

Tijdschrift
Toelating: Gesloten verpakking
Gent X - nr. BC4299

Tweewekelijks niet in juli en augustus
Erkenningsnummer: P2A9147
Afgiftekantoor Gent X
Wolters Kluwer België
Motstraat 30, 2800 Mechelen

BELGIË - BELGIQUE

P.B. - P.P.

B-4521

NIEUW JURIDISCH WEEKBLAD

NjW

Nummer **251**
30 november 2011
Tiende Jaargang

Bert Theeuwes en Sara Beutels Nieuwe ontslagregeling

Bert Theeuwes en Sara Beutels bestuderen de nieuwe ontslagregeling voor arbeiders en bedienden en het proces tot eenmaking van beide statuten.

pagina 670

Ook in deze aflevering:

Een korte bespreking van de wet houdende fiscale en diverse bepalingen van 7 november 2011 die de registratieplicht voor aannemers afschaft.

pagina 683

Een arrest van het hof van beroep te Brussel van 19 oktober 2011 over de beroepstermijn bij plaatsing van minderjarigen in een gesloten gemeenschapsinstelling.

pagina 694

Nieuwe ontslagregeling

(Voorlopige) aanzet tot eenmaking arbeiders- en bediendenstatuut?



[Bert Theeuwes]
Advocaat (vennoot
kantoor Lorenz)



[Sara Beutels]
Advocaat

Deze bijdrage gaat in op de nieuwe ontslagregeling voor arbeiders en bedienden en het proces tot eenmaking van beide statuten. De auteurs geven een toelichting bij de huidige wettelijke regeling, waarbij de verschillen met het interprofessioneel akkoord voor 2011-2012 (IPA) worden onderzocht en de elementen die niet werden opgenomen in de wettelijke regeling maar wel in het IPA. Tot slot komen een aantal modellen uit het buitenland aan bod die inspirerend zouden kunnen werken in het verdere eenmakingsproces van beide statuten.

I. Het onderscheid tussen arbeiders en bedienden.....	1-3	E. Aanpassing anciënniteit voor uitzendkrachten	
II. De vroegere stelling van het Grondwettelijk Hof.....	4-5	1. Probleemstelling.....	57-58
III. De uitspraak van het Grondwettelijk Hof van 7 juli 2011....	6-15	2. Wettelijke regeling.....	59
IV. Aanzet van de wetgever tot afschaffing van het verschil tussen arbeiders en bedienden.....	16-26	3. Verschillen met het IPA.....	60
V. De nieuwe wettelijke regeling.....	27	F. Regeling in de tijd	
A. Nieuwe opzegtermijn voor arbeiders		1. Wettelijke regeling.....	61-62
1. Wettelijke regeling.....	28-32	2. Verschillen met het IPA.....	63-64
2. Verschillen met het IPA.....	33	VI. Wat het IPA nog te bieden had maar niet werd uitgewerkt.....	65-66
B. Nieuwe opzegtermijnen voor bedienden		A. De ontslagbescherming die bestaat uit drie componenten.....	67-69
1. Wettelijke regeling.....	34-37	B. De koppeling van deze drie componenten aan de anciënniteit van de werknemer.....	70
2. Verschillen met het IPA.....	38-39	C. Actualisering van artikel 63 van de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978.....	71-87
3. Aanvullende opmerkingen.....	40-44	VII. Een blik op de toekomst.....	88-92
C. Mogelijkheid tot betaling opzeggingsvergoeding		A. Inspiratie uit het Luxemburgse model.....	93-94
1. Wettelijke regeling.....	45-48	B. Inspiratie uit het Oostenrijkse model.....	95-101
2. Verschillen met het IPA.....	49	C. Een mengvorm van het Luxemburgse en Oostenrijkse model.....	102-106
3. Aanvullende opmerkingen.....	50-51		
D. Ontslaguitkering ten laste van de RVA			
1. Wettelijke regeling.....	52-55		
2. Verschillen met het IPA.....	56		

I. Het onderscheid tussen arbeiders en bedienden

1. Het onderscheid tussen arbeiders en bedienden is vastgelegd in de artikelen 2 en 3 van de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 en bestaat erin dat de arbeiders in hoofdzaak "handarbeid" en de bedienden in hoofdzaak "hoofdarbeid" verrichten.

2. Het onderscheid tussen de twee statuten dateert echter van een ver verleden, met name van begin vorige eeuw, wanneer de wet op de arbeidsovereenkomst van 10 maart 1900¹, aanvankelijk alleen van toepassing op de arbeiders, werd aangevuld door de wet van 7 augustus 1922² betreffende het bediendencontract, waardoor twee afzonderlijke juridische statuten werden gecreëerd. Het onderscheid tussen beide statuten was in die tijd evident aangezien de

aard van het werk van een arbeider en dat van een bediende duidelijk verschillend was.

3. Vandaag is het onderscheid tussen "handarbeid" en "hoofdarbeid" in vele gevallen nog moeilijk te maken. Vooral voor arbeiders rijst vaak de vraag of de "hoofdarbeid" niet evenzeer aanwezig is als "handarbeid"³.

Hoe moeilijk het onderscheid ook te maken is, het Hof van Cassatie stelt duidelijk dat de aard van het verrichte werk het enige criterium is⁴. Rechteren hebben echter steeds vaker moeite om uit te leggen waarom de noodzaak aan intellectuele prestaties, het arbeidersstatuut niet in de weg staat.

Zo stelde de Arbeidsrechtbank van Bergen "*que tout travail, à moins qu'il ne soit complètement machinal, demande quelque réflexion; que cela ne signifie pas qu'il puisse automatiquement s'agir d'un travail intellectuel*"⁵.

1 BS 14 maart 1900.

2 BS 16 augustus 1922.

3 Zo stelde het arbeidshof te Brussel dat een dienstster in een restaurant beschouwd moet worden als een arbeidster (Arbh. Brussel 2 september 1993,

TSR 1993, 92) terwijl het arbeidshof te Luik een verkoopster van groenten en fruit kwalificeerde als bediende (Arbh. Luik 10 januari 1996, JTT 1997, 138).

4 Cass. 10 maart 1980, JTT 1982, 122.

5 Arbrb. Bergen 7 oktober 1990, JTT 1991, 235 uit M. SIMON, "Arbeiders en bedienden: de getolereerde discriminatie" in Claeys & Engels (ed.), *De arbeidsovereenkomstenwet na 30 jaar... anders bekeken*, Gent, Larcier, 2008, 1.

II. De vroegere stelling van het Grondwettelijk Hof

4. Het duurde dan ook niet lang voor men de grondwettelijkheid van het criterium "handarbeid" versus "hoofdarbeid" in vraag ging stellen als objectief en redelijk criterium ter rechtvaardiging van een verschillende behandeling tussen twee groepen werknemers. In 1992 werd in die zin een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof. Dit resulteerde in een merkwaardige stellingname van het toenmalige Arbitragehof waarbij het Hof stelde dat het onderscheid tussen arbeiders en bedienden weliswaar niet langer objectief en redelijk verantwoord was, maar *in casu* geen aanleiding gaf tot een schending van het gelijkheidsbeginsel: "het feit dat het onverantwoord zou zijn thans een dergelijk onderscheid in te voeren, is niet voldoende om de plotse afschaffing ervan te rechtvaardigen"⁶. Het Grondwettelijk Hof verkoos met andere woorden op dat moment het pad van de geleidelijke toenadering tussen de statuten van arbeiders en bedienden boven de plotse afschaffing van het onderscheid.

5. Deze stelling werd herhaald door het Grondwettelijk Hof op 21 juni 2001⁷ toen het moest oordelen over de prejudiciële vraag of artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat een bescherming voorziet voor arbeiders tegen willekeurig ontslag, artikel 10 en 11 van de Grondwet schendt door het verschil in behandeling tussen bedienden en arbeiders. Hier werd geoordeeld dat artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet geen ongelijkheid met zich meebrengt maar veeleer een verschil in behandeling is dat een ander verschil moet compenseren, namelijk dat inzake de opzeggingstermijnen de bedienden bevoorrecht zijn.

III. De uitspraak van het Grondwettelijk Hof van 7 juli 2011

6. De problematiek kwam opnieuw aan bod toen de Arbeidsrechtbank te Brussel op 22 april 2010⁸ een nieuwe prejudiciële vraag stelde aan het Grondwettelijk Hof omtrent de schending van het gelijkheidsbeginsel door het verschil in behandeling tussen arbeiders en bedienden in de opzeggingsregeling van de Arbeidsovereenkomstenwet.

