

ONTSLAGRECHT IN BELGIË

door

Prof. Dr. W. VAN EECKHOUTTE(*)

Deze bijdrage werd geschreven als preadvies voor de vergadering te Leuven van 23 november 2001 van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland.

Dit preadvies geeft een overzicht van het in België vigerende ontslagrecht, d.w.z. van het recht dat betrekking heeft op de beëindiging door één partij van een arbeids-overeenkomst.

De eigenlijke tekst wordt voorafgegaan door een situering van het ontslagrecht in het Belgisch recht in het algemeen, in het Belgisch arbeidsrecht in het bijzonder en door een bespreking van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter. Hoewel die laatste beëindigingswijze strikt genomen niet als ontslag te beschouwen is, komt zij toch tot stand op initiatief van één enkele partij. Bovendien speelt die beëindigingswijze een grote rol in het Nederlandse ontslagrecht, tot vergelijking waarmee dit overzicht werd opgesteld.

De bespreking van de verschillende beëindigingswijzen wordt afgerond met een overzicht van de sanctieregeling.

(*) Buitengewoon hoogleraar aan de Universiteit Gent en advocaat bij het Hof van Cassatie.

INHOUD

- I. INLEIDING
 - A. Plaats van het Belgische ontslagrecht
 - B. Verhouding tot het algemene burgerlijk recht
 - C. Wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst
- II. ONTBINDING DOOR DE RECHTER
 - A. Wanprestatie/tekortkoming in de nakoming
 - B. Gewichtige redenen
- III. EENZIJDIGE BEËINDIGING DOOR ÉÉN PARTIJ
 - A. Ontslag versus opzegging
 - 1. Algemeen
 - a. Begrip ontslag en opzegging
 - b. Kenmerken van een ontslag
 - 2. Impliciet ontslag
 - B. Vormvereisten
 - 1. Vorm ontslag
 - 2. Opgave van reden
 - 3. Voorafgaande erkenning van de reden
 - C. Inhoudelijke vereisten
 - 1. Geldigheidsvoorwaarden
 - 2. Absolute macht tot ontslag
 - 3. Motieven van het ontslag
 - D. Opzegging
 - 1. Begrip
 - 2. Vormvereisten
 - 3. Opzeggingstermijn
 - a. Algemeen
 - b. Ingangs- en eindtijdstip van de opzeggingstermijn
 - c. Duur van de opzeggingstermijn
 - i) Opzeggingstermijnen voor werklieden
 - ii) Opzeggingstermijn voor bedienden
 - E. Ontslag wegens dringende reden
 - 1. Begrip dringende reden en bewijs daarvan
 - 2. Vormvereisten
 - F. Ontslagverboden
 - 1. Verbod van ontslag wegens bepaalde redenen
 - 2. Beperking van de mogelijkheden tot ontslag tot welbepaalde redenen
- IV. SANCTIES
 - A. Grondslagen
 - 1. Regelmatig, onregelmatig en onrechtmatig ontslag
 - 2. Willekeurig ontslag en rechtsmisbruik
 - a. Rechtsmisbruik
 - b. Willekeurig ontslag
 - c. Misbruik van het recht tot ontslag t.a.v. bedienden
 - B. Nietigheid
 - 1. Algemeen
 - 2. Miskennis van vormvoorschriften inzake opzegging

- a. Miskenning van de voorgeschreven wijze van opzegging
- b. Miskenning van de inhoud van de opzeggingsbrief
- C. Herstel van de arbeidsovereenkomst
- D. Schadevergoeding
 - 1. Miskenning van een ontslagverbod
 - 2. Schadevergoeding voor de partij die overgaat tot ontslag wegens dringende reden
 - 3. Schadevergoeding bij misbruik van het recht tot ontslag
- E. Ontslagvergoeding
 - 1. Onregelmatige beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd
 - 2. Onregelmatige beëindiging van een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling

V. CONCLUSIE

I. Inleiding

A. PLAATS VAN HET BELGISCHE ONTSLAGRECHT

Zoals het geval is in de andere landen van West-Europa, steunt het Belgische arbeidsrecht op een contractuele relatie tussen werkgever en werknemer. Een overeenkomst is het juridische uitgangspunt.

