Flexibiliteit of paradoxale rigiditeit? – De (eenzijdige) wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden van de overheidscontractant

Dr. Inger DE WILDE
Postdoctoraal onderzoeker Universiteit Antwerpen
Vrijwillig medewerker Universiteit Gent

In weerwil van het principieel statutair dienstverband is contractuele tewerkstelling in de overheidssector niet te beschouwen als een randfenomeen. Een vaak gehoorde reden voor de aanwerving van contractanten is de idee dat die tewerkstellingsvorm de overheidswerkgever meer flexibiliteit biedt. In mijn doctoraatsonderzoek plaats ik de analyse van die aanname centraal, in het bijzonder in relatie tot het (eenzijdige) wijzigingsrecht. Vanuit de behoefte aan een flexibele(re) arbeidsconfiguratie heeft de contractuele tewerkstelling inderdaad een aantal belangrijke merites, maar uit mijn onderzoek blijkt duidelijk dat de rechtspositie van de overheidscontractant – althans theoretisch-juridisch – rigider is dan die van de statutaire collega wanneer het gaat om de (eenzijdige) wijzigbaarheid van hun arbeidsvoorwaarden. Er lijkt geen algemeen wijzigingsrecht te bestaan dat louter en alleen gebaseerd zou zijn op de regel dat de arbeidsvoorwaarden van contractanten worden geregeld door een eenzijdig wijzigbare rechtspositieregeling of andere reglementaire bepalingen. De bestuursrechtelijke context, met bijzondere aandacht voor de doorwerking van het veranderlijkheidsbeginsel als onderdeel van de beginselen van de openbare dienst, lijkt in dit leerstuk ondergeschikt aan de bescherming die de contractant wordt geboden vanuit het verbintenissen- en (vooral) het arbeidsrecht.

Inleiding[1]

Tot op vandaag geldt voor een grote meerderheid van publiekrechtelijke werkgevers dat personeelsleden principieel in statutair dienstverband moeten worden aangeworven. Contractuele tewerkstelling wordt doorgaans slechts in uitzonderlijke en welomschreven situaties toegelaten. Uit onderzoek blijkt echter dat overheidswerkgevers – en dit op alle bestuursniveaus – de afgelopen decennia in toenemende mate gebruik maken van de tewerkstelling van personeel via een arbeidsovereenkomst. De vraag rijst waarom er in zo'n groten getale wordt teruggegrepen naar het contractueel aanwervingsprocédé, zelfs wanneer dit gebeurt in situaties die reglementair niet zijn toegelaten.

Een van de factoren die hierin steevast ter verklaring opduikt, is het gebrek aan flexibiliteit van het ambtenarenstatuut. Op zich is dit een markant gegeven. Een van de grondslagen ter verantwoording van het principe van de statutaire tewerkstelling in de publieke sector, is immers de veranderlijkheid. Dit is een van de drie algemene «wetten» van de openbare dienst, naast het beginsel van de continuïteit en de benuttigingsgelijkheid. Veranderlijkheid houdt onder andere in dat de overheid eenzijdig het statuut bepaalt en dat statuut ook eenzijdig moet kunnen wijzigen. Dit lijkt op het eerste gezicht het *summum* van flexibiliteit. De praktijk vertoont echter een groot verschil met deze – vooral juridische – theorie. Het feitelijke gebrek aan flexibiliteit bij de tewerkstelling van ambtenaren maakt dat overheden zelf uitwegen zoeken. Het alternatief is hierbij vaak dat de overheidswerkgevers de statutaire tewerkstellingswijze links laten liggen en meer systematisch hun toevlucht nemen tot de aanwerving van contractanten.[2]

[1] Bepaalde woorden die ik vaak gebruik, kennen verschillende varianten. Zo wordt een statutair personeelslid ook benoemd als ambtenaar, lid van het statutair overheidspersoneel of (vast)benoemd personeelslid. Zijn collega die tewerkgesteld wordt via een arbeidsovereenkomst duid ik ook aan als (overheids)contractant, contractueel personeel(slid) of arbeidscontractant. Alternatieve benamingen voor een overheidswerkgever zijn publiek(rechtelijk(e)) werkgever, overheid(sorganisatie) of gewoon (openbaar) bestuur. Het geheel van eenzijdig vastgelegde regels waarbij de rechten en verplichtingen van het overheidspersoneel op algemene en onpersoonlijke wijze zijn vastgelegd, betitel ik doorgaans als een rechtspositieregeling; (administratief en geldelijk) statuut is een alternatieve benaming.

[2] R. Janvier en I. De Wilde, «Statutaire of contractuele tewerkstelling: een strategische keuze» in A. Hondeghem, E. Platteau, C. Praet *et al.* (eds.), *Personeelsbeleid in lokale besturen. Slimme besturen investeren in menselijk kapitaal*, Brugge, Vanden Broele, 2012, (71) 75-76.

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

Bovenstaande vaststellingen leiden tot de kern van mijn onderzoek. Biedt het gebruik van het contractueel dienstverband inderdaad de flexibiliteit waarvan men lijkt aan te nemen dat die *de facto* ontbreekt in het raam van het ambtenarenstatuut? Overeenkomsten, en dus ook arbeidsovereenkomsten, strekken de partijen immers tot wet en kunnen in beginsel slechts worden gewijzigd in onderlinge overeenstemming. Theoretisch-juridisch is de rechtspositie van een contractant dus een stuk rigider, althans wanneer het de (eenzijdige)[3] wijziging van de arbeidsvoorwaarden betreft. Een onderzoek van de mate waarin de overheid «in het algemeen belang» eenzijdig kan raken aan de arbeidsvoorwaarden van de overheidscontractanten was dus nodig. Kan de overheid, in het licht van de bestuursrechtelijke normen en beginselen die voor haar gelden, zich met andere woorden een ruimer (eenzijdig) wijzigingsrecht toemeten dan een werkgever uit de private sector? Dit is meteen ook de centrale onderzoeksvraag van mijn proefschrift.

In deze bijdrage wil ik de essentie van mijn onderzoek weergeven, waarbij ik in grote mate de structuur ervan aanhoud. In de eerste plaats geef ik een beknopte stand van zaken van de contractuele tewerkstelling in rechte en in de feiten (*infra*, I). Vervolgens maak ik de brug naar mijn centrale onderzoeksvraag, waarbij uit een confrontatie van de wetmatigheden uit het arbeids- en bestuursrecht moet blijken welke principes primeren wanneer we de grenzen van de (eenzijdige) wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden van de overheidscontractant willen aflijnen (*infra*, II). Die analyse determineert in niet onbelangrijke mate de dynamiek van de arbeidsrelatie tussen publiekrechtelijke werkgevers en hun contractanten. Ik zal dit illustreren aan de hand van de wisselwerking tussen de rechtspositieregeling en de individuele arbeidsovereenkomst (*infra*, II, D). Tot besluit formuleer ik enkele beschouwingen bij een van de belangrijkste onderzoeksresultaten, *i.e.* het gebrek aan rechtstreeks afdwingbare collectieve akkoorden, gekoppeld aan een systeem van wettelijke conversie in relatie tot de arbeidscontractanten (*infra*, III).

I. Hoe uitzonderlijk is de overheidscontractant?

A. De la nature du lien juridique

Voor de beoefenaren van het ambtenarenrecht *anno* 2017 zal het enigszins vreemd in de oren klinken wanneer ik erop wijs dat in de periode vóór het ontstaan van het eerste algemene ambtenarenstatuut – het welbekende statuut-Camu uit 1937[4] – in de doctrine grote onenigheid bestond over de juridische aard van de arbeidsverhouding tussen de ambtenaren[5] en de overheid.[6] Dat die aard principieel statutair is, vinden niet alle auteurs vanzelfsprekend.[7] Een deel van hen[8] verdedigt de stelling dat de rechtsverhouding tussen een publieke werkgever en zijn ambtenaren initieel bepaald wordt door het civiele recht en bijgevolg contractueel van aard is. Anderen betwisten dit en wijzen op de principiële wettelijke of reglementaire aard van de rechtspositie van de ambtenaar. De discussie over de juridische aard van de rechtsverhouding wordt niet enkel gevoerd in de doctrine. Ook het Belgische Hof van Cassatie oordeelde in een belangrijk arrest van 8 december 1932[9] dat «la collation des emplois publics et les allocations qu'ils comportent sont en dehors des tractations contractuelles».[10] Personeelsleden die belast zijn met de uitoefening van een gedeelte van het openbaar gezag (het zogenaamde *imperium*), kennen een statutair dienstverband.[11] De vraagstelling over de juridische aard van de rechtsverhouding is niet louter theoretisch; ze is daarente-

[3] Mijn blik richt zich niet alleen op eenzijdige wijzigingen. Ook wijzigingen die het gevolg zijn van de doorwerking van externe bronnen (wijzigingen op gronden door de wet erkend, gemeenrechtelijke incorporatieleer, de wettelijke conversie) en wijzigingen die voortvloeien uit een wederzijdse toestemming, worden in dit verhaal meegenomen. Om die reden heb ik ervoor gekozen om «eenzijdig» tussen aanhalingstekens te plaatsen, zodat duidelijk is dat het om meer dan enkel eenzijdige wijzigingen gaat.

[4] KB van 2 oktober 1937 «houdende statuut van het Rijkspersoneel» (*BS* 8 oktober 1937).

[5] Het betreft ambtenaren in de zin van «tous ceux qui, en vertu d'une nomination de l'autorité publique, sous le nom de fonctionnaires, employés, agents et sous-agents, appartiennent au cadre des emplois permanentes d'une administration publique» (cf. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, deuxième fascicule, Parijs, Recueil Sirey, 1927, 589-590 – zie in het bijzonder de verwijzing op p. 590 in voetnoot 1). Voor de zuiver contractuele tewerkstelling is altijd een plaats geweest in de overheidssector; voor die groep van «hulppersoneel» is er nooit een controverse gecreëerd over de aard van hun dienstverband (cf. L. Camu, *Eerste Verslag over de Hervorming van het Bestuur. Rechtstoestand van het Rijkspersoneel*, Brussel, IMIFI, 1937, 30-31). Dit hulppersoneel maakte geen deel uit van het permanente kader en wordt om die reden niet aangemerkt als ambtenaar.

[6] Koninklijk Commissaris Camu vermeldt die discussie zelf in zijn Eerste Verslag over de Hervorming van het Bestuur, dat zou uitmonden in het statuut-Camu, zoals vervat in het KB van 2 oktober 1937 «houdende statuut van het Rijkspersoneel». Zelf neemt hij ook een duidelijk standpunt in (*cf.* L. Camu, *o.c.*, 16-18).

[7] B. Lombaert, «La distinction entre régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique?» in S. Depré en C. Molitor (eds.), *Etat des lieux de la fonction publique*, Brussel, Bruylant, 2005, (61) 62-65.

[8] In het begin van de twintigste eeuw was dit zelfs het meerderheidsstandpunt (*cf.* A. Buttgenbach en J. Dembour, «Nature du lien juridique unissant les administrations publiques à leurs agents», *RJDA* 1958, (1) 6; P.-O. De Broux, «De Camu à Copernic: l'évolution de la fonction publique en Belgique», *APT* 2005, (158) 159; W. De Groote, «Het evolutieproces van ambt en ambtenaar», *TBP* 1950, (9) 23).

[9] Cass. 8 december 1932, *Pas.* 1933, I, 44-48, conclusie P. Leclercq.

