenmalige artikelen 16.3° en 20 Arbeidsovereenkomstenwet 10 maart 1900<sup>81</sup> besliste het Hof van Cassatie dat uit deze wetsbepalingen volgt dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd onverenigbaar met contractclausules die een eenzijdig beëindigingsrecht inhouden<sup>82</sup>. Een beding van tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was en is niet expliciet verboden. Deze oplossing is niet zo evident als ze misschien op het eerste gezicht lijkt omdat de rechtspraak van het Hof van Cassatie ook inhoudt dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel een maximumtermijn mag bevatten<sup>83</sup>, terwijl dergelijke arbeidsovereenkomst eigenlijk neerkomt op een arbeidsovereenkomst voor bepaalde die tussentijds kan worden opgezegd. Advocaat -generaal Delange concludeerde dan ook bij het cassatiearrest van 8 juni 1961 dat ,vermits de beide types van arbeidsovereenkomsten op hetzelfde neerkomen, het geoorloofd is in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde een

---

bijgevolg de regels hebben overtreden die wijziging van de arbeidsvoorwaarden bij de overgang van de onderneming verbieden”.

<sup>77</sup> Artr. 10 en 10bis Arbeidsovereenkomstenwet (WAO)

<sup>78</sup> Art. 36 WAO

<sup>79</sup> Een ontbindend pensioenbeding is geen ontbindende voorwaarde: W. Rauws, *o.c.* 470

<sup>80</sup> Art. 33 WAO

<sup>81</sup> Heden art. 32.3° en art. 35 WAO. Artikel 32.3° bepaalt: ... “de verbintenissen uit de door de wet geregelde overeenkomsten eindigen door de wil van een der partijen wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd werd, of in geval een dringende reden tot beëindiging voorhanden is “

<sup>82</sup> Cass. 6 december 1962, *Pas.* 1963, I, 424, *RCJB* 1964, noot P. Horion, “De la compatibilité des clauses qui, dans un contrat de travail ou un contrat d’emploi, établissent l’une un terme et l’autre un droit de résiliation unilatérale”

<sup>83</sup> Cass. 8 juni 1961, *Pas.* 1961, 1096, Cass. 17 januari 1963, *RW* 1963-64, 1411; Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, I, 511

opzeggingsbeding op te nemen<sup>84</sup>. Paste het Hof van Cassatie in het arrest van 6 december 1962 wellicht de objectieve wetsontduikingsleer toe? Ik meen van wel. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat een beding van tussentijdse opzegging in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wel mogelijk is ten gunste van de werknemer<sup>85</sup>. En verder zal een beding van tussentijdse opzegging in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wel mogelijk zijn in de mate dat de wetgever met de wet van 26 december 2013 tussentijdse opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft mogelijk gemaakt<sup>86</sup>, dit ter compensatie van de afschaffing van de proeftijd behalve bij studenten en uitzendkrachten.

De afschaffing van de proeftijd vermindert het belang van het cassatiearrest van 7 februari 1994<sup>87</sup>. Het Hof van Cassatie paste m.i. de figuur van de objectieve wetsontduiking toe wanneer het in 1994 besliste dat het doen samenvallen van de duur van de proeftijd met duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet te verenigen is met een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd, hoewel dergelijke constructie niet expliciet verboden is. Het resultaat van die constructie zou zijn dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd permanent opzegbaar is. Het doel van een proeftijd is immers om een werknemer te evalueren alvorens partijen in de definitieve fase van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst terecht komen.

Een andere, wat mij betreft, glasheldere toepassing van objectieve wetsontduikingsleer vindt de lezer in de cassatiearresten van 12 januari 1977 en 10 maart 1980. Artikel 36 van de Arbeidsovereenkomstenwet verklaart het ontbindend huwelijksbeding<sup>88</sup> en een ontbindend moederschapsbeding nietig<sup>89 90</sup>. Het Hof van Cassatie oordeelde dat, vermits een dwingende wetsbepaling

---

<sup>84</sup> *Pas.* 1961, I, 1097: "Ainsi, rien n'interdit de conclure par écrit un contrat à durée déterminé prévoyant un terme certain dont l'arrivée mettra automatiquement fin au contrat et de stipuler qu'avant l'arrivée de ce terme, chacune des parties pourra y mettre fin unilatéralement, moyennant un préavis convenu, lequel ne peut être inférieur au préavis légal". De advocaat-generaal verwijst trouwens naar een Frans cassatiearrest in dezelfde zin van 20 december 1943, *Sirey* 1945, I, 33.

<sup>85</sup> Art. 6 WAO

<sup>86</sup> Art. 40, §§2-4 WAO

<sup>87</sup> Cass. 7 februari 1994, *RW* 1994-1995, 158.

<sup>88</sup> Wat hier geschreven wordt over het ontbindend huwelijksbeding geldt m.i. voor een ontbindend beding gekoppeld aan de wettelijke samenwoning: zie de art 10 en 11 van de Grondwet.

<sup>89</sup> Voordien art. 21 bis Arbeidsovereenkomsten Bedienden en art. 19 quinquies Arbeidsovereenkomsten Arbeiders, art. 29bis Arbeidsovereenkomsten Binnenschippers; art. 34 Arbeidsovereenkomstenwet Dienstboden

<sup>90</sup> Een ontbindend moederschapsbeding/huwelijksbeding is ook nietig omdat het verboden directe geslachtsdiscriminatie uitmaakt: art. 4,§1 en 20 Genderwet van 10 mei 2007.

de bedingen nietig verklaart waarin bepaald wordt dat het huwelijk van de werknemer een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst, dit huwelijk noodzakelijk op zichzelf geen dringende reden kan uitmaken<sup>91</sup>. Eerste advocaat-generaal Dumon verwees in zijn conclusie bij het arrest van 12 januari 1977 destijds expliciet naar wetsontduiking: “Anders te beslissen zou de partijen in staat stellen de wet (d.w.z. art. 21bis Arbeidsovereenkomstenwet Bedienden) te omzeilen. In het contract zou er niets meer staan. Niettemin zou de overeenkomst zonder opzegging en zonder vergoeding beëindigd worden zodra een huwelijk gesloten is. Aldus zou het contract niet meer verbroken worden ingevolge de toepassing van een nietige clause, en alles zou volkomen in orde en geoorloofd wezen! Laten wij het onomwonden uitspreken : dit is waarlijk een aanfluiting”<sup>92</sup>. Het Hof van Cassatie leidt uit een wettelijke regeling van de civielrechtelijke ontbindend beding gevolgen af voor de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst volgens de regels van het ontslagrecht.

Een ander voor mij duidelijk voorbeeld van het hanteren van de objectieve wetsontduikingstheorie door het Hof van Cassatie haal ik uit de rechtshistorische doos met betrekking uit de specifieke bescherming tegen ontslag om dringende reden ten gunste van de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad in het toenmalige KB nr. 4 van 11 oktober 1978 en de destijds niet uitdrukkelijk geregelde ontbinding wegens wanprestatie van de arbeidsovereenkomst van de beschermde werknemer. De wet bevatte destijds geen expliciete regeling bevatte omtrent de gerechtelijke ontbinding Het Hof van Cassatie heeft in zijn arresten van 26 oktober en 23 november 1981<sup>93</sup> de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet uitgesloten maar aan de toepassing van artikel 1184 BW<sup>94</sup> de voorwaarden gekoppeld dat de rechter het bestaan van een dringende reden moet vaststellen en de werkgever de versnelde procedure tot erkenning van een dringende reden voorgeschreven door het KB nr. 4 in acht moet nemen, op straffe de door de wetgever verruimde bijzondere ontslagbescherming van haar draagwijdte te beroven. Het Hof van Cassatie leidde uit de regeling van het ontslag om

---

<sup>91</sup> Cass. 12 januari 1977, *Arr. Cass.* 1977, 530; Cass. 10 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-1980, nr. 435.

<sup>92</sup> Eerste advocaat-generaal Dumon, *Arr. Cass.* 1977, 536

<sup>93</sup> Cass. 26 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, nr 139, *JTT* 191, 314, noot C. Wantiez; Cass. 23 november 1981, *RW* 1981-82, 1405, noot. In dezelfde zin Cass.fr. 21 juni 1974 *Perrier*, *Droit social* 1974, 452, met conclusie procureur-generaal Touffait

<sup>94</sup> Art. 5.90 en 5.91 nieuw BW

dringende reden gevolgen af voor de andersoortige beëindigingswijze van de gerechtelijk ontbinding zonder na te gaan of de werkgever een subjectieve *consilium fraudandi* voorzat<sup>95</sup>. Zoals bekend heeft de wetgever die cassatierechtspraak eigenlijk gebetonneerd door thans de gerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie van de beschermde werknemer uit te sluiten<sup>96</sup>, althans op vordering van de werkgever.

De bijzondere ontslagbescherming ten voordele van personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad en het comité voor preventie en bescherming van werknemers sluit niet uit dat de beschermde werknemer de gerechtelijke ontbinding vordert van de arbeidsovereenkomst wegens voldoende ernstige wanprestatie van de werkgever<sup>97 98</sup>. Meer nog, het Hof van Cassatie besliste in datzelfde arrest van 8 oktober 2018 dat de voldoende ernstige wanprestatie kan bestaan in de belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst door de werkgever en de beschermde werknemer deze gerechtelijke ontbinding krachtens de wet kan beschouwen als een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer wegens feiten die een reden uitmaken die ten laste kan worden gelegd van de werkgever en derhalve aanspraak kan maken op de hoge ontslagvergoedingen. Dit Belgische cassatie-arrest vertoont een opvallende gelijkenis met die van het Franse Hof van Cassatie waarin werd geoordeeld dat de beschermde werknemer akte kan nemen van de verbreking van zijn arbeidsovereenkomst lastens de werkgever<sup>99</sup>.

#### 4. Vergelijking met de belendende rechtsfiguren.

---

<sup>95</sup> W. Rauws, o.c., 526 en 581.

<sup>96</sup> Art. 2, §6 Wet Bijzondere Ontslagbescherming Personeelsafgevaardigden

<sup>97</sup> Cass. 8 oktober 2018, *RW* 2018-2019, 1454

<sup>98</sup> De beslissing van het Hof van Cassatie is niet evident omdat volgens het Hof van Cassatie de ontslagbescherming van personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad van openbare orde, dit is het algemeen belang: Cass. 4 september 1995, *RW* 1996-1997, 63; Cass. 16 mei 2011, *RW* 2011-12, 1904. Dat is ook zo in Frankrijk. Maar na eerst te hebben dat het verbod om een beroep te doen op de gerechtelijke ontbinding omwille van de openbare orde bilateraal werkt, dus ten aanzien van de vorderende beschermde werknemer, nam de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie een bocht van 180° en besliste op 16 maart 2005 dat "Mais attendu que si la procédure de licenciement du salarié représentant du personnel est d'ordre public, ce salarié protégé ne peut être privé de poursuivre la résiliation aux torts de l'employeur": Cass. fr. (soc.) 03-40.251, nr. 689 van 16 maart 2005, *Recueil Dalloz* 2005, 1603, noot J. Mouly, [03-40.251 Arrêt n° 689 du 16 mars 2005 Cour de cassation - Chambre sociale | Cour de cassation](#); J. Mouly, "Coup de vent sur le statut des salariés protégés", *Droit social* 2005, 861; voorheen nog anders Cass. fr (soc) 18 juni 1996, *Droit social* 1996, 979, noot H. Blaise.

<sup>99</sup> Cass. fr. 21 januari 2003, *Droit social* 2003, 449, noot J. Mouly. Zie ook A. Mazeaud, *Droit du travail*, Parijs, Montchrestien, 2012, 432-434.



Om een beter inzicht te krijgen in de figuur van de wetsontduiking is het nuttig haar te vergelijken met interpretatie van de wet, de (her)kwalificatie van de overeenkomst, misbruik van recht en veinzing<sup>100</sup>.

(i) Interpretatie van de dwingende wetsbepaling.

Om tot het besluit te komen dat er wetsontduiking is of niet, moet de rechter eerst de dwingende wetsbepaling interpreteren<sup>101</sup>. Zoals hierboven al even aangegeven bij het citeren van de wetsontduiking in de recente editie van *Valk's Juridisch Woordenboek* gaat aan de toepassing van het verbod van wetsontduiking eerst de interpretatie van de dwingende wetsbepaling vooraf. Het zou te ver gaan om een hier een hele theorie over de interpretatie van de dwingende wet uit te werken, maar letterlijke en grammaticale wetsinterpretatie leidt vaak tot funeste conclusies in het arbeidsrecht.<sup>102</sup> En, zoals Stox terecht opmerkt, vergroot een al te letterlijke interpretatie van de wet de toepassing van algemene rechtsbeginselen, zoals het verbod op *fraus legis*<sup>103</sup>.

In sommige arbeidsrechtelijke beslissingen wordt het oogmerk wetsontduiking te vermijden gehanteerd als hulpinstrument om de dwingende wetsbepaling correct te interpreteren. Dat is bv. het geval met de interpretatie van het begrip werkgever in de CAO-wet<sup>104</sup>. Het Hof van Cassatie had in een arrest van 2 juni 2014 geoordeeld dat de werkgever in de zin van de CAO-wet in de regel alleen is de persoon die minstens een persoon met een arbeidsovereenkomst tewerkstelt en dat de collectieve arbeidsovereenkomst naast verplichtingen voor de contracterende partijen alleen rechten en verplichtingen voor

---

<sup>100</sup> W. Gerven, o.c., 207-209.