7. De betrokken werknemer eiste naast een vergoeding wegens willekeurig ontslag ook een aanvullende opzeggingsvergoeding ten belope van zes maanden loon, zonder daarbij zijn hoedanigheid als werkmán (arbeider) op zich ter discussie te stellen. De werknemer achtte een opzegtermijn van 28 dagen ruimschoots onvoldoende om een nieuwe, gelijkwaardige betrekking te vinden. Het feit dat een bediende geplaatst in dezelfde omstandigheden aanspraak kon maken op een veel hogere opzeggingsvergoeding, was volgens de werknemer in strijd met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

8. De werknemer nodigde de Arbeidsrechtbank te Brussel daarom uit een prejudiciële vraag over dit onderwerp aan het Grondwettelijk Hof te stellen. Eveneens stelde hij voor om een prejudiciële vraag te stellen omtrent de grondwettigheid van de carensdag voor arbeiders.

9. De Arbeidsrechtbank ging op dit verzoek in, wat merkwaardig kan genoemd worden aangezien het Grondwettelijk Hof in hogergenoemd arrest van 8 juli 1993 reeds tot de bevinding was gekomen dat

Het ontwerp Interprofessioneel akkoord voor de periode 2011-2012 mag dan al zijn verworpen door het ACLVB en het ABVV, het bevat veel stof tot nadenken omtrent de eenmaking van het arbeiders- en bediendenstatuut. De auteurs lichten het ontwerpakkoord toe met betrekking tot de voorgestelde ontslagregeling. Zij formuleren ook aanbevelingen waarvoor zij inspiratie vinden in het Oostenrijks model.

'abstract'

Bien que le projet d'Accord interprofessionnel pour la période 2011-2012 ait été rejeté par l'ACLVB et l'ABVV, il peut donner matière à réflexion à propos de l'unification du statut des ouvriers et des employés. Les auteurs commentent le volet «règlement de licenciement» du projet d'accord. Ils formulent aussi des recommandations inspirées par le modèle autrichien.

Bert THEEUWES en Sara BEUTELS, "Nieuwe ontslagregeling. (Voorlopige) aanzet tot eenmaking arbeiders- en bediendenstatuut?", *NjW* 2011, 670-680.

het verschil in behandeling qua opzegtermijn tussen arbeider en bediende het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet schendt.

10. De Arbeidsrechtbank was echter van oordeel dat de grondwettigheid van het onderscheid tussen arbeiders en bedienden *anno 2010* opnieuw ter discussie gesteld moet worden, gelet op het tijdsverloop sinds de uitspraak van het Grondwettelijk Hof van 8 juli 1993 zonder dat de wetgever erin geslaagd is de vooropgestelde harmonisatie van de statuten te bewerkstelligen.

11. Op 7 juli 2011⁹ deed het Grondwettelijk Hof vervolgens uitspraak over volgende prejudiciële vragen:

- Schenden de artikelen 59 en 82 van de Arbeidsovereenkomstenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre zij voorzien in een verschillende termijn voor de opzegging gegeven aan een arbeider of een bediende met beiden dezelfde anciënniteit?
- Schenden de artikelen 52 § 1 en 70 van de Arbeidsovereenkomstenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre, in tegenstelling tot de bediende met een overeenkomst voor onbepaalde duur wiens proeftijd is beëindigd, voor de arbeider die zich in dezelfde contractuele situatie bevindt, in geval van arbeidsongeschiktheid wegens een andere ziekte dan een beroepsziekte of wegens een ander ongeval dan een arbeidsongeval op de weg naar of van het werk één carensdag wordt geteld wanneer de arbeidsongeschiktheid geen veertien dagen duurt?

12. Vele wenkbrauwen fronsten toen het Grondwettelijk Hof besliste dat beide prejudiciële vragen positief dienden beantwoord te worden en het bijgevolg het onderscheid tussen arbeiders en bedienden ongrondwettig verklaarde.

13. Om tot deze ongrondwettigheid van het verschil in behandeling tussen arbeiders en bedienden te komen, baseert het Grondwettelijk Hof zich net als in 1993 op het feit dat de wetgever door het onderscheid tussen arbeiders en bedienden te doen steu-

6 Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 1993/56, *RW* 1993-94, 322; M. DE VOS, "Het Arbitragehof en het arbeidsrecht" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 89; X. HEYDEN, "À propos des différents délais de préavis fixés par les articles 59 et 82 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Le non-dits de la Cour d'arbitrage", *JTT* 1993, 392.

7 Arbitragehof 21 juni 2001, nr. 2001/84, *RW* 2001-02, 273, noot M. DE VOS: "De grondwettigheid van het onderscheid tussen arbeiders en bedienden: het Arbitragehof volhardt in de boosheid".

8 Arbrb. Brussel 22 april 2010, AR 13.229-08, onuitg.

9 GwH 7 juli 2011, nr. 2011/125.

De wetgever heeft slechts tot uiterlijk 8 juli 2013 om het verschil tussen arbeiders en bedienden volledig weg te werken.

nen op de hoofdzakelijk manuele of intellectuele aard van hun werk, verschillen in behandeling heeft ingevoerd op grond van een criterium dat de invoering ervan op dit ogenblik bezwaarlijk objectief en redelijk zou kunnen verantwoorden.

14. In tegenstelling tot in 1993 besluit het Grondwettelijk Hof op grond van deze zelfde vaststelling wel tot de ongrondwettigheid van de bestreden wettelijke bepalingen. Bijgevolg doet het Grondwettelijk Hof afstand van de afwachtende houding die het tot nu toe had aangenomen. Het doel van een geleidelijke harmonisatie van de statuten van arbeiders en bedienden verantwoordt niet langer dat sommige verschillen in behandeling nog geruime tijd kunnen worden behouden, waardoor een toestand van manifeste ongrondwettigheid zou worden bestendigd.

15. Het Grondwettelijk Hof zet deze uitspraak kracht bij door te verklaren dat de betrokken wetsbepalingen (artikel 52 § 1 en artikel 59 van de Arbeids-overeenkomstenwet) slechts gehandhaafd blijven totdat de wetgever nieuwe bepalingen aanneemt maar dat dit uiterlijk dient te gebeuren op 8 juli 2013. Hierdoor heeft de wetgever slechts tot uiterlijk 8 juli 2013 om het verschil tussen arbeiders en bedienden volledig weg te werken.

IV. Aanzet van de wetgever tot afschaffing van het verschil tussen arbeiders en bedienden

16. Hoe de wetgever het verschil tussen arbeiders en bedienden zal wegwerken blijft een groot vraagteken. Eén ding is echter zeker vanaf 8 juli 2013 bestaan er *de facto* geen arbeiders of bedienden meer.

17. Dat een onderscheid tussen werknemers op basis van het criterium van intellectuele- of handenarbeid niet langer verantwoord is, is algemeen aanvaard: de eensgezindheid verdwijnt echter wanneer het over concrete voorstellen gaat om het onderscheid weg te werken¹⁰.

18. Een van de belangrijke hinderpalen in de toenaadering tussen de twee statuten is traditioneel het grote verschil in opzegtermijn. De opzegtermijn van bedienden verminderen tot die voor de arbeiders lijkt niet aanvaardbaar voor de bedienden en hun vakorganisaties. Het omgekeerde zal op een verzet stoten van de werkgevers.

19. Met het voorstel tot inter-professioneel akkoord 2011-2012 (hierna: "IPA") werd echter reeds een belangrijke stap genomen naar de harmonisering tussen het statuut van arbeider en bediende.

20. De onderhandelingen van het IPA kende een turbulent verloop, maar op 18 januari bereikten de werknemers- en werkgeversafgevaardigden, de zogenaamde "Groep van 10", toch een akkoord. Eén van de grote verwezenlijkingen van het akkoord was met name het bereiken van eensgezindheid over de harmonisering van de statuten van arbeiders en bedienden. Meer bepaald bereikte men een prin-

ciepsakkoord over de harmonisering van de ontslagregeling.

21. Hoewel alle partijen het hadden over een historische doorbraak, werd het akkoord niet met tromgeroffel onthaald door de achterban van de respectievelijke partijen.