[10] Cass. 8 december 1932, *Pas.* 1933, I, 47.

[11] E. Gillet, «La fonction publique est morte. Vive la fonction publique», *Rev.dr.commun.* 2003/4, (82) 85; E. Hannay, «La contractualisation de la fonction publique en Belgique» in P. Levert en B. Lombaert (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique*, Parijs, Editions EFE, 2013, (197) 201.

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

gen fundamenteel omdat het juridische regime dat eraan gekoppeld wordt, radicaal verschillend is.[12]

De discussie wordt uiteindelijk getrancheerd door het statuut-Camu. De koninklijk commissaris Louis Camu verdedigt, in de lijn van de heersende doctrine en de rechtspraak van het Hof van Cassatie, de principiële statutaire rechtsverhouding van de ambtenaren.[13] Hij gaat zelfs nog een stap verder dan wat het Hof van Cassatie vooropstelt. Volgens het Hof is er een statutaire rechtspositie voor degenen die belast zijn met een deel van (de uitoefening van) «*la puissance publique*», de zogenaamde organen van de overheid. Camu breidt het toepassingsgebied van de statutaire tewerkstelling uit tot de overgrote meerderheid van de personeelsleden in de openbare sector, ook wanneer het niet noodzakelijk «organen van de Staat» betreft.[14] Camu betoogt dat «de administratie, bij uitzondering, het contract aanwendt voor de aanwerving van sommige beambten» en dat daaruit voortvloeit dat er «voor de overgroote meerderheid van de Rijksambtenaren geen contract bestaat».[15, 16]

Men kan besluiten dat het sinds de jaren dertig van de twintigste eeuw een uitgemaakte zaak is dat de «natuurlijke» vorm van tewerkstelling van ambtenaren in de publieke sector van statutaire aard is. Dit beginsel vloeit evenzeer voort uit art. 37 en art. 107, tweede lid Gw. «De federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, berust bij de Koning» en «Hij (de Koning, n.v.d.r.) benoemt de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen, behoudens de door de wetten gestelde uitzonderingen». Die artikelen verlenen de Koning de bevoegdheid «d'établir pour la fonction publique de l'Etat des relations de travail sur base unilatérale».[17] Hoewel dit op zich niet expliciet wordt vermeld in het tweede lid van art. 107 Gw., leidt men hieruit af dat de Koning niet alleen de ambtenaren bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen moet benoemen, maar eveneens over de bevoegdheid beschikt om de rechtspositie van die ambtenaren te bepalen.[18] Zo is het statuut-Camu inderdaad vervat in een besluit van de uitvoerende macht en niet in een wetskrachtige akte (wet), gestemd in het parlement.

B. Contractuele tewerkstelling in rechte

Wanneer men afwijkt van de principiële statutaire aanwerving, met name in het raam van een tewerkstelling via arbeidsovereenkomst, moet een deugdelijke juridische grond(slag) worden gevonden. Die kan worden gestoeld op uiteenlopende rechtsbronnen. In de overgrote meerderheid van de gevallen zal een uitdrukkelijke wettelijke of reglementaire grondslag voorhanden zijn. Het is echter niet uitgesloten dat, ook wanneer die laatste afwezig is, in uitzonderlijke gevallen en op grond van het veranderlijkheidsbeginsel, gebruik wordt gemaakt van de aanwerving op grond van een arbeidsovereenkomst.[19] In elk geval moet wegens het uitzonderlijke karakter van het contractuele regime, de tewerkstelling onder arbeidsovereenkomst blijken uit een formele of minstens een zekere en ondubbelzinnige wilsuiting.[20] Een ander gevolg van die regel is dat de omstandigheden waarin een contractuele tewerkstelling mogelijk is, restrictief moeten worden geïnterpreteerd.[21] Een volwaardige keuzevrijheid tussen de statutaire en contractuele tewerkstellingswijze kan enkel bestaan op basis van een regel met kracht van wet.[22] Bovendien moet een overheid die in haar rechtspositieregeling zelf bepaalt dat de statutaire aan-

[12] B. Lombaert, *o.c.*, in S. Depré en C. Molitor (eds.), *Etat des lieux de la fonction publique*, 63.

[13] M. Herbiet en E. Hannay, «Statut-contrat: deux points de vue sur une même réalité? Ou le recours à l'engagement contractuel dans la fonction publique belge», *APT* 2005, (178) 179.

[14] A. De Becker, *De overheid en haar personeel: juridische grondslagen van de rechtspositie van de ambtenaar*, Brugge, die Keure, 2007, 126.

[15] L. Camu, *o.c.*, 18.

[16] De Becker en Humblet wijzen er terecht op dat die keuze voor de principiële statutaire aard van het dienstverband niet enkel is ingegeven door zuiver rechtstheoretische overwegingen. Ook de tijdsgeest en de realiteit van de arbeidsverhoudingen in de openbare sector hebben een duidelijke rol gespeeld (*cf.* A. De Becker, *o.c.*, 126, met verwijzing naar A. Molitor, «Les avatars d'un statut», *APT* 1977, (1) 2; P. Humblet, «Collectieve arbeidsovereenkomsten in de publieke sector: een tweeluik. Deel 1: Morceau de fantaisie», *TSR* 2015, (317) 325-327).

[17] M. Pâques en G. Partsch, «L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale», *TSR* 1996, (3) 14.

[18] *Cf.* A. De Becker, *o.c.*, 150. Ik wijs erop dat over die interpretatie wel onenigheid bestond in de toenmalige doctrine (*cf.* o.a. P. De Visscher, «La forme du statut des agents de l'Etat et la Constitution» in Institut Belge des Sciences Administratives, *La réforme du statut des agents de l'état*, Session 1949-50, Nijvel, Imprimerie pénitentiaire, 1949-50, 2-19; J. Lespes, «La constitutionnalité et l'opportunité d'une loi portant statut des agents de l'Etat» in Institut Belge des Sciences Administratives, *La réforme du statut des agents de l'état*, Session 1949-50, 20-26; E. Thiry, «La constitution s'oppose-t-elle à ce que le statut des agents de l'Etat fasse l'objet d'une loi?» in Institut Belge des Sciences Administratives, *La réforme du statut des agents de l'état*, Session 1949-50, 26-29).

[19] A. De Becker, *o.c.*, 222-223, met verwijzing naar RvS 8 juni 1973, nr. 15.908, *Arr. RvS* 1973, 468, Jadot.

[20] O.a. A. De Becker, «Kroniek van het Belgische ambtenarenrecht 1999-2008», *RW* 2008-09, (1154) 1158; R. Janvier, *Contractanten in overheidsdienst*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 8 en verwijzingen aldaar. Zie recentelijk nog: Arbh. Bergen 21 februari 2014, *JTT* 2014, 340-341: «Ainsi, la cour estime qu'il ressort de l'ensemble de ces décisions qu'il appartient au juge de rechercher dans chaque espèce, s'il se déduit, sans aucune équivoque possible, des éléments de la cause et plus spécialement de l'acte créateur des relations de travail que la volonté des parties était de placer ces relations dans un cadre contractuel.» Het is aan de rechter om in elk afzonderlijk geval op grond van de aanwezige elementen te oordelen of de arbeidsrelatie statutair dan wel contractueel van aard is (*cf.* M. Herbiet en D. Delhez, «La situation juridique du personnel communal: du statut au contrat ou le constat d'une dérive», *Rev.dr.commun.* 2003/4, (2) 11).

[21] D. Delvax, «Le recours au contrat de travail ou au statut dans la fonction publique – Prolégomènes» in J. Jacqmain (ed.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, Bruylant, 2005, (1) 11 en verwijzingen aldaar.

[22] *Cf.* A. De Becker, *o.c.*, p. 226-227, nrs. 336 en 337.

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

stelling de regel is, zich hieraan houden op basis van het principe *patere legem quam ipse fecisti*.[23, 24]

Hierna volgt een beknopt overzicht van de situaties waarin voor de verschillende bestuursniveaus een beroep kan worden gedaan op de aanwerving via arbeidsovereenkomst. Ik groepeer de mogelijkheden volgens een aantal vaak voorkomende generieke categorieën:
– om aan uitzonderlijke en tijdelijke personeelsbehoeften te voldoen (A);
– om personeel te vervangen bij gehele of gedeeltelijke afwezigheid (B);
– om bijkomende opdrachten of specifieke opdrachten te vervullen (C);
– om te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen (D);
– in de omstandigheid waarbij er personeelsbehoeften zijn voor activiteiten die hoofdzakelijk worden verricht in mededinging met andere marktdeelnemers (E);
– voor tewerkstelling gesubsidieerd door een andere overheid (F).

Tabel 1: Overzicht toegelaten contractuele tewerkstelling

Bestuursniveau	A	B	C	D	E	F
Federaal administratief openbaar ambt	X	X	X	X		
Vlaamse overheid (gemeenschap en gewest)	X	X	X	X		
Waalse Gewest	X	X	X	X		
Franse Gemeenschap	X	X	X	X		
Brussels Hoofdstedelijk Gewest	X	X	X	X		
Duitstalige gemeenschap	X	X	X	X		
Lokale besturen Waals Gewest	X	X				X
Lokale besturen Brussels Hoofdstedelijk Gewest	X	X	X			X

Merk op dat de Vlaamse lokale besturen (*i.e.* provincies, steden en gemeenten, ocmw's en daarmee verbonden publiekrechtelijke instellingen) in dit overzicht ontbreken. Daarvoor bestaat een goede reden. Voor die besturen is het principe van de statutaire aanstelling met daaraan gekoppeld een opsomming van de situaties waarin contractuele tewerkstelling bij uitzondering mogelijk is, *medio* 2016 komen te vervallen. In de plaats daarvan werd *de jure* de mogelijkheid gecreëerd om te kiezen tussen statutaire en contractuele tewerkstelling, als twee gelijkwaardige tewerkstellingsvormen naast elkaar.[25] De voorrang van de statutaire tewerkstelling wordt hiermee voor het eerst op grote schaal doorbroken. Gelet op het massale gebruik van contractanten bij de lokale besturen (*infra*, C), is deze aanpassing van de betrokken organieke decreten in feite niet meer dan een legalisering van een bestaande praktijk.

C. Contractuele tewerkstelling in de feiten

Aansluitend op het overzicht van situaties waarin contractuele tewerkstelling volgens de toepasselijke regelgeving toelaatbaar wordt geacht, wil ik aan de hand van enkele kerncijfers aantonen dat het contractueel dienstverband in de feiten helemaal niet zo uitzonderlijk is als wat men zou verwachten in rechte.[26]

[23] Het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel is nauw verbonden met het wettigheidsbeginsel, dat cruciaal is voor de werking van het staatsapparaat in een rechtsstaat. Uit dit wettigheidsbeginsel vloeit niet alleen de hiërarchie van de rechtsnormen voort, het vormt voor de Raad van State tevens de basis voor het principe dat een administratieve overheid bij individuele beslissingen niet mag afwijken van de algemene regeling (RvS 7 januari 2010, nr. 199.397, vzw Idewe; RvS 29 december 2009, nr. 199.283, nv Wycor; RvS 24 oktober 2006, nr. 164.037, Van Bastelare; RvS 13 januari 1982, nr. 21.888, *Arr. RvS* 1982, 38, Henry; D. Batselé, T. Mortier en M. Scarcez, *Algemeen Administratief Recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 52; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 19). Toegepast op de relatie tussen een publiekrechtelijke werkgever en zijn personeel, houdt dit beginsel onder meer in dat in individuele gevallen niet mag worden afgeweken van de bepalingen uit de rechtspositieregeling.