<sup>101</sup> N. Van Damme, o.c. *RW* 2020-21, 1219

<sup>102</sup> Zie bv. art. 25 WAO betreffende het wijzigingsbeding en Cass. 14 oktober 1991, *RW* 1991-92, 809, conclusie advocaat-generaal Lenaerts; art 8 CAO nr. 109 inzake kennelijk onredelijk ontslag in verband met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer en Cass. 22 november 2010, *RW* 2010-2011, 1729, met conclusie adv.-gen. Mortier en noot W. Vandeputte, "Willekeurig ontslag, het gedrag van de werkmans en het verbod van kennelijk onredelijk ontslag"; vgl. M. De Vos "Het gedrag dat het ontslag van een voor onbepaalde tijd in dienst genomen werkmans niet-willekeurig maakt", *RW* 1996-97, 737-739; Art. 37 inzake de nietigheid van de opzegging en Cass. 23 maart 1981, *JTT* 1981, 240; Cass. 28 januari 2008, *Arr. Cass.* 2008, nr. 67.

<sup>103</sup> Y. Stox, o.c. 33, met verwijzing naar het doctoraat van M. Van Hoecke, *De interpretatievrijheid van de rechter*.

<sup>104</sup> Art. 2 CAO-wet bepaalt dat de CAO-wet van toepassing is op werknemers met een arbeidsovereenkomst en werkenden die anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten onder het gezag van een ander en hun werkgevers.

werknemers en werkgevers kan bevatten<sup>105 106 107</sup>. Het begrip werkgever in de CAO-wet komt terug aan bod in een later arrest van het Grondwettelijk Hof<sup>108</sup>. De ministerraad heeft in dat geschil voor het Grondwettelijk Hof aangevoerd dat het begrip werkgever niet zo beperkt mocht worden uitgelegd als zijnde personen die tenminste één werknemer in dienst hebben. De ministerraad betoogt dat indien het Grondwettelijk Hof zou beslissen dat de personen of ondernemingen die nog geen werknemer tewerkstellen, geen werkgevers zijn in de zin van de CAO-Wet en bijgevolg niet gebonden zijn door de CAO's, dit 'dramatische gevolgen' heeft: "iedere overnemer zou dan een nieuwe juridische entiteit kunnen creëren om te vermijden dat zij gebonden zijn om werknemers over te nemen, of hun arbeidsvoorwaarden na te leven. Dit geeft aanleiding tot misbruiken en wetsontduiking"<sup>109</sup>. Het Grondwettelijk Hof legt het begrip werkgever dan ook breder uit. Onder het begrip "werkgever" ressorteren ook personen die op het ogenblik dat een CAO tegen hen wordt aangevoerd nog geen werknemers met een arbeidsovereenkomst in dienst hebben maar nadien wel. Wellicht betekent dat ook dat het begrip werkgever in de CAO-wet ook omvat de personen die op het ogenblik dat een CAO tegen hen wordt aangevoerd geen werknemers met een arbeidsovereenkomst meer in dienst hebben, maar voordien wel<sup>110</sup>. De uitspraak van het Grondwettelijk Hof is belangrijk omdat in die interpretatie de CAO ook precontractuele en postcontractuele aspecten van de arbeidsbetrekkingen kan regelen<sup>111</sup>. In die interpretatie is bv. duidelijk dat de sociale partners in de Nationale Arbeidsraad de bevoegdheid hebben om de

---

<sup>105</sup> Cass. 2 juni 2014, *Arr.Cass.* 2014, 188.

<sup>106</sup> In een noot bij het arrest wordt een kanttekening gemaakt. "Bij een geschil inzake overgang van onderneming in de zin van cao 32bis, wat in casu **niet** het geval was, zou een richtlijn conforme interpretatie van de bepalingen van deze cao tot gevolg kunnen hebben dat het standpunt dat verwoord wordt in huidig arrest niet gehandhaafd kan worden".

<sup>107</sup> Het geschil gaat over de toekenning van een onderhoudscontract voor een bepaalde werf aan een ander schoonmaakbedrijf door overname van het onderhoudscontract en het al dan niet overnemen van het personeel op de werf. Het geschil beperkte zich tot het lot van de arbeidsovereenkomst van één op die werf werkzame schoonmaakster door toepassing van een specifieke CAO gesloten in het paritair comité nr. 121 voor de schoonmaak-en ontsmettingsbedrijven.

<sup>108</sup> GwH 8 mei 2019, nr. 59/2019, *RABG* 2019, 1013, noot D. Ryckx, "Het begrip werkgever in de CAO-wet. Onenigheid op de Olympus"

<sup>109</sup> Ov. A.3.1

<sup>110</sup> Zie ov. B.7: "De in het geding zijnde bepaling is, zoals de ministerraad aangeeft, evenwel ook vatbaar voor een andere interpretatie. Die bepaling en haar parlementaire voorbereiding maken immers geen onderscheid tussen werkgevers, naargelang zij op het ogenblik dat een CAO tegen hen wordt aangevoerd al dan niet werknemers in dienst hebben".

<sup>111</sup> Zie ov. A.3.1.

CAO nr. 38 van 6 december 1983 inzake de aanwerving en sollicitatie<sup>112 113</sup> van toepassing te maken op personen die nog geen werknemers in dienst hebben maar overgaan tot aanwerving van hun eerste werknemer en meer algemeen dat de CAO nr. 38 ook precontractuele verhoudingen zoals de sollicitatie kan regelen<sup>114</sup>.

## (ii) Kwalificatie van de rechtshandeling

Om na te gaan of er wetsontduiking voorhanden is, moet de rechter ook voorafgaand de rechtshandeling of overeenkomst juridisch kwalificeren<sup>115</sup>. Partijen die de verkeerde kwalificatie aan hun overeenkomst geven, maken zich in beginsel niet schuldig aan wetsontduiking, hoewel hun bedoelingen frauduleus kunnen zijn. De rechter moet de overeenkomst interpreteren op grond van de bepalingen van de overeenkomst zelf. De benaming van de overeenkomst kan evenwel onverenigbaar zijn met haar bepalingen of met de constante uitvoering van de overeenkomst. Wanneer de partijen de overeenkomst verkeerd kwalificeren, mag de bodemrechter die, op grond van de elementen die hij moet beoordelen de kwalificatie kan uitsluiten die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven, een andere in de plaats stellen<sup>116</sup>. Omdat de wil van de partijen primeert, moet de rechter de werkelijke wil van de partijen achterhalen<sup>117</sup>. De rechter mag onder het mom van interpretatie evenwel niet de wil van de partijen vaststellen met miskennis van de regels voor de bewijskracht van akten en van het schriftelijk bewijs<sup>118</sup>. Er is dan in beginsel geen sprake van simulatie of veinzing<sup>119</sup>. De openlijke overeenkomst stemt overeen met de werkelijke wil

---

<sup>112</sup> Algemeen verbindend verklaard bij KB van 11 juni 1984. De CAO nr. 38 werd gewijzigd door de CAO nr. 38bis, 38ter, 38quater en 38 quinquies

<sup>113</sup> Alleen de normatieve bepalingen 1 tot 6 en 19 werden algemeen verbindend verklaard. Voor de rest bevat de CAO obligatoire bepalingen

<sup>114</sup> Vgl. H. Schyvens, "C.A.O. nr. 38 betreffende de werving en de selectie van werknemers: een stap in de richting van een volwaardig aanwervingsrecht", *Soc.Kron.* 1984, 65-67; W. Van Eeckhoutte, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *TPR* 1990, 990.

<sup>115</sup> N. Van Damme, o.c. *RW* 2020-21, 1219

<sup>116</sup> Cass., 10 oktober 2011, *Pas.*, 2011, n° 536, met conclusie adv.-gen. Genicot: "Lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut y substituer une qualification différente". L. Vael, o.c.51, met talloze referenties in voetnoot 254; art. 5.68 nieuw BW, "Van de kwalificatie die door de partijen aan het contract is gegeven, kan enkel worden afgeweken indien zij onverenigbaar is met de bedingen ervan of met dwingendrechtelijke regels of regels van openbare orde". *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 55-1806/001, p.80.

<sup>117</sup> Art. 1156 BW; Artikel 5.64 inzake de voorrang van de werkelijke wil in Boek 5 Nieuw burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 75; W. Van Eeckhoutte, "Gezag in de cassatierechtspraak", *NjW* 2005, 10

<sup>118</sup> Cass. 24 maart 1988, *RW* 1988-89, 1126; Cass. 10 januari 1994, *JTT* 1994, 141

<sup>119</sup> Y. Stox, o.c. 36, met verwijzing naar Van Ommeslaghe en M. De Vos, "Zwart loon door het overeengekomen ontduiken van socialezekerheidsbijdragen: algemeen civielrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten", in M.

van de partijen en er is geen tegenbrief, geen twee onderscheiden overeenkomsten, nl. een sluierende overeenkomst en een gesluierde overeenkomst. Maar anderen menen dat ook bij miskwalificatie er wel sprake kan zijn van een tegenbrief en indien de verkeerde kwalificatie dient om dwingende wetsbepalingen te vermijden, kan er wel sprake zijn van simulatie<sup>120</sup>.

Bij het interpreteren van arbeidsrelaties is het achterhalen van het gezag het centrale punt<sup>121</sup>. Bij het kwalificeren van de overeenkomst moet de rechter uitgaan van de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst hebben tenzij de hem voorgelegde feiten onverenigbaar zijn met de door de partijen gegeven kwalificatie.<sup>122</sup>

(iii) Rechtsmisbruik en *Fraus omnia corrumpit*.

Zoals reeds hiervoor geschreven, is rechtsmisbruik de uitoefening van een subjectief recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale rechtsuitoefening door een voorzichtig en bezorgd persoon<sup>123</sup>. W. Van Gerven schrijft dat misbruik van recht verwant is aan wetsontduiking. Bij rechtsmisbruik wordt een door de wet verleend subjectief recht ingeroepen maar wordt de rechtshandeling als onrechtmatig beschouwd omdat ze kennelijk onredelijk is<sup>124</sup>. Bij wetsontduiking geschiedt hetzelfde ten aanzien van het objectieve recht, de wet: enerzijds wordt beweerd dat men niets anders doet dan het objectieve recht, de wet toepassen, terwijl anderzijds de handeling als onrechtmatig wordt beschouwd wegens de uitwerking van deze toepassing ten opzichte van andere dwingende wetsbepalingen, wier doel wordt verijdeld<sup>125</sup>. Het verbod van rechtsmisbruik komt soms in de buurt van het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit*<sup>126</sup>. Dit algemene rechtsbeginsel vindt toepassing in het contractuele als in het buitencontractuele verbintenissenrecht en veronderstelt een vorm van bedrog

---

Rigaux en .W. Van Eeckhoutte (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 142-143

<sup>120</sup> N. Van Damme, o.c. *RW 2020-21*, 1224; W. Rauws, "Kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst", *JTT* 2006, 93 e.v.

<sup>121</sup> Cass. 23 december 2002, *JTT* 2003, 271; art. 328, 5°, 331, en 333 Arbeidsrelatieswet van 27 december 2006

<sup>122</sup> Cass. 23 december 2002, *JTT* 2003, 271; Cass. 8 december 2003, *JTT* 2004, 122; Arbh. Bergen, 18 mei 2009, Stradalex

<sup>123</sup> N. Van Damme, *Wetsontduiking*, p. 290-291

<sup>124</sup> W. Van Gerven, *Algemeen Deel*, 208; supra; Cass. 10 september 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 31 met conclusie proc.-gen. Ganshof van der Meersch; zie ook Boek 1 nieuw BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, nr. 1805, p.23-24.

<sup>125</sup> W. Van Gerven, *Algemeen Deel*, 208

<sup>126</sup> Cass. 23 januari 1968, *Arr.Cass.* 1968, 695.

die kwaadwilligheid, opzettelijke misleiding en/of oneerlijkheid inhoudt met de bedoeling anderen te schaden<sup>127</sup>. In de Memorie van toelichting bij het voorstel van een nieuw Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek legt men voor het bestaande recht het accent ten eerste op de opzettelijk fout begaan met het oogmerk een ander te schaden of uit winstbejag<sup>128</sup>, en ten tweede het toepassen van het algemene rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* in gevallen van opzettelijke fout zonder enige fraude, misleiding of oneerlijkheid, bijvoorbeeld in geval van een opzettelijk misdrijf<sup>129</sup>.

Een bekend voorbeeld van misbruik van recht in het arbeidsrecht is de kandidatuurstelling van werknemers voor de sociale verkiezingen met het enkele oogmerk om de aan de kandidatuur verbonden ontslagbescherming te verwerven en niet met het oog op de uitoefening van een mandaat ten gunste van de collectiviteit van werknemers. Zoals bekend zijn ook de kandidaten voor de verkiezing van de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraad en het preventiecomité retroactief verregaand beschermd tegen ontslag, zelfs wanneer het ontslag plaats vond in de zogenaamde occulte periode<sup>130</sup>. In uitzonderlijke gevallen aanvaarden de rechtspraak en de rechtsleer dergelijk misbruik van zijn recht om zich kandidaat te stellen<sup>131</sup>, met als gevolg de nietigheid van de kandidatuur. Deze vorm van kandidatuurstelling voor de sociale verkiezingen zijn een klassiek geval van rechtsmisbruik en vormen geen geval van wetsontduiking<sup>132</sup>.

