

Het lot van de enige kandidaat bij de sociale verkiezingen – noot bij Cass. 4 april 2011

1. Hoewel soms wordt gesuggereerd dat alle werknemers een ontslagbescherming nastreven via een kandidatuur bij sociale verkiezingen, is de realiteit veelal anders. Het is niet ongebruikelijk dat voor een orgaan of één of meer personeelscategorieën ervan geen kandidaten worden voorgedragen of minder kandidaten dan het aantal te begeven gewone mandaten. Bij gebrek aan voldoende kandidaten, voorziet de reglementering sociale verkiezingen in specifieke regels die de werkgever een fiat verlenen de verkiezingsprocedure geheel of gedeeltelijk stop te zetten. Zo bepaalt artikel 78, eerste lid, van de Wet Sociale Verkiezingen 2008¹ dat de kiesprocedure wordt stopgezet: 1° wanneer geen enkele kandidatenlijst werd ingediend; 2° wanneer geen enkele kandidatenlijst werd ingediend voor één of meerdere personeelscategorieën, terwijl één of meerdere lijsten ingediend zijn voor minstens één andere personeelscategorie; 3° wanneer één enkele representatieve werknemersorganisatie of één enkele representatieve organisatie van kaderleden of wanneer enkel één groep van kaderleden een aantal kandidaten voordraagt dat gelijk is aan of lager is dan het aantal toe te kennen gewone mandaten. In dat laatste geval zijn, volgens het artikel, de kandidaten van rechtswege verkozen.

Het laatste geval zal zich alleen voordoen wanneer het gelijke of lagere aantal kandidaten wordt voorgedragen door één enkele representatieve werknemersorganisatie of organisatie van kaderleden. Wanneer twee representatieve werknemersorganisaties elk één kandidaat voordragen, moeten in principe sociale verkiezingen worden georganiseerd. Uitslag van de verkiezingen zou kunnen zijn dat een van de kandidaten de enige verkozenen is, doordat de lijst waarop hij kandideerde, beide zetels binnenhaalde. Deze situatie moet worden onderscheiden van de situatie van de enige kandidaat. Als slechts één kandidaat wordt voorgedragen door één representatieve werknemersorganisatie, moeten geen verkiezingen worden georganiseerd. Toch hebben beide categorieën iets gemeen. In beide gevallen zal het aantal gewone afgevaardigden lager zijn dan twee, terwijl artikel 56, eerste lid, 2. van de Welzijnswet² en artikel 16, eerste lid, b) van de Bedrijfsorganisatiewet³ bepalen dat het

¹ Wet van 4 december 2007 betreffende de sociale verkiezingen van het jaar 2008, *BS* 7 december 2007, ed. 2 (afgekort als: Wet Sociale Verkiezingen 2008).

² Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, *BS* 18 september 1996, artikel vervangen door artikel 8 van de wet van 3 mei 2003, *BS* 16 mei 2003, ed. 2 (afgekort als: Welzijnswet).

³ Wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, *BS* 27/28 september 1948, lid 1, b) vervangen door artikel 1, § 1 van de wet van 7 februari 1971, *BS* 23 februari 1971 (afgekort als: Bedrijfsorganisatiewet).

aantal gewone afgevaardigden niet lager mag zijn dan twee. Deze bepaling zou op twee manieren kunnen worden geïnterpreteerd: als een bestaansvoorwaarde of als een werkingsvoorwaarde. In het eerste geval wordt het orgaan niet opgericht; in het tweede geval wordt het wel opgericht, maar functioneert het niet⁴. Ook voor de bescherming heeft dit gevolgen. Deze gevolgen waren aan de orde in het cassatiearrest van 4 april 2011⁵.