[24] *Cf.* M. Pâques en G. Partsch, *o.c.*, *TSR* 1996, 14.

[25] *Cf.* art. 13 Decr.Vl. 3 juni 2016 «tot wijziging van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, het Provinciedecreet van 9 december 2005 en het decreet van 19 december 2008 betreffende de organisatie van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn» (*BS* 28 juni 2016).

[26] Bron: Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, *Loontrekkende tewerkstelling (RSZ) voor het eerste kwartaal 2016*, II,. Aantal tewerkgestelde werknemers op het einde van het kwartaal, tabel 2 – Indeling van de tewerkgestelde werknemers naar sector en overheidstype, geslacht en statuut op 31 maart 2016, http://www.rsz.fgov.be/sites/default/files/binaries/assets/statistics/employment/Beige_full_NL_20161.pdf; Dienst voor Bijzondere Socialezekerheidsstelsels (DIBISS), *Halfjaarlijkse statistieken – Brochure vierde kwartaal 2015 – Definitieve cijfers*, tabel 3H – https://www.orpss.fgov.be/nl/dibiss/publicaties.

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

Tabel 2: Verhouding ambtenaren/contractanten – Belgische overheidssector

Bestuursniveau	Ambtenaren	Contractanten	totaal
Federale overheid	160.677 (76,29%)	49.933 (23,71%)	210.610
Gemeenschappen en gewesten	267.297 (56,69%)	204.187 (43,31%)	471.484
Lokale besturen	130.810 (36,14%)	231.113 (63,86%)	361.923
Totaal	558.784 (53,52%)	485.233 (46,48%)	1.044.017

Bovenstaande cijfers zijn weinig genuanceerd in die zin dat er een sterke variabiliteit bestaat tussen de overheidsinstellingen onderling. Zo stellen een aantal federale publiekrechtelijke entiteiten, waaronder de NMBS, de politie, het leger en de strafinrichtingen (onderdeel van de Federale Overheidsdienst Justitie) bijzonder weinig contractanten tewerk, terwijl sommige extern verzelfstandigde agentschappen (EVA's) van publiekrecht, zoals De Lijn en de VRT geen (De Lijn) of weinig (VRT) statutaire personeelsleden in hun gelederen tellen.

D. Eerste tussenbesluit

Uit bovenstaande tabel 2 blijkt dat de contractuele tewerkstelling in de Belgische publieke sector geen randfenomeen is. Bovendien volgt uit mijn onderzoek dat er veeleer een zwak verband is tussen de numerieke evolutie van het aantal contractanten enerzijds en de versoepeling van de regelgeving die het gebruik van het contractueel dienstverband toelaat anderzijds. Dit leidt tot de aanname dat er andere motieven een rol spelen in de beslissing om betrekkingen contractueel in te vullen.

Ik heb in de inleiding van deze bijdrage al gealludeerd op het feit dat een vaak vermelde reden de idee is dat het gebruik van contractanten meer flexibiliteit biedt dan wat mogelijk is in statutair dienstverband.[27] Vanuit de behoefte aan een flexibele(re) arbeidsconfiguratie heeft de contractuele tewerkstelling inderdaad een aantal merites. Deze maakt een verhoogde numerieke flexibiliteit mogelijk: de arbeidsinzet is gemakkelijker aanpasbaar aan de capaciteitsbehoefte om aldus over- en onderbezetting te vermijden. Daarnaast is er sprake van een zekere contractuele flexibiliteit, omdat verschillende contractvormen mogelijk zijn volgens de flexibiliteitsnoden van de organisatie; voorbeelden hiervan zijn het gebruik van een vervangingsovereenkomst, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of een voor deeltijdse arbeid. Maar flexibiliteit gaat in deze context nog verder, namelijk in de richting van een deregulering. Bij contractuele tewerkstelling ontsnapt de overheidswerkgever aan een resem – vooral procedurele – bepalingen die kenmerkend zijn voor het statuut.[28]

Belangrijker in de context van deze bijdrage is echter de vraag of de idee van flexibiliteit die men quasi automatisch lijkt toe te dichten aan het contractueel dienstverband ook overeind blijft wanneer we de focus verplaatsen naar de (eenzijdige) wijzigbaarheid van de arbeidsvoorwaarden. Het voor het arbeidsrecht en – meer in het algemeen – verbintenissenrecht fundamentele uitgangspunt verwoord in het adagium *pacta sunt servanda* lijkt haaks te staan op een van de basisbeginselen van de organisatie van de openbare dienst, *i.e.* het veranderlijkheidsbeginsel dat overheidswerkgevers het recht verleent om volgens de noodwendigheden ingegeven door het algemeen belang eenzijdig aanpassingen door te voeren aan de organisatie van hun diensten, daarin begrepen de tewerkstellingsvoorwaarden van het betrokken overheidspersoneel.

Hoe beide leerstukken zich ten opzichte van elkaar verhouden, zal ik hierna systematisch ontleden.

II. Verbindende kracht van de arbeidsovereenkomst *versus* het veranderlijkheidsbeginsel

A. Verbindende kracht van de arbeidsovereenkomst

Het bestaan en de omvang van een (eenzijdig) wijzigingsrecht zijn al lang voer voor discussie in de arbeidsrechtelijke rechtspraak en rechtsleer. Ik beperk me hier tot enkele essentiële uitgangspunten van dit leerstuk en verwijs voor het overige naar de overvloedige rechtspraak[29] en rechtsleer[30] die over deze problematiek beschikbaar is.

[27] O.a. R. Janvier en I. De Wilde, «Statutaire of contractuele tewerkstelling: een strategische keuze» in A. Hondeghem, E. Platteau, C. Praet *et al.* (eds.), *Personeelsbeleid in lokale besturen. Slimme besturen investeren in menselijk kapitaal*, Brugge, Vanden Broele, 2012, (71) 75-76; R. Janvier, E. Henderickx, J. Segers en R. Valkeneers, «Meer discriminatie door meer diversiteit: een paradox voor het Belgisch publiek management?», *Burger, Bestuur & Beleid* 2011/1, (3) 4-6.

[28] De initiële idee dat strenge procedurevoorschriften en uitgebreide administratieve interne beroepsmogelijkheden tot voordeel van de ambtenaren bedoeld zijn als een dam tegen eventuele politieke willekeur, lijkt in de praktijk soms contraproductief in die zin dat de procedure gaat primeren op de grond van de zaak, waardoor discussies vooral handelen over de vorm en minder over de inhoud (*cf.* R. Janvier en I. De Wilde, *o.c.*, in A. Hondeghem, E. Platteau, C. Praet *et al.* (eds.), *Personeelsbeleid in lokale besturen. Slimme besturen investeren in menselijk kapitaal*, 76).

[29] Voor een recent rechtspraakoverzicht verwijs ik naar: I. Vanden Poel, A. Van Eeckhoutte, S. Heyndrickx *et al.*, «Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (2005-2012)», *TPR* 2014, (113) 205-208 en 466-480.

[30] Zie o.a. (in chronologische volgorde): I. Van Puyvelde, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van de vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 506 p.; I. Van Puyvelde, «De aan-

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

Zowel het gemene burgerlijk recht als de Arbeidsovereenkomstenwet[31] stellen de verbindende kracht van de (arbeids)overeenkomst voorop. De juridische grondslag van dit beginsel vloeit voort uit art. 1134 eerste lid BW, dat ook van toepassing is op arbeidsovereenkomsten.[32] De wil van de contracterende partijen staat centraal. Dit betekent ook dat een overeenkomst initieel slechts kan worden gewijzigd met het akkoord van beide partijen. Dit akkoord kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend[33] gegeven zijn.[34] Art. 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet herhaalt dit principe in relatie tot arbeidsovereenkomsten. Op grond van deze bepaling is de werkgever verplicht de werknemer te doen werken op de wijze, tijd en plaats zoals werd overeengekomen. Aldus sluist men uitdrukkelijk het *pacta sunt servanda*-beginsel het arbeidsrecht binnen.[35] Uit cassatierechtspraak vloeit bovendien voort dat geen enkele eenzijdige wijziging van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden door de werkgever geoorloofd is, of het nu gaat om een essentieel dan wel een bijkomstig element van de arbeidsovereenkomst.[36]

Het *pacta sunt servanda*-beginsel mag dan wel het uitgangspunt zijn, dit betekent niet dat de arbeidsovereenkomst en bij uitbreiding de elementen die de individuele arbeidsrelatie bepalen, onwrikbaar zijn. Ik vermeldde al de mogelijkheid om bij onderling akkoord aanpassingen door te voeren aan de overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Daarnaast kan voor bijkomstige, niet-essentiële arbeidsvoorwaarden een wijzigingsbeding worden bedongen ten voordele van de werkgever, zelfs wanneer die voorwaarden uitdrukkelijk werden overeengekomen door de partijen.[37] Ook via het leerstuk van de goede trouw lijken bepaalde – weliswaar beperkte – eenzijdige aanpassingen mogelijk.[38] Voorts neemt men aan dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden kan invullen waar-

pasbaarheid van de bedongen arbeid. Een aanzet tot systematisering», *RW* 2015-16, 1123-1138; A. Van Bever, «Wijziging van arbeidsvoorwaarden» in F. Hendrickx en C. Engels (eds.), *Arbeidsrecht. Deel 2*, Brugge, die Keure, 2015, 93-122; I. Van Puyvelde, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking. Onderzoek naar de draagwijdte en de rol van de wilsautonomie en de goede trouw in het Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht, met een aanzet tot een wettelijke regeling van het wijzigingsrecht van de werkgever*, doctoraatsthesis Rechten Universiteit Antwerpen, 2015, 611 p.; P. Humblet, «Ius variandi: een belgicisme?» in H. Snijders en P. De Tavernier (eds.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoring en herstel van contractueel evenwicht. Algemene beschouwingen en beschouwingen op deelterreinen van het privaatrecht*, Antwerpen, Maklu, 2013, 173-185; S. Gilson, «La modification unilatérale du contrat de travail: vue d'ensemble» in S. Gilson (ed.), *La modification unilatérale du contrat de travail*, Luik, Anthemis, 2012, 11-45; N. Gundt en W. Rauws, «De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht», *TSR* 2010, 207-263; A. Van Bever, «Goede trouw en belangenafweging in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van arbeidsvoorwaarden», *TSR* 2010, 469-533; K. Magerman, *Loonvoorwaarden wijzigen: flexibiliteit in loon en loonvoordelen*, Brugge, die Keure, 2010, 169-223; B. Croimans en J.J.M. De Laat, «Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht?», *TSR* 2008, 501-523; L. Dear, «La théorie de l'acte équipollent à rupture» in M. Dumont (ed.), *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, Luik, Anthemis, 2008, 159-204; I. Van Puyvelde, «De vermoedelijke wil tot verbreken» in M. Rigaux en W. Rauws (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 295-299; T. Stiévenard, «Dossier spécial. *Ius variandi* de l'employeur versus acte équipollent à rupture» in *Actualités en bref*, Brussel, Kluwer, 2003, 153 p.; B. Vanschoebeke, «De eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden en het gerechtelijk ingrijpen in de arbeidsvoorwaarden: een evaluatie», *Or*. 2002, 262-272; W. van Eeckhoutte, «De vermoedelijke wil tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst» in M. Rigaux en P. Humblet (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 729-774; M. Smits, «Impliciete verbreking van arbeidsovereenkomst en *ius variandi*» in P. Gosseries (ed.), *Rechtsleer vanuit de rechtszaal*, Brussel, De Boeck & Larcier, 1998, 143-165; W. van Eeckhoutte, «De ondraaglijke onveranderlijkheid van de arbeidsovereenkomst» in W. van Eeckhoutte en M. Rigaux (eds.), *Sociaal recht niets dan uitdagingen. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1995-96*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 11-70; P. Humblet, «*Ius dominandi* of *ius variandi: what's in a name?*», *RW* 1994-95, 241-247; P. Humblet, *De gezagsuitoefening door de werkgever*, Deurne, Kluwer, 1994, 420 p.; H. Funck en J. Degrauwe, «Modification unilatérale du contrat de travail» (noot onder Cass. 2 december 1993), *Soc.Kron.* 1994, 106; D. Votquenne, «Het ius variandi van de werkgever en de beëindiging door eenzijdige wijziging na het cassatiearrest van 20 december 1993», *JTT* 1994, 437-438; S. Gilliams, «Eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst: een decennium richtinggevende cassatiearresten», *Or*. 1993, 14-32 en 51-59; D. Cuypers, «De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden», *Or*. 1990, 97-113; M. Smits, «Impliciete verbreking van de arbeidsovereenkomst en *ius variandi*», *RW* 1986-87, 1041-1068; P. Crahay, «Modifications des conditions de travail et résiliation du contrat de travail», *JTT* 1985, 21-31 en 41-48; K. De Geyter, «De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden», *Or*. 1985, 214-220; O. Vanachter, «(Eenzijdige) wijziging van de arbeidsvoorwaarden», *Or*. 1984, 129-132; T. Claeys en R. Swennen, «Les modifications unilatérales des contrats de louage de travail», *JTT* 1974, 49-55.

