

Arbeidsrecht

Fundamentele problemen inzake opzeggingstermijnen en opzeggingsvergoedingen voor bedienden

Wim VANDEPUTTE
assistent Instituut voor Arbeidsrecht K.U.Leuven

Inleiding

1. Een arbeidsovereenkomst gesloten voor onbepaalde tijd kan naar Belgisch recht in beginsel op elk ogenblik eenzijdig beëindigd worden ingevolge opzegging door een van de partijen. De partij die het initiatief neemt tot het beëindigen van de arbeidsrelatie, dient naar algemene regel¹ een gepaste opzeggingstermijn in acht te nemen.² De arbeidsovereenkomst zal in dat geval pas een einde nemen na afloop van deze termijn. Wanneer de opzeggende partij haar verplichting inzake de opzeggingstermijn niet of onvoldoende nakomt, is zij in toepassing van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet een opzeggingsvergoeding verschuldigd aan de wederpartij.

In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de meest opmerkelijke juridische ontwikkelingen van de afgelopen jaren met betrekking tot het bepalen van de duur van de opzeggingstermijn en het berekenen van de opzeggingsvergoeding voor bedienden.³ Centraal staat de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van het Grondwettelijk Hof in verband met een drietal prangende vraagstukken: de mogelijkheid tot het sluiten van een overeenkomst over de opzeggingstermijn (deel I), het ontstaan en het tenietgaan van het recht op de aanvullende opzeggingsvergoeding (deel II) en de berekening van de opzeggingstermijn en de opzeggingsvergoeding bij vormen van tijdelijke deeltijdse tewerkstelling (deel III).

I. Het sluiten van een overeenkomst over de opzeggingstermijn

§1. Probleemstelling

2. Het stelsel van de wettelijke vastheid van betrekking legt aan de partijen bij een arbeidsovereenkomst verregaande verplichtingen op wanneer zij de arbeidsrelatie eenzijdig willen beëindigen. De vraag is in welke mate de partijen nog bij overeenkomst kunnen afwijken van fundamentele aspecten van deze wettelijke vastheid van betrekking, zoals de regels in verband met het bepalen van de duur van de opzeggingstermijn voor bedienden.

* Deze tekst is een beknopte weergave van een bijdrage van dezelfde auteur die in het Rechtskundig Weekblad verschenen is of eerstdaags in dit tijdschrift zal verschijnen onder de titel “Knelpunten bij het bepalen van de opzeggingstermijn en de opzeggingsvergoeding voor bedienden. Brengen het Hof van Cassatie, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie licht in de duisternis?”. Voor een meer uitgebreide toelichting van het standpunt van de auteur, wordt naar deze tekst verwezen.

1 Het geval van een dringende reden in de zin van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet wordt in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

2 Art. 37, § 1 Arbeidsovereenkomstenwet.

3 Deze bijdrage geschreven werd met de specifieke situatie van bedienden voor ogen. Dat neemt niet weg dat de behandelde leerstukken die enkel slaan op het berekenen van de opzeggingsvergoeding, evenzeer opgaan voor arbeiders.

Uit artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet blijkt dat de wetgever de contractsvrijheid van de partijen niet geheel aan banden heeft gelegd, maar wel sterk heeft ingeperkt. Het contractueel ongedaan maken van de bescherming die de wet op dat vlak aan de werknemer biedt, wordt uitgesloten zolang de voor de arbeidsrelatie kenmerkende gezagsverhouding bestaat. Dat is in beginsel het geval totdat de arbeidsrelatie opgezegd of beëindigd wordt. Het wantrouwen van de wetgever is ingegeven door de gedachte dat bij het sluiten van een overeenkomst over de toepasselijke regels inzake de beëindiging van de arbeidsrelatie, elk risico op het uitoefenen van druk op de werknemer moet worden vermeden.⁴

Eens de voor de arbeidsrelatie kenmerkende gezagsverhouding wegvalt, verdwijnt ook de bestaansreden van de beperking van de contractsvrijheid. De partijen komen op voet van gelijkheid te staan en kunnen hun contractuele vrijheid ten volle hernemen. Het Hof van Cassatie neemt aan dat de werknemer vanaf de kennisgeving van de opzegging opnieuw vrij is om alle overeenkomsten te sluiten en afstand te doen van zijn recht op de wettelijk voorgeschreven opzeggingstermijn.⁵

De geldigheid van een overeenkomst over de opzeggingstermijn gesloten vóór de kennisgeving van de opzegging of de wil van een van de partijen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, is afhankelijk van het tijdstip waarop deze overeenkomst gesloten wordt en van de categorie waartoe de bediende behoort. Artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet deelt de bedienden in drie categorieën in: (1) de lagere bedienden, waarvan het jaarlijks loon niet hoger is dan 30.327 EUR, (2) de hogere bedienden, waarvan het jaarlijks loon 30.327 EUR overstijgt en (3) de hoogste bedienden, met een jaarlijks loon hoger dan 60.654 EUR.⁶ Bij het bepalen van de categorie waar een bediende toe behoort, dient men in beginsel uit te gaan van het jaarloon waarop de werknemer recht heeft op het ogenblik van de kennisgeving van de opzegging of het ontslag.⁷ Voor de categorie van de hoogste bedienden moet het al dan niet overschrijden van de loongrens beoordeeld worden op het ogenblik van de indiensttreding.⁸ Merk op dat volgens deze indeling de categorie van de hoogste bedienden integraal deel uitmaakt van de categorie van de hogere bedienden. De regels voor hogere bedienden zijn daardoor ook toepasselijk voor de hoogste bedienden, in de mate dat de wet daar niet uitdrukkelijk van afwijkt.

§2. Lagere bedienden

3. Uit artikel 82, § 2 van de Arbeidsovereenkomstenwet volgt dat de opzeggingstermijn voor lagere bedienden in geval van opzegging door de werkgever ten minste drie maanden moet bedragen per begonnen periode van vijf jaar anciënniteit bij dezelfde werkgever. Indien de opzegging uitgaat van de bediende,

⁴ Cass. 5 oktober 2009, *JTT* 2009, 451.

⁵ Cass. 11 februari 1980, *RW* 1979-80, 2037, concl. H. LENAERTS; Cass. 12 oktober 1998, *JTT* 1999, 79, noot.

⁶ Bedragen vanaf 1 januari 2010 (publicatie in *BS* 9 december 2009).

⁷ Cass. 26 januari 1993, *JTT* 1993, 260, noot; Cass. 3 februari 2003, *JTT* 2003, 262.

⁸ Art. 82, § 5, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet.

wordt deze opzeggingstermijn tot de helft teruggebracht met een maximum van drie maanden.