22. Alle betrokken werkgeversorganisaties keurden het IPA goed, alsook de bediende- en arbeiderscentrale van het ACV. Voor UNIZO en het UCM bevatte het IPA enkele belangrijke pluspunten, zoals de nieuwe ontslagregeling voor bedienden, die 2/3^e van de arbeidsmarkt vertegenwoordigen, waarbij op termijn een vermindering van 10% van de ontslagvergoeding in het vooruitzicht wordt gesteld. De arbeiders kregen weliswaar een hogere ontslagvergoeding, doch deze verhoging zou voornamelijk ten laste van de gemeenschap komen aangezien een deel van de ontslagvergoeding door de RVA zou worden gedragen.

23. Het ACLVB en het ABVV verwierpen echter het akkoord op 04 februari 2011. De toenadering tussen arbeiders en bedienden was voor hen onaanvaardbaar aangezien de inleveringen die de bedienden moesten doen niet in verhouding stonden tot de kleine verbeteringen aan het statuut van de arbeiders.

24. De hete aardappel werd vervolgens doorgeschoven naar de regering die aankondigde dat ze alles in het werk zou stellen om het IPA uit te voeren en die een bemiddelingsvoorstel lanceerde. Ook dit bemiddelingsvoorstel werd echter afgewezen door de ABVV en het ACLVB.

25. Uiteindelijk heeft de wetgever haar verantwoordelijkheid opgenomen en op 12 april 2011 de wet gestemd houdende aanpassing van de wet van 1 februari 2011 houdende de verlenging van de crisismaatregelen en de uitvoering van het inter-professioneel akkoord¹¹ (hierna "Wet").

26. In deze bijdrage zal toegespitst worden op de nieuwe individuele ontslagregeling voor arbeiders en bedienden en het proces tot eenmaking van beide statuten op dit gebied. Er zal een toelichting gegeven worden bij de nieuwe wettelijke regeling, waarbij zowel de verschillen met het IPA aan bod komen als de ideeën die in het IPA vervat zaten maar niet werden uitgewerkt door de wettelijke regeling en die rekening houdend met het recent arrest van het Grondwettelijk Hof misschien toch nog uitwerking krijgen in de toekomst.

V. De nieuwe wettelijke regeling

27. Na de turbulente discussies omtrent het IPA, stemde de wetgever op 12 april 2011 een wet tot uitvoering van het interprofessioneel akkoord en het Regeringscompromis¹² (hierna: "Wet"). Hierna zal deze uiteindelijke wettelijke regeling worden uiteengezet met de nadruk op de individuele ontslagregeling en zal worden toegelicht welke discrepanties er zitten tussen de Wet en het IPA.

A. Nieuwe opzegtermijn voor arbeiders

1. Wettelijke regeling

28. De Wet voorziet nieuwe opzegtermijnen voor de arbeiders. *De facto* worden de bestaande opzegtermijnen vermenigvuldigd met een coëfficiënt van 1,15 (of een verhoging van 15 %).

10 Voor een oproep tot afschaffing van het verschillende statuut voor arbeiders en bedienden zie: R. BLANPAIN, *Sire, zijn er domme werknemers in ons land?*, Brugge, die Keure, 2001; O. VANACHTER, "Het onderscheid tussen arbeiders en bedienden" in M. STROOBANTS en O. VANACHTER (eds.), *Honderd jaar arbeidsovereenkomstenwet*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 101; D. CUYPERS, "15 jaar grondwettelijke kritiek op het onderscheid tussen werklieden en bedienden. Stand van zaken", *Soc. Kron.* 2009, 357-362; L. DEAR, "La distinction entre employés et ouvriers a-t-elle encore un sens", *Soc. Kron.* 2009, 353-357.

11 BS 28 april 2011.

12 Wet van 12 april 2011 houdende aanpassing van de wet van 1 februari 2011 houdende verlenging van de crisismaatregelen en uitvoering van het interprofessioneel akkoord en tot uitvoering van het compromis van de Regering met betrekking tot het ontwerp van interprofessioneel akkoord, BS 28 april 2011.

29. De nieuwe opzegtermijnen voor de arbeidsovereenkomsten waarvan de overeengekomen uitvoering aanvangt vanaf 1 januari 2012, kunnen als volgt samengevat worden¹³:

Duur van de dienstprestatie	Opzegtermijn te geven door de werkgever	Opzegtermijn te geven door de werknemer
minder dan 6 maanden	28 dagen	14 dagen
6 maanden tot minder dan 5 jaar	40 dagen	14 dagen
5 jaar tot minder dan 10 jaar	48 dagen	14 dagen
10 jaar tot minder dan 15 jaar	64 dagen	14 dagen
15 jaar tot minder dan 20 jaar	97 dagen	14 dagen
20 jaar of meer	129 dagen	28 dagen

30. De Wet neemt hier als basis CAO nr. 75, waarvan sectoraal kan afgeweken worden, hetgeen in het overgrote deel van de sectoren gebeurde.

31. De mogelijkheid om af te wijken op sectoraal gebied blijft dus behouden en aan de sociale partners wordt de mogelijkheid gegeven hierover te onderhandelen voor 1 januari 2013. Indien geen akkoord kan worden gevonden, worden de sectorale opzegtermijnen die lager zijn dan de wettelijke opzegtermijnen vanaf 1 januari 2013 automatisch verhoogd met 15 %, zonder dat de hierboven vermelde opzegtermijnen zoals opgenomen in de Wet mogen overschreden worden¹⁴.

32. Concreet betekent dit dat bij het uitblijven van een sectoraal akkoord:

- voor de sectorale opzegtermijnen die hoger liggen dan de nieuwe wettelijke opzegtermijnen er niets wijzigt vanaf 1 januari 2013;
- voor de sectorale opzegtermijnen die lager liggen dan de nieuwe wettelijke regeling de opzegtermijnen vanaf 1 januari 2013 zullen verhogen met 15 %, met als absolute plafond de nieuwe wettelijke termijnen.

2. Verschillen met het IPA

33. De wettelijke regeling wijkt enigszins af van het IPA aangezien het IPA voor de periode van 2012 tot 2013 slechts een convergentiecoëfficiënt voorzag

van 1,1 of een verhoging van 10 % van de opzegtermijn voor de arbeiders. Voor de periode 2014-2015 werd er in het IPA in een convergentiecoëfficiënt voorzien van 1,15 of een verhoging van 15% van de opzegtermijn voor de arbeiders. Deze verhoging wordt *anno* 2012 reeds bereikt.

Langs de andere kant zal de convergentiecoëfficiënt die in het IPA werd vastgesteld voor de periode 2016-2017 van 1,2 of een verhoging van 20% van de opzeg van arbeiders niet bereikt worden.

B. Nieuwe opzegtermijnen voor bedienden

1. Wettelijke regeling

34. De Wet wijzigt niets aan de opzegtermijnen voor de bedienden met een jaarloon dat lager ligt dan 30.535 € (index 2011). De algemene regel van artikel 82 § 1 Arbeidsovereenkomstenwet waarbij een opzegging van drie maanden per begonnen schijf van 5 jaar dienst dient gegeven te worden, blijft van toepassing.

35. Voor de bedienden met een jaarloon dat hoger ligt dan 30.535 € (index 2011), bepaalt de Wet¹⁵ dat de duur van de opzegtermijn vast komt te liggen, waardoor het opportuniteitsoordeel van de rechter wegvalt voor deze categorie van bedienden. De Wet bevat bijgevolg de volgende opzegtermijnen voor de arbeidsovereenkomsten waarvan de overeengekomen datum van uitvoering ligt op of na 1 januari 2012:

Duur van de dienstprestatie	Opzegtermijn te geven door de werkgever	Opzegtermijn te geven door de werknemer
minder dan 3 jaar	91 dagen	45 dagen
3 jaar tot minder dan 4 jaar	120 dagen	45 dagen
4 jaar tot minder dan 5 jaar	150 dagen	45 dagen
5 jaar tot minder dan 6 jaar	182 dagen	90 dagen
minstens 6 jaar	30 dagen per begonnen jaar anciënniteit	90 dagen
minstens 10 jaar	30 dagen per begonnen jaar anciënniteit	135 dagen
minstens 15 jaar	30 dagen per begonnen jaar anciënniteit	135 dagen of 180 dagen voor bedienden met een jaarloon > 61 071€

¹³ Art. 11 Wet 12 april 2011 tot uitvoering van het interprofessioneel akkoord en het Regeringscompromis.

¹⁴ Art. 13 Wet 12 april 2011 tot uitvoering van het interprofessioneel akkoord en het Regeringscompromis.