#### (iv) Veinzing

Uit het algemeen deel van Van Gerven leren we dat ingeval van simulatie de simulanten de schijn wekken een bepaalde rechtshandeling te hebben verricht terwijl zij in het geheim de rechtsverhouding heel anders hebben geregeld. Ingeval van wetsontduiking maken de wetsontduikers hun handeling die zij werkelijk hebben gewild met al de gevolgen van dien, volledig kenbaar<sup>133</sup>.

---

<sup>127</sup> W. Van Gerven en A. Van Oevelen, o.c. 82, N. Van Damme, *Wetsontduiking*, 272-273, A. Lenaerts., o.c., .456.

<sup>128</sup> Boek 1 nieuw BW, *Parl. St. Kamer* 2020-2021, nr. 1805/001, p. 24.

<sup>129</sup> Boek 1 nieuw BW, *Parl. St. Kamer* 2020-2021, nr. 1805/001, p. 25, .met verwijzing naar Cass., 6 november 2002, Pas., 2002, nr. 584, conclusie adv. gen. Spreutels

<sup>130</sup> Wet Bijzondere Ontslagbescherming Personeelsafgevaardigden van 19 maart 1991

<sup>131</sup> Cass. 5 maart 1984, *Arr.Cass.* 1983-84, 836, *JTT* 1985, 101, noot; Cass. 24 september 2001, *RW* 2001-2002, 1029, *Pas.* 2001, 1469, met conclusie eerste adv.-gen Leclercq; J. De Vreese, A. Vandenberg, J. Hofkens, en I. Plets, *30 jaar Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 49-53; I. Gerzat, "La protection des candidats remplaçants aux élections sociales et le licenciement pour motif grave pendant la période occulte", *JTT* 2021, 53 e.v. .

<sup>132</sup> N. Van Damme, o.c. 634-637.

<sup>133</sup> W. Van Gerven, *Algemeen Deel*, 208-209, J. Matthijs, o.c. *RW* 1955-56, 110-111.

Simulatie bestaat dus uit twee rechtshandelingen<sup>134</sup>. Ten eerste de werkelijke overeenkomst, die de werkelijke wilsuiting en de werkelijk gewenste verbintenissen omvat. Het is deze werkelijke rechtshandeling die welbewust geheim wordt gehouden. De werkelijke rechtshandeling moet geen schriftelijk stuk zijn. Een ongeschreven overeenkomst is voldoende<sup>135</sup>. Ten tweede de openlijke overeenkomst, waarin de partijen afspreken om ten opzichte van derden een andere verhouding voor te wenden. In hun onderlinge rechtsverhouding willen de partijen de werkelijke rechtshandeling toepassen. De openlijke overeenkomst is het gevolg van deze bewuste simulatieafpraak. Simulatie vereist dat de werkelijke en de openlijke overeenkomst gelijktijdig bestaan<sup>136</sup>. Wetsontduiking is vaak wederrechtelijk, terwijl veinzing in het civiele recht dat in beginsel niet is<sup>137</sup>. Maar in het arbeidsrecht en zeker in het sociaal zekerheidsrecht betreffende de verplichting sociale zekerheidsbijdragen te betalen, kan de veinzing ongeoorloofd zijn wanneer het doel is de toepassing van een wet van openbare orde of dwingend recht te vermijden<sup>138</sup>. En dan zijn we heel dicht in de buurt van de wetsontduiking of kan bedrieglijke veinzing als wetsontduiking worden beschouwd<sup>139</sup>. Anders dan het burgerlijk recht kan bij veinzing in het sociale zekerheidsrecht de RSZ niet kiezen om zich te beroepen op de werkelijke overeenkomst (de tegenbrief) en dan de openlijke overeenkomst als niet-tegenwerpelijk beschouwen dan wel te opteren op de openlijke overeenkomst. Reeds in 1958 wist advocaat-generaal Dumon dat instellingen zoals de RSZ zich enkel kunnen beroepen op de werkelijke overeenkomst<sup>140</sup>.

## 5. De sanctie bij wetsontduiking

“Bij wetsontduiking vereist een aanwending conform de doelstelling van de gebruikte rechtsregel dat de ontdoken rechtsregel toch wordt toegepast op de betrokken rechtshandeling. Aan de wetsontduiker wordt de aanwending van de gebruikte rechtsregel dus geheel of gedeeltelijk ontzegd, voor zover dit noodzakelijk is om de ontdoken rechtsregel opnieuw toepassing te laten

---

<sup>134</sup> Art. 1321 BW

<sup>135</sup> Y. Stox, o.c.37.

<sup>136</sup> H. De Page, *Traité élémentaire*, II, Brussel, Bruylant, 1940, nrs. 617-646bis, p. 585-602; L. Vael, o.c., 90-92; Y. Stox, o.c.37; conclusie Dumon bij Cass. 20 maart 1958, *Pas.* 1958, I, 80

<sup>137</sup> H. De Page o.c. II, nrs. 623-625;

<sup>138</sup> L. Vael, o.c., 50, Y. Stox, o.c., 40-41, I. Samoy, “Veinzing ontmaskerd? Een zoektocht naar schijn en werkelijkheid in de leer van simulatie” *TPR* 2007, 830-831

<sup>139</sup> A. Lenaerts, o.c. 399; Y. Stox, 43

<sup>140</sup> F. Dumon bij Cass. 20 maart 1958, *Pas.* 1958, I, 39 en 40, W. Rauws, “De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst”, *JTT* 2006, 99

vinden”<sup>141</sup>. In dezelfde lijn ligt de opvatting van Lorré die terug grijpt naar de geschriften van A. Lenaerts en die ik paraphraseer: “Het uitgangspunt is een schadeherstel in natura( ...). Voor gevallen van wetsontduiking heeft dit een dubbele uitwerking. In eerste instantie komt dit neer op het respecteren van de doelstelling van de gebruikte rechtsregel. Het logische gevolg is dan ook dat de ontdoken rechtsregel toch wordt toegepast op de betrokken rechtshandeling (...), voor zover dit noodzakelijk is om de toepassing van de ontdoken rechtsregel van openbare orde of van dwingend recht te verzekeren. Het tweede gevolg is dat de rechtshandeling die door de wetsontduiker werd gesteld met een louter ontduikingsopzet, op zich rechtsgeldig blijft maar haar uitwerking herleid om de toepassing van de ontdoken rechtsregel mogelijk te maken<sup>142</sup>.

## 6. Arbeidsrechtelijke rechtspraak betreffende wetsontduiking.

### 6.1 De anciënniteit van de werknemer bij dezelfde werkgever.

Zoals bekend is de duur van de opzeggingstermijn die de werkgever en de werknemer bij opzegging moeten respecteren afhankelijk van de anciënniteit van de werknemer<sup>143</sup>. Maar de anciënniteitseis speelt ook een rol bij het recht op gewaarborgd loon van een arbeider<sup>144</sup>, het recht op een uitwinningsvergoeding van een handelsvertegenwoordiger<sup>145</sup> of het recht verkrijgen op extra-legale voordelen zoals bijkomende vakantiedagen. De Arbeidsovereenkomstenwet bepaalde vroeger de anciënniteit voor de bedienden in functie van de tewerkstelling bij dezelfde werkgever, terwijl dit voor de arbeiders dezelfde onderneming was<sup>146</sup>. Het Hof van Cassatie heeft in constante rechtspraak sedert het arrest van 14 juni 1957<sup>147</sup> beslist dat het begrip ‘zelfde werkgever’ betrekking heeft op de economische bedrijfseenheid die de onderneming vormt, zonder rekening te houden met de wijziging van het rechtskarakter ervan. N. Van Damme meent dat wanneer een tussengeplaatste onderneming de economische activiteit voortzet van de

---

<sup>141</sup> A. Lenaerts, o.c. *RW* 2013-14, 379

<sup>142</sup> J. Lorré, o.c. 57; zie ook W. Van Gerven, *Algemeen Deel*, 209-210 voor het verschil in sanctionering tussen wetsontduiking met een eenzijdige rechtshandeling of met een bilaterale rechtshandeling

<sup>143</sup> Art. 37/4 Arbeidsovereenkomstenwet (WAO)

<sup>144</sup> Art. 52, §1 WAO

<sup>145</sup> Art. 101 WAO

<sup>146</sup> Art. 59 en 82, §2 WAO.

<sup>147</sup> Cass. 14 juni 1957, *Arr. Cass.* 1957, 859; Cass. 2 juni 1971, *Arr. Cass.* 1970-71, 434; conclusie proc.- gen. Lenaerts bij Cass 18 mei 1992, *Arr. Cass.* 1992, 883; Cass. 13 januari 2003, *JTT* 2003, 268; *Arbh.* Luik, 15 april 2002, *JLMB* 2003, 104. Zie M. Jamouille, *Le contrat de travail*, II, Luik, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1986, 283-287.

vorige werkgever of geen onderscheiden van de economische finaliteit nastreeft, de anciënniteitsperiode bij de vorige werkgever meetelt bij de anciënniteitsbepaling en de tussengeplaatste werkgever die anders beweert aan wetsontduiking doet<sup>148</sup>. In een arrest oordeelde het Arbeidshof Gent dat ook publieke rechtspersonen zoals een openbare instelling, te dezen het Bloso, en de provincie Oost-Vlaanderen, als “dezelfde werkgever” kunnen worden beschouwd<sup>149</sup>. Hoewel de analyse van de geschetste problematiek interessant is, wordt hier geen toepassing gemaakt van het verbod van wetsontduiking, maar wordt de geïnterpreteerde dwingende rechtsregel toegepast<sup>150</sup>.

In dit verband kan nog nuttig verwezen worden naar een arrest van het Grondwettelijk Hof van 12 mei 2010<sup>151</sup>. De regel in de Arbeidsovereenkomstenwet inzake de anciënniteit heeft tekstueel alleen betrekking op de periodes van de tewerkstelling als werknemer. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat de rechtsregel in die zin geïnterpreteerd dat hij voor de vaststelling van de anciënniteit enkel toestaat periodes in aanmerking te nemen die zijn gepresteerd in het raam van een arbeidsovereenkomst, met uitsluiting van de periodes die daarvoor zijn gepresteerd onder ambtelijk statuut bij dezelfde werkgever, discriminatoir is in strijd met de Grondwet. In die zin geïnterpreteerd dat deze bepaling de daarvoor onder ambtelijk statuut bij dezelfde werkgever gepresteerde periodes wel omvat, schendt de wetsbepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet. Dit is alleszins geen grammaticale interpretatie van artikel 37/4 WAO en het vroegere artikel 82, §2 Arbeidsovereenkomstenwet bedienden.

Wat wel degelijk een situatie van verboden wetsontduiking vormt is een door de werkgever opgelegde onderbreking van het dienstverband tussen een eerste en een tweede arbeidsovereenkomst ten einde de opbouw van de anciënniteit te vermijden. Het Arbeidshof te Luik besliste terecht dat een waarborg moet worden ingebouwd tegen wetsontduiking en derhalve de dienstonderbreking van twee dagen, zonder dat daarvoor een objectieve verklaring bestaat, niet in aanmerking mag worden genomen indien wordt vastgesteld dat zij door de werkgever is opgelegd om de wettelijke regel inzake

---

<sup>148</sup> N. Van Damme, o.c, 486-487.

<sup>149</sup> Arbh. Gent, 14 november 2011, RW 2012-13, 1226.

<sup>150</sup> Ik heb ter zake ook niks over wetsontduiking gelezen in de doctrine.

<sup>151</sup> GwH 12 mei 2010, nr. 54/2010, RW 2010-11, 617.



de berekening van de anciënniteit op grond waarvan de opzeggingstermijn wordt bepaald, te omzeilen<sup>152</sup>.

## 6.2 Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd<sup>153</sup>.

Een domein waar de het verbod van wetsontduiking prima tot zijn recht komt is bij uitstek het probleem van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Er is een continue aanvoer van rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de uitlegging van de clausules 1 en 5 van de op 18 maart 1999 gesloten Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij EU-richtlijn 1999/70<sup>154</sup>. Uit clause 5 van de raamovereenkomst blijkt dat de lidstaten maatregelen moeten nemen om misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of -verhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen<sup>155 156</sup>. Clause 5 is echter te vaag om rechtstreekse werking te hebben<sup>157</sup>. Dit impliceert onder meer dat de Richtlijn niet rechtstreeks tegen een publiekrechtelijke werkgever kan worden ingeroepen<sup>158</sup>. Een ander gevolg is dat clause 5 niet door particulieren voor

---

<sup>152</sup> Arbh. Luik, 15 april 2002, *JLMB* 2003, 104

<sup>153</sup> Arbh. Luik 2 december 1996, *JLMB* 1997, 1637Luik,

<sup>154</sup> F. Pennings en S. Peters, *Europees arbeidsrecht, Monografieën Sociaal recht* nr. 2, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, 4<sup>e</sup> uitgave, 234-240.

<sup>155</sup> HvJ, 4 juli 2006, C-212/04, *Adeneler*, ov. 79.