De bij wet bepaalde opzeggingstermijnen voor lagere bedienden zijn minimumtermijnen. Artikel 82, § 2, eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt immers duidelijk dat de opzeggingstermijn *ten minste* drie maanden per begonnen periode van vijf jaar anciënniteit bedraagt. Mede in het licht van artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet, lijkt de wet zich in beginsel dan ook niet te verzetten tegen het in acht nemen van een langere opzeggingstermijn door de werkgever. Het Hof van Cassatie bevestigde deze visie in een arrest van 29 oktober 2007: “De omstandigheid dat de opzeggingstermijn die de werkgever betekend heeft aan de bediende, de wettelijke minimumtermijn overschrijdt, doet er niet aan af dat de termijn berekend werd overeenkomstig de bepalingen van artikel 82, § 2 van de Arbeidsovereenkomstenwet.”⁹

Niettemin werd in de lagere rechtspraak geoordeeld dat de bepalingen van artikel 82, § 2 van de Arbeidsovereenkomstenwet van dwingend recht zijn in het belang van zowel de werknemer als de werkgever.¹⁰ In een arrest van 14 september 2004 onderschreef het arbeidshof te Brussel deze visie. Het leidde hieruit af dat ook de werkgever zich kon beroepen op de nietigheid van een bepaling in het arbeidsreglement die in een langere opzeggingstermijn voorzag dan de wettelijke wanneer de opzegging uitging van de werkgever.

Het Hof van Cassatie verwierp de redenering van het arbeidshof in een arrest van 9 november 2009.¹¹ Volgens het hoogste rechtscollege staat artikel 82, § 2, eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet niet in de weg aan de rechtsgeldigheid van een bepaling in het arbeidsreglement die de werkgever ertoe verplicht om een langere opzeggingstermijn in acht te nemen dan de bij wet bepaalde minimumtermijn. De advocaat-generaal benadrukte in zijn conclusie dat het al dan niet dwingend karakter van dit artikel daarbij niet ter zake doet. De wettelijke regeling stelt slechts een minimumbescherming in. Ongeacht de precieze aard van deze regeling, is het de partijen bijgevolg toegelaten om in onderlinge overeenstemming een opzeggingstermijn te bepalen die dit minimum overschrijdt.¹²

Rekening houdend met deze rechtspraak van het Hof van Cassatie, lijken er bijgevolg geen principiële bezwaren te bestaan tegen het sluiten van een overeenkomst in verband met de door de werkgever in acht te nemen opzeggingsstermijn alvorens de arbeidsovereenkomst is opgezegd of beëindigd. De voornaamste beperking is gelegen in de verplichting om de bij wet bepaalde minima te respecteren.

De geldigheid van een aan de opzegging of beëindiging voorafgaande overeenkomst waarbij een langere opzeggingstermijn dan de wettelijke maximumtermijn van drie maanden wordt voorzien in geval van opzegging door de bediende, lijkt dan weer betwistbaar in het licht van de aangehaalde strekking in de lagere rechtspraak. Het is echter hoogst twijfelachtig dat deze strekking de

⁹ Cass. 29 oktober 2007, *JTT* 2008, 255.

¹⁰ Zie bv. Arbrb. Gent 10 januari 1994, *JTT* 1994, 217, met betrekking tot de bij wet bepaalde maximumtermijn van drie maanden in geval van opzegging door de bediende.

¹¹ Cass. 9 november 2009, S. 08.0106.F, www.jure.juridat.be, concl. J.-F. LECLERCQ.

¹² Concl. J.-F. LECLERCQ bij Cass. 9 november 2009, S. 08.0106.F, www.jure.juridat.be, sub 2.

bovenhand zal krijgen na het arrest van 7 april 2008 van het Hof van Cassatie, dat in een volgende paragraaf besproken wordt.

§3. Hogere bedienden

4. De regeling in verband met het bepalen van de opzeggingstermijn voor hogere bedienden is terug te vinden in artikel 82, § 3 Arbeidsovereenkomstenwet. Volgens de daarin vervatte beginselen, worden de door de werkgever en de bediende in acht te nemen opzeggingstermijnen hetzij bij overeenkomst, hetzij door de rechter vastgesteld. Wanneer de opzegging uitgaat van de werkgever, mag de opzeggingstermijn in geen geval korter zijn dan deze bepaald voor lagere bedienden. Gaat de opzegging uit van de bediende, dan mag deze niet langer zijn dan zes maanden voor de hoogste bedienden en vier en een halve maand voor de overigen.

De overeenkomst over de in acht te nemen opzeggingstermijn mag ten vroegste worden gesloten op het ogenblik van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Recent bevestigde het Hof van Cassatie nog dat dit impliceert dat een overeenkomst over de in aanmerking te nemen opzeggingsvergoeding rechtsgeldig kan worden gesloten op het ogenblik zelf waarop het ontslag met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding ter kennis van de werknemer wordt gebracht.¹³

Letterlijk luidt het eerste lid van artikel 82, § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet als volgt: “Wanneer het jaarlijks loon [30.327 EUR]¹⁴ overschrijdt, worden de door de werkgever en de bediende in acht te nemen opzeggingstermijnen vastgesteld hetzij bij overeenkomst, gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging gegeven wordt, hetzij door de rechter.” Tot voor kort werd deze bepaling in de rechtspraak van het Hof van Cassatie op uiterst stringente wijze uitgelegd. Het hof bestempelde artikel 82, § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet en zijn voorganger, artikel 15, § 2 van de gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract,¹⁵ als bepalingen van dwingend recht in het voordeel van werknemer én werkgever.¹⁶ Het wederzijds dwingend karakter van deze bepalingen verhinderde lange tijd de geldigheid van een overeenkomst over de toepasselijke opzeggingstermijn gesloten vóór het ogenblik van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Noch de werkgever, noch de werknemer mochten zich voorafgaand aan de opzegging tot inachtneming van een bepaalde termijn verbinden, zij het wederzijds of eenzijdig. Indien dat toch gebeurde, kon zowel de werknemer als de werkgever zich naderhand op de nietigheid van een dergelijke afspraak of verbintenis beroepen.

¹³ Cass. 5 oktober 2009, *JTT* 2009, 451.

¹⁴ Bedrag vanaf 1 januari 2010.

¹⁵ Zoals vervangen door art. 44 wet 21 november 1969 tot wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 9 januari 1970.

¹⁶ Zie Cass. 8 oktober 1975, *TSR* 1975, 480; Cass. 10 januari 1983, *RW* 1983-84, 1200, concl. H. LENAERTS; Cass. 3 juni 1985, *Soc.Kron.* 1986, 35, noot H. FUNCK; Cass. 16 maart 1987, *Soc.Kron.* 1987, 188; Cass. 24 september 1990, *RW* 1990-91, 961, noot; Cass. 14 januari 1991, *JTT* 1991, 176, noot; Cass. 26 september 1994, *RW* 1994-95, 1027.

Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie werd opgehangen aan een tweetal argumenten, die in de conclusie van advocaat-generaal LENAERTS bij een arrest van het hof van 10 januari 1983 meer in detail werden ontwikkeld.¹⁷ Een eerste argument betrof enkel artikel 82, § 3, eerste lid van de Arbeidsovereenkomstenwet. Volgens de advocaat-generaal, daarin gevolgd door het Hof van Cassatie, ging het om een regel die de materiële bevoegdheid van de rechter bepaalde. Indien de opzeggingsovereenkomst niet overeenkomstig de dwingende wettelijke voorschriften werd vastgesteld, was alleen de rechter bevoegd om de termijn vast te stellen. Het was de partijen niet toegelaten om hetzij door onderlinge afspraken, hetzij door eenzijdige handelingen of gedragingen de rechter te beïnvloeden bij de beoordeling van het hem voorgelegde geschil en de aldus aan hem toegekende bevoegdheid beknotten. Een dergelijke bevoegdheidsverdelende regel raakte de openbare orde, en was bijgevolg dwingend voor alle betrokken partijen.¹⁸ Een tweede argument berustte op de wil van de wetgever om bij het vaststellen van de opzeggingstermijn zowel de belangen van de werknemer als van de werkgever in acht te nemen. Hieruit werd afgeleid dat noch de werknemer, noch de werkgever op voorhand konden afwijken van de wettelijke bescherming in verband met het bepalen van de opzeggingstermijn en de regeling bijgevolg voor beide partijen van dwingend recht was.¹⁹ Deze interpretatie stootte op kritiek in de rechtsleer,²⁰ maar bleef niettemin ruim dertig jaar lang overeind.