¹⁵ Art. 27 § 1 Wet 12 april 2011 tot uitvoering van het interprofessioneel akkoord en het Regeringscompromis.

36. Voor een opzegging die betekend wordt door de werkgever vanaf 1 januari 2014 worden onderstaande licht afwijkende opzegtermijnen voorzien terwijl de opzegtermijnen die in acht dienen genomen te worden door de werknemers behouden blijven:

Duur van de dienstprestatie	Opzegtermijn te geven door de werkgever	Opzegtermijn te geven door de werknemer
minder dan 3 jaar	91 dagen	45 dagen
3 jaar tot minder dan 4 jaar	116 dagen	45 dagen
4 jaar tot minder dan 5 jaar	145 dagen	45 dagen
5 jaar tot minder dan 6 jaar	182 dagen	90 dagen
minstens 6 jaar	29 dagen per begonnen jaar anciënniteit	90 dagen
minstens 10 jaar	29 dagen per begonnen jaar anciënniteit	135 dagen
minstens 15 jaar	29 dagen per begonnen jaar anciënniteit	135 dagen of 180 dagen voor bedienden met een jaarloon > 61.071€

37. Voor bedienden met een jaarloon dat hoger ligt dan 61.071 € (index 2011) mogen de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijnen wel nog steeds worden vastgelegd in een overeenkomst, gesloten ten laatste op het ogenblik van de indienstreding. De opzegtermijnen mogen wel niet lager liggen dan de minimumtermijnen van de bedienden met een jaarlijks inkomen lager dan 30.535 € (index 2011), namelijk drie maanden per begonnen schijf van 5 jaar anciënniteit.

2. Verschillen met het IPA

38. De nieuwe opzegtermijn van de hogere bedienden is duidelijk geïnspireerd door het IPA. Het IPA stelde immers reeds voor de bedienden met een jaarloon dat hoger ligt dan 30.535 € (index 2011) een opzegtermijn van één maand per begonnen jaar anciënniteit toe te kennen met een minimum van 3 maanden (buiten de proeftijd).

39. De mogelijkheid om de opzeggingstermijn om te zetten in een uit te keren opzeggingsvergoeding werd onbesproken gelaten in het IPA, evenals het verschil in opzeg dat gerespecteerd moet worden door werkgevers indien zij de opzegging van de arbeidsovereenkomst betekenen vanaf 1 januari 2014.

3. Aanvullende opmerkingen

40. Bij de nieuwe regeling voor de hogere bedienden valt het op dat de beoordeling door de rechter, voorzien in artikel 82 §3 van de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, wordt afgeschaft. Praktisch gezien betekent dit dat zal worden afgestapt van de statistische berekeningsformules die kunnen wor-

den gebruikt als richtlijn bij het bepalen van de opzegtermijn, waarbij de meest gebruikte formule de formule *Claeys* is.

41. De afschaffing van de formule *Claeys*, die soms tot hallucinante resultaten leidt voor bedienden met een zeer hoog inkomen en een hoge anciënniteit, was reeds eerder vurig bepleit¹⁶.

42. De formule *Claeys* wordt nu dus vervangen door het toekennen van bovenvermelde vaste opzegperiodes waarbij 30 dagen per begonnen jaar anciënniteit wordt toegekend voor bedienden met minstens 6 jaar anciënniteit (voor de opzegging betekend vanaf 2014 wordt dit 29 dagen per begonnen jaar anciënniteit), hetgeen in bepaalde rechtsgebieden reeds geruime tijd een gangbare praktijk was.

43. Deze methode leidt doorgaans tot een iets lager resultaat van de opzegtermijn dan de formule *Claeys* voor personen met een relatief hoog inkomen en hoge anciënniteit¹⁷. Voor personen met een lage anciënniteit maar hoog jaarlijks inkomen levert deze nieuwe werkwijze een aanzienlijke lagere opzegtermijn op¹⁸. Op deze manier wordt resoluut gekozen om anciënniteit te belonen.

44. Door deze regeling worden eveneens de verschillen in de rechtspraak van de verschillende rechtsgebieden weggewerkt. Het is immers een publiek geheim dat bepaalde arbeidsrechtbanken de formule *Claeys* getrouw toepassen en dat andere meer geneigd zijn om vooral de anciënniteit te honoreren. Dit leidt soms tot scheeftrekkingen tussen verschillende rechtsgebieden of zelfs tot zogenaamd *forum shopping*. Bedienden of handelsvertegenwoor-

16 H. BUYSSENS, "Formule Claeys: geïnstitutionaliseerde rechtsweigering", in X (ed.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familierecht. Huldeboek voor Mr. Jos Van Goethem*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 33; verder werd er door bepaalde rechtbanken kritiek uitgeoefend op de toepassing van de formule *Claeys* aangezien deze geen rekening houdt met subjectieve elementen eigen

aan de zaak: Arbrb. Brussel 17 maart 1982, *JTT* 1983, 103; Arbrb. Antwerpen 26 februari 1985, *Inf. Soc. Secr.* 1985, afl. 13, z.p.

17 Bijv.: een bediende met een leeftijd van 41 jaar, 20,5 jaar anciënniteit en een jaarlijks brutoloon van 118.000,- euro heeft volgens de formule *Claeys* recht op een opzegtermijn van 23 maanden; terwijl deze persoon slechts recht heeft op 21 maanden

volgens de nieuwe methode.

18 Bijv.: een bediende met een leeftijd van 40 jaar, 2,5 jaar anciënniteit en een jaarlijks inkomen van 118.000,- euro heeft volgens de formule *Claeys* recht op een opzegtermijn van 7 maanden, terwijl deze persoon slechts recht heeft op 91 dagen volgens de nieuwe methode.

digers die cliënteel bezoeken of werkzaam zijn op verschillende locaties kunnen immers hun vordering aanhangig maken bij de arbeidsrechtbank van elk arrondissement waar zij ooit werkzaam geweest zijn op basis van artikel 627, 9° Gerechtelijke Wetboek. Zij stellen bijgevolg hun vordering in bij die arbeidsrechtbank die een voordeligere methode hanteert bij de berekening van de opzegtermijn¹⁹.

C. Mogelijkheid tot betaling opzeggingsvergoeding

1. Wettelijke regeling

45. De mogelijkheid tot betaling van een vervangende opzeggingsvergoeding, zoals nu voorzien in de Arbeidsovereenkomstenwet van 03.07.1978, blijft expliciet behouden door de Wet²⁰.

46. De Wet verduidelijkt wel dat de bepaling van het dagloon voor de bedienden met een loon hoger dan 30.535 € (index 2011) dat nodig is om de opzeggingsvergoeding te berekenen die verschuldigd is, gebeurt door het lopend maandloon te vermenigvuldigen met 3 en te delen door 91.

47. De Wet stelt dat het lopend maandloon alle voordelen verworven krachtens de overeenkomst omvat, hetgeen impliceert dat de principes inzake de vaststelling van het basis bruto jaarloon dezelfde blijven, namelijk de optelling van het lopend loon en alle voordelen verworven krachtens de overeenkomst.

48. De praktische berekening van de opzeggingsvergoeding verloopt dan als volgt:

- De berekening van het jaarloon door middel van het lopende loon en alle voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst mee te rekenen ;
- Het jaarloon delen door 12 om het gemiddelde maandloon te verkrijgen;
- Vervolgens het maandloon met 3 vermenigvuldigen en door 91 delen om zo het dagloon te bekomen.

2. Verschillen met het IPA

49. Het IPA bevat geen bepaling omtrent de berekening van het dagloon van de bedienden met een loon hoger dan 30.535 € (index 2011), aangezien het IPA een regeling bevatte waarbij de opzegtermijnen werden uitgedrukt in maanden (namelijk 1 maand opzeg per begonnen jaar anciënniteit werd toegekend met een minimum van 3 maanden voor be-

Hoewel met het IPA en de huidige wettelijke regeling er van een eenmaking nog geen sprake is, kan men toch stellen dat een eerste aanzet naar een harmonisatie van beide statuten is gemaakt.

dienden met een loon hoger dan 30.535 € (index 2011)). Hierdoor was het niet aan de orde om de berekening van het dagloon op te nemen in het IPA.

3. Aanvullende opmerkingen

50. Om de berekening van het jaarloon te vergemakkelijken, stelt de Wet²¹ uitdrukkelijk dat wanneer het lopend maandloon geheel of gedeeltelijk veranderlijk is, voor het veranderlijke gedeelte het gemiddelde genomen wordt van de twaalf voorafgaande maanden.