<sup>156</sup> De clause 5 van de Raamovereenkomst heeft als opschrift „Maatregelen ter voorkoming van misbruik” en luidt:

„1. Teneinde misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen, voeren de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners overeenkomstig de nationale wetgeving, collectieve overeenkomsten of gebruiken, en/of de sociale partners, wanneer er geen gelijkwaardige wettelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik bestaan, op een wijze die rekening houdt met de behoeften van bepaalde sectoren en/of categorieën werknemers, een of meer van de volgende maatregelen in:

- a) vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten of verhoudingen rechtvaardigen;
- b) vaststelling van de maximale totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd;
- c) vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten of verhoudingen mogen worden vernieuwd.

2. De lidstaten, na raadpleging van de sociale partners, en/of, waar nodig, de sociale partners bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd:

- a) als ‘opeenvolgend’ worden beschouwd;
- b) geacht worden voor onbepaalde tijd te gelden.”

<sup>157</sup> HvJ, 19 maart 2020, , C-103/18 en C-429/18, *Ruiz en Alvarez*

<sup>158</sup> HvJ, 19 maart 2020, , C-103/18 en C-429/18, *Ruiz en Alvarez*, *Tijdschrift recht en Arbeid*, 2020, 2020/67, 27, noot H. Voogtsgeerd

de nationale rechter kan worden ingeroepen<sup>159</sup>. Bij de implementatie van de Richtlijn genieten de lidstaten een beoordelingsmarge maar zij mogen geen afbreuk doen aan het doel misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te voorkomen. Zij mogen derhalve geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de Raamovereenkomst<sup>160</sup>. Ook wat de sancties betreft blijft clause van de Raamovereenkomst vaag in die zin dat ze geen specifieke sancties oplegt, maar de lidstaten moeten desalniettemin zorgen evenredige en afschrikwekkende sancties die garanderen dat de Raamovereenkomst volledige uitwerking krijgt<sup>161</sup>. Uit de clause 5 van de Raamovereenkomst vloeit geen algemene verplichting voort voor de lidstaten om te voorzien in de omzetting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd<sup>162</sup>.

Het ligt voor de hand dat sommige werkgevers hun toevlucht zullen nemen om door middel van min of meer langdurige tijdsonderbrekingen te voorzien tussen de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd ten einde de nationale wetsbepalingen tegen het misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te ontwijken. Het Hof van Justitie gaat met zijn rechtspraak dergelijke ontwijkingsmanoeuvres tegen. Aldus besliste het Hof van Justitie dat clause 5 van de Raamovereenkomst zich verzet tegen een nationale regeling zoals in Griekenland op grond waarvan arbeidsovereenkomsten enkel als 'opeenvolgend' in de zin van die clause moeten worden beschouwd, wanneer de tussenliggende tijd niet meer dan twintig werkdagen bedraagt<sup>163</sup>. In hetzelfde arrest overwoog het Hof van Justitie dat het aan de lidstaten is te bepalen wanneer arbeidsovereenkomsten als opeenvolgend moeten worden beschouwd<sup>164</sup>. De Belgische wet heeft dat niet gedaan en alleen bepaald dat opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd zonder dat er een onderbreking is toe te schrijven aan de werknemer, worden vermoed te zijn een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vormen, tenzij de werkgever het bewijs levert van een

---

<sup>159</sup> E. Timbermont, "Het gebruik van opeenvolgende tijdelijke arbeidsrelaties in het universitair onderwijs: doorstaan de Nederlandse en de Vlaamse aanpak de toets aan de Europese regelgeving?", *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2021, 42.

<sup>160</sup> HvJ, 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18, *Ruiz en Alvarez*, ov. 84-88.

<sup>161</sup> HvJ, 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18, *Ruiz en Alvarez*, ov. 85 en 86.

<sup>162</sup> HvJ, 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18, *Ruiz en Alvarez*, ov. 88.

<sup>163</sup> HvJ, 4 juli 2006, C-212/04, *Adeneler*, ov.89.

<sup>164</sup> HvJ, 4 juli 2006, C-212/04, *Adeneler*, ov.81

wettige reden<sup>165</sup>. Die onduidelijkheid is problematisch<sup>166</sup>. Er mag worden op gewezen dat het begrip “opeenvolgend” een communautair begrip is dat ondanks de , ondanks de beoordelingsmarge van de lidstaten, wordt gecontroleerd door het Hof van Justitie<sup>167</sup>.

Sommigen zouden uit de relatieve vaagheid van de Raamovereenkomst kunnen afleiden dat wanneer er een onderbreking is tussen twee arbeidsovereenkomsten toe te schrijven aan de werkgever, deze onderbreking geen obstakel vormt voor het wettelijk vermoeden van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij de lengte van de onderbreking geen rol zou spelen<sup>168</sup>. Dergelijke exegetische interpretatie moet worden verworpen. Wanneer partijen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben gesloten van 3 maanden en na 5 jaar een nieuwe arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd van 6 maanden, wordt die laatste arbeidsovereenkomst niet vermoed van onbepaalde tijd te zijn, omdat er geen opeenvolging is van arbeidsovereenkomsten. Om het probleem op te lossen kan de rechter teruggrijpen naar het leerstuk van de objectieve wetsontduiking en na gaan of blijkaar partijen de bedoeling hadden de vastheid van de dienstbetrekking geboden door artikel 10 Arbeidsovereenkomstenwet te omzeilen<sup>169</sup>. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat moet worden nagegaan of de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde worden ingezet voor opvullen van permanente en blijvende behoeften van de onderneming<sup>170</sup>. Dat moet de rechter toelaten te bepalen wanneer arbeidsovereenkomsten elkaar opvolgen.

### 6.3 Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een uitdrukkelijk hernieuwingsbeding

Beoogd wordt de situatie dat voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een uitdrukkelijk beding van stilzwijgende hernieuwing bevat. Partijen komen dus overeen dat , voor zover de arbeidsovereenkomst niet op een andere wijze beëindigd is, er op het einde van de eerste contract van dezelfde duur periode

---

<sup>165</sup> Art. 10 WAO

<sup>166</sup> Ter vergelijking in Nederland is er in essentie sprake van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten wanneer die elkaar opvolgen met een tussenperiode van niet meer dan zes maanden: art. 7:668a Ned. BW; .

<sup>167</sup> HvJ, 19 maart 2020, , C-103/18 en C-429/18, *Ruiz en Alvarez*, ov. 57-63.

<sup>168</sup> Vgl. J. Clesse en F. Kéfer, *Manuel de droit du travail*, Brussel, Larcier, 2018, 244 en 245.

<sup>169</sup> Vgl. Cass. 30 september 2003, *Arr. Cass.* 2013, nr. 491, 1991.

<sup>170</sup> HvJ, 4 juli 2006, C-212/04, *Adeneler*, ov. 88; HvJ, 26 februari 2015, C-238/14, *Commissie t/ Luxemburg*, iov. 48; zie G. Auzero, D. Baugarden E. Dockès, *Droit du travail*, Parijs Dalloz, 2019, 316 en 317 en art. L.1242-1 van de Franse Code du travail.

stilzwijgend een nieuw arbeidsovereenkomst ontstaat van dezelfde duur als de oorspronkelijke overeenkomst, ongeacht het aantal toegelaten hernieuwingen. In oudere rechtspraak en rechtsleer kwam de opvatting voor dat de krachtens dergelijk vernieuwingsbeding ontstane arbeidsovereenkomsten eveneens van bepaalde tijd zijn en artikel 10 van de Arbeidsovereenkomstenwet niet kan worden toegepast<sup>171</sup>. Teneinde wetsontduiking tegen te gaan dient men aan te nemen dat de uit het hernieuwingsbeding voortvloeiende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, wel onder de toepassing vallen artikel 10 Arbeidsovereenkomstenwet<sup>172</sup>.

#### 6.4 Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Een arrest van het Arbeidshof te Gent oordeelde op 9 februari 2007 dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden opgevolgd door of omgezet in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd<sup>173</sup>. Andere arbeidsrechters hebben er op gewezen dat het sluiten van dergelijke overeenkomst voor bepaalde tijd na het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mogelijk wegens wetsontduiking ontoelaatbaar is<sup>174</sup>. Om wetsontduiking van de dwingende wetsbepalingen inzake de wettelijke opzeggingstermijn voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tegen te gaan is het belangrijk om na te gaan of de duur van de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd korter is dan de veronderstelde wettelijke opzeggingstermijn geldend voor de voorafgaande overeenkomst voor onbepaalde tijd. M.i. kan de arbeidsrechter in het kader er in het raam van de leer van de objectieve wetsontduiking vermoeden dat bij een kortere duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dan de wettelijke opzeggingstermijn op de werkgever een vermoeden van wetsontduiking weegt<sup>175</sup>. Dit vermoeden kan worden weerlegd door bij analoge toepassing van artikel 10 Arbeidsovereenkomstenwet de arbeidsovereenkomst voor bepaalde

---

<sup>171</sup> M. Taquet en C. Wantiez, "La loi sur les contrats de travail", in *Nouveaux visages du contrat de travail*, Brussel, Editions du jeune Barreau, 1979, 32 ; B. Mergits, « Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd », *RW* 1978-79, 2312; Arbh. Gent 17 maart 1971, *RW* 1971-72, 1066, noot J.R.R.

<sup>172</sup> W. Rauws, o.c., 482- 482; vgl. J. Clesse en F. Kéfer, *Manuel de droit du travail*, Brussel, Larcier, 2018, 245.

<sup>173</sup> Zie *Or.* 2007, 100, met samenvatting I. Plets; Cass. 5 november 1979, *JTT* 1980, 75 noot M. Taquet en C. Wantiez, « Contrat à durée déterminée. Constatation par écrit ».

<sup>174</sup> Arbh. Luik, 2 december 1997, *JLMB*, 1637; Arbrb. Brussel, 9 maart 1992, [www.juridat.be](http://www.juridat.be)

<sup>175</sup> Zie Arbrb. Luik, 15 juni 1982, *Jur. Liège* 1983, 330.

duur korter dan de normale opzeggingstermijn objectief verantwoord is door de aard van het werk of een andere wettige reden<sup>176</sup>.

#### 6.5 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gevolgd door een vervangingsovereenkomst

In 2007 besliste het Arbeidshof te Gent ook dat de opeenvolging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en een vervangingsovereenkomst die eindigde met de terugkeer van de vervangen werknemer wettig was mits de naleving van het bepaalde in artikel 10bis Arbeidsovereenkomst en geen bewijs werd geleverd van wetsontduiking<sup>177</sup>. Het Grondwettelijk Hof heeft met zijn arrest van 17 juni 2021, nr. 93/2021 de regels van de opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en vervangingsovereenkomsten gevoelig gewijzigd<sup>178</sup>. Voor de vervangingsovereenkomsten bepaalt artikel 11ter, §1, derde en vierde lid, Arbeidsovereenkomstenwet dat zowel de duur van de vervangingsovereenkomst als de totale duur van de opeenvolgende vervangingsovereenkomsten maximaal twee jaar mag bedragen. Indien die termijn wordt overschreden, zijn de regels voor overeenkomsten van onbepaalde tijd van toepassing. Het Grondwettelijk Hof stelt vast, indien de werknemer en de werkgever ofwel opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd, ofwel opeenvolgende vervangingsovereenkomsten sluiten, de wettelijke regels waarborgen dat de werknemer in beginsel na twee jaar de vastheid van betrekking kan genieten<sup>179</sup>. Die waarborg geldt evenwel niet indien de werknemer voor dezelfde werkgever opeenvolgend met arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd en met vervangingsovereenkomsten werkt.

Rekening houdende met het wettelijk doel van het verzekeren van werkstabiliteit en het beschermen van de werknemer tegen het misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd of van opeenvolgende vervangingsovereenkomsten door de werkgever, is het niet redelijk verantwoord dat de in die bepalingen neergelegde waarborg van de vastheid van betrekking na in beginsel twee jaar enkel geldt in geval van hetzij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd, hetzij opeenvolgende vervangingsovereenkomsten, doch niet in geval van een

---

<sup>176</sup> W. Rauws, o.c., 481-482

<sup>177</sup> Arbh. Gent, 9 februari 2007, *Or.* 2007, 100, met samenvatting I. Plets, *Or.* 2007, 100, met samenvatting I. Plets

<sup>178</sup> GwH 17 juni 2021, nr. 93/2021 van 17 juni 2021, [www.stradalex.com](http://www.stradalex.com)

<sup>179</sup> Ov. B.7.2

opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd en vervangingsovereenkomsten. Het zal voor de werknemer in vele gevallen immers niet mogelijk zijn het bewijs te leveren dat de werkgever de wet heeft **willen ontduiken**. Bijgevolg zijn de artikelen 10 inzake de opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en 11ter, §1, vijfde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet inzake de maximale duur van de vervangingsovereenkomsten voor 2 jaar niet bestaanbaar met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel in zoverre zij niet van toepassing zijn in geval van een opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd en vervangingsovereenkomsten<sup>180</sup>. Het is toch niet gewaagd bij de lectuur van dergelijk arrest te veronderstellen dat de rechters van het Grondwettelijk Hof niet ongevoelig zijn voor de theorie van de objectieve wetsontduiking en het probleem van de wetsontduiking oplossen met het grondwettelijke verbod van discriminatie in de wet.