In een arrest van 7 april 2008 stapte het Hof van Cassatie in niet mis te verstaan bewoordingen af van de gangbare interpretatie.²¹ In het voorliggende geval werd een werknemer ontslagen met betaling van een opzeggingsvergoeding van 20 maanden loon. De werknemer eiste op grond van een eenzijdige verbintenis in een brief uitgaande van de werkgever echter een opzeggingsvergoeding van meer dan 53 maanden loon. Het arbeidshof te Brussel gaf de werknemer ongelijk, en oordeelde dat de rechter geen rekening mocht houden met de verbintenis van de werkgever omdat deze niet voortvloeide uit een individuele overeenkomst die ten vroegste op het ogenblik van de kennisgeving van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst werd gesloten. Volgens het arbeidshof hebben zowel de werknemer als de werkgever het recht om de nietigheid van elke akte op te werpen die vóór de opzegging is opgemaakt en die de na te leven opzeggingstermijn vaststelt, en dit ongeacht het voordeel dat die akte aan de werknemer zou opleveren. Het Hof van Cassatie volgde de redenering van het arbeidshof niet. Het oordeelde dat de bepalingen van art. 82, § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet alleen de werknemer beschermen, en bijgevolg alleen dwingend zijn in het voordeel van de werknemer. De lagere rechter moet bij het begroten van de opzeggingsvergoeding die aan de werknemer verschuldigd is, rekening houden met de eenzijdige verbintenis uitgaan-

17 Concl. H. LENAERTS bij Cass. 10 januari 1983, *RW* 1983-84, 1200.

18 *Ibid.*, 1202-1203.

19 *Ibid.*, 1203-1206.

20 Zie o.a. M. RIGAUX en B. MERGITS, "Het dwingend karakter van artikel 15, § 2 van de gecoördineerde bediendenwetten", *RW* 1983-84, 1169-1184; C. WANTIEZ, "La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit individuel du travail", *JT* 2007, 667-672 en meer in het bijzonder 669-672.

21 Cass. 7 april 2008, *JTT* 2008, 207, noot M.-L. WANTIEZ; *Soc.Kron.* 2009, 245, noot V. VANNES.

de van de werkgever in de mate dat deze werknemer zelf de nietigheid van deze verbintenis niet inroept.

In de rechtleer wordt het arrest van 7 april 2008 (m.i. terecht) door verschillende auteurs aanzien als een belangrijke ommekeer in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.²² In feite is het juist om in deze context te spreken over een ‘terugkeer’ in plaats van een ‘ommekeer’, aangezien het Hof van Cassatie zich in een arrest van 15 februari 1973 reeds in gelijkaardige zin had uitgesproken.²³

§4. Hoogste bedienden

5. De wet van 30 maart 1994 houdende sociale bepalingen²⁴ heeft een belangrijke nuance in dit verhaal aangebracht. Deze wet voegde een vijfde paragraaf toe aan artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet, waardoor het sluiten van een overeenkomst over de door de werkgever in acht te nemen opzeggingstermijn voor de zogenaamde hoogste bedienden ook mogelijk werd vóór het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging. Een dergelijke overeenkomst moet dan wel uiterlijk op het ogenblik van de indiensttreding van de werknemer tot stand komen,²⁵ en mag geen afbreuk doen aan de bij wet vastgestelde minimumtermijn van drie maanden per begonnen periode van vijf jaar anciënniteit.²⁶

Het onderscheid dat aldus in artikel 82, § 5 van de Arbeidsovereenkomstenwet gemaakt wordt tussen de hoogste bedienden en de overige hogere bedienden, doet vragen rijzen in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. Het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) aanvaardde eerder al dat het onderscheid tussen lagere en hogere bedienden op het vlak van ontslagbescherming een geoorloofd doel nastreeft en objectief en redelijk verantwoord is.²⁷ In een

22 Zie bv. M.-L. WANTIEZ, “Les clauses sur préavis antérieures au congé” (noot bij Cass. 7 april 2008), *JTT* 2008, 209; V. VANNES, “Le caractère impératif de l’article 82 § 3: le retour à la raison? Commentaire de l’arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 avril 2008” (noot bij Cass. 7 april 2008), *Soc.Kron.* 2009, 241. *Contra*: P. DE KOSTER, “Het Hof van Cassatie mengt zich in het debat rond ‘aanvaardbare’ ontslagvergoedingen”, *JTT* 2008, 329-332.

23 Cass. 15 februari 1973, *JTT* 1973, 260, noot R.-C. GOFFIN.

24 Wet 30 maart 1994 houdende sociale bepalingen, *BS* 31 maart 1994.

25 De ogenschijnlijke strengheid van deze regel kan in de praktijk enigszins gemilderd worden door toepassing van de gemeenrechtelijke figuur van schuldvernieuwing (*novatio*). Zie hierover C. WANTIEZ, “Les conventions sur préavis dans l’article 82, § 5, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail”, *JTT* 2006, 21-23.

26 Zie resp. art. 82, § 5, eerste en tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

27 Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93, *BS* 27 augustus 1993, overw. B.7.3: “Zonder afbreuk te doen aan het streven naar een grotere harmonisatie van de statuten van de verschillende categorieën van werknemers, wordt doorgaans aangenomen dat een bepaalde categorie van werknemers, die binnen de onderneming met zwaarder verantwoordelijkheden zijn belast en die moeilijker een op het vlak van de arbeids- en inkomensvoorwaarden gelijkwaardige betrekking zullen vinden, aanspraak kunnen maken op een betere bescherming van de vastheid van hun dienstbetrekking. Het door de wet bestendige onderscheid tussen twee categorieën van

arrest van 5 februari 2009 heeft het Grondwettelijk Hof deze lijn ook doorgetrokken voor wat betreft het verschil in behandeling tussen de hoogste bedienden en de overige hogere bedienden in verband met de mogelijkheid voor de hoogste bedienden om vóór het tijdstip van de opzegging van de arbeidsovereenkomst al een overeenkomst te sluiten over de door de werkgever in acht te nemen opzeggingstermijn. Het Grondwettelijk Hof is van mening dat het verschil in behandeling berust op een objectief criterium (het jaarlijks loon), een geoorloofde beleidsdoelstelling nastreeft (het bevorderen van de werkgelegenheid, dat naar het oordeel van de wetgever voorrang heeft op de bescherming van de vastheid van betrekking van de hoogste bedienden) en beantwoordt aan de vereiste criteria van evenredigheid en redelijke verantwoording.²⁸

Bij ontstentenis van een overeenkomst in de zin van artikel 82, § 5 van de Arbeidsovereenkomstenwet blijven de regels voor hogere bedienden vermeld in artikel 82, § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet gewoon van toepassing, met inbegrip van de leer die uit het arrest van 7 april 2008 van het Hof van Cassatie voortvloeit.