2. De feiten van het arrest laten zich samenvatten als volgt. Zowel in 2000 als in 2004 – na een overgang van onderneming – is de eiser de enige kandidaat voor het comité voor preventie en bescherming op het werk, zodat in beide gevallen de verkiezingen worden stopgezet. Verweerster beëindigt op 18 september 2006 de arbeidsovereenkomst van de eiser, met betaling van een opzeggingsvergoeding gelijk aan het loon voor 98 dagen. Ze gaat er hierbij van uit dat de eiser meer dan 2 jaar na de aanplakking van de uitslag van de verkiezingen geen ontslagbescherming meer geniet, vermits ze de procedure van artikel 2, § 1, van de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden⁶ niet volgt. Die bepaalt immers dat de personeelsafgevaardigden en de kandidaat-personeelsafgevaardigden slechts kunnen worden ontslagen om een dringende reden die vooraf door het arbeidsgerecht aangenomen werd, of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegd paritair orgaan werden erkend. De eiser meent dat hij op het ogenblik van het ontslag nog steeds ontslagbescherming genoot en aanspraak kan maken op een beschermingsvergoeding.

Het probleem waarmee de arbeidsrechtbank van Ieper en later het arbeidshof van Gent (afdeling Brugge) worden geconfronteerd, is een van kwalificatie. Naargelang de in artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004 ⁷ (nu artikel 78, eerste lid, van de Wet Sociale Verkiezingen 2008) bedoelde kandidaat wordt beschouwd als een afgevaardigde, een verkozen of een niet-verkozen kandidaat, zullen andere bepalingen van het artikel 2, §§ 2 en 3, van de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden van toepassing

⁴ Noot onder Arbrb. Brussel 16 maart 1990, *Soc. Kron.* 1990, 355.

⁵ Cass. 4 april 2011, AR nr. S.10.0068.N, www.juridat.be.

⁶ Wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden, *BS* 29 maart 1991 (afgekort als: Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden).

⁷ Koninklijk Besluit van 25 mei 1999 Koninklijk besluit tot vaststelling van de datum van de verkiezingen voor de aanwijzing van de afgevaardigden van het personeel bij de ondernemingsraden en bij de comités voor preventie en bescherming op het werk, *BS* 30 juni 1999 en Koninklijk Besluit van 15 mei 2003 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor preventie en bescherming op het werk, *BS* 4 juni 2003 (afgekort als: KB Sociale Verkiezingen 2004).

zijn. Het artikel maakt een onderscheid tussen de duur van de bescherming van personeelsafgevaardigden, niet verkozen kandidaten bij hun eerste niet-succesvolle kandidatuur en bij volgende niet-succesvolle kandidaturen. De personeelsafgevaardigden genieten de bescherming, gedurende 4 jaar, tot op de datum waarop de bij de volgende verkiezingen verkozen kandidaten worden aangesteld (§ 2, eerste lid). De kandidaat-personeelsafgevaardigden die bij de verkiezingen van de vertegenwoordigers van het personeel voor de raden en voor de comités worden voorgedragen en de voorwaarden van verkiesbaarheid voldoen, genieten dezelfde bescherming zo het hun “eerste kandidatuur” betreft (§ 3, eerste lid). Door het Hof van Cassatie werd de “eerste kandidatuur” geïnterpreteerd als de “eerste kandidatuur die niet tot een verkiezing leidde”⁸, zodat een verkozen kandidaat bij zijn volgende vruchteloze kandidatuur de bescherming van 4 jaar blijft genieten. Volgens sommige auteurs⁹ moeten de succesvolle en de niet-succesvolle kandidatuur opeenvolgend zijn voor de bescherming van vier jaar, maar dat valt m.i. niet af te leiden uit de cassatierechtspraak. Als de niet-deelname tussen twee niet-succesvolle kandidaturen wordt geneutraliseerd, lijkt het coherent hetzelfde te doen met de niet-