#### 6.6. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd bij een publiekrechtelijke werkgever gevolgd door een statutaire aanstelling voor bepaalde duur

Een arrest van de Raad van State van 21 april 2020, nr. 247.434 brengt mij tot de volgende bespiegelingen<sup>181</sup>. Veronderstel stel dat een federale of deelstatelijke overheid gedurende 13 jaar een contractueel personeelslid tewerk stelt met opeenvolgende contracten voor een jaar en aansluitend het personeelslid een ambtelijke of tijdelijke statutaire benoeming geeft voor 18 maanden en op het einde daarvan aanvoert dat de arbeidsverhouding van rechtswege eindigt zonder enige ontslagvergoeding verschuldigd te zijn. Komt de publiekrechtelijke werkgever hier mee weg? Aldus zou het probleem van het verbod van jarenlang misbruik te maken van opeenvolgende arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd in belangrijke mate worden omzeild.

De Richtlijn 1999/70 is ook van toepassing op publiekrechtelijke werkgevers<sup>182</sup>. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat clause 5 van de Raamovereenkomst over opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde niet alleen van toepassing is op opeenvolgende

---

<sup>180</sup> Ov. B.7.4 en B.8.

<sup>181</sup> Inzake *X t/Universiteit Antwerpen*. Ik bewaar enige afstandelijkheid omdat het eisende personeelslid thans een deeltijdse collega is op mijn universiteit, hoewel ik verder met het geding niets te maken had.

<sup>182</sup> E. Timbermont, "Het gebruik van opeenvolgende tijdelijke arbeidsrelaties in het universitair onderwijs: doorstaan de Nederlandse en de Vlaamse aanpak de toets aan de Europese regelgeving?", *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2021, 36

arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd maar ook op opeenvolgende arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, dus ook op opeenvolgende statutaire aanstellingen van bepaalde duur<sup>183</sup>. In het voorbeeld is er een opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gevolgd door één statutaire benoeming voor 18 maanden. De Richtlijn 1999/70 en de erin vervatte Raamovereenkomst zijn op de globale opeenvolging van opeenvolgende arbeidsrelaties voor bepaalde tijd van toepassing. Zoals de werkgever het misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten gevolgd door opeenvolgende vervangingsovereenkomsten niet vermag te organiseren, moet ook hier de gehele ketting van opeenvolgende arbeidsrelaties in ogenschouw worden genomen ten einde wetsontduiking van de Raamovereenkomst te vermijden.

Het publiekrechtelijke personeelslid zal er veiligheidshalve verstandig aan doen na het einde van de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een opzeggingsvergoeding te vorderen op grond van de conversie van de laatste schakel in de ketting van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, tenzij de publiekrechtelijke werkgever zich terecht op een van de rechtvaardigingsgronden in de artikel 10 van de arbeidsovereenkomstenwet kan beroepen. De kans is natuurlijk reëel dat het personeelslid dat werkt voor dezelfde publiekrechtelijke werkgever geen vordering zal instellen zolang het nog werkzaam is bij dezelfde publiekrechtelijke overheid maar dan als tijdelijke ambtenaar gedurende 18 maanden. Ik citeer het Hof van Justitie: “Niets in die bepalingen wijst erop dat de toepassing van de Raamovereenkomst is uitgesloten wanneer de werknemer heeft ingestemd met de totstandkoming van zijn arbeidsverhouding met een werkgever in de publieke sector. Integendeel, een dergelijke uitlegging zou kennelijk ingaan tegen een van de doelstellingen van de Raamovereenkomst, te weten (...) de vaststelling van een kader voor het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten **of** arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, welk gebruik wordt beschouwd als een mogelijke bron van misbruik ten nadele van werknemers, door te voorzien in een aantal minimale beschermende bepalingen om te voorkomen dat werknemers in een preciaire situatie komen te verkeren. Deze doelstelling van de Raamovereenkomst is impliciet maar noodzakelijkerwijze gebaseerd op de premisse dat de werknemer wegens zijn zwakke positie ten opzichte van de werkgever, het slachtoffer kan zijn van misbruik door de werkgever van

---

<sup>183</sup> HvJ 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18, ov. 108 en 109.

opeenvolgende arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, ook al zijn die arbeidsverhoudingen vrijwillig aangegaan en vernieuwd. Die situatie van zwakkere partij kan een werknemer immers ervan weerhouden uitdrukkelijk zijn rechten uit te oefenen jegens zijn werkgever, omdat de afdwinging van die rechten hem met name kan blootstellen aan maatregelen van die werkgever die de arbeidsverhouding ten nadele van die werknemer kunnen beïnvloeden” (ov. 110-113).

Indien de werknemer na 18 maanden een vordering instelt wegens een onrechtmatige beëindiging van de keten van de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, zal de werkgever wellicht de éénjarige verjaringstermijn van artikel 15 Arbeidsovereenkomsten wet inroepen.

Niettemin schrijft de in de Richtlijn vervatte Raamovereenkomst voor dat de interne rechtsorde van de betrokken lidstaat moet voorzien in een andere effectieve maatregel ter voorkoming, en in voorkomend geval ter bestraffing, van het misbruik van opeenvolgende overeenkomsten/arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd. Wanneer misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd heeft plaatsgevonden, moet er een maatregel kunnen worden toegepast die voorziet in effectieve en op het gebied van de werknemersbescherming gelijkwaardige garanties, teneinde dit misbruik naar behoren te bestraffen en de gevolgen van de schending van de Richtlijn ongedaan te maken. Volgens de tekst zelf van artikel 2, eerste alinea, van Richtlijn 1999/70, moeten de lidstaten immers „alle nodige maatregelen treffen om de in deze Richtlijn voorgeschreven resultaten te allen tijde te kunnen waarborgen” . Het is duidelijk dat een werkgever zich schuldig kan maken aan misbruik van recht bij het inroepen van verjaring: Misbruik van recht wordt gestraft, niet door het verbeuren van het recht, maar door het recht tot zijn normale uitoefening te herleiden of door het opleggen van het herstel van de schade die door het misbruik is teweeggebracht. De herleiding van het recht tot zijn normale uitoefening kan zover gaan dat de rechter aan de houder van het recht de mogelijkheid ontzegt om zich erop te beroepen in de gegeven omstandigheden. Misbruik van het recht om zich op de verjaring te beroepen kan leiden tot het ontzeggen van het recht om zich op de verjaring te beroepen”<sup>184 185</sup> . Teneinde wetsontduiking van de Raamovereenkomst te

---

<sup>184</sup> Cass. 8 februari 2021, *NjW* 2021, 491, noot.

<sup>185</sup> Het geschil ten gronde betrof een vordering van een werknemer tegen de vakbond BTB en de voorzitter van de vakbond die zijn werkgever was geweest. Het Arbeidshof te Gent, afdeling Gent had op 8 februari 2019



vermijden zou de arbeidsrechtbank er in de voorliggende casus kunnen beslissen dat het de publiekrechtelijke werkgever wegens misbruik van recht moet worden ontzegd zich op de verjaring te beroepen wanneer de werknemer na de beëindiging van de ambtelijke aanstelling voor 18 maanden, dit is meer dan één jaar na het einde van de laatste arbeidsovereenkomst, een opzeggingsvergoeding vordert voor de onrechtmatige beëindiging van de in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geconverteerde ketting van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.

Het is ook denkbaar dat het personeelslid van de publiekrechtelijke werkgever, dat na een ketting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn bestuursrechtelijke ambtelijke aanstelling voor een duur van 18 maanden krijgt, de beëindiging van zijn statutaire arbeidsverhouding voor bepaalde tijd aanvecht omdat het geheel van de arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd conform het misbruikverbod in de Raamovereenkomst dient te worden beschouwd als een arbeidsverhouding van onbepaalde tijd. Derhalve kan het personeelslid binnen de 60 dagen na de beëindiging van de arbeidsverhouding van 18 maanden bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een annulatieberoep instellen tegen de beëindiging van de arbeidsverhouding voor 18 maanden die niet van rechtswege kan eindigen omdat ze krachtens de Raamovereenkomst als van onbepaalde tijd moet worden beschouwd. Teneinde wetsontduiking van de Raamovereenkomst tegen te gaan dient de Raad van State de gehele ketting van opeenvolgende arbeidsverhoudingen

---

geoordeeld dat wanneer een werknemer zijn vakbond als werkgever dagvaardt, die als feitelijke vereniging geen rechtspersoonlijkheid bezit, die dagvaarding tot betaling van een opzeggingsvergoeding onontvankelijk is. De vakbond-werkgever vraagt in een eerste conclusie binnen het jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst de vordering van de werknemer **ontvankelijk** doch ongegrond te verklaren en werpt de ontoelaatbaarheid van de vordering wegens het ontbreken van rechtspersoonlijkheid slechts op in een tweede spontane conclusie meer dan één jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst. De werknemer dagvaardt dan anderhalve maand later de voorzitter van de vakbond als formele procespartij met een mandaat *ad litem* die later de verjaring opwerpt. Vermits de voorzitter van de vakbond en de vakbond één en dezelfde werkgever is die onder verschillende gedaanten werd gedagvaard, vormt het door de werkgever initieel opzettelijk laten uitschijnen regelmatig gedagvaard te zijn ten einde de werknemer op het verkeerde been te zetten en het vervolgens opwerpen van de verjaring rechtsmisbruik dat enkel effectief kan worden gesanctioneerd door de werkgever het recht te ontzeggen de verjaring in te roepen (Arbh. Gent, 8 februari 2019, *NjW* 2020, 306, noot). Aansluitend besliste hetzelfde Arbeidshof te Gent dat de voorzitter van een representatieve vakbond, die krachtens de statuten van de vereniging over de algemene bevoegdheid beschikt de gemeenschappelijke belangen van de leden te behartigen, de beslissingen van het bestuur uit te voeren en verantwoordelijk is voor de werking van het secretariaat en bovendien het werkgeversgezag heeft uitgeoefend en de werknemer ontslagen heeft en erna de sociale documenten ondertekende, beschikt over een mandaat *ad litem* namens de vakbond ten aanzien van de gevorderd opzeggingsvergoeding (Arbh. Gent 12 november 2019, *NjW* .2020, 311).

voor bepaalde tijd in ogenschouw te nemen<sup>186</sup> en te zorgen voor een effectieve en afschrikwekkende sanctionering<sup>187</sup>. Dit impliceert de vernietiging van het stilzwijgende administratieve besluit van de publiekrechtelijke overheid op het einde van de termijn van 18 maanden de arbeidsverhouding stop te zetten. Anders oordelen zou het nuttig effect en het doel van de bescherming in de Raamovereenkomst wegnemen<sup>188</sup>.

Het personeelslid zou ook een vordering tot schadevergoeding kunnen instellen voor de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsverhouding van bepaalde tijd voor 18 maanden, die in het licht van de ketting van de dienstverbanden voor bepaalde tijd moet worden beschouwd als een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd. Uit het arrest van het Hof van Justitie blijkt dat de het aan de nationale rechter staat om een passende bestraffing van het misbruik van opeenvolgende arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorzien. De publiekrechtelijke werkgever die onrechtmatige de keten van opeenvolgende arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd beëindigt begaat een onrechtmatige daad en de rechter dient een passende vergoeding toe te kennen die vergelijkbaar is met de opzeggingsvergoeding bij het onrechtmatig ontslag bij de eenzijdige beëindiging van een in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die aldus geconverteerd werd als de sanctie voor een ontoelaatbare ketting van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd<sup>189</sup>. Nu werd reeds opgemerkt uit de clause 5 van de Raamovereenkomst geen algemene verplichting voortvloeit voor de lidstaten om te voorzien in de omzetting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd<sup>190</sup>. Daaruit kan worden afgeleid dat uit de Raamovereenkomst ook niet voortvloeit dat misbruik van opeenvolgende arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd per se het recht doet ontstaan voor het benadeelde personeelslid op een opzeggingsvergoeding. De sanctie van de omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is wel voorzien voor opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en dan is de toekenning van een opzeggingsvergoeding bij misbruik van

---

<sup>186</sup> Ov. 115 HvJ 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18: “Zoals blijkt uit de in punt 108 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak van het Hof, is het in dit verband niet relevant dat deze arbeidsverhoudingen bij bestuurshandelingen tot stand zijn gekomen omdat er sprake is van een werkgever in de publieke sector”.

<sup>187</sup> Ov. 86 en 87 HvJ 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18; zie ook ov. 94, 95 en 102 HvJ, 4 juli 2006, C-212/04 *Adeneler*.

<sup>188</sup> HvJ 14 september 2016, C-16/15, *Pérez López*, ov. 59-61.

<sup>189</sup> Ov. 105 en 106 HvJ 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18.