Het is dan ook logisch dat op arbeidsovereenkomsten — en dus ook op de wijze waarop die worden beëindigd — aanvankelijk enkel de regels van het Burgerlijk Wetboek m.b.t. overeenkomsten van toepassing waren. In dezelfde lijn werd de eerste arbeidsovereenkomstenwet, de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, die enkel van toepassing was op handarbeiders, werklieden genaamd, beschouwd als een aanvulling op het Burgerlijk Wetboek. De specifieke regels van die wet, ook die welke voorzagen in het in acht nemen van een opzeggingstermijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waren suppletief: de contractvrijheid en de gelijkheid van de partijen bleven vooropstaan. Eerst met de wet van 7 augustus 1922 op de bediendenarbeidsovereenkomst werd in dwingende opzeggingstermijnen voorzien voor hoofdarbeiders, bedienden genaamd. Van meet af aan is het verschil tussen de duur van de wettelijke opzeggingstermijnen voor werklieden en die voor bedienden belangrijk geweest. Dat verschil vormt de grootste hinderpaal voor het eenvormig maken van de rechtspositie van beide categorieën van werknemers.

Vanaf 1954 gaat het arbeidsovereenkomstenrecht zich in vlug tempo ontwikkelen, in die zin dat voor andere categorieën van werknemers dan werklieden en bedienden afzonderlijke arbeidsovereenkomstenwetten tot stand komen: voor schepelingen, binnenschippers, handelsvertegenwoordigers, dienstboden, studenten. Daarbij wordt steeds geopteerd voor imperatieve bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken in het nadeel van de werknemer(1).

Tot 1969 voorzag het Belgische ontslagrecht geen regels op grond waarvan een ontslag moet kunnen worden verantwoord. De invoering in dat jaar van het verbod van willekeurig ontslag (beperkt tot werklieden) gaf uitdrukking aan een nieuwe richting die zich in het ontslagrecht aftekende: het recht op arbeid en op de daaruit voortvloeiende bestaanszekerheid mag door de werkgever niet zonder goede redenen worden aangetast. Dat het verbod enkel werd geïntroduceerd in de

(1) Zie over de evolutie H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent, Story, 1973, 51-53, nrs. 41-42.

arbeidsovereenkomstenwetgeving voor werklieden, houdt verband met het feit dat bedienden werden geacht al voldoende beschermd te zijn door de lange opzeggingstermijnen die voor hen gelden.

De wet van 4 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, de nog altijd van kracht zijnde Arbeidsovereenkomstenwet, bracht een codificatie tot stand van een deel van de vroegere afzonderlijke arbeidsovereenkomstenwetten: handarbeiders (werklieden), hoofdarbeiders (bedienden), handelsvertegenwoordigers, dienstboden en studenten. Inhoudelijk werd weinig gewijzigd aan de regelen. Meer bepaald bleven de verschillen in opzeggingstermijn tussen werklieden en bedienden bestaan en bleef het wettelijk geregelde verbod van willekeurig ontslag voorbehouden aan werklieden.

Wettelijke ontslagverboden zijn in België een fenomeen van de jaren tachtig en negentig. Bestonden er in 1975 een viertal, in 1996 was hun aantal verviervoudigd⁽²⁾.

De grote uitdaging voor het Belgisch ontslagrecht blijven de zeer lange opzeggingstermijnen voor bedienden en de discrepantie met die voor werklieden. Twee stappen zijn in dat verband vermeldenswaard. In 1994 voerde de wetgever de mogelijkheid in de ten aanzien van bedienden met een zeer hoog loon in acht te nemen opzeggingstermijn vooraf, bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst, overeen te komen en dus te matigen. De sociale partners van hun kant sloten eind 1999 een interprofessionele collectieve arbeidsovereenkomst waarbij de opzeggingstermijnen in acht te nemen ten aanzien van werklieden werden verlengd. Een verdere toenadering werd in het vooruitzicht gesteld, maar lijkt op dit ogenblik wat te slabakken.

B. VERHOUDING TOT HET ALGEMENE BURGERLIJK RECHT

Door het feit dat men er in België voor gekozen heeft de arbeidsverhouding te benaderen vanuit de figuur van de (individuele arbeids)-overeenkomst, is de affiniteit met het verbintenissenrecht groot. Een aantal zaken, zoals de geldigheidsvereisten van de overeenkomst, is niet geregeld door het arbeidsovereenkomstenrecht, maar kan wel een oplossing krijgen door een beroep te doen op het verbintenissenrecht. De vraag rijst of men in dat geval ongeacht het resultaat toepassing moet maken van het burgerlijk recht of bij voorkeur een oplossing

(2) J. HERMAN, „Overvloed en onbehagen: de veelheid aan en de tekorten van ontslagbeschermingen”, in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Sociaal recht: niets dan uitdagingen*, Gent, Mys & Breesch, 103.

moet uitwerken volgens de aan het arbeidsrecht eigen beginselen en doelstellingen, inzonderheid het oogmerk de werknemer als economisch zwakkere partij te beschermen.