⁸ Cass. 5 maart 2007, *JTT*, 2007, 258; *Soc. Kron.* 2007, 281 en Cass. 8 december 2008, AR nr. S.08.0047.F, www.juridat.be. Zie ook Arbh. Luik 15 oktober 2001, *JTT* 2003, 134 en *Soc. Kron.* 2002, 260; Arbh. Luik 20 februari 2003, *JTT* 2003, 375; B. MERGITS en I. VAN PUYVELDE, *De bescherming van de (kandidaat-)personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en comités voor preventie en bescherming op het werk*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1999, 36; D. VOTQUENNE en C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers: 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Brussel, Larcier, 2001, 45; L. ELIAERTS, *Beschermde werknemers. Ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk*, Gent, Larcier, 2002, 129; L. ELIAERTS, “Einde van de beschermingsperiode van de kandidaat-personeelsafgevaardigde bij verschillende kandidaturen”, *RW* 2007-08, nr. 3, 985; H.-F. LENAERTS, *Het ontslag van beschermde werknemers*, Sociale Praktijkstudies nr. 8030, Mechelen, Kluwer, 2008, 33; C. REYNTENS, “La durée de la protection des candidats malheureux aux élections sociales – le point sur la question”, *JTT* 2009, 322; J. STEYAERT, F. DORSSEMONT, C. DE GANCK en M. DE GOLS, *Paritair overleg in de onderneming*, APR, Wolters Kluwer, Mechelen, 2009, 391-392; anders, maar ten onrechte: Arbh. Brussel 15 oktober 2007, *JTT* 2008, 65-66.

⁹ D. VOTQUENNE en C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers – 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Editions de droit social, Brussel, Larcier, 2001, 47; H.-F. LENAERTS, “Travailleurs protégés – Chronique de jurisprudence (2004-2007) », *Or.* 2008, nr. 5, 2-3; L. ELIAERTS en J. BUELENS, “Ontslagbescherming en vertegenwoordiging van werknemers” in M. RIGAUX en W. RAUWS, *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8 – Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, 606; anders: L. Eliaerts, “Einde van de beschermingsperiode van de kandidaat-personeelsafgevaardigde bij verschillende kandidaturen”, *RW* 2007-08, nr. 3, 985.

deelname tussen een succesvolle en niet-succesvolle kandidatuur¹⁰. Voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden die “reeds kandidaat waren en niet werden verkozen bij de vorige verkiezingen” neemt de bescherming een einde twee jaar na de aanplakking van de uitslag der verkiezingen (§ 3, tweede lid). De twee vruchteloze kandidaturen moeten volgens cassatierechtspraak¹¹ niet opeenvolgend zijn.

Voor de verweerster is de van rechtswege verkozen kandidaat een niet-verkozen kandidaat in de zin van artikel 2, § 3, tweede lid, van de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden, zodat hij bij zijn tweede niet-succesvolle kandidatuur slechts twee jaar beschermd is. De eiser beschouwt zichzelf als een personeelsafgevaardigde van artikel 2, § 2, eerste lid of tenminste als een verkozen kandidaat van artikel 2, § 3, eerste lid, van dezelfde wet. Of hij personeelsafgevaardigde bedoelt of verkozen kandidaat, blijkt niet duidelijk uit het arrest van het arbeidshof. De grieven die aan het Hof van Cassatie worden voorgelegd, lijken eerder in de tweede richting te gaan. Je zou kunnen zeggen dat een dergelijke overweging van louter technische aard is, maar toch is het onderscheid van belang. We komen hier later nog op terug.

In eerste aanleg wordt de eiser in het gelijk gesteld. In beroep wordt het vonnis hervormd. Het arbeidshof van Gent (afdeling Brugge) volgt de verweerster en beschouwt de kandidaturen in 2000 en 2004 als opeenvolgende niet-succesvolle kandidaturen. Het hof motiveert slechts beperkt waarom het dat doet. Het spreekt zich niet uit over artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004 waarin bepaald wordt dat de betrokken kandidaat “van rechtswege verkozen” is. Het stelt slechts dat de enige kandidaat geen mandaat kan opnemen. Mogelijks werd het arbeidshof geïnspireerd door L. ELIAERTS¹² of D. VOTQUENNE en C. WANTIEZ¹³. Uit de kwalificatie als niet-verkozen

¹⁰ C. REYNTENS, “La durée de la protection des candidats malheureux aux élections sociales – Le point sur la question”, *JTT* 2009, 323.