<sup>190</sup> *Supra*, 6.2.

opeenvolgende overeenkomsten wel op zijn plaats<sup>191</sup>. In casu vormt de statutaire tijdelijke arbeidsverhouding voor een relatieve korte tijd van 18 maanden aansluitend op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd evenwel wetsontduiking ter vermijding van de bepalingen van artikel 10 Arbeidsovereenkomstenwet zodat dezelfde rechtsregels moeten worden toegepast en de toekenning van een opzeggingsvergoeding eveneens op zijn plaats is om het nuttig effect van de Raamovereenkomst te vrijwaren. Naar Belgisch recht zijn er niet meteen geldelijke schadevergoedingsregels bij misbruik van opeenvolgende statutaire aanstellingen voor een bepaalde tijd en al evenmin een omzetting in een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd, zodat de Belgische wetgeving in de publieke sector qua sanctie in strijd is met de Richtlijn en de Raamovereenkomst<sup>192</sup>. De Raamovereenkomst laat geen *contra legem* uitlegging toe. Maar de rechter die in het kader van een Richtlijn conforme interpretatie toch een afdoende sanctie dient te bepalen, zou kunnen denken aan een schadevergoeding naar gemeen recht. Ten einde bij gebrek aan beter enig houvast te hebben, kan de rechter zich laten inspireren door het bedrag van de hypothetische opzeggingsvergoeding. We hebben gezien dat de Raamovereenkomst in dezelfde bepalingen niet alleen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd maar ook arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd, dus ook bestuursrechtelijke tijdelijke benoemingen, regelt. Teneinde discriminatie te voorkomen van werknemers met een tijdelijke arbeidsovereenkomsten en ambtenaren met een tijdelijke aanstelling, terwijl die op het punt van de beoogde vastheid van de dienstbetrekking vergelijkbaar zijn, kan de rechter wederom een bedrag dat min of meer overeenstemt met de opzeggingsvergoeding in het arbeidsovereenkomstenrecht in ogenschouw wanneer hij misbruik van opeenvolgende tijdelijke bestuursrechtelijke aanstellingen vast stelt<sup>193</sup>.

Wat er ook van zij, voorkomen moet worden dat een publiekrechtelijke werkgever het misbruikverbod van opeenvolgende arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd in de Raamovereenkomst kan ontduiken door het personeelslid jarenlang of langdurig met opeenvolgende arbeidsovereenkomsten te werk te stellen om niet te voorzien in tijdelijke behoeften maar in permanente en

---

<sup>191</sup> Art. 39 WAO.

<sup>192</sup> Zie E. Timbermont, "Het gebruik van opeenvolgende tijdelijke arbeidsrelaties in het universitair onderwijs: doorstaan de Nederlandse en de Vlaamse aanpak de toets aan de Europese regelgeving?", *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2021, 41.

<sup>193</sup> Vgl. HvJ, 25 oktober 2018, C-331/17, *Sciotto*, ov. 60-72.

blijvende personeelsbehoeften<sup>194</sup> Vermeden moet worden dat de werkgever de dwingende bepalingen van de Raamovereenkomst kan ontduiken door opvolgend aan die arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd het personeelslid slinks een tijdelijke bestuursrechtelijke aanstelling te geven, die zonder verder rechtsgevolg van rechtswege zou verstrijken op de voorziene einddatum.

#### 6.7. Arbeidsduur, huisarbeid en telewerkers.

Huisarbeiders zijn uitgesloten van de toepassing van de bepalingen van de Arbeidswet inzake arbeidsduur, te weten de bepalingen omtrent de maximale arbeidsduur, de nachtarbeid en de zondagsrust<sup>195</sup>. Die uitsluiting werd gemotiveerd door het feit dat één van de kenmerken van huisarbeid is dat de werknemer zijn arbeid naar eigen goedvinden regelt en door het feit dat de werkgever strafrechtelijk vervolgd kan worden wanneer hij een werknemer in strijd met de wet laat werken, terwijl hij niet in staat is de arbeid van huisarbeiders te controleren. Een dergelijke controle zou immers in strijd zijn met het grondwettelijke beginsel van de onschendbaarheid van de woning<sup>196</sup>. Hieraan kan ook de bescherming van de privacy van de werknemer worden toegevoegd<sup>197</sup>. Hierbij kan worden aangestipt dat wanneer de werkgever wel met technologische instrumenten rechtstreekse controle uitoefent op de werknemer die thuis werkt de bepalingen van de Arbeidswet wel van toepassing zijn.<sup>198</sup>

Een eerste de vraag die moet worden beantwoord is in hoeverre die uitsluiting geldt voor werknemers die gedeeltelijk in de inrichting van de werkgever werken en gedeeltelijk thuis<sup>199</sup>. Wat de eerste vraag betreft, wordt algemeen aangenomen dat artikel 3bis Arbeidswet slechts geldt voor zover de arbeid

---

<sup>194</sup> Ov. 76 en 77 HvJ 19 maart 2020, C-103/18 en C-429/18; E. Timbermont, "Het gebruik van opeenvolgende tijdelijke arbeidsrelaties in het universitair onderwijs: doorstaan de Nederlandse en de Vlaamse aanpak de toets aan de Europese regelgeving?", *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2021, 39.

<sup>195</sup> Art. 3bis Arbeidswet; W. Van Eeckhoutte, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2016-2017*, Wolters Kluwer 2016, nr. 4932, 2737.

<sup>196</sup> Zie M. Van Putten, "Bijzondere werknemerscategorieën en situaties", Commentaar bij art. 3bis Arbeidswet", in , A. Deconinck, O. Vanachter, W. Van Eeckhoutte, A. Van Regenmortel en I. Van Puyvelde (eds.) , *Duiding Welzijn op het werk. Publieke en private sector*, Brussel, Larcier 2015, met verwijzing naar verslag wetsontwerp betreffende de arbeidsduur in de openbare en particuliere sectoren van 's lands bedrijfsleven, *Parl.St.Kamer* 1962-63, nr. 476-12, 726 e.v.

<sup>197</sup> Vgl. S. De Groof, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, Reeks Begasoz, nr. 16, Brugge, Die Keure, 2017, 191-192.

<sup>198</sup> S. De Groof, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, Reeks Begasoz, nr. 16, Brugge, Die Keure, 2017, 191-192.

<sup>199</sup> Ik paraphraseer de mooie commentaar van M. Van Putten

thuis wordt gepresteerd<sup>200</sup>. Wanneer de die werknemer deeltijds thuis werkt in de inrichting van de werkgever, is de uitsluiting voor huisarbeiders dus niet van toepassing. Volgens bepaalde doctrine impliceert dit dat een werknemer voltijds in de inrichting van de werkgever kan werken en daarna nog thuis. Dat kan leiden tot een omzeiling van de beschermende *ratio legis* van de arbeidsduurreglementering. Als remedie opperde Salomez de mogelijkheid om zich te beroepen op de rechtsfiguur van de wetsontduiking<sup>201</sup>. Dat lijkt me een goed idee wanneer de omvang van het deeltijdse thuiswerk eerder symbolisch of beperkt blijft ten aanzien van de hoofdmoot van de arbeid die geleverd wordt in de inrichting van de werkgever. Indien slechts een te beperkt deel van de arbeidsprestaties thuis wordt verricht en de rest op de bedrijfslocatie van de werkgever en de werkgever zich op die situatie zou beroepen om de integrale uitsluiting van de huisarbeiders inzake de grenzen van de arbeidstijd voor te staan, kan men er inderdaad objectief van uit te gaan dat de werkgever de wettelijke beperkingen van de arbeidstijd wil ontduiken.

Dit brengt me, gelet op het toegenomen belang van het thuiswerk in coronatijden, bij de vraag in hoeverre de uitzondering voor de huisarbeiders geldt voor tele(thuis)werkers. Wat deze tweede vraag betreft, het volgende. De ontwikkeling van het structurele tele(thuis)werk als bijzondere vorm van huisarbeid heeft geleid tot een wijziging van de Arbeidsovereenkomstenwet<sup>202</sup> en de CAO nr. 85 van 9 november 2005 betreffende het telewerk<sup>203</sup>. Telewerk wordt daarbij gedefinieerd als een vorm van organisatie en/of uitvoering van het werk waarin, met gebruikmaking van informatietechnologie, in het kader van een arbeidsovereenkomst, werkzaamheden die ook op de bedrijfslocatie van de werkgever zouden kunnen worden uitgevoerd, op regelmatige basis en niet incidenteel buiten die bedrijfslocatie worden uitgevoerd<sup>204</sup>. De werknemer die af en toe verder werkt na de gebruikelijke werkdag of die uitzonderlijk in het weekend thuis werkt is geen thuisarbeider of telewerk<sup>205</sup>. Telewerkers zijn in beginsel een bijzondere categorie van huisarbeiders, met uitzondering van

---

<sup>200</sup> M. Van Putten met verwijzing naar K. Salomez, "Telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid: naar geldend en komend recht?", *Soc.Kron.* 2006, 128

<sup>201</sup> K. Salomez, "Telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid: naar geldend en komend recht?", *Soc.Kron.* 2006, 128, en de verwijzingen aldaar.

<sup>202</sup> Art. 119.1 WAO als gewijzigd door de wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen; zie K. Salomez, "Telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid: naar geldend en komend recht?", *Soc.Kron.* 2006, 125-127.

<sup>203</sup> Algemeen verbindend verklaard bij KB 13 juni 2006.

<sup>204</sup> Art. 2 CAO nr. 85

<sup>205</sup> S. De Groof, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, 190

de specifieke bepalingen in de CAO nr. 85 die in de plaats komen van de artikelen 119.3 tot 119.12 Arbeidsovereenkomstenwet<sup>206</sup>. Maar die wettelijke invoeging van artikel 119.1 WAO in 2006 heeft geen impact op de uitsluiting van huisarbeiders uit de Arbeidswet. In de rechtsleer wordt dan ook opgemerkt dat ook tele(thuis)werkers onder de uitsluiting van de huisarbeid van artikel 3bis Arbeidswet vallen. S. De Groof stelt of de vraag of de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de bepalingen inzake de arbeidsduur van handelsvertegenwoordigers het leidinggevend personeel, de thuisarbeiders en de telewerkers wel strookt met de Arbeidstijdrichtlijn 2003/88<sup>207</sup>. In dit verband oordeelde het Arbeidshof te Brussel dat de uitsluitingen uit het personele toepassingsgebied in de Arbeidswet in het kader van een richtlijnconforme interpretatie beperkend moeten worden uitgelegd<sup>208 209</sup>.

7 Ontduiken van de verjaringsregeling in de Arbeidsovereenkomstenwet door de werknemer.

Tot nu toe kwamen in deze bijdragen alleen ontduikingsmanoeuvres van de werkgever aan bod. Maar ook werknemers kunnen pogingen ondernemen de wet te ontwijken. Het instituut van de verjaring heeft tot doel na verloop van tijd de rust in de maatschappij te doen terugkeren en bij te dragen tot de rechtszekerheid en de goede rechtsbedeling en die na verloop van tijd kunnen primeren op respect voor individuele rechten. Een andere bijkomende bestaansreden voor het instituut van de verjaring, is het voorkomen van onoplosbare bewijsproblemen<sup>210</sup>. De schuldeiser heeft zich niet geroerd de tijd die de wetgever nuttig acht om te vorderen. De verjaring bevrijdt de schuldenaar van zijn verbintenis, niet door het bestaan van de verbintenis te

---

<sup>206</sup> Art. 119.1 WAO; S. De Groof, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, 190; W. Van Eeckhoutte, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2016-2017*, Wolters Kluwer 2016, nr. 4932, 2737; M. Van Putten, o.c., in *Duiding Welzijn op het werk. Publieke en private sector*, Brussel, Larcier 2015, 276 e.v.; K. Salomez, "Telewerk een bijzondere vorm van huisarbeid: naar geldend en komend recht?", *Soc.Kron.* 2006, 128; contra Advies NAR nr. 1528 van 9 november 2005 over de uitvoering van het Europese vrijwillige kaderakkoord van 16 juli 2002 over telewerk.

<sup>207</sup> S. De Groof, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, 193-195.

<sup>208</sup> Arbh. Brussel, 5 juni 2010, RW 2010-11, 679.

<sup>209</sup> Zie ook HvJ 5 oktober 2004, C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer*. Het Hof wijst er op dat de Richtlijn 2003/88 tussen particulieren geen directe werking heeft. Zie ook art. 17, 1) van de Richtlijn 2003/88: S. De Groof, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht*, 195.

<sup>210</sup> H. De Page, *Traité élémentaire*, VII, Brussel, Bruylant, 1943, nr. 1305; A. Van Oevelen, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1987, 1760; I. Claeys, "Overzicht van rechtspraak. Bevrijdende verjaring (1992-2017)", *TPR*, 2018, 610-611 en 613-614.; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 1996, 1089-1090, nr. 1372; X, noot onder Cass. 8 februari 2021, *NjW* 2021, 491

raken, maar wel de eisbaarheid van de verbintenis<sup>211</sup>. “De essentiële overwegingen van algemeen belang die aan de bevrijdende verjaring ten grondslag liggen, namelijk het bewerken van rechtszekerheid, door het omzetten van feitelijke toestanden in rechtstoestanden, en het verwezenlijken van sociale rust, verklaren waarom de instelling van de verjaring zelf de openbare orde raakt”<sup>212</sup>. Dit impliceert niet dat alle regels aangaande de verjaring als van openbare orde moeten worden beschouwd. Het recht om de verjaring in te roepen eenmaal dat dit recht ontstaan is, raakt enkel privé-belangen en de rechter mag de verjaring niet ambtshalve opwerpen<sup>213</sup>. Sommigen zien hierin een grond om aan te voeren dat de figuur van de verjaring in beginsel van dwingend recht is<sup>214</sup>. Een deel van de rechtsleer is inderdaad van oordeel dat de instelling van de verjaring niet van openbare orde is, maar principieel van dwingend recht, hoewel onderdelen van het verjaringsrecht dan toch van openbare orde blijven<sup>215</sup>.