51. De regeling verschilt van sommige rechtspraak die rekening hield met een langere periode dan 12 maanden²² voor de berekening van het variabele loon. Hiermee wordt dus een analoge regeling ingevoerd als deze van artikel 131 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat voor de toepassing van bepaalde artikelen in de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat commissielonen en de veranderlijke verdiensten worden berekend naar het loon van de 12 voorafgaande maanden.

D. Ontslaguitkering ten laste van de RVA

1. Wettelijke regeling

52. De Wet voorziet in een ontslaguitkering²³ ten laste van de RVA in het geval van een ontslag van een arbeiders of werknemer verbonden met een arbeidsovereenkomst dienstencheques of een arbeidsovereenkomst voor dienstboden. De ontslaguitkering valt volledig ten laste van de RVA en er wordt een onderscheid gemaakt tussen twee verschillende situaties, namelijk enerzijds een ontslag dat valt onder de huidige regeling en anderzijds een ontslag dat valt onder de nieuwe regeling (voor arbeidsovereenkomsten waarvan de overeengekomen datum van uitvoering aanvangt vanaf 1 januari 2012).

53. Het bedrag van de ontslaguitkering wordt als volgt bepaald:

Anciënniteit	Ontslag onder bestaande regeling	Ontslag onder nieuwe regeling
Minder dan 5 jaar	1.250 €	1.250 €
5 jaar tot minder dan 10 jaar	2.500 €	1.250 €
10 jaar of meer	3.750 €	1.250 €

19 Voor rechtsleer die contra deze regelgeving pleit zie: R. DE CORTE, "De bevoegdheid *ratione loci* van de arbeidrechtbanken" in M. DE STORME (ed.), *Sociaal procesrecht*, Mechelen, 2008, 63; G. VAN LIMBERGHEN, *Sociaal procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 142; J. LAENENS, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 31.

20 Art. 27 § 5 Wet 12 april 2011 tot uitvoering

van het interprofessioneel akkoord en het Regeringscompromis.

21 Art. 28 Wet 12 april 2011 tot uitvoering van het interprofessioneel akkoord en het Regeringscompromis.

22 Cass. 6 april 1967, *Pas.* 1967, I, 920 (hier werd het gemiddelde van het variabele loon berekend over 5 jaar); Arbh. Luik 28 juni 2007, *JTT* 2008, 2 (hier werd

het gemiddelde van het variabele loon berekend over 5 jaar); Arbh. Brussel 21 december 2007, *JTT* 2008, afl. 1003, 145 (hier werd het gemiddelde van het variabele loon berekend over 2 jaar); Cass. 24 oktober 2005, *JTT* 2006, 183.

23 Art. 38-40 Wet 12 april 2011 tot uitvoering van het interprofessioneel akkoord en het Regeringscompromis.

54. De ontslaguitkering is echter niet verschuldigd in bepaalde gevallen (naar analogie met de bestaande crisispremie), namelijk:
- Bij een ontslag om dringende redenen;
 - Bij een ontslag tijdens de proefperiode;
 - Bij een ontslag met het oog op pensionering of brugpensioen;
 - Indien de werknemer een anciënniteit van minder dan 6 maanden heeft bij de onderneming;
 - In het geval van herstructurering waarbij de RVA een deel van de inschakelingsvergoeding terugbetaalt aan de werkgever.

55. Bovendien is de ontslagvergoeding slechts éénmaal per kalenderjaar verschuldigd naar aanleiding van het ontslag bij eenzelfde werkgever.

2. Verschillen met het IPA

56. Deze RVA-premie is duidelijk geïnspireerd op het IPA. Net zoals de Wet bevatte het IPA een modulering van de premie in functie van nieuwe en bestaande overeenkomsten. De Wet verduidelijkt echter dat, in tegenstelling tot het IPA, de ontslaguitkering niet alleen van toepassing is op de arbeiders maar ook op de werknemers verbonden met een arbeidsovereenkomst dienstcheques of een arbeidsovereenkomst voor dienstboden

E. Aanpassing anciënniteit voor uitzendkrachten

1. Probleemstelling

57. De problematiek van de anciënniteit van de uitzendkrachten bestaat erin dat goede uitzendkrachten vaak na het aflopen van hun interimopdracht een arbeidsovereenkomst krijgen aangeboden door de voormalige gebruiker, waarbij geen rekening wordt gehouden met hun anciënniteit opgebouwd tijdens hun tewerkstelling als uitzendkracht. Bovendien kan in deze arbeidsovereenkomst ook nog een proefbeding worden ingelast aangezien er geen twijfel over kan bestaan dat de werkgever als uitzendkracht en de nieuwe werkgever, de vroegere gebruiker, verschillend zijn.

58. De meerderheid van de arbeidsgerechten oordeelt dan ook dat het inlassen van dergelijke proefbedingen na een voorafgaandelijke tewerkstelling in de onderneming als uitzendkracht mogelijk is²⁴ niettegenstaande de vaststelling dat de werkgever reeds langere tijd vertrouwd is met de kwaliteiten van de werknemer in kwestie.

2. Wettelijke regeling

59. Aan deze praktijken wordt nu een einde gemaakt door de wetgever. Artikel 14 en artikel 27 § 4 van de Wet voorziet immers in de toekenning van een bijkomende anciënniteit voor uitzendkrachten (zowel arbeiders als bedienden) die bij een gebruiker in dienst treden. De beperkingen waaronder deze anciënniteit wordt toegekend:

- Maximaal 1 jaar bijkomende anciënniteit kan worden toegekend;
- De aanwerving volgt onmiddellijk of met een onderbreking van maximum 7 dagen op de periode van uitzendarbeid;
- De vroegere periode van uitzendarbeid moet ononderbroken zijn. Periodes van inactiviteit van 7 dagen of minder gelden als een periode van tewerkstelling als uitzendkracht;

- De aanwerving gebeurt voor dezelfde functie als deze die de werknemer voordien als gebruiker uitoefende.

3. Verschillen met het IPA

60. Het IPA bevat dezelfde bovenvermelde principes omtrent de toekenning van een bijkomende anciënniteit aan uitzendkrachten. De Wet specificeert wel dat er enkel een bijkomende anciënniteit wordt toegekend indien de opzegging door de werkgever wordt gegeven, hetgeen niet expliciet voorzien was in het IPA.

F. Regeling in de tijd

1. Wettelijke regeling

61. De nieuwe opzegtermijnen voor de arbeiders en bedienden zijn van toepassing op de arbeidsovereenkomsten waarvan de overeengekomen datum van uitvoering aanvangt vanaf 1 januari 2012.²⁵

62. De Wet voorziet bovendien een regeling van de hypothese waarbij de arbeidsovereenkomst van een werknemer, waarvan de overeengekomen datum van uitvoering aanvangt vanaf 1 januari 2012, voorafgegaan werd door een andere arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen die voor 1 januari 2012 haar begin van uitvoering kende. In dit geval blijft de oude ontslagregeling van toepassing indien er een onderbreking van tewerkstelling geweest is van maximum zeven dagen. Als er tussen deze twee overeenkomsten een onderbreking is van meer dan zeven dagen, dan zullen de nieuwe bepalingen van toepassing zijn. Dit betekent in de praktijk dat er zich verschillende situaties kunnen voordoen, waarbij het cruciaal is na te gaan of de vorige arbeidsovereenkomst haar uitvoering kende voor 1 januari 2012 en hoeveel dagen onderbreking er is tussen de verschillende arbeidsovereenkomsten.

- Voorbeeld 1: arbeidsovereenkomst van 1 maart 2011 tot en met 31 maart 2012 + arbeidsovereenkomst van 1 april 2012 voor onbepaalde duur: de oude regeling blijft van toepassing
- Voorbeeld 2: arbeidsovereenkomst van 1 maart 2011 tot en met 31 maart 2012+ arbeidsovereenkomst van 5 april 2012 voor onbepaalde duur: de oude regeling blijft van toepassing
- Voorbeeld 3: arbeidsovereenkomst van 1 maart 2011 tot en met 23 maart 2012+ arbeidsovereenkomst van 1 april 2012 voor onbepaalde duur: de nieuwe regeling is van toepassing.

2. Verschillen met het IPA

63. Het IPA maakt gebruik van een tweestappenplan, bestaande uit een eerste luik dat een aanvang zou nemen begin 2012 (de zogenaamde voorlopige regeling) en een luik dat tegen eind 2012 definitief diende te worden uitgewerkt (de zogenaamde definitieve regeling).