¹¹ Cass. 5 maart 2007, *JTT* 2007, 258 en *Soc. Kron.* 2007, 281. Zie ook Arbh. Antwerpen 8 mei 2006, *JTT* 2006, 277-278.

¹² L. ELIAERTS, *Beschermde werknemers. Ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk*, Gent, Larcier, 2002, 37 en 116. Zie ook L. ELIAERTS en J. BUELENS, “Ontslagbescherming en vertegenwoordiging van werknemers” in M. RIGAUX en W. RAUWS, *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8 – Actualia van het ontslagrecht*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, 574.

¹³ D. VOTQUENNE en C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers – 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Editions de droit social, Brussel, Larcier, 1992, 47.

kandidaat volgt dat de werknemer in 2004 slechts de korte periode van bescherming geniet die een einde neemt twee jaar na de aanplakking van de uitslag van de verkiezingen.

Onduidelijkheid bestaat over de datum waarop in 2004 de verkiezingsprocedure werd stopgezet en of dit gebeurde overeenkomstig artikel 76, eerste lid, van het KB Sociale Verkiezingen 2004. Volgens de werkgever gebeurde de stopzetting op 18 april 2004 en werd op dezelfde dag het bericht van stopzetting aangeplakt. Hij beschikt niet over een bewijsstuk, maar legt een aangetekende brief van zijn sociaal secretariaat voor, waarbij de werknemersorganisatie van de eiser werd ingelicht over de intrekking van de kandidatuur van de enige medekandidaat. Volgens het arrest dateert deze brief van 7 september 2004, maar dat moet een vergissing zijn, vermits deze datum gelegen is buiten de periode van de sociale verkiezingen. Had de medekandidaat pas op 7 september afstand gedaan van zijn mandaat, dan was het orgaan opgericht en had het gefunctioneerd met twee afgevaardigden. Zakt het orgaan nadien onder de twee afgevaardigden, dan moet de werkgever overeenkomstig artikel 56, eerste lid, 2. van de Welzijnswet (of artikel 16, eerste lid, b) van de Bedrijfsorganisatiewet) nieuwe verkiezingen organiseren. In dat geval zou er geen discussie geweest zijn over de kwalificatie van de twee werknemers als afgevaardigden.

3. Het Hof van Cassatie bevestigt grotendeels het door het arbeidshof van Gent (afdeling Brugge) ingenomen standpunt. Ook het Hof stelt de “van rechtswege verkozen” kandidaat gelijk met een niet-verkozen kandidaat. Centraal in de argumentatie van het Hof staat het reeds vermelde artikel 56, eerste lid, 2. van de Welzijnswet, dat bepaalt dat het aantal gewone afgevaardigden niet lager mag zijn dan twee. Een identieke bepaling kan worden teruggevonden in artikel 16, eerste lid, b) van de Bedrijfsorganisatiewet. De interpretatie die het Hof aan de bepalingen geeft, is die van een bestaansvoorwaarde: wanneer er minder dan twee afgevaardigden worden verkozen, wordt het orgaan niet opgericht. Die vaststelling is voor het Hof voldoende om artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004 aan de kant te schuiven. Hoewel het artikel uitdrukkelijk bepaalt dat de kandidaat van rechtswege verkozen is, stelt het Hof dat hij niet geacht kan worden te zijn verkozen, gezien het aantal voorgedragen kandidaten lager ligt dan het minimaal vereiste aantal gewone afgevaardigden nodig om een comité te kunnen samenstellen.