Nu is op grond van artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet aan te nemen dat artikel 15 inzake de verjaring van de vorderingen uit een arbeidsovereenkomst dwingend is ten voordele van de werknemer. Maar men moet voorzichtig zijn hieruit verkeerde conclusies te trekken omdat ook de verjaringsregels van het Burgerlijk Wetboek in het raam van de geschetste openbare orde of van het dwingend recht hun betekenis hebben. Uit het principe dat de instelling zelf van de verjaring de openbare orde aanbelangt, en daar zijn ook de voorstanders van dwingend recht het mee eens<sup>216</sup>, vloeit in de eerste plaats voort dat de partijen een recht of een rechtsvordering niet onverjaarbaar mogen verklaren.<sup>217</sup> De werkgever en de werknemer kunnen dergelijke onverjaarbaarheid dus ook niet stipuleren in hun arbeidsovereenkomst. Een verder gevolg van het openbare orde karakter of de aard van dwingend recht is dat partijen niet geldig kunnen overeenkomen de wettelijke

---

<sup>211</sup> Cass., 25 september 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 78, met conclusie van eerste adv.-gen. Mahaux, *Pas.*, 1971, I, 65; *RW*, 1970-71, 845; Cass. 22 september 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 88..

<sup>212</sup> A. Van Oevelen, “Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1987, 1763; A. Van Oevelen en W. Van Gerven, *Verbintenissenrecht*, Acco, 2015, 655; J. Herman, “De verjaring in het arbeidsrecht”, *JTT* 1984, 121; W. Rauws, “De verjaring in het arbeidsrecht”, in *CBR. De verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 4.

<sup>213</sup> Art. 2223 BW; Cass. 17 juni 2002, *JTT* 2002, 417; W. Rauws, “De verjaring in het arbeidsrecht”, in *CBR. De verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 4.

<sup>214</sup> I. Claeys, “Overzicht van rechtspraak. Bevrijdende verjaring (1992-2017)”, *TPR*, 2018, 828.

<sup>215</sup> I. Claeys, “Overzicht van rechtspraak. Bevrijdende verjaring (1992-2017)”, *TPR*, 2018, 828-832.

<sup>216</sup> I. Claeys, “Overzicht van rechtspraak. Bevrijdende verjaring (1992-2017)”, *TPR*, 2018, 829

<sup>217</sup> A. Van Oevelen, “Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1987, 1764; I. Claeys, “Overzicht van rechtspraak. Bevrijdende verjaring (1992-2017)”, *TPR*, 2018, 829

verjaringstermijnen te verlengen<sup>218</sup>. In de derde plaats volgt uit het openbare orde-principe dat het de partijen niet toegelaten is vooraf afstand te doen van het recht de verjaring in te roepen. Deze regel verandert niet indien hij van dwingend recht zou zijn<sup>219</sup>. Hoe dan ook beschermt de verjaringsregeling in artikel 15 van de Arbeidsovereenkomsten zowel de werknemer als de werkgever<sup>220 221</sup>

Dit brengt mij bij de vraag of een ver doorgedreven toepassing van de figuur van het voortgezet of het collectief misdrijf en de daaruit voortvloeiende burgerlijk vordering *ex delicto* de verjaringsregels van de Arbeidsovereenkomstenwet kunnen omzeilen. Die vraag werd voor het eerst, voor zover ik kon zien, geformuleerd door de Arbeidsrechtbank te Brugge, afdeling Oostende<sup>222</sup>. De Arbeidsrechtbank kloeg als volgt: “Het *collectief of voortgezet* misdrijf is een *constructie* van de rechtsleer en de rechtspraak en wordt bijna automatisch toegepast in het arbeidsrecht om de verjaring te vermijden van achterstallige lonen, niet-betaalde minimalonen, eindejaarspremies, vakantiegeld (...). Hierdoor wordt ongetwijfeld de verjaring uitgehold (...). Toch is de verjaring als instituut van burgerlijk recht van openbare orde. Constructies die ertoe leiden dat de verjaring uitgehold wordt, kunnen niet zonder meer aanvaard worden”. De klacht uit Oostende is ongetwijfeld te sterk geformuleerd, maar enige voorzichtigheid bij het toepassen van de verjaringsregels van de burgerlijke tot schadevergoeding uit een misdrijf is gepast om te voorkomen dat de bescherming van de verjaring van de werkgever in artikel 15 Arbeidsovereenkomsten wordt ontdoken en *de facto* quasi ongedaan wordt gemaakt. Het debat over de verjaring van de vordering *ex delicto* wint aan belang omdat het Hof van Cassatie rechtsverwerking verwerpt, tenzij de schuldeiser na een lange periode van

---

<sup>218</sup> A. Van Oevelen, “Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1987, 1764.

<sup>219</sup> Art. 2220 BW; A. Kluyskens, *Beginselen van het burgerlijk recht, I, De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, nr. 242, 334; A. Van Oevelen, “Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1987, 1764; . I. Claeys, “Overzicht van rechtspraak. Bevrijdende verjaring (1992-2017)”, *TPR*, 2018, 828.

<sup>220</sup> Art. 15 WAO: de rechtsvorderingen die uit een arbeidsovereenkomst ontstaan verjaren 1 jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst of 5 jaar na het feit waaruit de vordering is ontstaan, zonder dat deze termijn 1 jaar na het einde van deze overeenkomst mag overschrijden. Zie bv. Cass. 5 mei 2008, *Arr. Cass.* 2008, 1102, nr. 269.

<sup>221</sup> Voor de publiekrechtelijke werkgever is verjaring geregeld deels geregeld in de wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat, onverminderd de regels van de burgerlijke vordering *ex delicto*: Arbh. Bergen, 23 januari 2019, *JTT* 2020, 262, meer bepaald 265. Voor de wet van 22 mei 2003 gold het KB van 17 juli 1991 houdende coördinatie van de wetten op de Rijkscomptabiliteit.

<sup>222</sup> Arbrb Brugge, 27 januari 1987, *RW* 1986-87, 2242



stilzitten en gelet op de omstandigheden zich schuldig maakt aan rechtsmisbruik, in contractuele verhoudingen gesteund op de goede trouw<sup>223</sup>.

De burgerlijke vordering tot schadeherstel uit een misdrijf verjaart op grond van artikel 26 van de Voorafgaande Titel van Wetboek van Strafvordering en artikel 2262bis BW feit 5 jaar na het misdrijf of na het laatste materiële feit dat deel uitmaakt van het voortgezette of collectieve misdrijf of nog 5 jaar vanaf het tijdstip waarop het misdrijf is voltooid, zijnde het laatste strafbare feit dat deel uitmaakt van het (voortgezette of collectieve) misdrijf<sup>224</sup>. De burgerlijke vordering kan niet verjaren voor de strafvordering. De burgerlijke vordering *ex delicto* is een accessorium van de strafvordering. Als bv. een werknemer 25 jaar in dienst is geweest en de werkgever hem gedurende de geheel tewerkstellingsperiode te weinig loon heeft, verjaart de burgerlijke vordering tot schadeherstel uit het misdrijf, die gelijk is aan de som van alle loontekorten in die 25 jaar, 5 jaar na de laatste betaling op het einde van de arbeidsovereenkomst indien het misdrijf een voortgezet misdrijf vormt. Dit leidt tot een quasi onverjaarbaarheid van de burgerlijke vordering. Als de burgerlijke vordering van de werknemer steunt op feiten die een misdrijf doen blijken, zelfs wanneer die eveneens een contractuele wanprestatie vormen en het voorwerp van de vordering van de werknemer in uitvoering van de verbintenis uit de arbeidsovereenkomst is, moet de rechter ambtshalve de toepassing van de regels van de verjaring van de burgerlijke vordering tot herstel van de schade uit het misdrijf onderzoeken<sup>225</sup>.

Wanneer de arbeidsrechtbank geconfronteerd wordt met een burgerlijke vordering tot schadeherstel uit een misdrijf, zal hij moeten nagaan of er een misdrijf is in hoofde van de werkgever, dit wil zeggen zowel het materiële bestanddeel van het misdrijf als het morele bestanddeel ervan, zelfs wanneer het morele bestanddeel niet uitdrukkelijk in de incriminatie wordt vermeld<sup>226</sup>. Het stilzwijgen in het Sociaal Strafwetboek<sup>227</sup> brengt met zich mee dat het morele element van het strafbare verzuim, bv. het volledige loon en het

---

<sup>223</sup> Cass. 17 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1188, *RCJB* 1990, 595, noot J. Heenen, "À propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire"; zie W. Van Eeckhoutte, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2020-2021*, Wolters Kluwer 2020, nr. 5326.

<sup>224</sup> Cass. 12 februari 2007, *RW* 2007-2008, 1410, noot W. Rauws, "Jaarlijkse vakantie, misdrijf en verjaring", *JTT* 2007, 213. *Arbh.* Brussel, 12 augustus 2014, *JTT* 2015, 11.

<sup>225</sup> Cass. 20 april 2009, *RW* 2009-2010, 876, met conclusie adv.-gen. Mortier; zie W. Van Eeckhoutte, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2020-2021*, Wolters Kluwer 2020, nr. 5318, p. 3098-3099.

<sup>226</sup> Cass. 13 december 1994, *Arr. Cass.* 1104, nr. 553; Cass. 12 mei 1987, *RW* 1987-88, 538, met conclusie adv.-gen. du Jardin; A. De Nauw, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die Keure, 2008, 48-49, nr. 87 en 88.

<sup>227</sup> Zie bv. art. 162 Sociaal Strafwetboek

vakantiegeld te betalen, kan bestaan uit onachtzaamheid<sup>228</sup>. Tussen twee haken, de arbeidsgerechten zijn ook bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot schadeherstel van een ambtenaar die van de nadelige gevolgen van het misdrijf zijn wedde niet te hebben betaald wil verhalen op zijn publiekrechtelijke werkgever<sup>229</sup>.

De rechtspraak heeft bedacht dat het bewijs van het moreel bestanddeel kan worden afgeleid uit de vaststelling van het gepleegde materiële feit, met dien verstande dat de dader vrijuit gaat wanneer hij onoverwinnelijke dwaling of een andere schulduitsluitingsgrond aantoont of minstens geloofwaardig maakt<sup>230</sup>. In dat geval dient het openbaar ministerie of de partij die zich op het misdrijf beroep het bewijs te leveren van de onjuistheid van die schulduitsluitingsgrond. Het Hof van Cassatie heeft die rechtspraak enigszins verzacht door in het belangrijke arrest van 24 februari 2014 tevens te beslissen dat de omstandigheid dat het moreel bestanddeel van onachtzaamheid kan worden afgeleid uit het materieel gepleegde feit en dat de werkgever de aanwezigheid van het moreel element van het misdrijf niet uitdrukkelijk betwist, of zelfs niet het bestaan van overmacht, onoverwinnelijke dwaling of een andere schulduitsluitingsgrond aanvoert, dat de rechter *niet* belet vast te stellen dat dit moreel element niet aanwezig is en de werknemer het bestaan ervan niet bewijst<sup>231</sup>.

Deze rechtspraak staat evenwel op gespannen voet met het vermoeden van onschuld in strafzaken vervat in artikel 6,§2 van het EVRM en artikel 6 van de EU-Richtlijn 2016/343 van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn<sup>232</sup>. Dit vermoeden van onschuld houdt in dat de het openbaar ministerie of de burger die beweert door een misdrijf benadeeld te zijn de bewijslast voor het bestaan van dit

---

<sup>228</sup> Cass. 21 februari 2014, *Arr.Cass.* 2014, 513, nr. 145; Arbh. Antwerpen, 23 april 2003, *RW* 2004-2005, 1027.

<sup>229</sup> Art. 578,7° Ger; W.; Arbh. Bergen, 23 januari 2019, *JTT* 2020, 262.

<sup>230</sup> Cass. 24 februari 2014, *Arr.Cass.* 2014, 513, nr. 145, *Soc. Kron.* 2016,131; Arbh. Antwerpen, 23 april 2003, *RW* 2004-2005, 1027.

<sup>231</sup> Zie ook Arbh. Brussel, 10 december 2019, *RW* 2020-21, 631.

<sup>232</sup> Art. 6 Richtlijn: Artikel 6 Bewijslast.