De voorstanders van een grote autonomie van het arbeidsrecht zijn van mening dat, indien het gaat om de *uitlegging* van regels, de fundamenteel dwingende aard van het arbeidsrecht een analogische, systematische en teleologische interpretatie toelaat wanneer een restrictieve of exegetisch uitlegging in strijd is met het doel van een dwingende arbeidsrechtelijke norm. Leidt de *toepassing* van een toepasselijke gemeenrechtelijke norm tot een resultaat dat strijdig is met het doel van een imperatieve regel van het arbeidsrecht, dan kan een beroep op de figuur van de wetsontduiking leiden tot het terzijde schuiven van de eerstgenoemde norm(3).

Ook in het ontslagrecht is het vraagstuk van de autonomie van het arbeidsrecht aan de orde. Over de principiële toepasselijkheid van het verbintenissenrecht in ontslagaangelegenheden kan geen twijfel bestaan: de aanhef van artikel 32 van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat een aantal wijzen opsomt waardoor een einde komt aan een arbeidsovereenkomst, vermeldt uitdrukkelijk dat die gelden „*Behoudens de algemene wijzen waarop verbintenissen te niet gaan, nemen de verbintenissen voortspruitende uit de door deze wet geregelde overeenkomsten een einde...*”. Zo ook speelt de goede trouw een rol in het ontslagrecht, zoals onder meer blijkt uit het beroep op de figuur van het rechtsmisbruik(4). Een gesloten systeem vormt het Belgische ontslagrecht dan ook zeker niet.

Maar toepassing van het gemeen recht leidt soms tot oplossingen die ingaan tegen het beschermingsopzet van het arbeidsrecht. Het gevolg dat men daaruit trekt, is niet altijd eenduidig, zoals moge blijken uit de voorbeelden van het beroep op de gemeenrechtelijke figuur van overmacht in geval van definitieve arbeidsongeschiktheid(5) en op de ontbindende voorwaarde en het uitdrukkelijk ontbindend beding wegens wanprestatie en uit de toepassing van de nietigheidsleer bij ontslag.

(3) Zie in die zin W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 21-40.

(4) Zie W. VAN EECKHOUTTE, „De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie”, *T.S.R.* 1990, 1047 e.v., nrs. 106 e.v.

(5) Overmacht wordt ook expliciet als beëindigingswijze genoemd in artikel 32, 5° van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Wanneer de werknemer in de onmogelijkheid verkeert zijn arbeid te verrichten ingevolge ziekte of ongeval, is zijn arbeidsovereenkomst geschorst(6). Aangezien de wet geen onderscheid maakt naargelang van de duur van de arbeidsongeschiktheid, blijft de arbeidsovereenkomst geschorst bij langdurige, zelfs blijvende arbeidsongeschiktheid. Langs de andere kant is overmacht een oorzaak van bevrijding van de schuldenaar(7). Indien overmacht niet toelaat de overeenkomst ooit nog uit te voeren, heeft hij van rechtswege de ontbinding van de overeenkomst tot gevolg. Toegepast op de arbeidsovereenkomst leidt definitieve arbeidsongeschiktheid aldus tot onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zonder opzegging of vergoeding. Redenerend vanuit de autonomie van het arbeidsrecht zou men de gemeenrechtelijke benadering moeten afwijzen. In het geval van definitieve arbeidsongeschiktheid heeft het Hof van Cassatie radicaal gekozen voor het gemeen recht: een blijvende arbeidsongeschiktheid waarbij een werknemer definitief in de onmogelijkheid verkeert de bedongen arbeid te hervatten, kan overmacht uitmaken waardoor de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd(8). Die keuze wordt nog onderstreept doordat het Hof van mening is dat overmacht enkel mag worden beoordeeld op grond van de overeengekomen arbeid(9). Het feit dat de werknemer die arbeid nog gedeeltelijk aankan of dat hem andere werkzaamheden kunnen of moeten(10) worden opgedragen, is ter zake irrelevant. Een optreden van de wetgever lijkt hier aangewezen en er zijn ook al bij herhaling plannen in die zin gemaakt, maar nog niet gerealiseerd.