II. Ontstaan en tenietgaan van het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding

§1. Probleemstelling

6. De arbeidsovereenkomst die door opzegging beëindigd wordt, neemt pas effectief een einde na het verstrijken van de betekende opzeggingstermijn. De opzegging belet echter niet dat de arbeidsovereenkomst nog vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn om een andere reden beëindigd kan worden.²⁹ Zo kan de arbeidsovereenkomst van een bediende die door de werkgever werd opgezegd, tijdens de opzeggingstermijn beëindigd worden als gevolg van een ontslag wegens een dringende reden, een tegenopzegging door de bediende, een beëindiging in onderlinge overeenstemming, het overlijden van de bediende, een onregelmatige beëindiging door de bediende of een beëindiging wegens overmacht.³⁰

bedienden beantwoordt dan ook aan een geoorloofd doel. De wetgever vermag aan te nemen dat het jaarlijks loon boven een bepaalde grens een aanwijzing kan zijn voor de bijzondere aard van de door de bediende verrichte arbeid. Rekening houdend met het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm, is het onderscheid tussen de verschillende categorieën van bedienden naargelang hun jaarlijks loon al dan niet het vastgestelde bedrag van [30.327 EUR] overschrijdt, niet zonder objectieve en redelijke verantwoording.” Zie ook Arbitragehof 20/94, 3 maart 1994, *BS* 23 maart 1994.

²⁸ GwH 5 februari 2009, nr. 14/2009, *BS* 20 maart 2009.

²⁹ Zie bv. Cass. 10 oktober 1977, *RW* 1977-78, 2125; zie hierover ook I. PLETS, “Beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vóór het begin van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en tijdens de opzeggingstermijn”, *TSR* 1998, 543-602.

³⁰ D. VOTQUENNE, “Het recht op de aanvullende opzeggingsvergoeding: het einde van een betwisting” (noot bij Cass. 14 april 2003), *JTT* 2003, 360.

Bijkomende complicaties doen zich voor wanneer de opzegging door de werkgever gegeven wordt met inachtneming van een te korte opzeggingstermijn. In beginsel is de bediende in dat geval op basis van artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet gerechtigd op een aanvullende opzeggingsvergoeding gelijk aan het lopende loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst overeenstemmend met het resterende gedeelte van de opzeggingstermijn die werkgever in acht had moeten nemen. Deze aanvullende opzeggingsvergoeding moet gezien worden als een sanctie voor de werkgever die verzuimd heeft om een gepaste opzeggingstermijn in acht te nemen.³¹ Maar als de arbeidsovereenkomst als gevolg van één van de hiervoor genoemde oorzaken een einde neemt vooraleer de te korte opzeggingstermijn verstreken is, rijst de vraag of de werkgever nog wel een aanvullende opzeggingsvergoeding verschuldigd is. Indien de werkgever wel een gepaste opzeggingstermijn in acht genomen had, zou hij na de tussengekomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst immers niet langer gehouden zijn geweest tot het betalen van het loon gedurende de resterende periode van de opzeggingstermijn.

Het Hof van Cassatie heeft bij verscheidene gelegenheden bevestigd dat het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding ontstaat vanaf de kennisgeving van de opzegging,³² ongeacht de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst nog tijdens de betekende opzeggingstermijn blijft voortbestaan.³³

Deze vaststelling heeft het hof er echter niet van weerhouden om te oordelen dat de werknemer in bepaalde omstandigheden het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding toch zal verliezen.³⁴ In andere omstandigheden zal dat volgens het hof dan weer niet het geval zal zijn.³⁵ Het ontbreekt de rechtspraak van het Hof van Cassatie op dit punt aan de nodige coherentie en aan duidelijkheid op het vlak van de motivering.³⁶ De rechtsonzekerheid die hiermee gepaard gaat, heeft aanleiding gegeven tot uiteenlopende standpunten in de rechtsleer en de lagere rechtspraak.

³¹ M. RIGAUX en P. HUMBLET, “Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem”, *RW* 1988-89, 734.

³² Cass. 30 mei 1968, *RW* 1968-69, 202; Cass. 19 september 1973, *RW* 1973-74, 2295; Cass. 4 juni 1975, *JTT* 1976, 144; Cass. 3 mei 1982, *JTT* 1984, 202, noot; Cass. 6 november 1989, *RW* 1989-90, 885, concl. H. LENAERTS.

³³ Cass. 6 maart 2000, *JTT* 2000, 226; Cass. 14 april 2003, *JTT* 2003, 357, noot D. VOTQUENNE; Cass. 26 februari 2007, *JTT* 2007, 239, noot; Cass. 5 januari 2009, *RW* 2009-10, 152, concl. R. MORTIER, noot K. MORTIER.

³⁴ Bv. wanneer hij tijdens de opzeggingstermijn door de werkgever betekend ontslagen zou worden om een dringende reden, of de partijen het tijdens de opzeggingsstermijn eens worden over de opzeggingstermijn: Cass. 4 juni 1975, *TSR* 1975, 372.

³⁵ Bv. in het geval waarin de werknemer tijdens de opzeggingstermijn komt te overlijden: Cass. 24 maart 1966, *RW* 1966-67, 1603.

³⁶ *Idem*: T. CLAEYS, “Naissance du droit à une indemnité complémentaire de préavis: conséquences jurisprudentielles” in S. GILSON (ed.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à Pierre Blondiau* in M. WESTRADE en S. GILSON (eds.), *Perspectives de droit social*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 61-62.

§2. Drie strekkingen in rechtspraak en rechtsleer

7. De verschillende standpunten in de rechtspraak en de rechtsleer werden door VOTQUENNE in een drietal strekkingen ondergebracht.³⁷

Een eerste strekking past de regel dat het recht op de aanvullende opzeggingsvergoeding ontstaat op het ogenblik van de opzegging, onverkort toe. Volgens deze strekking is dit recht definitief verworven op het ogenblik van de opzegging, en wordt dit niet beïnvloed door een latere gebeurtenis die de arbeidsovereenkomst alsnog doet eindigen vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn.³⁸ Deze strekking vindt steun in de arresten van het Hof van Cassatie van 24 maart 1966, van 6 maart 2000 en van 14 april 2003.³⁹

Een tweede strekking in rechtspraak en rechtsleer koppelt het behoud van het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding aan de voorwaarde dat de latere, werkelijke oorzaak van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op zichzelf aanleiding geeft tot de toekenning van een opzeggingstermijn.⁴⁰ De toepassingen van deze opvatting in de rechtspraak van het Hof van Cassatie zijn allemaal terug te brengen tot gevallen waarin de bediende waarvan de arbeidsovereenkomst is opgezegd met een te korte opzeggingstermijn, in de loop van de opzeggingstermijn door de werkgever ontslagen wordt wegens een dringende reden.⁴¹ Het hof lijkt er ook dezelfde opvatting op na te houden in geval van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in onderling akkoord na de kennisgeving van de opzegging.⁴²

Een derde en laatste strekking is in feite niet meer dan een variatie op de voorgaande. De conclusie is gelijklopend: in bepaalde omstandigheden kan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzeggingstermijn als gevolg van een andere oorzaak dan de opzegging het verval van het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding met zich meebrengen. De verantwoording die aan deze stelling gegeven wordt, is echter verschillend. Het verval van het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding moet volgens de laatste strekking worden verklaard aan de hand van de rechtsfiguur van de (stilzwijgende)

37 D. VOTQUENNE, "Het recht op de aanvullende opzeggingsvergoeding: het einde van een betwisting" (noot bij Cass. 14 april 2003), *JTT* 2003, 359.