64. De voorlopige regeling bevat maatregelen met betrekking tot de opzegtermijnen, de convergentiecoëfficiënten, de modulering van de crisispremie in een RVA premie en de problematiek van de anciënniteit van de uitzendkrachten, zoals hierboven besproken. Op welke overeenkomsten de voorlopige regeling van toepassing zou zijn (vb. de overeenkomsten waarvan de overeengekomen datum van uitvoering na 1 januari 2012 ligt of de overeenkomsten die ondertekend zijn na 1 januari 2012) werd niet verder uitgediept in het IPA.

²⁴ Arbh. Luik 20 december 2001, *Soc.Kron.* 2003, 239; Arbh. Bergen 7 maart 2006, *JTT* 2006, 333; Arbh. Brussel 16 oktober 2007, *JTT* 2008, 125; Arbh. Brussel 6 maart 2009, *JTT* 2009, 301; Contra: Arbh. Luik 23 januari 2007, *JTT* 2007, 201 (hier werd geoordeeld dat een proefbeding in een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur na een tewerkstelling als uitzendkracht voor dezelfde functies en met hetzelfde loon, bij gebreke van wettig voorwerp nietig is).

²⁵ Art. 11 en 26 Wet 12 april 2011 tot uitvoering van het interprofessioneel akkoord en het Regeringscompromis.

VI. Wat het IPA nog te bieden had maar niet werd uitgewerkt

65. Het IPA stelt dat voortbouwend op de eerste fase (die zijn ingang zou vinden vanaf 2012), tegen eind 2012 een definitieve regeling moest worden uitgewerkt. Het IPA bevat reeds enkele krijtlijnen van deze definitieve regeling. De Wet werkte deze definitieve regeling echter niet verder uit en liet de initiatieven om tot een definitieve regeling te komen zoals vermeld in het IPA een stille dood sterven. Gelet op het feit dat de wetgever voor 8 juli 2013 het onderscheid tussen arbeiders en bedienden volledig zal moeten wegwerken (rekening houdend met het arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 juli 2011) en dat de krijtlijnen van de definitieve regeling uit het IPA enkele innoverende ideeën bevatten met betrekking tot de individuele ontslagregeling, bespreken wij deze in onderstaande paragraaf.

66. De definitieve regeling van het IPA zou in hoofdzaak worden gebaseerd op onderstaande uitgangspunten:

- de ontslagbescherming zou bestaan uit drie componenten;
- de koppeling van deze drie componenten aan de anciënniteit van de werknemer;
- de actualisering van artikel 63 van de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978.

A. De ontslagbescherming die bestaat uit drie componenten

67. De ontslagbescherming zou bestaan uit drie componenten:

- een te presteren opzegtermijn, tenzij de werkgever kiest voor de uitbetaling van de opzeg;
- een deel niet te presteren opzegtermijn; en
- een RVA vergoeding.

68. De totaliteit van deze drie componenten "zal aan nader af te spreken grenzen onderhevig zijn" aldus het IPA.

69. De hier voorgestelde ontslagbescherming is een nieuw concept in ons arbeidsrecht. Een reglementering waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen een deel te presteren opzeg, zijnde component één, en een deel niet te presteren opzeg, zijnde component twee, vinden we eveneens terug in de Luxemburgse arbeidsreglementering²⁶. De derde component, het toekennen van een RVA vergoeding, vinden we reeds terug in de voorlopige regeling van het IPA voor de arbeiders maar zou in deze definitieve regeling veralgemeend worden voor arbeiders en bedienden.

B. De koppeling van deze drie componenten aan de anciënniteit van de werknemer

70. De drie componenten worden vervolgens gekoppeld aan de anciënniteit van de werknemer. Zo heeft de werknemer tijdens de eerste zes maanden in de onderneming enkel recht op component één, zijnde een te presteren opzegtermijn. Tijdens de tweede periode van zes maanden heeft hij recht op component één (een te presteren opzegtermijn) en component twee (een niet te presteren opzegtermijn).

Vanaf het tweede jaar anciënniteit komt er vervolgens een progressieve opbouw op basis van de drie componenten.

Om een inflatie van deze componenten tegen te gaan, door bijvoorbeeld cumulatieve verhogingen of dubbel gebruik op basis van andere collectieve regelingen, zullen sectorale en inter-professionele ver-

hogingen worden afgeschaft of verrekend met de nieuwe componenten.

C. Actualisering van artikel 63 van de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978

71. Het IPA stelt voorop dat er in de definitieve regeling een actualisering zou moeten komen van artikel 63 van de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978.

72. Dit artikel bepaalt:

"Onder willekeurige afdanking wordt, voor de toepassing van dit artikel, verstaan, het ontslag van een werkman die is aangeworven voor een onbepaalde tijd, om redenen die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werkman of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst.

Bij betwisting behoort het aan de werkgever het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen. Onverminderd artikel 39, § 1, zal de werkgever die een voor een onbepaalde tijd aangeworven werkman op willekeurige wijze afdankt, aan deze werkman een vergoeding moeten betalen die overeenstemt met het loon van zes maanden, behalve indien een andere vergoeding is vastgesteld door een door de Koning algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst."

73. Enige reden voor actualisering of in welke zin de actualisering van dit artikel dient te gebeuren, vermeldt het IPA niet.

74. Afgaande op de verklaringen van de sociale partners zou de actualisering neerkomen op een uitbreiding van de bescherming tegen willekeurig ontslag naar de bedienden.

Het gebruik van de term "actualisering" suggereert echter dat het artikel niet meer aangepast zou zijn aan de huidige sociale of juridische context en verdient enige toelichting.

75. De vraag naar aanpassing of actualisering van deze bepaling heeft alles te maken met de vraag van de werknemersorganisaties om een motiveringsverplichting bij ontslag in te voeren en om bijgevolg de ontslagmacht van de werkgever aan banden te leggen.

76. Ontslagmacht kan begrepen worden als de mogelijkheid voor partijen bij een arbeidsovereenkomst om ten alle tijden, om eender welke reden en op eender welke wijze te beëindigen²⁷. In de huidige stand van het arbeidsrecht moet het ontslag dat van een werkgever uitgaat en dat verband houdt met het gedrag van de werknemer of diens geschiktheid, behoudens andersluidende wettelijke bepaling²⁸, niet gemotiveerd worden.

77. De werknemersorganisaties zijn reeds decennia lang vragende partij om deze ontslagmacht meer aan banden te leggen en om een motiveringsplicht in te voeren bij elk ontslag door de werkgever.

78. De grondslag van deze motiveringsplicht kan worden teruggevonden in Verdrag nr. 158 van de Internationale Arbeidsorganisatie (hierna "IAO Verdrag") dat betrekking heeft op de beëindiging van de arbeidsrelatie door de werkgever²⁹. Artikel 4 van het IAO Verdrag voorziet dat de beëindiging van de arbeidsrelatie door de werkgever niet mag plaatsvinden zonder dat daarvoor een geldige reden is. Artikel 7 van het IAO Verdrag bepaalt dat in geval van beëindiging van de door de werkgever wegens redenen die verband houden met zijn gedrag of werkzaamheden, de werknemer de kans moet hebben

26 De wet van 31 juli 2006 waarbij het Luxemburgse Arbeidswetboek werd geïntroduceerd gaat uit van het systeem waarbij in een te presteren opzegtermijn wordt voorzien, en in een (niet te presteren) ontslagvergoeding wordt voorzien indien de werknemer meer dan 5 jaar anciënniteit heeft. Een werkgever met minder dan 20 werknemers kan het niet te presteren gedeelte echter omzetten in een aanvullend te presteren gedeelte.

27 K. SALOMEZ, "De rechtspositie van de ontslagmacht", in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 7*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 321.

28 Zoals bijv. het geval is bij een ontslag om dringende reden op basis van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet

29 ILO Convention 158, Termination of Employment Convention (1982), www.ilo.int.

om zich te verdedigen. Hieruit zou een motiveringsplicht vloeien aangezien de werknemer zich niet kan verdedigen indien hij niet weet welke aantijgingen tegen hem worden aangevoerd³⁰. Het IAO Verdrag werd door België echter niet geratificeerd.