[31] Wet van 3 juli 1978 «betreffende de arbeidsovereenkomsten» (*BS* 22 augustus 1978).

[32] Zie in dit verband twee cruciale arresten van het Hof van Cassatie: Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1994, 105, noot H. Funck en J. Degrauwe, *RW* 1995-96, 41, noot J.R.R.; Cass. 13 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 400, *JTT* 1997, 481 en www.cass.be.

[33] Voor een bespreking *cf.* I. Van Puyvelde, *o.c.*, *RW* 2015-16, 1125-1126.

[34] N. Gundt en W. Rauws, «De wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens Frans, Belgisch en Nederlands recht», *TSR* 2010, (207) 239.

[35] B. Croimans en J.J.M. De Laat, «Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van het instructierecht?», *TSR* 2008, (501) 506; T. Stiévenard, «Dossier spécial. Ius variandi de l'employeur versus acte équipollent à rupture» in *Actualités en bref*, Brussel, Kluwer, 2003, 4.

[36] *Cf.* Cass. 20 december 1993, *Soc.Kron.* 1994, 105, noot H. Funck en J. Degrauwe, *RW* 1995-96, 41, noot J.R.R.

[37] W. van Eeckhoutte, *o.c.*, in W. van Eeckhoutte en M. Rigaux (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1995-1996*, 26.

[38] O.a. P. Humblet, *o.c.*, 146; A. Van Bever, *o.c.*, *TSR* 2010, (469) 515. De beperkende of derogerende werking van de goede trouw is aan de orde wanneer een contractant de rechten die hij aan de overeenkomst ontleent, uitoefent op een wijze die, gelet op de omstandigheden, kennelijk onredelijk is. Zo heeft een werknemer er bijvoorbeeld geen redelijk belang bij een functiewijziging te weigeren wanneer die door legitieme motieven is verantwoord en wanneer die hem in een positie brengt die in elk opzicht gelijkwaardig of gunstiger is dan voorheen (*cf.* W. van Eeckhoutte, *o.c.*, in W. van Eeckhoutte en M. Rigaux, *Sociaal Recht: niets dan uitdagingen*, 54).

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

over contractueel niets wordt bepaald.[39] Strikt genomen gaat het hier echter niet om een wijzigingsrecht: wanneer de werkgever van dit recht gebruik maakt, voert hij geen wijziging door, maar vult hij in feite de opengelaten elementen van de arbeidsovereenkomst in.[40] Het gaat om de uitvoering van de overeenkomst.[41]

Een aantal andere wijzigingsmogelijkheden zijn verbonden aan een wettelijke bepaling die een voldoende grondslag bevat om in te grijpen op de overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Zo volgt uit het tweede lid van art. 1134 BW dat een overeenkomst kan worden herroepen «op de gronden door de wet erkend». Een voorbeeld zijn de redelijke aanpassingen die men aanbrengt in het raam van een re-integratie bij arbeidsongeschiktheid.[42] Ook de gemeenrechtelijke incorporatieleer kan in sommige situaties wijzigingen initiëren. Deze leer is gebaseerd op art. 1135 BW. Dit artikel bepaalt dat overeenkomsten niet enkel verbinden tot wat daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend. De bedongen arbeid bestaat bijgevolg niet enkel uit de arbeid die de partijen beogen, maar ook uit de rechten en plichten die andere dwingende wetsbepalingen opleggen.[43] Uit de toepassing van de cao-wet[44] ten slotte vloeit een specifiek incorporatiemechanisme voort: de wettelijke conversie van de individueel normatieve bepalingen van een cao. Meer concreet gaat het om artt. 11 en 23 cao-wet.[45] De wettelijke conversie vindt plaats in twee bewegingen. In een eerste fase worden de bepalingen van de individuele arbeidsovereenkomst die strijdig zijn met de inhoud van de cao, als nietig beschouwd.[46] Die nietige bepalingen worden vervolgens vervangen door de individuele bepalingen van de toepasselijke cao.[47] Dit heeft tot gevolg dat een collectieve arbeidsovereenkomst overeengekomen arbeidsvoorwaarden kan wijzigingen, bijvoorbeeld een premie verhogen (maar ook verminderen), de arbeidsduur inkorten, maar ook verlengen, etc.[48] De cao die minder gunstige loonvoorwaarden oplegt, wordt rechtstreeks opgenomen in de arbeidsovereenkomst en vervangt de strijdige bepalingen uit die individuele arbeidsovereenkomst.[49]

Het principe van de verbindende kracht van de overeenkomst is diep geworteld in het verbintenissen- en arbeidsrecht. Hoewel onder bepaalde voorwaarden (eenzijdig) kan worden geraakt aan wat werd afgesproken, blijft wel als principe overeind dat een werkgever niet zonder meer kan raken aan wat men kan beschouwen als de overeengekomen arbeidsvoorwaarden.

B. Veranderlijkheidsbeginsel als een van de wetten van de openbare dienst

Het overheidsfunctioneren wordt beheerst door een aantal beginselen.[50] Die beginselen passen in de algemene filosofie dat de administratie die het algemeen belang behartigt, voorrang heeft op particuliere belangen.[51] Het gaat om het beginsel van de benuttigingsgelijkheid, het continuïteitsbeginsel[52] en het veranderlijkheidsbeginsel.

[39] M. Smits, *o.c.*, in P. Gosseries (ed.), *Rechtsleer vanuit de rechtszaal*, 156.

[40] I. Van Puyvelde, *o.c.*, in M. Rigaux en W. Rauws (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8*, 314.

[41] P. Humblet, *o.c.*, 147; D. Votquenne, *o.c.*, *JTT* 1994, (437) 458.

[42] Lees hierover het KB van 28 oktober 2016 «tot wijziging van het KB van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers wat de re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers betreft» (*BS* 24 november 2016) dat het re-integratietraject regelt en de wijzigingen aan de Arbeidsovereenkomstenwet krachtens de wet van 20 december 2016 «houdende diverse bepalingen inzake arbeidsrecht in het kader van arbeidsongeschiktheid» (*BS* 30 december 2016).

[43] I. Van Puyvelde, «De amplitude van de wilsautonomie» in P. Humblet en A. Van Regenmortel (eds.), *Markante standpunten. Opstellen opgedragen aan Prof. Dr. M. Rigaux*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (295) 296, met verwijzing naar W. Rauws, *Civielrechtelijke beeindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht,* Antwerpen, Kluwer, 1987, 778.

[44] Wet van 5 december 1968 «betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités» (*BS* 15 januari 1969).

[45] Voor een algemene bespreking, zie o.a. J.-P. Cordier, «La théorie de l'incorporation des dispositions normatives individuelles dans le contrat de travail» in J.-P. Cordier (ed.), *Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail: actes du colloque organisé à Bruxelles le 5 décembre 2008 par l'Association des Juristes Practiciens du Droit Social*, Brussel, Bruylant, 2008, 45-62; I. Plets, «De (on)eindigheid van de voortgezette binding van artikel 23 van de C.A.O.-Wet», *Or.* 2001, 240-244.

[46] Art. 11 CAO-wet.

[47] D. Pierreux, «Ondernemings-cao's met minder gunstige loonsvoorwaarden en het belang van de «neerlegging»», *Or.* 2008, (249) 253.

[48] W. van Eeckhoutte, *o.c.*, in W. van Eeckhoutte en M. Rigaux (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, 42.

[49] D. Pierreux, *o.c.*, *Or.* 2008, 254.

[50] D. Renders en L. Vansnick, «La place des lois du service public dans la hiérarchie des normes» in H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert *et al.* (eds.), *Le service public. 2. Les «lois» du service public*, Brussel, la Charte, 2009, (1) 4.

[51] R. Janvier en M. Rigaux, «Individuele en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke en de particuliere sector. Een beknopte juridische vergelijking» in P. Gevers (ed.), *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, Brugge, die Keure, 1987, (37) 76.

[52] Het continuïteitsbeginsel impliceert dat, wanneer een overheid oordeelt dat een bepaalde taak beantwoordt aan een behoefte van algemeen belang, die dienst moet blijven bestaan en functioneren (*cf.* D. D'Hooghe en Ph. De Keyser, «Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel» in I. Opdebeek en M. Van Damme (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Reeks administratieve rechtsbibliotheek: algemene reeks, nr. 1, Brugge, die Keure, 2006, (363) 364; B. Lombaert, «La loi de continuité du service public, la grève des agents publics et le service minimum. Quand les usagers s'en mêlent ...» in H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert *et al.* (eds.), *Le service public. Les «lois» du service public*, Brussel, La Charte, 2009, (53) 56; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 2012, 108). Het principe van de benuttigingsgelijkheid is een toepassing van het algemeen gelijkheidsbeginsel en houdt in dat iedereen die zich in de voorwaarden bevindt die bij wet of reglement zijn bepaald, op de werking

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

Die beginselen zijn grotendeels ongeschreven normen die hun oorsprong vinden in rechtspraak en rechtsleer.[53] Het veranderlijkheidsbeginsel houdt in dat de organisatie en de werking van de openbare dienst steeds door de openbare macht kunnen worden gewijzigd naargelang van de wisselende behoeften van het algemeen belang.[54]