38 Zie bv. Arbh. Bergen 17 september 1990, *JTT* 1990, 409; Arbh. Luik 21 november 1990, *JTT* 1991, 285; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II, Luik, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales, 1986, nrs. 258-259, 293-296; D. VOTQUENNE, "Ontstaan en eisbaarheid van het recht op de aanvullende opzeggingsvergoeding. De rechtspraak van het Hof van Cassatie", *JTT* 1990, 401-404; D. VOTQUENNE, "Het recht op de aanvullende opzeggingsvergoeding: het einde van een betwisting" (noot bij Cass. 14 april 2003), *JTT* 2003, 358-360.

39 Cass. 24 maart 1966, *TSR* 1966, 112; Cass. 6 maart 2000, *JTT* 2000, 226; Cass. 14 april 2003, *JTT* 2003, 357, noot D. VOTQUENNE.

40 Zie bv. Arbrb. Brussel 6 januari 1992, *JTT* 1992, 318; Arbrb. Antwerpen 31 maart 1993, *Soc.Kron.* 1994, 281; C. ENGELS, "Een dringende reden en toch nog moeten betalen?" in CLAEYS & ENGELS (eds.), *Arbeidsovereenkomstenwet na 30 jaar... anders bekeken*, Brussel, Larcier, 2008, 181-190.

41 Cass. 4 juni 1975, *JTT* 1976, 144; Cass. 26 januari 2007, *JTT* 2007, 239.

42 Cass. 4 juni 1975, *JTT* 1976, 144.

ontbindende voorwaarde.⁴³ Het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding is weliswaar onmiddellijk opeisbaar op het ogenblik van de opzegging, maar wordt onderworpen aan de impliciete voorwaarde dat de vergoeding moet worden teruggegeven indien de arbeidsovereenkomst nog tijdens de opzeggingstermijn beëindigd zou worden als gevolg van een andere oorzaak dan de aanvankelijke opzegging. De verklaring die deze strekking naar voren schuift voor het verval van het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding in bepaalde omstandigheden, wordt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie echter niet uitdrukkelijk weerhouden.

§3. *Het arrest van 5 januari 2009 van het Hof van Cassatie*

8. In een recent arrest van 5 januari 2009 diende het Hof van Cassatie zich opnieuw uit te spreken over de problematiek van het ontslag wegens een dringende reden na een opzegging door de werkgever met een te korte opzeggingstermijn.⁴⁴

In de gegeven omstandigheden had de werkgever de arbeidsovereenkomst van een bediende opgezegd met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden, terwijl deze laatste zelf recht meende te hebben op een opzeggingstermijn van 24 maanden. In de loop van de betekende opzeggingstermijn van zes maanden werd de arbeidsovereenkomst door de werkgever beëindigd wegens een dringende reden. Naar aanleiding van deze feiten werd later ook een strafprocedure opgestart. De werknemer vorderde via gerechtelijke weg onder meer een aanvullende opzeggingsvergoeding.

Zonder zich uit te spreken over de gegrondheid van de dringende reden, kende het arbeidshof te Antwerpen in afwachting van de afwikkeling van de strafprocedure een aanvullende opzeggingsvergoeding van 18 maanden loon toe aan de werknemer. De werkgever vocht deze beslissing aan voor het Hof van Cassatie, met als argument dat de werknemer die zich schuldig maakt aan een zware fout die zijn ontslag om een dringende reden rechtvaardigt, het recht op het behoud van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzeggingstermijn verliest en bijgevolg ook het recht op de aanvullende opzeggingsvergoeding wegens een ontoereikende opzeggingstermijn.

Advocaat-generaal MORTIER was van mening dat een eventueel terecht ontslag om een dringende reden geen invloed had op het recht van de werknemer op een aanvullende opzeggingsvergoeding. Gelet op het bepaalde in artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, achtte zij “het logisch dat door de terechte beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens dringende reden, het recht op (vergoeding voor) het resterend gedeelte van de betekende opzeggingstermijn vervalt, maar ook niet meer dan dat. Het voordien ontstane recht op aanvullende opzeggingsvergoeding als sanctie wegens het niet in acht nemen van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijn gaat door deze latere terechte beëindiging om dringende reden niet teniet.”⁴⁵

⁴³ Zie bv. Arbh. Antwerpen 25 oktober 1976, *RW* 1977-78, 111, noot O. VANACHTER; Arbh. Brussel 6 januari 1992, *JTT* 318; Arbrb. Brussel 10 maart 1998, *JTT* 1998, 107.

⁴⁴ Cass. 5 januari 2009, *RW* 2009-10, 152, concl. R. MORTIER, noot K. MORTIER.

⁴⁵ Concl. R. MORTIER bij Cass. 5 januari 2009, *RW* 2009-10, 157.

Het Hof van Cassatie volgde in zijn arrest van 5 januari 2009 de redenering van de advocaat-generaal niet. Het bevestigde in de eerste plaats de gangbare visie in rechtspraak en rechtsleer dat het recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding ontstaat op het ogenblik van de kennisgeving van de opzegging, hoewel de arbeidsovereenkomst blijft voortbestaan tot aan het verstrijken van de in acht genomen opzeggingstermijn. Volgens het hof heeft dit recht op een aanvullende opzeggingsvergoeding echter geen bestaansreden meer wanneer de arbeidsovereenkomst niet meer eindigt ten gevolge van de opzegging gegeven met een ontoereikende opzeggingstermijn, maar wel ten gevolge van een later door de werkgever terecht gegeven ontslag om een dringende reden. Bijgevolg verliest een werknemer die zich gedurende de in acht genomen opzeggingstermijn schuldig maakt aan een ernstige tekortkoming die zijn ontslag om een dringende reden rechtvaardigt, door zijn toedoen het recht op de vergoeding die de ontoereikende duur van de die termijn compenseert. De beslissing van het arbeidshof te Antwerpen om de werknemer in afwachting van de afloop van de strafprocedure alvast een aanvullende opzeggingsvergoeding toe te kennen, was bijgevolg voorbarig.

III. Berekening van de opzeggingstermijn en de opzeggingsvergoeding bij vormen van tijdelijke deeltijdse tewerkstelling

§1. Probleemstelling

9. Noch artikel 39, noch artikel 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet bevat een aparte regeling voor de berekening van de opzeggingstermijn of de opzeggingsvergoeding in gevallen van deeltijdse tewerkstelling.