De redenering is simpel: als er geen comité kan worden opgericht, kunnen er ook geen verkozenen, laat staan afgevaardigden zijn. Het Hof van Cassatie ziet hierbij over het hoofd dat zich, naast de situatie van de enige kandidaat, nog een geval kan voordoen waarbij er slechts een verkozene is: wanneer na verkiezingen waarbij er tenminste twee lijsten met

tenminste een kandidaat waren, een lijst met een kandidaat alle zetels binnenhaalt. Het is m.i. niet duidelijk hoe het Hof in dat geval het standpunt dat de voorwaarde dat het aantal gewone afgevaardigden niet lager mag zijn dan twee, een bestaansvoorwaarde is, zou kunnen verzoenen met het onbetwistbaar verkozen karakter van de kandidaat.

Het Hof behoudt het stilzwijgen over de motieven die ten grondslag liggen aan de voorrang van artikel 56, eerste lid, 2. van de Welzijnswet over artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004. Mogelijks meende het Hof – impliciet – haar vroegere rechtspraak te bevestigen. In het arrest van het Hof wordt, net zo min als in het arrest van het arbeidshof van Gent (afdeling Brugge), enige referentie gemaakt naar vroegere rechtspraak. Er blijkt evenwel een obscuur cassatiearrest uit 1992¹⁴ te bestaan, waarnaar wordt verwezen door L. ELIAERTS¹⁵ en D. VOTQUENNE en C. WANTIEZ¹⁶. In dit arrest gewezen vóór de inwerkingtreding van de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden werd geoordeeld dat een van rechtswege verkozen kandidaat wiens re-integratieaanvraag werd geweigerd, geen aanspraak kon maken op de mandaatvergoeding, gelijk aan het loon voor de periode die nog loopt tot het verstrijken van het mandaat. Door de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden werd deze uitspraak achterhaald¹⁷, maar het is opmerkelijk hoezeer de redenering van het recente arrest spoort met dit arrest.

Op dat ogenblik werd de stopzetting van de kiesprocedure geregeld in artikel 70 van het KB van 31 juli 1986 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen. Het artikel bepaalde al dat wanneer het aantal kandidaten voorgedragen gelijk was aan of lager was dan het aantal toe te kennen mandaten, de kandidaten van rechtswege verkozen waren. Voor het Hof van Cassatie deed de omstandigheid dat de eiser als enige kandidaat als van rechtswege verkozen diende te worden beschouwd niets af aan de beslissing van het arbeidshof van Gent van 27 september 1991 dat de eiser geen mandaat als personeelsafgevaardigde kon verwerven.

¹⁴ Cass. 19 oktober 1992, *Soc. Kron.* 1993, 108-109, noot.

¹⁵ L. ELIAERTS, *Beschermde werknemers. Ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk*, Gent, Larcier, 2002, 37 en 116.

¹⁶ D. VOTQUENNE en C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers – 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Editions de droit social, Brussel, Larcier, 1992, 47.

¹⁷ Voor de toekenning van de mandaatvergoeding verwijst artikel 17 van de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden nu naar “het mandaat van de leden die het personeel vertegenwoordigen bij de verkiezingen waarvoor hij kandidaat is geweest”, zodat ook de kandidaat er aanspraak op kan maken.

Het arbeidshof had op grond van artikel 16, eerste lid, b), van de Bedrijfsorganisatiewet dat bepaalt dat het aantal effectieve afgevaardigden van het personeel niet lager mag zijn dan twee, vastgesteld dat de minimale personeelsafvaardiging niet kon worden verwezenlijkt en dus geen ondernemingsraad kon worden ingesteld, een standpunt waarbij het Hof van Cassatie zich aansloot.