Ook met betrekking tot het statutaire overheidspersoneel vervult het veranderlijkheidsbeginsel[55] een belangrijke rol. Niet alleen vormt het de grondslag van de statutaire aanstelling, maar het is ook de basis voor de opheffing of wijziging van bestuurshandelingen van reglementaire aard, zoals de rechtspositieregeling.[56] Daarnaast heeft het veranderlijkheidsbeginsel ook invloed op de individuele rechtspositie van de ambtenaar.[57] Vandaag wordt algemeen aanvaard dat het veranderlijkheidsbeginsel de overheid het recht verleent om eenzijdig wijzigingen aan te brengen aan de rechten, plichten en tewerkstellingsmodaliteiten van ambtenaren.[58] In die context heeft het veranderlijkheidsbeginsel «une valeur réglementaire».[59] Gilson en Dear vatten de essentie van de relatie tussen het veranderlijkheidsbeginsel en het statuut treffend samen: «Statut et loi de changement sont, nous le verrons, intimement liés: une des charactéristiques essentielles du statut réside en effet dans le fait qu'il est fixé unilatéralement par les pouvoirs publics et qu'il peut également être unitatéralement modifié. L'intérêt du service public doit primer l'intérêt personnel du fonctionnaire: «le fonctionnaire est pour la fonction et non la fonction pour le fonctionnaire»».[60]

Hiervoor heb ik bewust enkel gerefereerd aan de rol van het veranderlijkheidsbeginsel ten opzichte van de ambtenaren. Of en hoe die beginselen interfereren met de rechtspositie van de contractanten, ligt minder voor de hand. Het veranderlijkheidsbeginsel lijkt inderdaad moeilijk verzoenbaar met de wederkerige, contractuele aard van een arbeidsovereenkomst.[61]

C. Primauteit verbindende kracht arbeidsovereenkomst

Hoewel er gedurende een zekere periode een aantal verdedigers bestond van de stelling dat het veranderlijkheidsbeginsel in contractuele arbeidsrelaties moet primeren, zijn die voornamelijk in het (verdere) verleden te situeren. Tegenover de opvatting die de primauteit van het veranderlijkheidsbeginsel bepleit, is er de – door de rechtspraak geruggensteunde (*infra*, D, 3°) -stelling die aanneemt dat ook in de publieke sector de verbindende kracht van de arbeidsovereenkomst het uitgangspunt moet vormen.[62] Aan het veranderlijkheidsbeginsel kan

van de dienst aanspraak kan maken (*cf.* D. Renders en L. Vansnick, *o.c.*, in H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert *et al.* (eds.), *Le service public. 2. Les «lois» du service public*, 5).

[53] D. Batselé, T. Mortier en M. Scarcez, *Algemeen Administratief Recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 84.

[54] D. D'Hooghe en Ph. De Keyser, *o.c.*, in I. Opdebeek en M. Van Damme (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 380; D. D'Hooghe, «Bestuurlijke vrijheid geklemd tussen de beginselen inzake rechtszekerheid, wettigheid en veranderlijkheid», *RW* 1993-94, (1091) 1102; D. Renders en L. Vansnick, *o.c.*, in H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert *et al.* (eds.), *Le service public. 2. Les «lois» du service public*, 36-37.

[55] Voor een algemene bespreking van het veranderlijkheidsbeginsel verwijs ik o.a. naar B. Gors, «Le principe de mutabilité» in H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert *et al.* (eds.), *Le service public. Les «lois» du service public*, Brussel, La Charte, 2009, 105-175.

[56] J. Bourtembourg, «Le statut pécuniaire et les pensions» in J. Sarot (ed.), *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, (471) 494; D. D'Hooghe en Ph. De Keyser, *o.c.*, in I. Opdebeek en M. Van Damme (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 381; D. D'Hooghe, *o.c.*, *RW* 1993-94, 1102; M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 221, voetnoot 164; M. Van Damme, «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel» in I. Opdebeek (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 1993, (117) 143.

[57] I. Opdebeek en A. Coolsaet, «Tuchtmaatregelen, ordemaatregelen, maatregelen van inwendige orde en verkapte tuchtstraffen: hoe door de bomen het bos ontwaren», *T.Gem.* 2010, (155) 156-158.

[58] Voor een overzicht van rechtspraak van de Raad van State in deze, zie: I. De Wilde, S. Aerts en R. Janvier, *De eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden van het (contractueel) overheidspersoneel*, Administratieve rechtsbibliotheek. Bijzondere reeks, Brugge, die Keure, 2014, 175-179 en verwijzingen aldaar.

[59] *Cf.* D. Renders en L. Vansnick, *o.c.*, in H. Dumont, P. Jadoul, B. Lombaert *et al.* (eds.), *Le service public. 2. Les «lois» du service public*, 42.

[60] S. Gilson en L. Dear, «La modification unilatérale des conditions de travail: en fait unique, des conséquences multiples et variés» in J. Jacqmain (ed.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, (237) 249, met verwijzing naar A. Buttgenbach, *Manuel de droit administratif. Théorie générale du droit administratif belge*, derde editie, Brussel, Larcier, 1966, 77; R. Janvier, «Gezocht contractant (m/v) voor een overheidsdienst, met bereidheid tot onzekerheid over zijn/haar rechtspositie» in F. Delpérée (ed.), *Contractuele personeelsleden bij de regionale overheden*, Brussel, Bruylant, 1998, (191) 214; J. Sarot, *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, 13.

[61] Lombaert vat de essentie van de discussie goed samen: «La caractéristique la plus frappante du statut est de préserver les prérogatives des modifications unilatérales de l'administration liées à la loi de changement et à la mutabilité du service public. Une telle prérogative est radicalement incompatible avec le droit du contrat de travail pour lequel toute modification unilatérale importante des conditions de travail imposées par l'employeur constitue un acte équipollent à rupture.» (B. Lombaert, «La distinction entre régime statutaire et régime contractuel est-elle encore pertinente? Faut-il repenser la nature juridique de la relation de travail dans la fonction publique?» in S. Depré en C. Molitor (eds.), *Etat des lieux de la fonction publique*, Brussel, Bruylant, 2005, (61) 105).

[62] Zie o.a. M. De Vos en I. De Wilde, «Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext» in M. De Vos en I. Plets (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, (89) 116-119; A. Durviaux, *Droit de la fonction publique*, Brussel, Larcier, 2012, 197-199; A. Feyt, «La fonction publique de demain: sera-t-elle de carrière ou d'emploi?», *Rev.dr.ULB* 2006/1, (223) 244; S. Gilson en L. Dear, *o.c.*, in J. Jacqmain (ed.), *Une terre de droit du travail: les services publics*, 283 *et seq.*; J. Jacqmain, «Le contrat de travail dans les administrations de l'Etat», *Soc. Kron.* 1991, (329) 332; G. Jacquemart, «Le statut hybride des agents contractuels de la fonction publique locale», *Ors.* 2014/9, (2) 15; R. Janvier, *o.c.*, in F. Delpérée (ed.), *Contractuele personeelsleden bij de regionale overheden*, 214-215 (en ook later – zie o.a. R. Janvier, «Over overheden, contractanten en ambtenaren: geen vrijblijvende «ménage à trois»» in M. De Vos en I. Plets (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, (1) 10); P. Joassart, «La rémunération du contractuel

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

de publieke werkgever geen bijzondere wijzigingsmacht ontlenen die een werkgever uit de private sector ontbeert. Het is niet mogelijk om op grond van de principes die de normconflicten beheersen, een algemeen, ongeschreven beginsel zoals dat van de veranderlijkheid van de openbare dienst, voorrang te geven op een dwingende bepaling zoals die vervat is in art. 1134, eerste lid BW en de daarmee verband houdende artikelen uit de Arbeidsovereenkomstenwet.[63] Het *pacta sunt servanda*-beginsel, dat via het verbintenissenrecht ook van toepassing is in het arbeidsrecht, fungeert als basis voor het beantwoorden van de vraag of de overheid eenzijdig kan ingrijpen in de arbeidsvoorwaarden van haar contractanten.

Daarnaast moeten de (dwingende) voorschriften van de Arbeidsovereenkomstenwet zelf worden nageleefd.[64] Ook publiekrechtelijke werkgevers zijn ertoe gehouden deze wet in acht te nemen ten opzichte van hun contractuele personeelsleden. In de context van de aanpasbaarheid van de bedongen arbeid[65] zijn vooral artt. 6 en 25 Arbeidsovereenkomstenwet relevant.[66] Daaruit volgt dat de overheidswerkgever niet kan ontsnappen aan de regel dat alle met de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet en haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen nietig zijn voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren. Tevens zal elk beding waarbij de overheidswerkgever zich het recht voorbehoudt om de essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst te wijzigen, nietig zijn. Een zogenaamd *ius variandi*, dat de werkgever per definitie een impliciet en beperkt wijzigingsrecht toestond, is onbestaande voor de overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Dit heldere uitgangspunt geldt volgens De Vos en De Wilde ook in de publieke sector. De bijzonderheid van de overheidsdienst kent de overheidswerkgever volgens hen geen impliciet wijzigingsrecht toe dat zijn collega uit de private sector ontbeert. Ze besluiten dat de algemene beginselen van continuïteit en veranderlijkheid van de openbare dienst bezwaarlijk een *ius variandi contra legem* kunnen forceren.[67]

Anno 2017 kan men stellen dat de meeste auteurs die zich over deze problematiek hebben gebogen, geen uitzonderingspositie meer aanvaarden voor de publiekrechtelijke werkgever.[68] Het Hof van Cassatie heeft de behoefte aan flexibiliteit van de particuliere sector niet willen aangrijpen om de werkgever een eenzijdig wijzigingsrecht toe te kennen. Er is geen reden om dit voor de overheidssector wel te doen. In deze sector kan worden tegemoetgekomen aan de behoefte aan continuïteit en veranderlijkheid via het principe van de statutaire tewerkstelling. Wanneer de overheid dan toch kiest voor een dienstverband op basis van een arbeidsovereenkomst, vloeit hieruit voort dat zij de beperkingen daarvan moet aanvaarden.[69] Een dergelijk betoog wordt herhaaldelijk gehouden in rechterlijke uitspraken. Zo bijvoorbeeld oordeelt het Brusselse Arbeidshof: «Indien de overheid ervoor kiest personeel te werk te stellen op basis van een arbeidsovereenkomst, wat een uitzondering zou moeten zijn, dient zij zich te houden aan de regels die op dwingende wijze de contractuele relatie beheersen»[70] en «Deze eigenheid van de contractuele tewerkstelling, brengt met zich mee dat er minder soepel kan worden ingespeeld op de behoeften van continuïteit en veranderlijkheid van de openbare dienst, zodat beide partijen de mogelijkheid moeten behouden om aan de arbeidsverhouding een einde te maken.»[71]

de la fonction publique» in J. Clesse (ed.), *Questions choisies de droit social*, Luik, Anthemis, 2012, (189) 199-201; B. Lombaert, *o.c.*, in S. Depré en C. Molitor (eds.), *Etat des lieux de la fonction publique*, 99; M. Pâques en G. Partsch, «L'hypothèse du contrat dans la fonction publique locale», *TSR* 1996, (3) 9-10; W. Rauws, «Aansprakelijkheids- en tuchtregeling voor contractuelen bij de overheid» in M. De Vos en I. Plets (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, (129) 142-143; I. Van Puyvelde, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van de vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 103-106.

[63] S. Gilson en L. Dear, *o.c.*, in J. Jacqmain (ed.), *Une terre de droit de travail: les services publics*, 288, met verwijzingen aldaar.

[64] R. Janvier, *o.c.*, in F. Delpérée (ed.), *Contractuele personeelsleden bij de regionale overheden*, 1998, 193.