Wanneer de deeltijdse tewerkstelling geen tijdelijk karakter heeft, lijkt dit op zich geen onoverkomelijke problemen met zich mee te brengen. Weliswaar zou men geneigd kunnen zijn om bij het bepalen of een deeltijdse bediende de jaarloongrenzen vermeld in artikel 82, § 2, § 3 en § 5 van de Arbeidsovereenkomstenwet al dan niet overschrijdt, uit te gaan van het werkelijke loon van de werknemer. Het Arbitragehof (thans Grondwettelijk Hof) heeft in een arrest van 20 april 1999 echter al geoordeeld dat artikel 82, § 2 en § 3 van de Arbeidsovereenkomstenwet het gelijkheidsbeginsel schenden in zoverre het loonbedrag dat als criterium dient voor het onderscheid tussen lagere en hogere bedienden identiek is, ongeacht de vraag of de bediende voltijds dan wel deeltijds is tewerkgesteld. Het komt aan de wetgever toe om te beslissen welke bijzondere regels moeten aangenomen worden om de opzeggingstermijn voor deeltijds tewerkgestelde bedienden te berekenen.⁴⁶ Omdat de wetgever dat tot op heden heeft nagelaten, blijft de rechtsonzekerheid over de juiste berekening

⁴⁶ Arbitragehof 20 april 1999, nr. 45/99, *RW* 1999-2000, 146; *JTT* 1999, 315, noot C. MERGAN en C. WANTIEZ; *JLMB* 1999, 1151, noot V. LAUVIAUX.

van de opzeggingstermijn voor bedienden in geval van deeltijdse tewerkstelling voortbestaan.⁴⁷

Over de berekening van de opzeggingsvergoeding bestaat geen discussie. Er is geen reden om aan te nemen dat daarbij afgeweken zou moeten worden van de normale regel dat de opzeggingsvergoeding berekend wordt op het werkelijke loon.⁴⁸

Wanneer de deeltijdse tewerkstelling wel een tijdelijk karakter heeft, beperkt het probleem zich niet tot het bepalen van een gepaste opzeggingstermijn. Ook de uiteindelijke berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding zorgt voor de nodige moeilijkheden. Hierna worden drie specifieke gevallen van tijdelijke deeltijdse tewerkstelling onder de aandacht gebracht.

§2. Deeltijdse uitvoering van de arbeidsovereenkomst als gevolg van tijdelijke arbeidsongeschiktheid

10. Het arrest van het Arbitragehof van 20 april 1999 vindt in de situatie van deeltijdse uitvoering van de arbeidsovereenkomst als gevolg van tijdelijke arbeidsongeschiktheid onverkort toepassing. Men kan zich de vraag stellen of de algemene regel dat de opzeggingsvergoeding berekend moet worden op het werkelijke loon, eveneens geldt in de situatie waarin de deeltijdse uitvoering van de overeenkomst een tijdelijk karakter heeft.

In een dergelijk geval gaat het om de tijdelijke schorsing van een gedeelte van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Er komt geen nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand met een deeltijds karakter.

Op basis van deze vaststelling nam het merendeel van de rechtspraak tot nog toe aan dat de opzeggingsvergoeding berekend moet worden alsof de uitvoering van de arbeidsovereenkomst niet voor een deel geschorst is.⁴⁹

Volgens een minderheidsopvatting moest voor het berekenen van de opzeggingsvergoeding uitgegaan worden van het bedrag van het werkelijke loon waarop de werknemer aanspraak kan maken op het ogenblik van het ontslag.⁵⁰ Deze opvatting leek aan kracht te hebben gewonnen als gevolg van de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof in verband

⁴⁷ M. DEMEDTS, “Het onderscheid tussen ‘lagere’ en ‘hogere’ bediende bij deeltijdse tewerkstelling: het blijft nog steeds verhelpen aan een ongrondwettigheid” (noot onder Arbh. Brussel 9 januari 2009), *RABG* 2009, 958-961.

⁴⁸ Zie in dat verband: Arbh. Bergen 17 maart 2000, *JTT* 2000, 501. Vgl. Cass. 6 september 1982, *JTT* 1984, 202; Cass. 17 mei 1982, *TSR* 1982, 475, noot A. TRINE.

⁴⁹ Zie bv. Arbh. Antwerpen 9 juni 1980, *RW* 1982-83, 173; Arbh. Brussel 9 november 1983, *Soc.Kron.* 1984, 483; Arbh. Brussel 13 mei 1986, *JTT* 1987, 258; Arbh. Luik 28 maart 2002, AR nr. 6.848/2001; Arbh. Brussel 26 mei 2004, AR nr. 40.535, beide aangehaald door M. DEVAGLE, “Les conséquences de l’incapacité de travail de droit commun. Chronique de jurisprudence”, *Ors.* 2009, afl. 1, 9.

⁵⁰ Zie Arbh. luik 20 juni 2001, AR nr. 3.399/00, aangehaald door M. DEVAGLE, “Les conséquences de l’incapacité de travail de droit commun. Chronique de jurisprudence”, *Ors.* 2009, afl. 1, 9. Zie ook Arbrb. Nijvel 17 december 1993, *JLMB* 1994, 824 met betrekking tot de conventionele schorsing van een gedeelte van de uitvoering van de overeenkomst.

met tijdskrediet en loopbaanonderbreking.⁵¹ De arbeidsrechtbank te Kortrijk legde daarom aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag voor of artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet in een dergelijke interpretatie wel verenigbaar is met het in de Grondwet verankerde gelijkheidsbeginsel.

Het Grondwettelijk Hof deed uitspraak over de prejudiciële vraag in een arrest van 28 mei 2009. Het Hof was van oordeel dat de genoemde bepaling het gelijkheidsbeginsel schendt in de interpretatie dat de arbeidsongeschikte werknemer die met toestemming van de adviserende geneesheer van zijn ziekenfonds het werk gedeeltelijk hervat, slechts recht heeft op een opzeggingsvergoeding berekend op basis van het lopende loon waarop hij recht heeft voor zijn verminderde arbeidsprestaties. In een alternatieve interpretatie volgens welke het lopende loon voor de volledige arbeidsprestaties waarop de werknemer krachtens zijn arbeidsovereenkomst recht heeft op het ogenblik van zijn opzegging in acht wordt genomen, schendt artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet het gelijkheidsbeginsel niet.⁵²

§3. Tijdskrediet, loopbaanonderbreking en thematische verloven⁵³

11. De regelingen inzake loopbaanonderbreking, tijdskrediet en thematische verloven leveren weinig problemen op voor zover het gaat om een volledige schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Artikel 106*bis* van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen bepaalt uitdrukkelijk dat bij opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, de opzeggingstermijn niet loopt zolang de uitvoering van de arbeidsovereenkomst volledig geschorst is als gevolg van een van de genoemde regelingen. Bij een onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, heeft de werknemer van wie de uitvoering van de overeenkomst volledig geschorst is recht op een opzeggingsvergoeding berekend op basis van het loon van de periode voorafgaand van de schorsing.⁵⁴ Daar anders over oordelen, zou de doelmatigheid van de bescherming van de werknemer tegen ontslag immers volkomen tenietdoen.⁵⁵ Ook een eventuele beschermingsvergoeding⁵⁶ dient bijgevolg op basis van dit loon te worden berekend.

Wat de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding en de beschermingsvergoeding in geval van deeltijdse tewerkstelling bij toepassing van een stelsel van verminderde arbeidsprestaties, tijdskrediet of loopbaanvermindering betreft, liggen de zaken minder voor de hand.

⁵¹ Cf. *infra*. Zie bv. M. DEVAGLE, “Les conséquences de l’incapacité de travail de droit commun. Chronique de jurisprudence”, *Ors.* 2009, afl. 1, 9.