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de bewijslast voor de vaststelling van de schuld van verdachten en beklaagden op de vervolgende instantie rust. Dit doet geen afbreuk aan enige verplichting voor de rechter of de bevoegde rechtbank om zowel belastende en ontlastende bewijzen te zoeken, noch aan het recht van de verdediging om overeenkomstig het nationale recht bewijsmateriaal aan te brengen.
2. De lidstaten waarborgen dat iedere twijfel over de schuldvraag in het voordeel van de verdachte of de beklaagde werkt, ook wanneer de rechter beoordeelt of de betrokkene moet worden vrijgesproken.

misdrijf draagt<sup>233</sup> en dat iedere twijfel over de schuldvraag in het voordeel van de verdachte of de beklaagde werkt, ook wanneer de rechter beoordeelt of de betrokkene moet worden vrijgesproken<sup>234</sup>. De gerenommeerde penalisten M.A. Beernaert, H.D. Bosly en D. Vandermeersch preciseren als volgt: “Le prévenu ne doit pas prouver son innocence mais la partie poursuivante doit refuter toute défense pertinente du prévenu à propos des faits qui n’est pas dénuée de toute crédibilité”<sup>235</sup> “La charge de la preuve incombe en effet *entièrement* à la partie poursuivante, ministère public et/ou partie civile, sous le contrôle du juge”<sup>236</sup>. Het lijkt duidelijk dat indien de rechter het bewijs of aannemelijk maken van het bestaan van de schulduitsluitingsgrond in hoofde van de dader streng beoordeelt, het moreel element van het misdrijf goeddeels samenvalt met het materieel bestanddeel van het misdrijf. De rechter legt in die omstandigheid de bewijslast geen schuld te hebben bij de dader-werkgever en draagt hem deels op een negatief bewijs te leveren. Dit staat op gespannen voet met het vermoeden van onschuld in strafzaken en strijdt met de regel dat de gehele bewijslast voor het bewijs van het bestaan van het misdrijf bij de vervolgende partij ligt. Met andere woorden, enige voorzichtigheid en doorgedreven evaluatie van het moreel bestanddeel van het arbeidsrechtelijk misdrijf, wat vaak zal bestaan in nalatigheid, is op zijn plaats, zelfs al is begrijpelijk dat de rechters niet snel rechtvaardigingsgronden aanvaarden<sup>237</sup>. Soms worden fouten gemaakt door het de sociaal secretariaat dat de werkgever in zijn loonadministratie bijstaat, bv. inzake de functieclassificatie in de barema’s van de CAO, in de berekening van de indexering, enz. De complexiteit van het sociaal recht en van het sociaal strafrecht is vaak erg groot, wat vergissingen en dwaling kan verklaren<sup>238</sup>. Substituut-generaal Gielen bij het Arbeidshof Antwerpen zei in 1998: “Terwijl tot aan de Tweede Wereldoorlog het adagium *nemo censetur ignorare legem* kon worden gerechtvaardigd, lijkt deze wettelijke fictie in de naoorlogse periode, waarin de

---

<sup>233</sup> EHRM, grote kamer, 12 juli 2013, *Allen t/Verenigd Koninkrijk*, ECHR 2013, IV, § 93; EHRM, 20 maart 2001, *Teffner t/Oostenrijk*, nr. 33501/96, §15; P. Lemmens “Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens”, in P. Traest (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, 792 .

<sup>234</sup> Art. 6,2 Richtlijn 2016/243

<sup>235</sup> *Droit de la procédure pénale*, I, Brugge, Die Keure, 2017, p. 26

<sup>236</sup> *Droit de la procédure pénale*, II, Brugge, Die Keure, 2017, p. 1180

<sup>237</sup> Zie J. Gielen, “Beschouwingen bij enkele arresten van het Hof van beroep te Antwerpen in verband met de rechtvaardigingsgronden in het sociaal strafrecht. Iudex penalis censetur noscere leges sociales” *RW* 1998-99, 839-841

<sup>238</sup> Zie J. Gielen, o.c. *RW* 1998-99, 839; *Arbh. Bergen* 23 januari 2019, *JTT* 2020,262.

overheid steeds meer en meer regulerend tussenkomt, onrealistisch ja zelfs onbillijk”<sup>239</sup>.

Nu is het probleem van excessieve burgerlijke vorderingen tot schadeherstel uit een sociaalrechtelijk misdrijf van een werknemer of een ambtenaar op grond van een misdrijf op zich nog niet problematisch omdat de verjaring op zich beperkt blijft tot een termijn van 5 jaar na het misdrijf. Het niet betalen of te weinig betalen van loon is op zich een aflopend misdrijf. De kaarten komen geheel anders te liggen indien de werkgever zich schuldig heeft gemaakt aan een voortgezet of een collectief misdrijf. Een collectief misdrijf of voortgezet bestaat uit een geheel van misdrijven van verschillende aard in geval een collectief misdrijf of van dezelfde aard bij een voortgezet misdrijf die moeten worden beschouwd als één enkel strafbaar feit omdat zij voortvloeien uit eenzelfde crimineel opzet<sup>240</sup>. Zoals reeds opgemerkt verjaart de gecumuleerde burgerlijke vordering tot schadeherstel uit een voortgezet of collectief misdrijf 5 jaar na het misdrijf of na het laatste materiële feit dat deel uitmaakt van het voortgezette of collectieve misdrijf of nog 5 jaar vanaf het tijdstip waarop het misdrijf is voltooid, zijnde het laatste strafbare feit dat deel uitmaakt van het voortgezette of collectieve misdrijf, op voorwaarde dat er tussen de feiten die het misdrijf uitmaken geen grotere tijdsspanne ligt die langer is dan de duur van de verjaringstermijn voor de strafvordering, tenzij er stuiting of schorsing van die termijn heeft plaats gevonden <sup>241</sup>. De impact van het voortgezet misdrijf wordt nog vergroot omdat rechtspersonen een misdrijf kunnen plegen en de rechter de eenheid van opzet van het door een werkgever-rechtspersoon begane voortgezette misdrijf kan vaststellen zonder de natuurlijke personen, aangestelden, lasthebbers of organen aan te wijzen door wier toedoen de rechtspersoon heeft opgetreden, ook als de leden van het bestuur van de rechtspersoon in de betrokken periode wisselden<sup>242</sup>. Een ander gegeven dat hierbij aansluit is dat het arbeidsrechtelijke misdrijf niet alleen door de werkgever kan worden gepleegd, maar ook kan worden begaan door de

---

<sup>239</sup> J. Gielen, o.c. *RW* 1998-99, 837.

<sup>240</sup> Cass. 4 september 1974, *JTT* 1975, 251; Cass. 12 februari 2007, *RW* 2007-2008, 1410, noot W. Rauws;

<sup>241</sup> Cass. 12 februari 2007, *RW* 2007-2008, 1410, noot W. Rauws, “Jaarlijkse vakantie, misdrijf en verjaring”, *JTT* 2007, 213; Cass. 7 april 2008, *Arr. Cass.* 2008, 844, nr. 206, *JTT* 2008, 285; Arbh. Bergen, 23 januari 2019, *JTT* 2020, 262; W. Van Eeckhoutte, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2020-2021*, Wolters Kluwer 2020, nr. 5324, 3104.

<sup>242</sup> Cass. 19 oktober 1992, *RW* 1992-93, 1247; W. Van Eeckhoutte, *Sociaal Compendium arbeidsrecht 2020-2021*, Wolters Kluwer 2020, nr. 5324, 3104; bv. Nederlandstalige Arbrb. Brussel, 8 januari 2020 inzake C.G. t/ C.D. , nr. 19/442/A. In de laatste zaak was de verwerende partij bestuurder van een Freinetschool.

lasthebber of aangestelde van de werkgever<sup>243</sup> wanneer zij in de onderneming bekleed zijn om te waken over de effectieve naleving van de wet<sup>244</sup>. Het is de figuur van het voortgezet die ervoor kan zorgen dat de werknemer de normale verjaringsregels kan ontduiken of omzeilen en die noopt tot enige terughoudendheid. En ten slotte oordeelt sommige rechtspraak dat bij overgang van onderneming de overnemer krachtens de CAO nr. 32 bis gehouden is tot het schadeherstel voor de schade veroorzaakt door de vervreemder die zich schuldig heeft gemaakt aan een arbeidsrechtelijk misdrijf zoals het niet betalen van het loon<sup>245</sup>.

Het is interessant vast te stellen dat in twee recente arresten van arbeidshoven kan worden vastgesteld dat de betrokken raadsheren toch wat gas terug nemen in de vroeger vaak voorkomende al te gemakkelijke aanvaarding van de eenheid van opzet in hoofde van de werkgever<sup>246</sup>. De eerste hier te signaleren zaak betrof de vordering van een statutaire ambtenaar in dienst van de Belgische Staat op basis van een voortgezet misdrijf de betaling voor een directiepremie voor de periode van 2007 tot 2015 niet te hebben verricht. Het Arbeidshof te Bergen oordeelde dat de ambtenaar de eenheid van opzet bij de Belgische Staat niet aantoonde en verklaarde een deel van de burgerlijke vordering *ex delicto* verjaard op grond van artikel 100 van het KB van 17 juli 1991 houdende coördinatie van de wetten op de Rijkscomptabiliteit<sup>247</sup>. Een andere interessante casus werd beslecht door het Arbeidshof te Brussel. Het geschil betrof een vordering van statutaire politiebeambte maar van 2005 tot 2015 als werknemer werkzaam was bij de politievakbond de vzw Nationaal Syndicaat van de politie- en veiligheidspersoneel. Hij vorderde voor de periode van tewerkstelling achterstallig loon op grond van een voortgezet misdrijf omdat hij als deeltijdse werknemer zonder een schriftelijke arbeidsovereenkomst meende aanspraak te kunnen maken op voltijds loon. Het Arbeidshof verwierp het materieel element van het aangevoerde misdrijf.

---

<sup>243</sup> Zie bv. art. 162 Sociaal Strafwetboek met betrekking tot de wanbetaling van loon en vakantiegeld; Cass. 22 januari 2007, *Arr. Cass.* 2007, 179, nr. 39 voor een recente toepassing ten aanzien van de afgevaardigd bestuurder van van de VZW die onderwijs inricht: Nederlandstalige Arbrb. Brussel, 8 januari 2020, nr. 19/422/A, inzake *Goessens t/Dewitte*, onuitg. .

<sup>244</sup> Cass. 15 september 1981, *RW* 1981-82, 1124.

<sup>245</sup> Arbh. Brussel, 12 augustus 2014, *JTT* 2015, 11; Arbh. Luik, 5 september 2007, *JLMB* 2008, 370; contra Arbh; Luik, 18 januari 2006, *JT* 2006, 471, noot; Arbh. Bergen, 15 april 2013, *JTT* 2013, 289.

<sup>246</sup> In een recent vonnis van 12 augustus 2021 (AR nr. 20/975/A) verwierp de Nederlandstalige Arbeidsrechtbank te Brussel het door de werknemer geponeerde morele en materiële bestanddeel van een arbeidsrechtelijk misdrijf

<sup>247</sup> Arbh. Bergen, 23 januari 2019, *JTT* 2020, 262 op grond van artikel 131 van de wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat juncto artikel 100 van het KB van 17 juli 1991. Zie thans art. 114 van de wet van 22 mei 2003.

Bijkomend oordeelde het Hof dat de eenheid van crimineel opzet, nodig voor een voortgezet misdrijf, niet gebleken is omdat de er talrijke wijzigingen in de periode van tewerkstelling hadden plaats gevonden, zowel wat de functie van de werknemer betreft, het bedrag van de vergoedingen en de wijzigende interne situering ervan als jurist, als nationaal voorzitter en nog later als zelfstandige. Bij een evolutie van de werkzaamheid en de functie verandert de feitelijke situatie en in dergelijke omstandigheden kan er bezwaarlijk van eenheid van opzet worden gesproken, aldus het Arbeidshof. Het Arbeidshof te Brussel herinnert eraan dat het in andere geschillen betreffende de niet-tijdige betaling van loon aan vrijwillige brandweerlieden het misdrijf van de werkgever slechts heeft beschouwd als een aflopend misdrijf <sup>248</sup>. Het Hof wijst ook even op dat de Memorie van toelichting bij het Sociaal Strafwetboek het niet-betalen van vakantiegeld als ogenblikkelijk misdrijf aanduidt <sup>249 250</sup>. In deze recente arresten hebben de arbeidsrechters verre gehouden van een te soepele aanvaarding van de eenheid van opzet, wat in deze materie hoopgevend is.

## 8. Conclusie

Na dit vrij lange exposé past een kort besluit. Het is onmogelijk in dit bestek alle gevallen van wetsontduiking in het arbeidsrecht te analyseren. Bovendien is de wetsontduiking geen eenvoudige rechtsfiguur en moeilijk af te lijnen ten aanzien van een aantal verwante rechtsbegrippen. Niettemin speelt het verbod van wetsontduiking een niet te miskennen autonome rol bij het kunstmatig of slinks ontwijken van de dwingende arbeidsrechtelijke wetsbepalingen door de werkgever en uitzonderlijk ook door de werknemer. In het arbeidsrecht vindt men heel wat rechterlijke toepassingen waarbij de leer van de wetsduiking objectief wordt benaderd, en dit in afwijking op de meer gangbare opvatting over wetsontduiking die de subjectieve *consilium fraudandi* vereist.

Wilfried Rauws, gewoon hoogleraar arbeidsrecht VUB

---

<sup>248</sup> Arbh. Brussel 10 december 2019, RW 2020-2021, 631. Het Arbeidshof verwijst voor de zaken van de vrijwillige brandweerlieden naar Arbh. Brussel 7 augustus 2013, onuitgegeven, AR nr. 2011/AB/750; Arbh. Brussel 14 september 2015, onuitgegeven, AR nr. 2012/AB/592.

<sup>249</sup> Arbh. Brussel 10 december 2019, RW 2020-2021, 633.

<sup>250</sup> *Parl.St.* Kamer, nr. 51 3059/001, p. 59