Vóór het Hof van Cassatie hadden ook de arbeidsrechtbank en het arbeidshof van Brussel¹⁸ de vraag om een mandaatvergoeding van een van rechtswege verkozen kandidaat afgewezen, omdat ze oordeelden dat de betrokkene geen aanspraak kon maken op een mandaat. Het arbeidshof stelde daarbij: “Ten onrechte stelt geïntimideerde op hoofdberoep dat zij “van rechtswege verkozen” was, nu er immers geen comité kon opgericht worden, zodat een “verkiezing” zij het nu effectief of van rechtswege, onmogelijk is en artikel 70, eerste lid, van het KB van 18 oktober 1978 geen toepassing kan vinden; er is geen “mandaat” te begeven zodat niemand daarmee kan worden bekleed”¹⁹. Het Hof van Cassatie lijkt in het recente arrest dezelfde redenering te volgen.

De hiërarchie der normen speelt daarbij een niet onbelangrijke rol. Als het Hof vaststelt dat artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004 onverzoenbaar is met artikel 56, eerste lid, 2. van de Welzijnswet, kan het artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004 buiten beschouwing laten. In die hypothese kan de vraag worden gesteld of het Hof haar beslissing zo gemakkelijk zou kunnen handhaven nu dezelfde bepalingen opgenomen zijn in artikel 78, eerste lid, van de Wet Sociale Verkiezingen 2008, een wet die van latere datum is en meer specifiek dan artikel 56, eerste lid, 2. van de Welzijnswet.

Het Hof van Cassatie legt niet uit waarom het artikel 56, eerste lid, 2. van de Welzijnswet – en derhalve ook artikel 16, eerste lid, b) van de Bedrijfsorganisatiewet – beschouwt als een bestaansvoorwaarde. Zoals boven vermeld, kan het artikel ook anders worden geïnterpreteerd: als een werkingsvoorwaarde. Het artikel staat er dan niet aan in de weg dat het orgaan wordt opgericht, maar heeft tot gevolg dat het opgerichte orgaan niet kan functioneren²⁰. In die hypothese hoeft er geen onvereenigbaarheid te bestaan tussen de

¹⁸ Arbrb. Brussel 7 januari 1986, *Rechtsp. Arb. Brussel* 1986, 139-143; Arbh. Brussel 10 april 1987, *JTT* 1987, 332-334; Arbrb. Brussel 16 maart 1990, *Soc. Kron.* 1990, 354-356, noot.

¹⁹ Arbh. Brussel 10 april 1987, *JTT* 1987, 334.

²⁰ Noot onder Arbrb. Brussel 16 maart 1990, *Soc. Kron.* 1990, 355.

kwalificatie als personeelsafgevaardigde en het respecteren van artikel 56, eerste lid, 2. van de Welzijnswet en artikel 16, eerste lid, b) van de Bedrijfsorganisatiewet. De enige kandidaat wordt dan aangeduid als een afgevaardigde die wegens het niet functioneren van het orgaan niet kan zetelen. Deze visie lijkt beter aan te sluiten bij de visie van de sociale partners in de Nationale Arbeidsraad op het statuut van de enige kandidaat. Het advies dat ze uitbrachten n.a.v. de voorbereiding van de sociale verkiezingen 2012²¹, geeft aan dat ze aan de “van rechtswege verkozen” kandidaat het statuut van afgevaardigde wensen toe te kennen, met de daaraan gebonden bescherming.

4. Dat het Hof van Cassatie niet nader inging op deze problematiek, kan het Hof echter moeilijk worden verweten. Het argument lijkt niet te zijn opgeworpen in cassatie. De eiser leek te erkennen dat de voorwaarde dat het aantal gewone afgevaardigden niet lager mag zijn dan twee, een bestaansvoorwaarde is. Hij leek slechts in te roepen dat de strengheid van die regel wordt verzacht door artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004. De interpretatie die hij daarbij aan het artikel gaf, stemt m.i. niet overeen met de betekenis van het artikel. De eiser geeft te kennen dat het artikel ervoor zorgt dat de enige kandidaat hoewel niet verkozen doordat het orgaan niet wordt opgericht, toch moet worden beschouwd als een verkozene, m.n. voor de bescherming.