79. Eenzelfde redenering vinden we terug in artikel 24 van het herziene Europees Sociaal Handvest, gesloten op 3 mei 1996 te Straatsburg. Artikel 24 bevat de volgende twee basisprincipes:

- Werknemers mogen enkel ontslagen worden om een geldige reden, namelijk een reden die verband houdt met hun geschiktheid of hun gedrag of die steunt op de behoeften inzake de werking van de onderneming;
- De werknemers die zonder geldige reden werden ontslagen hebben recht op een afdoende vergoeding of een andere passende vorm van schade-loosstelling. Daartoe moet een werknemer die meent ontslagen te zijn zonder een geldige reden het recht hebben om bij een onpartijdig orgaan beroep aan te tekenen.

80. Hoewel het herziene Europees Sociaal Handvest door België werd geratificeerd op 2 maart 2004³¹, werden sommige artikels uitdrukkelijk van ratificatie uitgesloten, zoals het bewuste artikel 24, en dit specifiek om een motiveringsplicht bij ontslag tegen te gaan.

81. Bepaalde rechtsleer³² is echter van mening dat sinds het Verdrag Van Lissabon, dat het Handvest van grondrechten van de Europese Unie (hierna "Handvest") verheft tot een juridisch bindende tekst, een uitdrukkelijke motiveringsplicht voor werkgevers bij een ontslag in het Belgisch arbeidsrecht werd geïntroduceerd.

82. De redenering gaat als volgt: Artikel 30 van het Handvest stelt dat "*Iedere werknemer overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken recht [heeft] op bescherming tegen iedere vorm van kennelijk onredelijk ontslag*". Aangezien artikel 30 van het Handvest geïnspireerd is op artikel 24 van het herziene Europees Sociaal Handvest, zou artikel 30 van het Handvest op dezelfde wijze als artikel 24 van het herziene Europees Sociaal Handvest dienen geïnterpreteerd te worden. Zelf is artikel 24 van het herziene Europees Sociaal Handvest geïnspireerd op het IAO Verdrag, hetgeen tot gevolg zou hebben dat artikel 24 zo veel mogelijk op dezelfde wijze begrepen dient te worden als het IAO Verdrag en dat hieruit een verplichte hoorprocedure en motiveringsplicht zou voortvloeien.

83. Deze redenering gaat volgens ons te ver. Hoewel redelijkerwijze aangenomen kan worden dat het IAO Verdrag als inspiratiebron diende voor artikel 24 van het herziene Europees Sociaal Handvest dat op zijn beurt als inspiratiebron diende van artikel 30 van het Handvest, kan uit de bewoordingen van artikel 30 van het Handvest niet worden afgeleid dat een bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag een algemene voorafgaande motiveringsplicht met zich mee zou brengen³³.

84. De tekst van artikel 30 van het Handvest stelt enkel dat een recht op bescherming dient geboden te worden tegen iedere vorm van kennelijk onredelijk ontslag.

De Belgische wetgever heeft in dergelijke bescherming voorzien voor de arbeiders in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet en voor de bedienden in de figuur van het rechtsmisbruik, zoals bevestigd in de voorbereidende werken van de Arbeidsovereenkomstenwet³⁴ en meer recentelijk door het Grondwettelijk Hof³⁵.

85. Het Hof van Cassatie bevestigt in haar arrest van 22 november 2010³⁶ bovendien uitdrukkelijk dat het verbod van willekeurig ontslag, zoals vervat in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, een verbod van kennelijk onredelijk ontslag inhoudt. Dat het Hof van Cassatie in haar arrest de term "kennelijk onredelijk ontslag" gebruikt, zijnde de terminologie die we terugvinden in artikel 30 van het Handvest, is nochtans niet voor de hand liggend. In haar motivering stelt het Hof immers dat "*uit de wetsgeschiedenis volgt dat de regeling van de willekeurige afdanking het verbod van kennelijk onredelijk ontslag inhoudt*". Deze wetsgeschiedenis werd met name voor het hof uiteengezet in de conclusie van de advocaat-generaal die weliswaar de wetsgeschiedenis weergaf, maar op geen enkel moment de terminologie "kennelijk onredelijk ontslag" gebruikte.

86. Het gebruik van de terminologie "kennelijk onredelijk ontslag" door het Hof van Cassatie vindt dan ook, bij uitsluiting van andere bronnen, mogelijkwijze haar oorsprong in artikel 30 van het Handvest. Deze vraag is niet zonder belang. Artikel 30 van het Handvest suggereert immers een restrictieve interpretatie door gebruik van het woord "kennelijk". Deze woordkeuze in de Nederlandstalige tekst van het Handvest berust echter op een ongelukkige vertaling van de tekst waar vermoedelijk werd teruggegrepen naar een bepaling uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek dat het heeft over een opzeg die "kennelijk onredelijk" is³⁷. Het Handvest doelt in feite op elk "ongerechtvaardigd ontslag". In andere talen vinden we immers geen gelijkaardig adjectief en gaat het duidelijk over de rechtvaardiging van het ontslag eerder dan de redelijkheid ervan. In het Frans heeft men het bijvoorbeeld over een "licencement injustifié", in het Engels over een "unjustified dismissal" en in het Duits over een "ungerechtfertigte Entlassung". Hieruit volgt dat indien het Hof van Cassatie een gelijkaardige terminologie wilde bezigen voor de interpretatie van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet en artikel 30 van het Handvest, het toepassingsgebied van artikel 63 wel eens zeer ruim zou kunnen worden. Een bescherming tegen elk ongerechtvaardigd ontslag impliceert immers dat elk ontslag gerechtvaardigd moet kunnen worden, hetgeen veel verder gaat dan een rechtsmiddel dat bescherming biedt tegen kennelijk onredelijk ontslag. Voor de goede orde past het hier echter om op te merken dat deze conclusies voorlopig op zijn minst gezegd voorbarig zijn: de term kennelijk onredelijk ontslag werd in de officiële Franse tekst van het arrest vertaald als "licencie-

30 L. MONSÉREZ, "Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?", *Or.* 2010, afl. 4, 97.

31 Wet 15 maart 2002 houdende instemming met het herziene Europese Sociaal Handvest, *BS* 10 mei 2004, 37404.

32 L. MONSÉREZ, "Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?", *Or.* 2010, afl. 4, 102.

33 Bovendien is de directe werking van art. 30 Handvest niet alleen zeer controversieel, maar indien het artikel al directe werking zou hebben (wat zou impliceren dat de bewoordingen voldoende precies en duidelijk zijn) zou deze directe werking niet kunnen impliceren dat hieruit een algemene voorafgaande motiveringsplicht zou volgen: een grondige analyse hieromtrent valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.

34 *Parl. St.*, 1968-69, 270, p. 43.

35 Arbitragehof 21 juni 2001, nr. 2001/84, *RW* 2001-02, 272, noot M. De Vos

36 Cass. 22 november 2010, AR S.09.0092.N.

37 Voor een meer diepgaande bespreking, zie L. MONSÉREZ, "Het verdrag van Lissabon: een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever?", *Or.* 2010, afl. 4, 105.

ment pour des motifs manifestement déraisonnables" en niet "licenciement injustifié" zoals in het Handvest⁸.

87. In het licht van een "actualisering" van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, die volgens de sociale partners in ieder geval een uitbreiding naar de bedienden zou impliceren, zal zich dus de vraag stellen wat men in de toekomst zal dienen te verstaan onder "onwillekeurig ontslag" en welke impact dit zal hebben op de ontslagmacht van de werkgever.

VII. Een blik op de toekomst

88. Met de eenmaking van het statuut van arbeiders en bedienden zijn de sociale partners een ambitieuze uitdaging aangegaan.

89. Hoewel met het IPA en de huidige wettelijke regeling er van een eenmaking nog geen sprake is, kan men toch stellen dat een eerste aanzet naar een harmonisatie van beide statuten is gemaakt. De ware doorbraak lijkt ons immers dat het harmoniseringsproces in gang is gezet en net dat is de eerste noodzakelijke stap in de richting van een echte eenmaking.

90. In dit proces zullen creatieve oplossingen gevonden moeten worden.

91. Het verder terugschroeven van de rechten van de bedienden zal immers moeilijk vallen bij de werknemersorganisaties net zoals het opwaarderen van de rechten van de arbeiders geen bijval zal vinden bij de werkgeversorganisaties. Het zal dus anders moeten.