[65] Naar I. Van Puyvelde (*cf.* I. Van Puyvelde, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van de vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 506 p.; I. Van Puyvelde, *o.c.*, *RW* 2015-16, 1123-1138; I. Van Puyvelde, *Aanpasbaarheid van de bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking. Onderzoek naar de draagwijdte en de rol van de wilsautonomie en de goede trouw in het Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht, met een aanzet tot een wettelijke regeling van het wijzigingsrecht van de werkgever*, doctoraatsthesis Rechten Universiteit Antwerpen, 2015, 611 p.).

[66] J. Jacqmain, *o.c.*, *Soc. Kron.* 1991, 332.

[67] M. De Vos en I. De Wilde, *o.c.*, in M. De Vos en I. Plets (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, 117.

[68] A. De Becker, *o.c.*, *RW* 2008-09, 1160; A. Durviaux, *Droit de la fonction publique*, Brussel, Larcier, 2012, 195-199; S. Gilson en L. Dear, *o.c.*, in J. Jacqmain (ed.), *Une terre de droit de travail: les services publics*, Brussel, Bruylant, 2005, 276-308; E. Jacubowitz, «Le régime disciplinaire des contractuels et le règlement de travail dans le secteur public» in P. Levert en B. Lombaert (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique*, Parijs, Editions EFE, 2013, (255) 287-290 (Jacubowitz maakt bij zijn bespreking van de disciplinaire sancties geen onderscheid tussen werknemers uit de private sector en overheidscontractanten); P. Joassart en I. Vandenbroucke, «Le discipline dans le secteur public. Aperçu général et sort des contractuels» in S. Gilson en V. Flohimont, *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2013, (255) 282; M. Pâques en G. Partsch, *o.c.*, *TSR* 1996, (4) 9-10; T. Stiévenard, «Le licenciement des agents contractuels de la fonction publique» in P. Levert en B. Lombaert (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique*, Parijs, Editions EFE, 2013, (297) 326-328; zie echter nog: E. Hannay, «La contractualisation de la fonction publique en Belgique» in P. Levert en B. Lombaert (eds.), *Droit et contentieux de la fonction publique*, Parijs, Editions EFE, 2013, (197) 239; M. Herbiet en E. Hannay, «Statut-contrat: deux points de vue sur une même réalité? Ou le recours à l'engagement contractuel dans la fonction publique belge», *APT* 2005, (178) 188.

[69] M. De Vos en I. De Wilde, «Veranderingsmanagement en personeelsbeleid in een overheidscontext» in M. De Vos en I. Plets (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, (89) 117; M. Pâques en G. Partsch, *o.c.*, *TSR* 1996, 30.

[70] Arbh. Brussel 15 januari 2013, *JTT* 2013, 211.

[71] Arbh. Brussel 30 mei 2005, A.R. 45.959, *onuitg.*

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

D. Wisselwerking tussen rechtspositieregeling en individuele arbeidsovereenkomst

1° Situering

De vaststelling dat wat de (eenzijdige) wijziging van arbeidsvoorwaarden betreft, de verbintenisrechtelijke principes de bovenhand hebben op een aantal bestuursrechtelijke wetmatigheden, is niet louter van theoretisch-juridisch belang. Ik zal de grote praktische impact van deze stelling schetsen aan de hand van een bespreking van de wisselwerking tussen de rechtspositieregeling en de individuele arbeidsovereenkomst,[72] die beide cruciaal zijn voor de inkleuring van de rechtspositie van de overheidscontractant.

2° Rechtspositieregeling

De rechtspositieregeling is van uitermate groot belang voor het statutair én contractueel overheidspersoneel. Verwoord in meer arbeidsrechtelijke terminologie, is het zo dat de rechtspositieregeling de loon- en arbeidsvoorwaarden en de rechten en verplichtingen van het personeel vaststelt.[73] Haar toepassingsgebied beperkt zich geenszins per definitie tot de ambtenaren. Ook voor degenen die worden aangeworven met een arbeidsovereenkomst, is de rechtspositieregeling zeer bepalend.

De vaststelling (en wijziging) van de rechtspositieregeling komt in beginsel toe aan de uitvoerende macht.[74] Zo is op federaal niveau de Koning bevoegd voor de vaststelling van de rechtspositieregeling van de ambtenaren bij de ministeries. Voor de personeelsleden van de diensten van de gemeenschappen en de gewesten geldt eenzelfde regel en zijn de betrokken regeringen bevoegd.[75]

3° Doorwerking in individuele arbeidsovereenkomst?

Ik heb er al meermaals op gewezen dat een rechtspositieregeling op grond van het veranderlijkheidsbeginsel in principe eenzijdig kan worden gewijzigd door de betrokken overheidswerkgever.[76] De vraag rijst of die wijzigingen ook effectief kunnen, mogen of moeten doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst van de betrokken contractanten.

In de eerste plaats – en voortbouwend op wat ik hiervoor al heb beschreven – laat een aantal bepalingen uit het verbintenissen- en arbeidsrecht niet toe dat zonder meer wordt geraakt aan de overeengekomen arbeidsvoorwaarden. Ik wijs in het bijzonder op art. 1134, eerste lid BW en art. 20, 1° en 3° van de Arbeidsovereenkomstenwet. Deze artikelen zijn vervat in wetskrachtige normen (*i.e.* het Burgerlijk Wetboek en de Arbeidsovereenkomstenwet) en genieten om die reden hiërarchisch voorrang op bepalingen uit een rechtspositieregeling waaraan «slechts» een besluit van de uitvoerende macht aan de basis ligt. Wanneer zou worden geraakt aan het beginsel van de verbindende kracht van de (arbeids)overeenkomst, beletten die artikelen een eventuele incorporatie in de individuele arbeidsovereenkomst van de gewijzigde voorwaarden uit de rechtspositieregeling. Daarnaast is art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet van belang wanneer de beoogde bepaling/wijziging kan worden gekoppeld aan de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet en haar uitvoeringsbesluiten. Ook dit art. 6 vormt een buffer tegen aanpassingen van de rechtspositieregeling die de rechten van de contractuele personeelsle-

[72] Arbeidsvoorwaarden zijn uiteraard niet enkel vervat in de individuele arbeidsovereenkomst; mijn vaststelling geldt voor alle arbeidsvoorwaarden waarover een aantoonbare overeenstemming bestaat en waarvan niet noodzakelijk een spoor is terug te vinden in de geschreven arbeidsovereenkomst. Die laatste omvat niet noodzakelijk alle voorwaarden waarover de werkgever en de werknemer een overeenstemming bereikten: «(...), want de uitvoering van een initiële en geschreven arbeidsovereenkomst kan in de loop van de tijd veel wijzigingen ondergaan op het vlak van functie, loon e.d. Het is eerder de regel dat er tussen de aanwerving en het einde van de arbeidsovereenkomst geen andere schriftelijke overeenkomsten zijn tussen werkgever en werknemer. Dat betekent niet dat er niet veel geregeld wordt tussen beiden, maar dat gebeurt via andere rechtsbronnen en meestal vrij informeel op het niveau dan van een mondelinge arbeidsovereenkomst of zelfs van het gebruik» (*cf.* K. Magerman, *Loonvoorwaarden wijzigen: flexibiliteit in loon en loonvoordelen*, Brugge, die Keure, 2010, 147). Van Puyvelde stelt in dit verband nog dat de oorspronkelijke, schriftelijke overeenkomst grotendeels een momentopname is. Dit heeft tot gevolg dat haar belang als bewijsmiddel sterk kan verminderen naarmate de arbeidsverhouding voortduurt (*cf.* I. Van Puyvelde, *o.c.*, in P. Humblet en A. Van Regenmortel (eds.), *Markante standpunten. Opstellen opgedragen aan Prof. Dr. M. Rigaux*, 300).

[73] O. Daurmont, «Les principes généraux du droit de la fonction publique» in J. Sarot (ed.), *Précis de fonction publique*, Brussel, Bruylant, 1994, 83.

[74] A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *o.c.*, uitgave 2014, 274-275.

[75] Dit wordt afgeleid uit art. 87, § 2 en § 3 BWHI (bijzondere wet van 8 augustus 1980 «op de Hervorming der Instellingen» (*BS* 15 augustus 1980) – *cf.* A. De Becker, *o.c.*, 519-520). Die bijzondere bevoegdheid van de uitvoerende macht geldt echter niet voor de functioneel gedecentraliseerde instellingen.

[76] Ik maak hier abstractie van de verplichting om over bepaalde elementen voorafgaandelijk te onderhandelen of te overleggen met de vertegenwoordigers van de representatieve vakorganisaties conform het vakbondsstatuut (wet van 19 december 1974 «tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel» (*BS* 24 december 1974) (*Wet Vakbondsstatuut*) en de twee belangrijkste uitvoeringsbesluiten: KB van 28 september 1984 «tot uitvoering van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel» (*BS* 20 oktober 1984) en KB van 29 augustus 1985 «tot aanwijzing van de grondregelingen in de zin van artikel 2, § 1, 1° van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel» (*BS* 2 oktober 1985). Dit is in deze gerechtvaardigd omdat uit het vakbondsstatuut slechts een formele en geen inhoudelijke afdwingbaarheid voortvloeit. Het akkoord van de vakorganisaties is, in tegenstelling tot wat het geval is bij een cao, niet vereist om tot een uitvoerbare beslissing te komen (zie ook *infra* III, Slotbeschouwingen).

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

den zouden inkorten of hun verplichtingen zouden verzwaren, in die zin dat zou worden geraakt aan de overeengekomen arbeidsvoorwaarden.

Dit alles betekent dat een arbeidsvoorwaarde waarover een aantoonbare overeenstemming bestaat, niet automatisch zal worden vervangen door een daarmee conflicterend voorschrift uit de (gewijzigde) rechtspositieregeling. Het beschermend karakter van het arbeids- en verbintenissenrecht, verwoord in art. 20, 1° en 3°, art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet en art. 1134, eerste lid BW, belet dit.[77]

4° Bevestiging in rechtspraak

Ook de arbeidsgerechten werden al meermaals gevraagd een oordeel te vellen over zaken waarbij de vraag rees naar de gevolgen van een aanpassing van een rechtspositieregeling voor de overeengekomen loon- en arbeidsvoorwaarden van een overheidscontractant. Ik bespreek hierna een aantal uitspraken die de kern van deze problematiek raak illustreren.

Een arts is op contractuele basis in dienst van een ocmw-bestuur en wordt op een bepaald ogenblik geconfronteerd met een eenzijdige vermindering van zijn vast loon. Het ocmw rechtvaardigt die aanpassing op grond van het feit dat de arts volgens de op hem van toepassing zijnde rechtspositieregeling geen aanspraak meer kan maken op de zogenaamde «indemnité clinique», als gevolg van het feit dat hij een hogere salarisschaal geniet en de rechtspositieregeling in dat geval niet voorziet in de toekenning van een dergelijke vergoeding. Het Brusselse Arbeidshof overweegt dat «que l'augmentation du salaire depuis le mois d'octobre 1994 ou même depuis le mois de juillet n'était pas telle qu'elle pouvait compenser la suppression de l'indemnité clinique en sorte que celle-ci résultait en réalité une diminution de la rémunération, ce qui ne peut être admis».[78] Het betreft hier in feite in zijn algemeenheid de vraag of een contractueel personeelslid in overheidsdienst als gevolg van een promotie bepaalde voordelen kan verliezen omdat de rechtspositieregeling die op hem van toepassing is, precies het verlies van die voordelen tot gevolg heeft. Het Brusselse Arbeidshof besliste dat dit niet mogelijk is. Ik leid uit de overwegingen van het hof af dat het oordeelt dat de bijkomende vergoeding in feite moet worden beschouwd als een overeengekomen arbeidsvoorwaarde, waardoor het niet mogelijk is dat een van de partijen hierop terugkomt zonder het akkoord van de andere partij. De conventionele (en dus niet reglementaire, *i.e.* voortvloeiend uit de rechtspositieregeling) basis van dit loonelement volstaat volgens het hof om te besluiten dat het om een verworven recht gaat dat niet eenzijdig kan worden ingetrokken.