⁵² GwH 28 mei 2009, nr. 89/2009, *BS* 27 juli 2009.

⁵³ Aan de regeling inzake ouderschapsverlof wordt hierna nog een afzonderlijk onderdeel gewijd.

⁵⁴ *Arbh.* Antwerpen 2 februari 2001, *JTT* 2002, 133.

⁵⁵ J. HERMAN, “Vermindering van arbeidsprestaties, vermindering van ontslagbescherming?” (commentaar bij Cass. 11 december 2006), *Soc.Kron.* 2007, 444; F. VERBRUGGE, “Crédit-temps et congés thématiques à temps partiel: le calcul d’une indemnité de rupture”, *Ors.* 2007, afl. 2, 18.

⁵⁶ Art. 101 herstellwet 22 januari 1985; art. 20, § 4 CAO nr. 77*bis*, *NAR* 19 december 2001.

De herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen bevat een specifieke bepaling in verband met de in acht te nemen opzeggingstermijn wanneer de werknemer zijn arbeidsprestaties heeft verminderd. Artikel 103 van de herstelwet bepaalt dat de door de werkgever in acht te nemen opzeggingstermijn in die omstandigheden berekend moet worden alsof de werknemer zijn arbeidsprestaties niet zou hebben verminderd. In geval de werkgever een opzeggingsvergoeding verschuldigd is, moet men volgens dit artikel bij het vaststellen van het bedrag ervan eveneens uitgaan van de aldus berekende opzeggingstermijn. Artikel 103 van de herstelwet is evenwel niet van toepassing in de gevallen van tijdskrediet, loopbaanvermindering en halvering van de arbeidsprestaties tot een halftijdse betrekking.⁵⁷ Toch mag men ook in die gevallen aannemen dat de duur van de opzeggingstermijn bepaald moet worden alsof de werknemer zijn arbeidsprestaties niet zou hebben verminderd.⁵⁸

In verband met de berekeningswijze van de opzeggingsvergoeding en de beschermingsvergoeding bij tijdelijke deeltijdse tewerkstelling ingevolge de toepassing van een stelsel van verminderde arbeidsprestaties, tijdskrediet of loopbaanvermindering, waren de meningen tot voor kort zeer sterk verdeeld. Een deel van de rechtspraak ging ervan uit dat men hiervoor het loon van vóór de vermindering van de arbeidsprestaties in aanmerking moest nemen omdat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst als gevolg van de vermindering van de arbeidsprestaties gedeeltelijk geschorst was.⁵⁹ Een ander deel oordeelde dat, op basis van een letterlijke lezing van artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet en bij gebrek aan een andersluidende wettelijke bepaling, moest worden uitgegaan van het werkelijk verdiende loon.⁶⁰

Het Hof van Cassatie koos in zijn arrest van 11 december 2006 resoluut de kant van de laatste strekking. Het oordeelde: “Uit het geheel van die wettelijke bepalingen⁶¹ volgt dat een werknemer die tewerkgesteld is onder een stelsel van verminderde arbeidsprestaties, in geval van eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, aanspraak kan maken op een opzegtermijn waarvan de duur wordt berekend alsof de werknemer zijn arbeidsprestaties niet had verminderd. Voor het vaststellen van het bedrag van de vergoeding bepaald in artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet is daarentegen niet voorzien in een afwijking, zodat die opzeggingsvergoeding ten gunste van een werknemer tewerkgesteld onder het stelsel van de verminderde arbeidsprestaties, in geval van eenzijdige beëindiging door de werkgever dient berekend met inachtneming van het loon waarop die werknemer effectief recht heeft op het tijdstip van de kennisgeving van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De omstandigheid dat de werknemer na het einde van de ver-

⁵⁷ Dit vloeit voort uit de samenlezing van art. 102, 103 en 103bis herstelwet 22 januari 1985.

⁵⁸ W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal compendium arbeidsrecht 2009-10*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2009, nr. 3691, 1813.

⁵⁹ In die zin: Arbh. Brussel 4 april 2000, *Soc.Kron.* 2001, 550; Arbh. Antwerpen 2 februari 2001, *JTT* 2002, 133; Arbh. Gent 10 februari 2006, *TGR* 2006, 201; Arbrb. Oudenaarde 3 januari 2006, *Soc.Kron.* 2007, 458.

⁶⁰ In die zin: Arbh. Gent 20 november 1992, *JTT* 1993, 394, noot; Arbh. Gent 24 maart 1993, *TGR* 1993, 120; Arbrb. Gent 13 januari 1992, *TGR* 1992, 79; Arbrb. Brussel 11 mei 2006, *JTT* 2006, 285.

⁶¹ Bedoeld zijn: art. 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet en de art. 101 t.e.m. 103 van de herstelwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen.

minderde arbeidsprestaties in beginsel de mogelijkheid heeft om het werk te hervatten met volledige arbeidsprestaties en hij ingevolge de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever die mogelijkheid verliest, doet daaraan geen afbreuk.”⁶²

Het arrest van het Hof van Cassatie van 11 december 2006 stootte op hevige weerstand in een deel van de rechtsleer.⁶³ Voorlopig lijkt echter geen gevolg aan deze kritiek te worden gegeven in de lagere rechtspraak.⁶⁴

Daarnaast leverde de rechtspraak van het Hof van Cassatie ook een heleboel vragen op in verband met de verenigbaarheid met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. In twee arresten gewezen in 2008, kreeg het Grondwettelijk Hof hierover in totaal zeven prejudiciële vragen voorgeschied. In geen van de voorgelegde hypothesen was het hof van oordeel dat er sprake was van een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.⁶⁵

§4. Ouderschapsverlof

12. Of de zaak daarmee defintief beklonken is, is nog maar de vraag. Waar het interne recht geen uitweg meer biedt, kan een beroep op supranationale wetgeving soms een en ander in beweging brengen. Dat blijkt alvast in de specifieke situatie van ouderschapsverlof⁶⁶ het geval te zijn geweest.

De Belgische regelgeving inzake ouderschapsverlof gaat terug op Europese regelgeving, en meer bepaald richtlijn nr. 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996, die uitvoering beoogt te geven aan de raamovereenkomst van 14 december 1995 inzake ouderschapsverlof gesloten door de Europese sociale partners.⁶⁷ Clausule 2, punt 6 van de raamovereenkomst bepaalt: “De op de datum van ingang van het ouderschapsverlof door de werknemer verworven rechten of rechten in wording blijven ongewijzigd behouden tot het einde van het ouderschapsverlof. Na afloop van het ouderschapsverlof zijn deze rechten, met inbegrip van de uit de wetgeving, collectieve arbeidsovereenkomsten of nationale gebruiken voortvloeiende veranderingen van toepassing.”

In een zaak die uiteindelijk aanleiding zou geven tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Europese Hof van Justitie, vorderde een werknemer, mevrouw Meerts, op grond van het Belgische arbeidsrecht de betaling van een

62 Cass. 11 december 2006, *Soc.Kron.* 2007, 456, noot J. HERMAN.

63 J. HERMAN, “Vermindering van arbeidsprestaties, vermindering van ontslagbescherming?” (commentaar bij Cass. 11 december 2006), *Soc.Kron.* 2007, 443-451.