De keuze voor het gemeen recht is genuanceerder wanneer het gaat om het beoordelen van de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst. Volgens dergelijk beding maakt een toekomstige maar onzekere gebeurtenis van rechtswege een einde aan de overeenkomst(11). Ontbindende voorwaarden kunnen geldig worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst indien zij niet in

(6) Art. 31, § 1 Arbeidsovereenkomstenwet.

(7) Art. 1147-1148 B.W.

(8) Cass. 5 januari 1981, *J.T.T.* 1981, 184, concl. Adv. Gen. DECLERCQ, noot T. CLAEYS en P. SMEDTS; zie voor kritiek M. RIGAUX, „Definitieve arbeidsongeschiktheid van de werknemer als beëindigingsgrond voor de arbeidsovereenkomst: een financieel risico ten laste van de werkgever”, *Soc. Kron.* 1990, 1-9.

(9) Cass. 15 februari 1982, *R.W.* 1982-83, 2209 (verkort); Cass. 21 april 1986, *J.T.T.* 1986, 501; Cass. 12 januari 1987, *J.T.T.* 1987, 428; Cass. 1 juni 1987, *J.T.T.* 1987, 427; Cass. 2 oktober 2000, *J.T.T.* 2000, 476.

(10) B.v. ingevolge de bepalingen van het welzijnsrecht op het werk: Cass. 2 oktober 2000, *R.W.* 2000-2001, 1457.

(11) Art. 1183 B.W.

strijd zijn met de dwingende bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht. Zo verbiedt de wet uitdrukkelijk te bedingen dat het huwelijk, het moederschap, het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en het leggen van loonbeslag ten gevolge van een consumentenkrediet een einde maken aan de arbeidsovereenkomst(12). Ook gebeurtenissen die de wet aanmerkt als oorzaken van schorsing van de uitvoering van de overeenkomst (ziekte, zwangerschap, jaarlijkse vakantie enz.) kunnen niet als ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst worden opgenomen. Tekortkomingen van een partij bij een arbeidsovereenkomst kunnen evenmin als grond voor ontbinding van rechtswege van de arbeidsovereenkomst worden bedongen. Een uitdrukkelijk ontbindend beding wegens wanprestatie komt immers overeen met een conventionele omschrijving van een dringende reden, zodat aan de vorm- en inhoudsvereisten voor ontslag wegens dringende reden moet worden voldaan en in ieder geval de beoordelingsbevoegdheid van de rechter moet behouden blijven(13).

Wat de toepassing van de nietigheidsleer betreft, kiest het Belgische ontslagrecht vrij radicaal voor een autonome arbeidsrechtelijke aanpak. Zoals hieronder nog wordt toegelicht, is een ontslag naar Belgisch recht omzeggens nooit vernietigbaar, in die zin dat een partij zich altijd op de wilsuiting tot beëindiging (en dus het ontslag) kan beroepen, ook als die wilsuiting een ongeoorloofd voorwerp heeft en zelfs in strijd is met de openbare orde, b.v. in strijd is met een wettelijk ontslagverbod(14). Alleen een miskennis van de voorschriften van het Nederlands Taaldecreet leidt tot absolute nietigheid van de wilsuiting tot beëindiging, terwijl een wilsgebrek of een gebrek aan bekwaamheid vernietigbaarheid van het ontslag met zich brengt. Of de weigering de gewone nietigheidsregelen toe te passen op de figuur van het ontslag, in het voor- dan wel in het nadeel van de werknemer uitvalt, hangt af van het geval. Het feit dat de werknemer zich kan beroepen op een ontslag dat volgens het gemeen recht nietig of vernietigbaar zou zijn, geeft hem het voordeel onmiddellijk bevrijd te zijn en, vooral, onmiddellijk aanspraak te kunnen maken op een forfaitaire beëindigingsvergoeding. Langs de andere kant ontnemt het feit dat ook de werkgever zich kan beroepen op een ontslag dat volgens het gemeen recht absoluut nietig zou zijn, de werknemer de

(12) Art. 36 en 26bis Arbeidsovereenkomstenwet.

(13) W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 558-559.

(14) W. RAUWS, „De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht”, in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 2*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 409, nr. 531.

mogelijkheid het behoud of herstel van de arbeidsovereenkomst te vorderen wanneer hij dat zou verkiezen(15).

De verhouding tussen het ontslagrecht en het gemeen recht is in België dan ook niet eenduidig. Voor de wilsleer waarop het Belgisch ontslagrecht is gesteund, moet het gemeen recht in ieder geval wijken. In de andere gevallen haalt nu eens (de autonomie van) het arbeidsrecht, dan weer het gemeen recht de bovenhand(16).