Een vergelijkbare situatie wordt behandeld door de Arbeidsrechtbank te Nijvel.[79] Een ocmw betaalt gedurende meer dan twee jaar zonder onderbreking een vergoeding voor diploma. Die vergoeding maakt volgens de rechtbank zonder enige twijfel deel uit van het (overeengekomen) loon. De arbeidsrechtbank oordeelt immers dat de arbeidsovereenkomst van een overheidscontractant – wat de vaststelling van de omvang en de samenstelling van het loon betreft – kan verwijzen naar de loonschalen en voordelen die van toepassing zijn op de statutaire personeelsleden en vervat zijn in de rechtspositieregeling. De arbeidsrechtbank vervolgt dat de werkgever over de mogelijkheid beschikt om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen wanneer dit noodzakelijk is met het oog op het beheer van de onderneming, zij het dat dit enkel mogelijk is voor bijkomstige elementen[80] van de arbeidsovereenkomst. De rechtbank redeneert vervolgens: «Compte tenu de la répétition de ce paiement sur une longue période, cette indemnité de diplôme fait partie intégrante de la rémunération convenue entre parties à titre de contrepartie du travail presté. Le C.P.A.S. ne pouvait dès lors modifier unilatéralement le montant de cette rémunération. La circonstance qu'éventuellement, mademoiselle B. ne remplissait pas les conditions fixées par le statut des agents de C.P.A.S. est sans incidence puisqu'elle n'est pas agent statutaire. Si le C.P.A.S. souhaitait supprimer la prime accordée, et donc réduire la rémunération convenue, il devait conclure sur ce point un nouvel accord avec mademoiselle B.» Het statuut koppelt weliswaar bepaalde voorwaarden aan de toekenning van de premie, maar omdat die premie gedurende meer dan twee jaar zonder voorbehoud wordt betaald – ook al voldeed het personeelslid *stricto sensu* niet aan de voorwaarden – kan dit volgens de Arbeidsrechtbank te Nijvel tot de conclusie leiden dat hierover een overeenkomst is ontstaan. Het feit dat de werknemer van bij de aanvang niet aan de voorwaarden zoals vastgelegd in het statuut voldoet, is in die zin volgens de rechtbank niet relevant. De premie is een contractueel verworven recht en geniet als zodanig de bescherming tegen eenzijdige wijzigingen voortvloeiend

[77] Merk op dat de werknemer wellicht pas de niet-toepassing of nietigheid van de bepaling uit (de gewijzigde) rechtspositieregeling zal inroepen wanneer die wijziging in zijn nadeel is. Een werknemer is wegens het relatieve karakter van de nietigheid inderdaad niet verplicht zich op die strijdigheid te beroepen.

[78] Arbh. Brussel 18 april 2001, A.R. 39.912, *onuitg.*

[79] Arbrb. Nijvel 9 september 2005, *Soc.Kron.* 2007/1, 33, noot J. Jacqmain.

[80] Merk op dat de arbeidsrechtbank hier afwijkt van de gebeurlijke interpretatie dat ook bijkomstige, overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet zonder meer eenzijdig kunnen worden gewijzigd.

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

uit art. 1134, eerste lid BW *juncto* art. 20, 3° Arbeidsovereenkomstenwet.[81]

Een laatste discussiepunt dat ik wil bespreken, werd zowel door het Arbeidshof te Antwerpen[82] als het Brusselse en Gentse Arbeidshof behandeld.[83] Een gewestelijk ontvanger, werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst, wordt geconfronteerd met de afschaffing van een verblijfsvergoeding en dit als gevolg van een aanpassing van de rechtspositiereling van de gewestelijk ontvangers door de Vlaamse regering (het Vlaamse Gewest). De betrokken ontvanger vordert de verdere betaling van die vergoeding tot aan het einde van zijn arbeidsovereenkomst. Volgens hem bracht de wijziging van de rechtspositieregeling een ongeoorloofde eenzijdige wijziging aan de initieel afgesproken contractuele arbeidsvoorwaarden met zich mee, *in casu* het recht op de verblijfsvergoeding. Het arbeidshof aanvaardt niet dat het Vlaamse Gewest zich op het principe van de veranderlijkheid beroept om eenzijdig de arbeidsvoorwaarden van een contractueel tewerkgesteld personeelslid te kunnen wijzigen. De overheidswerkgever beschikt over geen bijzondere voorrechten om een dergelijke afwijking van het *pacta sunt servanda*-beginsel te kunnen verantwoorden. Het Vlaamse Gewest is volgens het hof tekortgeschoten aan zijn contractuele verplichtingen en wordt ertoe veroordeeld het recht op de betrokken vergoeding te honoreren.

Interessant in die parallelle zaken is dat niet alleen de contractuele personeelsleden het wegvallen van hun verblijfsvergoeding aanvochten, maar dat ook de collega's in statutair dienstverband (gerechtelijke) actie ondernamen. In tegenstelling tot hun contractueel tewerkgestelde collega's haalden zij – zoals men kan verwachten op grond van hun statutair dienstverband en de daarmee verbonden (bestuursrechtelijke) beginselen – nul op het rekest. Zo oordeelt het Hof van Beroep te Antwerpen in een arrest van 19 oktober 2009: «De stopzetting van de forfaitaire verblijfsvergoeding na 1 juli 2004 is niet in strijd met het algemeen beginsel van rechtszekerheid. Appellant is statutair. De overheid kan de voorwaarden voor de tewerkstelling eenzijdig wijzigen in het algemeen belang, zijnde hier een eenvormig coherent statuut voor alle gewestelijke ontvangers in de plaats van de uiteenlopende statuten die voorheen per provincie werden geregeld. Appellant mocht er niet op vertrouwen dat in de toekomst zijn rechtstoestand ongewijzigd zou blijven. De nieuwe vergoedingsregeling is niet kennelijk onredelijk.»[84] Voor de statutair aangestelde gewestelijk ontvangers kan de wijziging van de rechtspositieregeling op grond van het veranderlijkheidsbeginsel volledig doorgang vinden; zij verliezen het recht op de betaling van de verblijfsvergoeding en het Vlaamse Gewest hoeft niet in een compensatie te voorzien.

E. Tweede tussenbesluit

Mijn analyse van het (eenzijdige) wijzigingsrecht ten aanzien van de overheidscontractanten toont aan dat er weinig tot geen verschillen zijn met hoe men dit leerstuk voor hen moet toepassen in vergelijking met werknemers uit de private sector. De overheidscontractant bevindt zich weliswaar op het snijpunt van het publiek- en privaatrecht, maar voor de normen die de bescherming van de arbeidsrelatie vooropstellen, primeert het arbeidsrecht.

Ook de overheidswerkgever is ertoe gehouden om de verbindende kracht van de (arbeids)overeenkomst na te leven en kan slechts in een zeer beperkt aantal gevallen eenzijdig ingrijpen. De bestuursrechtelijke context, met bijzondere aandacht voor de doorwerking van het veranderlijkheidsbeginsel als onderdeel van de beginselen van de openbare dienst, is in dit leerstuk ondergeschikt aan de bescherming die de contractant wordt geboden vanuit het verbintenissen- en arbeidsrecht. Een publiekrechtelijke werkgever beschikt dus niet over bijzondere prerogatieven die een werkgever uit de private sector ontbeert. Die analyse leidt tot een sluitend antwoord op mijn centrale onderzoeksvraag (*supra*, Inleiding). Uit mijn onderzoek is bovendien naar voren gekomen dat wijzigingen aan de rechtspositieregeling niet noodzakelijk doorwerken in de individuele arbeidsrelatie met de contractuele personeelsleden, in tegenstelling tot wat geldt ten opzichte van hun statutair aangestelde collega's: voor hen zullen de aanpassingen van de rechtspositieregeling voor de toekomst steeds effect sorteren.

Ik wil hier opmerken dat ik me ervan bewust ben dat de positie van de overheidscontractant in de praktijk brozer is dan wat men kan veronderstellen, uitgaande van een juridisch-technische analyse. Wanneer een contractant zich niet kan vinden in de (eenzijdige) wijziging van een overeengekomen arbeidsvoorwaarde, al dan niet ingevolge een wijziging van de rechtspositieregeling, moet hij actie ondernemen, bijvoorbeeld het (gerechtelijk) afdwingen van een uitvoering *in natura* of een beroep op de figuur van het impliciet ontslag. Dit zijn ingrijpende stappen

[81] Niet iedereen is het eens met deze uitspraak. Men kan ook als volgt redeneren: de arbeidsovereenkomst verwijst naar de reglementaire bepalingen die van toepassing zijn op de statutairen. Dit impliceert dat de contractant slechts recht heeft op die premie wanneer aan de voorwaarden zoals gesteld in het statuut, is voldaan (*cf.* P. Joassart, «La rémunération du contractuel de la fonction publique» in J. Clesse en M. Dumont, *Questions choisies de droit social*, Luik, Anthemis, 2012, (189) 200).

[82] Arbh. Antwerpen 7 oktober 2008, A.R. 2070223, *onuitg.*

[83] Arbh. Brussel 15 januari 2013, *JTT* 2013, 211; Arbh. Gent 23 april 2013, A.R. 2012/AR/16, *onuitg.*

[84] Antwerpen 19 oktober 2009, A.R. 2007/AR/3254, *onuitg.*

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

die een vloeiende voortzetting van de arbeidsrelatie vaak definitief hypothekeren of zelfs, in het geval van het impliciete ontslag, leiden tot het einde van die relatie. Dit geeft meteen ook aan dat wanneer men de arbeidsrelatie niet wenst te bezwaren, de drempel hoe dan ook groot en niet vrij van risico is om een eenzijdige wijziging juridisch aan te vechten.[85]

III. Slotbeschouwingen

Het overheidsfunctioneren heeft sinds de invoering van het statuut-Camu een aanzienlijke gedaantewisseling ondergaan. Van de overheid wordt vandaag verwacht dat ze zich wendbaar opstelt en in staat is om in te spelen op voortdurend veranderende maatschappelijke behoeften. Contractanten zijn doorgaans sneller inzetbaar, soms «goedkoper» dan ambtenaren[86] en bieden het «voordeel» dat voor hen soepeler ontslagregels gelden.[87] Deze factoren maken hen tot aantrekkelijke(re) en vlot inzetbare arbeidskrachten. Het naast elkaar bestaan van statutaire en contractuele personeelsleden dat hieruit voortvloeit, plaatst overheidswerkgevers voor nieuwe en ongekende uitdagingen, niet in het minst wat het aanhouden van een juridisch coherent personeelsbeleid betreft.[88]

Uit mijn onderzoek blijkt dat de rechtspositie van de overheidscontractant – althans theoretisch-juridisch – een stuk rigider is dan die van de statutaire collega wanneer het gaat om de wijzigbaarheid van hun arbeidsvoorwaarden. Dit besluit staat wat haaks op de gangbare opvatting dat contractuele tewerkstelling meer soepelheid en flexibiliteit biedt dan de statutaire aanstelling. Wat hierbij vooral in het oog springt, is de moeizame verhouding tussen de rechtspositieregeling en de individuele arbeidsovereenkomst. Hoewel de rechtspositieregeling bepalend is voor de vaststelling van de loon- en arbeidsvoorwaarden van de contractant, werken wijzigingen ervan niet noodzakelijk door in de individuele arbeidsverhouding. Ik heb deze stelling zowel vanuit theoretisch oogpunt als aan de hand van rechtspraak onderbouwd. Voor de beoefenaren van het (privaat) arbeidsrecht is dit wellicht een ongewone conclusie. In navolging van de cao-wet is men vertrouwd met het systeem van de wettelijke conversie van individueel normatieve bepalingen. Overeenkomsten die op collectief niveau worden onderhandeld (cao's), werken wel door in de individuele arbeidsrelatie en kunnen rechtstreeks ingrijpen op wat tussen werkgever en werknemer op individuele basis werd overeengekomen. Centraal in het sociaal overlegmodel in de private sector staat de mogelijkheid om juridisch afdwingbare akkoorden in de vorm van collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten. De afspraken die tussen de sociale partners worden gemaakt, hebben een bredere werking dan enkel de ondertekenende partijen. Cao's bekleden een duidelijke plaats in de hiërarchie van de normen die het arbeidsrecht beheerst[89] en hebben op grond van de cao-wet de waarde van dwingende regelgeving. Een individuele werknemer kan er rechtstreeks rechten uit puren, maar ook omgekeerd kunnen hem door een cao bepaalde verplichtingen worden opgelegd.