Ook het arbeidshof van Antwerpen²² dat zich in 2008 over de bescherming van de enige kandidaat boog, onderschreef deze stelling. Het hof komt net als het Hof van Cassatie, maar op basis van een andere redenering²³, tot het besluit dat er bij gebrek aan voldoende verkozenen geen Comité voor Preventie en Bescherming op het werk werd opgericht, zodat dit orgaan nooit is samengesteld en de verweerder het personeel niet vertegenwoordigde. Het hof voegt hieraan toe dat de enige kandidaat geen personeelsafgevaardigde is “ondanks het feit dat hij verkozen was”. De toevoeging is opmerkelijk, want ze suggereert dat de enige kandidaat in principe wel een verkozene is, al is hij dan geen afgevaardigde. Het hof ging echter niet dieper in op de kwestie, en liet in het midden op welke grond de enige kandidaat

²¹ Advies NAR nr. 1748 van 7 december 2010, www.nar.be. De stopzetting van de kiesprocedure wordt behandeld in punt 12, op pagina 19 van het advies.

²² Arbh. Antwerpen 16 juni 2008, *Soc. Kron.* 2009, 387-389.

²³ Het hof beschouwt de enige kandidaat niet als een personeelsafgevaardigde in de zin van de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden, omdat artikel 1 van de wet de personeelsafgevaardigden definieert als de gewone en plaatsvervangende leden die het personeel in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen vertegenwoordigen.

als verkozene moet worden beschouwd. De argumentatie van de eiser is mogelijks beïnvloed door dit arrest.

Het onderscheid dat wordt gecreëerd tussen de verkozen kandidaat die ook afgevaardigde is en de verkozen kandidaat die geen afgevaardigde is, is de eerste moeilijkheid in de redenering van de eiser. De redenering van het Hof van Cassatie heeft, alle nadelen ten spijt, het voordeel dat ze samenhangend is. De niet-oprichting van het orgaan heeft tot gevolg dat de enige kandidaat niet kan worden verkozen en dus geen afgevaardigde kan zijn. Hij is derhalve een niet-verkozen kandidaat. De eiser gaat akkoord met de niet-oprichting van het orgaan en het gevolg dat de enige kandidaat geen afgevaardigde is. Op basis van artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004 beschouwt hij zichzelf wel als een verkozene. Een dergelijke categorie van verkozen kandidaten die geen afgevaardigde zijn, is echter niet voorzien in de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden: de wet kent alleen afgevaardigden en (nog) niet-verkozen kandidaten. Het is onduidelijk onder welke beschermingsregeling deze nieuwe categorie zou moeten vallen. Gaat het om een eerste kandidatuur, dan zou artikel 2, § 3, eerste lid, van de wet kunnen worden toegepast. Maar wat bij een opeenvolgende kandidatuur, zoals *in casu*? De kandidatuur is strikt gezien geen eerste kandidatuur meer, noch is het een kandidatuur van een kandidaat die reeds kandidaat was en niet werd verkozen bij de vorige verkiezingen (artikel 2, § 3, tweede lid, van de wet).

De tweede moeilijkheid in de redenering van de eiser ligt in de interpretatie van artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004. Volgens de eiser heeft het artikel tot gevolg dat de enige kandidaat, hoewel niet verkozen doordat het orgaan niet wordt opgericht, toch moet worden beschouwd als een verkozene. Het artikel wordt derhalve beschouwd als een soort fictie: hoewel hij niet verkozen is, moet worden gehandeld alsof hij verkozen is. Het artikel beoogde echter niet om een dergelijke fictie in te voeren. "Van rechtswege verkozen" heeft bij de sociale verkiezingen geen andere betekenis dan het bij andere verkiezingen zou hebben. Als er voor een mandaat slechts één kandidaat is, wordt er geen stemming georganiseerd, maar wordt hem het mandaat toegekend zonder verkiezingen. Een correcte interpretatie van het artikel draagt derhalve bij tot het bewijs van de stelling dat de voorwaarde van twee afgevaardigden een werkingsvoorwaarde is, en de enige kandidaat een afgevaardigde.