C. WIJZEN VAN BEËINDIGING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

De wijzen waarop een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd zijn in België divers.

Zoals al gezegd, kan een arbeidsovereenkomst in de eerste plaats een einde nemen op één van de algemene of civielrechtelijke wijzen waarop verbintenissen tenietgaan. Daarnaast kent het Belgische arbeidsrecht een aantal specifieke arbeidsrechtelijke wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Men kan de beëindigingswijzen ook op een andere manier indelen:

- beëindiging door een rechtshandeling van de twee partijen (beëindiging door onderling akkoord),
- beëindiging zonder enige rechtshandeling of van rechtswege (einde van de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of een duidelijk omschreven werk, ontbindende voorwaarde en overlijden van de werknemer),
- beëindiging door de rechter (gerechtelijke ontbinding),
- beëindiging door een rechtshandeling van één van de partijen (het ontslag).

Met het oog op een vergelijking met het ontslagrecht naar Nederlands recht en gelet op het beperkte bestek van dit preadvies, wordt hier enkel aandacht besteed aan de eenzijdige beëindiging door een partij en de beëindiging door de rechter. Bijzondere vraagstukken zoals de beëindiging tijdens de proeftijd, het collectief ontslag en het ontslag naar aanleiding van een fusie, een overgang van onderneming of een faillissement dienden omwille van plaatsgebrek onbesproken te worden gelaten.

(15) Zie hierover M. DE VOS, „De absoluut nietige opzegging van de arbeidsovereenkomst: absoluut geen nietig probleem”, *R.W.* 1997-98, 313-336 en J. DIEPENDAELE, „De nietige opzegging van de arbeidsovereenkomst. Wie wordt er beter van?”, *R.W.* 1996-97, 833-847.

(16) Zie voor andere voorbeelden M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, I, Luik, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales, 1982, 114-131.

II. Ontbinding door de rechter

A. WANPRESTATIE/TEKORTKOMING IN DE NAKOMING

Volgens het burgerlijk recht kan elk van de partijen bij een wederkerige overeenkomst de ontbinding van die overeenkomst vorderen voor de rechter, wanneer de andere partij haar verbintenissen niet nakomt, en dat eventueel met schadevergoeding(17). De rechter zal in dat geval moeten oordelen of de tekortkoming die de eisende partij aan de andere verwijt, voldoende zwaar is om de gerechtelijke ontbinding te verantwoorden. Is dat het geval, dan gaat de rechter over tot ontbinding van de overeenkomst en kan hij een vergoeding toekennen voor de bewezen schade.

De ontbinding heeft in beginsel terugwerkende kracht tot op het ogenblik van het instellen van de vordering. De gerechtelijke ontbinding van een overeenkomst met opeenvolgende prestaties kan evenwel slechts terugwerken tot op het ogenblik waarop de overeenkomst niet verder werd uitgevoerd(18).

Die wijze van beëindiging van overeenkomsten geldt weliswaar ook in het arbeidsovereenkomstenrecht(19), maar wordt daar weinig gebruikt. Het ontslag wegens dringende reden, waarover verder wordt gehandeld, is immers een veel efficiëntere wijze om zware tekortkomingen te beteugelen, die daarbij niet van contractuele aard moeten zijn. Toch kan deze vorm van beëindiging enig soelaas bieden voor de werkgever of de werknemer die niet het risico wil lopen dat de door hem ingeroepen dringende reden achteraf niet wordt aanvaard door de rechter, in welk geval de overeenkomst als onregelmatig beëindigd wordt beschouwd en hij de forfaitaire wettelijke beëindigingsvergoeding verschuldigd is. Wel moet de partij die de gerechtelijke ontbinding vordert, zich realiseren dat zij niet als zodanig de forfaitaire beëindigingsvergoeding (bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd: de opzeggingsvergoeding) kan eisen die verschuldigd is bij onregelmatig ontslag, maar enkel vergoeding voor de bewezen schade. De forfaitaire beëindigingsvergoeding wordt echter door de rechters wel vaak als inspiratiebron gebruikt bij het bepalen van de gemeenschappelijke vergoeding die zij toekennen.

(17) Art. 1184 B.W.

(18) Cass. 25 februari 1991, *R.W.* 1993-94, 569, noot.

(19) Cass. 26 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 291; Cass. 23 november 1981, *R.W.* 1981-82, 1405, noot.