Het sociaal overlegmodel volgens het vakbondsstatuut zoals vervat in de wet van 19 december 1974 en haar uitvoeringsbesluiten van 1984 en 1985, voorziet weliswaar in een verplichting van de kant van de overheidswerkgever(s) om te onderhandelen of te overleggen met de representatieve vakorganisaties, maar dit is enkel een vormvereiste. De resultaten van de onderhandelings- of de overlegprocedure tussen de betrokken overheidswerkgever en de representatieve vakbonden hebben hoogstens de waarde van *gentlemen's agreements* – of noem het politieke verbintenissen – en zijn vanuit een juridisch perspectief niet rechtstreeks afdwingbaar.[90] Een protocol, dat het resultaat is van de onderhandelingsprocedure, zal pas effect sorteren nadat de betrokken overheden de gemaakte afspraken ook effectief hebben geïmplementeerd in bindende regelgeving. Deze implementatie kan niet worden afgedwongen door de overheidspersoneelsleden of de vakbonden en berust louter en alleen op de *goodwill* van de betrokken overheid(swerkgever).[91]

[85] Zie ook: I. Van Puyvelde, *Aanpasbaarheid van bedongen arbeid als modaliteit van vastheid van betrekking*, Brugge, die Keure, 2016, 429.

[86] Dit is bijvoorbeeld zo voor de lokale besturen. De werkgeversbijdragen die bovenop het brutoloon van een lokale ambtenaar zijn verschuldigd, liggen een stuk hoger dan die welke van toepassing voor een contractueel personeelslid (*cf.* R. Janvier, I. De Wilde, en S. Aerts, «Leçon 2. Uniformité, équité et gestion des ressources humaines» in R. Janvier (ed.), *Le Droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, nr. 9, Brugge, la Charte, 2015, (31) 85-86; R. Janvier en I. De Wilde, «Statutaire of contractuele tewerkstelling: een strategische keuze» in A. Hondeghem, E. Platteau, C. Praet *et al.* (eds.), *Personeelsbeleid in lokale besturen. Slimme besturen investeren in menselijk kapitaal*, Brugge, Vanden Broele, 2012, (71) 74).

[87] *Cf.* R. Janvier en I. De Wilde, *o.c.*, in A. Hondeghem, E. Platteau, C. Praet *et al.* (eds.), *Personeelsbeleid in lokale besturen. Slimme besturen investeren in menselijk kapitaal*, 73-76.

[88] Voor een bespreking, zie o.a. R. Janvier, I. De Wilde en S. Aerts, *o.c.*, in R. Janvier (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, 31-116.

[89] *Cf.* art. 51 cao-wet.

[90] R. Janvier en M. Rigaux, *o.c.*, in P. Gevers (ed.), *Ambtenarenbeleid en arbeidsverhoudingen*, 130. Zie in dit verband recentelijk: Arbh. Brussel 14 februari 2017, A.R. 2015/AB/1174, *onuitg.*

[91] R. Janvier en I. De Wilde, «Collegiale en collectieve arbeidsverhoudingen in de publieke sector» in P. Humblet en A. Van Regenmortel (eds.), *Markante standpunten. Opstellen opgedragen aan Prof. Dr. M. Rigaux*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (93) 99 en 105.

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen

Ten aanzien van de contractuele personeelsleden rijst een bijkomende moeilijkheid. De onderhandeling of het overleg met het oog op de aanpassing van een rechtspositieregeling, zelfs met het akkoord van de betrokken vakorganisaties, moet worden losgekoppeld van de mogelijkheid om via die procedure eenzijdig de arbeidsvoorwaarden van een contractant te kunnen wijzigen. Juridisch verschaft het volgen van de onderhandelingsprocedure met het oog op bijvoorbeeld de afschaffing van een toelage of een vermindering van de loonschalen, de overheid geen basis om de arbeidsvoorwaarden van de contractanten die op dat ogenblik in dienst zijn, te wijzigen, in tegenstelling tot wat mogelijk is in de private sector ingevolge de toepassing van de cao-wet.

Die onmogelijkheid tot automatische wettelijke conversie na een procedure van collectief onderhandelen, creëert voor de publiekrechtelijke werkgevers met een belangrijke populatie contractanten in dienst, een moeilijk te overbruggen juridische breuklijn tussen het bestuursrecht en het arbeidsrecht. Wegens hun publiekrechtelijke aard ontberen zij het noodzakelijke *instrumentarium* (*i.e.* afdwingbare cao's of een afgeleide daarvan) om ten opzichte van hun contractuele personeelsleden collectief gemaakte afspraken rechtstreekse gevolgen te doen creëren.

Dit is overigens ook vanuit het perspectief van de contractant nadelig. De niet-toepasselijkheid van de cao-wet op de overgrote meerderheid van de publieke werkgevers[92] heeft als belangrijk gevolg dat een niet onaanzienlijk aandeel van de normen die men samen «het arbeidsrecht» pleegt te noemen, niet geldt voor het (contractueel) overheidspersoneel. Zo kan een overheidscontractant geen rechten ontlenen aan de talrijke cao's die gesloten worden in de schoot van de Nationale Arbeidsraad (NAR), noch gaat er enige binding uit van de cao's gesloten in paritaire comités. Het is ook niet mogelijk om op ondernemingsniveau een cao te sluiten tussen de werkgever en de vakbondsafvaardiging. Dit lijkt op het eerste gezicht veeleer een detail, maar dat is het zeker niet. Collectieve arbeidsovereenkomsten geven vorm en uitvoering aan een aantal belangrijke arbeidsrechtelijke thema's.

Deze vaststelling, gecombineerd met het gegeven dat contractanten in het algemeen grotendeels verstoken blijven van de sociale bescherming die voortvloeit uit het ambtenarenstatuut,[93] roept de beeldspraak op van de weinig benijdenswaardige positie van de overheidscontractant die gekneld zit tussen hamer en aambeeld. Wanneer in de toekomst wordt nagedacht over een verdere uitbreiding van het contractuele dienstverband[94] in de publieke sector, dan is het volgens mij essentieel om prioritair aandacht te besteden aan het wegwerken van de talrijke anomalieën die door de jaren heen de rechtspositie van de overheidscontractant zijn ingeslopen.

[92] Voor een gedetailleerde analyse verwijs ik naar R. Janvier, «Toepassingsgebied van de CAO-wet» in G. Cox, M. Rigaux en J. Rombouts (eds.), *Collectief onderhandelen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 85-110.

[93] Voor een bespreking, zie o.a.: J. Jacqmain, «Gelijkheid tussen statutaire en contractuele personeelsleden: zoeken naar de Graal?» in F. Delpérée (ed.), *Contractuele personeelsleden bij de regionale overheden*, Brussel, Bruylant, 1998, 169-189; R. Janvier, *o.c.*, in F. Delpérée, *Contractuele personeelsleden bij de regionale overheden*, 191- 223; R. Janvier, «Over overheden, contractanten en ambtenaren: geen vrijblijvende «ménage à trois»» in M. De Vos en I. Plets (eds.), *Contractuele tewerkstelling in de overheid*, Brugge, die Keure, 2005, 1-35; R. Janvier, «De mens, het management en hun actuele uitdagingen», *OCMW Visies* 2011/3, 6-14; R. Janvier, E. Henderickx, J. Segers en R. Valkeneers, «Meer discriminatie door meer diversiteit: een paradox voor het Belgisch publiek management?», *Burger, bestuur & beleid*, 2011/1, 3-20; R. Janvier en I. De Wilde, *o.c.*, in A. Hondeghem, E. Platteau, C. Praet *et al.* (eds.), *Personeelsbeleid in lokale besturen. Slimme besturen investeren in menselijk kapitaal*, 71-93; R. Janvier, I. De Wilde en S. Aerts, *o.c.*, in R. Janvier (ed.), *Le droit social de la fonction publique*, Collection de l'Association belge pour le droit du travail et de la sécurité sociale, 31-116.

[94] Hoewel in de regeerakkoorden voor de Vlaamse en de federale regering niet expliciet wordt gerefereerd aan de afschaffing van het ambtenarenstatuut (*cf.* Regeerakkoord Vlaamse regering 2014-2019, 23 juli 2014, waarin men kan lezen: dat «In overleg met de vakorganisaties werken we aan een eenvormig statuut voor alle personeelsleden van de Vlaamse overheid, alsook aan de uitbouw van een tweede pensioenpijler voor contractuele medewerkers», https://www.vlaanderen.be, 12. Volgens het federaal regeerakkoord van 9 oktober 2014 luidt het dat «Het statuut wordt gecodificeerd en vereenvoudigd, terwijl de personeelsstatuten van kleinere entiteiten, die aanleunen bij dat van het Rijkspersoneel, bij dat laatste ondergebracht worden binnen een budgettair neutraal kader» en «De actueel voorziene categorieën van contractuele tewerkstelling zullen geëvalueerd en gerationaliseerd worden», http://www.premier.be, 163-164), denkt men in sommige geledingen toch na over voorstellen in die richting. Dit verwondert niet, gelet op het feit dat we in de partijprogramma's van de (Vlaamse) coalitiepartners passages terugvinden waarin zwart op wit staat te lezen dat men voorstelt af te stappen van het principieel statutair dienstverband (*Cf.* Open Vld, «Vlaanderen vleugels geven», verkiezingsprogramma goedgekeurd op het programmacongres van 12-13 april 2014, http://www.openvld.be/, 46; N-VA, «Verandering voor Vooruitgang, Verkiezingsprogramma Vlaamse, federale en Europese verkiezingen 2014, http://www.n-va.be, 75; CD&V, «Operatie Innesto – visiecongres 15-16-17 november 2013», http://www.sonjaclaes.be, 80).

this jurisquare copy is licenced to Universiteit Antwerpen