64 Zie o.a. Arbh. Brussel 7 maart 2008, *RABG* 2009, 151, noot J. HERMAN, “Onregelmatig ontslag na vermindering van de arbeidsprestaties: de olievlek wordt groter of ook tegen halve prijs de deur uit”.

65 GwH 13 maart 2008, nr. 51/2008, *BS* 30 mei 2008; GwH 8 mei 2008, nr. 77/2008, *BS* 26 juni 2008.

66 Het ouderschapsverlof is in België geregeld door de CAO nr. 64, NAR, 29 april 1997 tot instelling van een recht op ouderschapsverlof en door het KB 29 oktober 1997 tot invoering van een recht op ouderschapsverlof in het kader van de onderbreking van de beroepsloopbaan, *BS* 7 november 1997.

67 Richtl. Raad nr. 96/34, 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, *P.B.L.* 19 juni 1996, afl. 145, 4, zoals gewijzigd bij Richtl. Raad nr. 97/75, 15 december 1997, *P.B.L.* 16 januari 2008, afl. 10, 24.

aanvullende opzeggingsvergoeding lastens haar werkgever. Op het ogenblik van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, was mevrouw Meerts tewerkgesteld in een regime van halftijdse arbeidsprestaties als gevolg van het opnemen van haar recht op ouderschapsverlof in toepassing van het KB van van 29 oktober 1997. Het punt van discussie betrof de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding. De werkgever argumenteerde, volledig in lijn met de hiervoor uiteengezette regels inzake de tijdelijke vermindering van de arbeidsprestaties, dat het deeltijdse loon volstond; volgens mevrouw Meerts moest het voltijdse loon bij de berekening van de opzeggingsvergoeding in aanmerking genomen worden. Het geschil werd uiteindelijk voorgelegd aan het Hof van Cassatie, dat uitspraak deed in een arrest van 25 februari 2008.⁶⁸ Het hof bevestigde in eerste instantie het standpunt dat het al eerder had ingenomen in zijn arrest van 11 december 2006 met betrekking tot de berekening van de opzeggingsvergoeding bij tijdelijke vermindering van de arbeidsprestaties.⁶⁹ Vervolgens zag het zich echter genoodzaakt om een prejudiciële vraag aan het Europese Hof van Justitie te stellen over de verenigbaarheid van het Belgische recht met clause 2 van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof: “Moeten de bepalingen van de clause 2 van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof aldus worden uitgelegd dat in geval van eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever tijdens het stelsel van de verminderde arbeidsprestaties, zonder dringende reden of zonder inachtneming van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijn, de aan de werknemer verschuldigde opzeggingsvergoeding dient te worden bepaald op grond van het basisloon berekend alsof de werknemer zijn arbeidsprestaties niet had verminderd als vorm van ouderschapsverlof in de zin van de raamovereenkomst?”

Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag in een arrest van 22 oktober 2009.⁷⁰ Het benadrukte in zijn vonnis dat de regeling vervat in clause 2 van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof in het licht van de doelstelling van gelijke behandeling van mannen en vrouwen die door de raamovereenkomst wordt nagestreefd, een beginsel van communautair sociaal recht van bijzonder belang uitmaakt. Bijgevolg mag deze clause niet restrictief worden uitgelegd. Het Hof van Justitie is vervolgens van oordeel dat aan het principe van het behoud van de op het ogenblik van het ingaan van het ouderschapsverlof bestaande rechten en voordelen, opgenomen in clause 2, punt 6 van de raamovereenkomst, afbreuk zou worden gedaan “indien in geval van niet-naleving van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijn bij een ontslag tijdens een deeltijds ouderschapsverlof, een voltijds in dienst genomen werknemer geen aanspraak meer zou kunnen maken op de vaststelling van de hem verschuldigde ontslagvergoeding op basis van het met zijn arbeidsovereenkomst overeenstemmende loon.”⁷¹ Een nationale wettelijke regeling op grond waarvan de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten in geval van ouderschapsverlof kan worden beperkt, kan de werknemer er volgens het hof van weerhouden om een dergelijk verlof op te nemen, en de werkgever ertoe aanzetten om eerder werknemers met ouderschapsverlof te ontslaan dan andere werknemers. Zulke regeling druist in tegen de doelstelling zelf van de raam-

68 Cass. 25 februari 2008, *JTT* 2008, 152.

69 Cass. 11 december 2006, *Soc.Kron.* 2007, 456, noot J. HERMAN. *Cf. supra.*

70 HvJ 22 oktober 2009, nr. C-116/08, *NjW* 2009, 764, noot I. PLETS.

71 HvJ 22 oktober 2009, nr. C-116/08, overw. 46.

overeenkomst inzake ouderschapsverlof, die er onder meer in bestaat om werk en gezinsleven beter te kunnen combineren.⁷²

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Meerts* heeft het beoogde effect in de interne Belgische rechtsorde niet gemist. Teneinde de bestaande regelgeving in België in overeenstemming te brengen met het arrest, werden door de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen enkele wijzigingen doorgevoerd in artikel 105 van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen.⁷³ Daarbij werd onder meer een nieuwe invulling gegeven aan de eerder opgeheven paragraaf 3 van artikel 105 van de herstellwet: “Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd gedurende een periode van vermindering van arbeidsprestaties in het kader van een ouderschapsverlof genomen in toepassing van deze afdeling, wordt onder ‘lopend loon’ in de zin van artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomstenwet begrepen het loon dat de werknemer krachtens zijn arbeidsovereenkomst zou hebben verdiend indien hij zijn arbeidsprestaties niet had vermindert.” Hierdoor dient de opzeggingsvergoeding voor een werknemer die zijn arbeidsprestaties heeft verminderd door het opnemen van ouderschapsverlof, voortaan te worden berekend op het loon dat de werknemer zou hebben verdiend indien hij voltijds aan het werk zou zijn gebleven.

Besluit

13. De recente rechtspraak van het Hof van Cassatie, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie lijkt verstrekkende gevolgen te hebben voor de regels inzake het bepalen van de duur van de opzeggingstermijn en het berekenen van het bedrag van de opzeggingsvergoeding voor bedienden. Dat is het geval wanneer het gaat over de mogelijkheid tot het sluiten van een overeenkomst over de opzeggingstermijn, het ontstaan en het tenietgaan van het recht op de aanvullende opzeggingsvergoeding en het berekenen van de opzeggingsvergoeding bij bepaalde vormen van tijdelijke deeltijdse tewerkstelling.

Op basis van het voorgaande, kan men niet onverdeeld gelukkig zijn met de nieuwe rechtspraak van de bovengenoemde hoven. Een aantal van de besproken arresten zijn voor kritiek vatbaar. Bovendien zorgt de wisselwerking tussen met eerdere uitspraken van hetzelfde hof of met de rechtspraak van de andere hoven voor de nodige spanningen en onduidelijkheid. Vooral voor de rechtsonderhorigen is de rechtsonzekerheid die hiermee gepaard gaat eerder slecht nieuws. Werkgevers en werknemers kunnen hun gedrag immers maar op de geldende regelgeving afstemmen in de mate dat deze in elk opzicht voldoende duidelijkheid biedt.

⁷² HvJ 22 oktober 2009, nr. C-116/08, overw. 47.

⁷³ Art. 90 wet 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, BS 31 december 2009.