92. Hieronder geven we kort enkele alternatieve denkpistes die het waard zijn om even nader te onderzoeken.

A. Inspiratie uit het Luxemburgse model

93. Hiervoor werd reeds uiteengezet dat een ontslagbescherming die voorziet in een te presteren component, met name een opzegperiode, en een niet te presteren component, met name een ontslagvergoeding, ook terug te vinden is in de Luxemburgse arbeidsreglementering.

94. De wet van 31 juli 2006 waarbij het Luxemburgse Arbeidswetboek werd geïntroduceerd gaat uit van het systeem waarbij een te presteren opzegtermijn wordt voorzien in functie van anciënniteit, en een ontslagvergoeding wordt voorzien indien de werknemer meer dan 5 jaar anciënniteit heeft. Een werkgever met minder dan 20 werknemers kan het niet te presteren gedeelte echter omzetten in een aanvullend te presteren gedeelte.

B. Inspiratie uit het Oostenrijkse model

95. Voor het invullen van de tweede component, namelijk het opbouwen van een redelijke ontslagvergoeding ten laste van de werkgever, kan inspiratie gevonden worden in het Oostenrijkse model.

96. De Oostenrijkse ontslagregeling werd in 2003 grondig hervormd. Sindsdien worden er rechten opgebouwd aan de hand van het aantal maanden dat men heeft gewerkt en op basis van een rugzak-systeem (*Abfertigung Neu*)⁹⁹. Vanaf de tweede maand van tewerkstelling stort de werkgever 1,53 % van het brutoloon in een speciaal daartoe opgericht ontslag-

Het is een publiek geheim dat bepaalde arbeidsrechtbanken de formule Claeys getrouw toepassen en dat andere meer geneigd zijn om vooral de anciënniteit te honoreren. Dit leidt soms tot scheeftrekkingen tussen verschillende rechtsgebieden of zelfs tot zogenaamd forum shopping.

fonds (*Vorsorgkasse*).

97. Het systeem wordt getypeerd door het feit dat bij verandering van werkgever de rechten meeneembaar zijn, waarbij verschillende opties voor de werknemer in geval van ontslag door de werkgever open liggen.

- De werknemer wiens werkgever minstens drie jaar heeft bijgedragen in het ontslagfonds, kan zowel bij gedwongen ontslag als bij ontslag in onderlinge overeenstemming (niet bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op eigen initiatief), het opgespaarde geld opnemen. In dat geval wordt de uitbetaling belast a rato van 6%.
- De werknemer kan er echter ook voor opteren om het geld op de rekening te laten staan, in welk geval het interesten blijft genereren. Het spaarpotje wordt dan belastingsvrij in een rugzak meegenomen naar het ontslagfonds van de toekomstige nieuwe werkgever.
- De werknemer kan de werknemer er voor kiezen om het bedrag waarop hij of zij recht heeft over te hevelen naar een pensioenfonds. Het voordeel hiervan is dat deze operatie niet onderhevig is aan belastingen en dat het bedrag in het pensioenfonds een rendement oplevert gedurende de verdere loopbaan van de werknemer.

98. In het geval dat de werknemer zelf ontslag neemt of krijgt om dringende redenen en/of in het geval waar de werkgever niet minstens drie jaar heeft bijgedragen, vervalt het recht op de cash-uitkering en blijft het geld in het fonds zitten. De werknemer heeft ten vroegste recht op dit geld bij een ontslag door een toekomstige werkgever (buiten om dringende reden) of op het moment van zijn pensioen.

99. De wettelijke aanspraak op de bij elkaar gespaarde tegoeden wordt bereikt vanaf de leeftijd van 56,5 jaar voor vrouwen en vanaf de leeftijd van 61,5 jaar voor mannen. De tegen die leeftijd bijeen gespaarde middelen zouden het equivalent moeten zijn van het gemiddeld jaarinkomen van de werknemer. Ze kunnen ofwel cash uitgekeerd worden of omgezet worden in een maandelijks pensioenrente⁴⁰.

100. Een rugzakstelsel kan ons doen afstappen van het systeem waarbij werknemers geneigd zijn om bij hun huidige werkgever te blijven (ook al is dit niet positief voor hun eigen positie op de arbeidsmarkt op lange termijn), omdat zij niet willen verzaken aan potentiële hoge ontslagrechten gelinkt aan anciënniteit.

101. De introductie van het systeem in Oostenrijk kan inspirerend werken. Ook Oostenrijk is immers vrij sterk gesyndicaliseerd en kwam van een sy-

38 Het arrest werd geveld in het Nederlands, zie Cass. 22 november 2010, AR 5.09.0092.N.

39 H. HOFER, "The Severance Pay Reform in Austria (Abfertigung Neu)", *CESifo DICE Report* 4/2007, 41-48; G. KLEC, "Flexurity and the reform of the Austrian severance pay system", *European Economic and Employment Policy Brief* 4/2007, www.etui.org/research/media/files/EEEPB/2007/4-2007_1-10; G. THUSING, *Europäisches Arbeitsrecht in Grundrissen des Rechts*, München, Beck, 2008, 366.

40 B. HEPPLE, *The transformation of labour law in Europe: a comparative study of 15 countries: 1945-2004*, Oxford, Hart, 2009, 393.

steem waarbij ontslagrechten trapsgewijs werden opgebouwd⁴¹.

C. Een mengvorm van het Luxemburgse en Oostenrijkse model

102. Een mengvorm van het Luxemburgse en Oostenrijkse model zet de deur open tot creatieve oplossingen.

103. Naast de tweede component (de ontslagvergoeding) kan de eerste component (de te presteren opzeg) dan integraal deel uitmaken van de ontslagbescherming en bijvoorbeeld gelinkt worden aan de anciënniteit van de werknemers, zodat een systeem wordt geïnstalleerd op basis van twee componenten zoals in de Luxemburgse arbeidsregeling.

104. Zo kan bijvoorbeeld de uitbouw van de eerste component, zijnde de te presteren opzeg, van het Luxemburgse model geïntegreerd worden in het Oostenrijks systeem en kunnen volgende nuances gecreëerd worden:

- Er kan voorzien worden in vrij korte opzegtermijnen zonder de ontslagbescherming, die namelijk ook voorzien is in de tweede component, aan te tasten.
- Om bijvoorbeeld te stimuleren dat werknemers actief op zoek gaan naar een andere job, kunnen deze termijnen kort gehouden worden maar eventueel toch gemoduleerd in functie van de anciënniteit van de werknemer.
- Zo kan bijvoorbeeld per anciënniteitschijf van 5 jaar, 2 maanden opzeg toegekend worden, waarbij bijvoorbeeld een plafond van 6 maanden zou gelden voor werknemers met een anciënniteit hoger dan 15 jaar. Zo kan men de opzegperiode kort houden zonder de ontslagbescherming aan te tasten aangezien de opzegtermijn slechts één component is en wordt aangevuld met een tweede component.

- Om het nut van de opzegtermijn te versterken – zijnde om de zoektocht naar een andere job op een vlotte manier te laten verlopen – kunnen tijdens deze opzegperiode ondersteunende maatregelen worden aangemoedigd zoals bijscholing, opleiding en arbeidsbemiddeling. Aangezien de opzegtermijnen vrij kort kunnen worden gehouden, krijgen dergelijke maatregelen en initiatieven misschien meer kansen.

105. Eveneens kan de opbouw van de Oostenrijkse tweede component, namelijk de ontslagvergoeding, ook deels afhankelijk gemaakt worden van anciënniteit:

- Het percentage van 1,53% van het vast brutoloon per maand zou bijvoorbeeld pas gestort kunnen worden door de werkgever na een tewerkstelling van zes maanden (dit geeft de werkgever de kans om de arbeidsovereenkomst in een vroeg stadium te beëindigen indien een samenwerking onmogelijk is, zonder al te veel financiële gevolgen).
- Extra percentages van loon van de werknemers zouden kunnen gestort worden door de werkgever bij het bereiken van een bepaalde anciënniteit op graduele (bijvoorbeeld per schijf van 5 jaar anciënniteit is een bijkomende storting vereist) of lineaire wijze (naarmate de anciënniteit toeneemt, nemen de percentages toe).

106. De voorbeelden uit andere Europese landen leren dat er vele mogelijkheden bestaan om een eenmakingstatuut te bereiken. Aan de sociale partners om verder te gaan op de ingeslagen weg en om de denkpatronen van de vorige eeuw een plaats te geven in de geschiedenisboeken voor 8 juli 2013. ■

41 R. BLANPAIN, *European Labour Law*, The Hague, Kluwer International, 2010, 958.