5. Dankzij wetgevend ingrijpen behoren zulke discussies weldra tot het verleden. Bij de bespreking van het wetsontwerp tot wijziging van de Wet Sociale Verkiezingen 2008 werd

een amendement ingediend om artikel 78 van de wet (het vroegere artikel 76, eerste lid, van de KB's Sociale Verkiezingen 2000 en 2004) te wijzigen²⁴. Artikel 19 van de wet van 28 juli 2011²⁵ verduidelijkt dat “de van rechtswege verkozen kandidaat als effectief verkozene (geniet) van de bescherming tegen ontslag van de wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat personeelsafgevaardigden, zelfs indien hij de enige verkozene is en derhalve het orgaan niet zal kunnen functioneren”. De wijziging sluit aan bij het reeds vermelde advies van de sociale partners in de Nationale Arbeidsraad, maar de formulering is niet geheel dezelfde. De Nationale Arbeidsraad stelde: “De Raad gaat voorts akkoord om het geval waarin er slechts één enkele kandidaat wordt voorgedragen als een afzonderlijke hypothese in de voornoemde tekst op te nemen op voorwaarde evenwel dat er in dat geval minstens een proces-verbaal wordt opgesteld waarin die kandidaat, hoewel hij niet kan zetelen, als verkozen wordt aangewezen en daardoor dan ook de ontslagbescherming geniet, die aan de personeelsafgevaardigden wordt toegekend.”

Met de toevoeging dat “het orgaan niet zal kunnen functioneren” gaf de wetgever ondubbelzinnig te kennen dat hij de voorwaarde dat het aantal gewone afgevaardigden niet lager mag zijn dan twee, ziet als een werkingsvoorwaarde, niet als een bestaansvoorwaarde. Logischerwijze moet de enige kandidaat in dat geval een afgevaardigde zijn. Hij werd aangeduid, weliswaar van rechtswege, voor een mandaat in een orgaan dat, bij gebrek aan tweede verkozene, helaas niet kan functioneren. Een kritisch lezer zal echter opmerken dat de formulering van de bepaling deze logische gevolgtrekking niet ondubbelzinnig trekt.

Meer dan het advies van de sociale partners dat de term “personeelsafgevaardigde” gebruikt, geeft de wettekst met zijn van de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden afwijkende terminologie “effectief verkozene” (in het Frans “*élu effectif*”) de indruk de enige kandidaat, hoewel het orgaan wordt opgericht, toch niet te beschouwen als een personeelsafgevaardigde. Zo lijkt het nieuwe artikel van de Wet Sociale Verkiezingen 2008 hetzelfde te doen als wat de eiser in cassatie en het arbeidshof van Antwerpen deden: een

²⁴ Amendement nr. 1 van 6 juli 2011 bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 4 december 2007 betreffende de sociale verkiezingen van het jaar 2008, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, nr. 53 1614/002 (Van den Ende, De Bue, Burgeon, Vercamer en De Block).

²⁵ Wet van 28 juli 2011 tot wijziging van de wet van 4 december 2007 betreffende de sociale verkiezingen van het jaar 2008, *BS* 12 september 2011.

onderscheid invoeren tussen afgevaardigde en verkozene. Een dergelijk onderscheid is echter onverenigbaar met de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden: de wet kent slechts afgevaardigden en (nog) niet-verkozen kandidaten. “Effectief verkozen” kan in de context van de Wet Bescherming Personeelsafgevaardigden dan ook slechts “afgevaardigde” in de zin van artikel 2, § 2, eerste lid, van de wet betekenen. Het leidt immers geen twijfel dat de wetgever de bedoeling had om het arrest van 4 april 2011 ongedaan te maken en de enige verkozen kandidaat de bescherming van “effectief verkozene”, m.n. deze van vier jaar toe te kennen.

Isabelle Van Hiel

Assistent bij de Vakgroep Sociaal Recht van de UGent