Ten aanzien van de zgn. beschermde werknemers (kandidaten voor en leden van ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk) is de gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst expliciet door de wet verboden(20). Dat betekent dat alleen de voorafgaande erkenning door de rechtbank van een dringende reden het ontslag van een beschermde werknemer wegens wanprestatie kan verantwoorden.

B. GEWICHTIGE REDENEN

Het Belgisch arbeidsrecht kent niet de figuur van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter om gewichtige redenen die een van de partijen in Nederland voor de kantonrechter kan vorderen. Dat hoeft niet te verwonderen, aangezien, zoals hieronder wordt aangetoond, naar Belgisch recht elke partij te allen tijde en om om het even welke reden zelf een einde kan maken aan de arbeidsovereenkomst en die beëindiging altijd uitwerking heeft. Alleen moet daarvoor worden betaald. Het Belgische systeem van ontslag is dan ook een formeel en geen causaal stelsel.

III. Eenzijdige beëindiging door één partij

A. ONTSLAG VERSUS OPZEGGING

1. Algemeen

(a) Begrip ontslag en opzegging

Beëindiging door de wil van één van de partijen van een arbeidsovereenkomst noemt men in België ontslag. Ontslag kan worden omschreven als de rechtshandeling waardoor een partij van een arbeidsovereenkomst aan de andere partij ter kennis brengt dat zij de overeenkomst wil beëindigen(21). Een werkgever geeft ontslag, een werknemer neemt ontslag.

In het Belgische recht wordt een onderscheid gemaakt tussen ontslag en opzegging, onderscheid dat ook de Nederlandse wet tot 1999

(20) Art. 2, § 6 Wet van 19 maart 1991 houdende bijzondere ontslagregeling voor de personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en in de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen alsmede voor de kandidaat-personeelsafgevaardigden.

(21) Vaste cassatierechtspraak, o.a. Cass. 18 december 1989, *T.S.R.* 1990, 22.

hanteerde. Wanneer artikel 32 van de Arbeidsovereenkomstenwet het heeft over beëindiging door de wil van een der partijen „*wanneer de overeenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten*”, handelt die bepaling eigenlijk alleen over één van de wijzen van ontslag, met name de opzegging. Alleen arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd kunnen regelmatig worden opgezegd. Opzegging en het in één adem genoemde ontslag wegens dringende reden, zijn de belangrijkste wijzen van regelmatig ontslag, d.w.z. ontslag waarbij de wettelijke voorschriften zijn in acht genomen. Het generieke begrip ontslag is evenwel veel ruimer en omvat ook de verschillende vormen van onregelmatig ontslag. Daarom is het nodig de figuur „ontslag” in het algemeen te onderzoeken, vooraleer nader in te gaan op de voornoemde twee bijzondere ontslagwijzen.

(b) Kenmerken van een ontslag

Zoals al is gebleken uit wat hierboven werd gezegd in verband met de nietigheid van een ontslag en zoals ook hieronder nog wordt toegelicht, kan men naar Belgisch recht rustig zeggen dat ontslag te allen tijde mogelijk is: een ontslag is slechts hoogst uitzonderlijk nietig of vernietigbaar. Dat is te wijten aan de wilstheorie waarop het Belgische ontslagrecht steunt. Die benadering leidt ook tot de volgende kenmerken.

Elk ontslag is *onherroepelijk*, in die zin dat de partij die het heeft gegeven of genomen, daarop niet eenzijdig kan terugkomen, terwijl de andere partij zich daarop kan beroepen. Zo kan b.v. een door de werkgever gegeven ontslag wegens dringende reden niet meer worden ingetrokken wanneer de werkgever tot het besef komt dat hij zich heeft vergist en kan de te korte opzeggingstermijn die een werkgever heeft betekend, door hem achteraf niet meer eenzijdig worden verlengd.

Ontslag is ook een *onvoorwaardelijke* rechtshandeling. Een ontslag gegeven onder ontbindende voorwaarde is dan ook een „gewoon” ontslag, waarbij geen rekening kan worden gehouden met de voorwaarde(22).

Behoudens in geval van regelmatige opzegging, waarbij de wetgever zelf de uitwerking regelt, heeft een ontslag *onmiddellijke uitwerking*. Dat wil zeggen dat de arbeidsovereenkomst een einde neemt op het ogenblik waarop de partij die ontslag geeft of neemt, haar wil tot beëindiging aan de andere partij heeft ter kennis gebracht, ook al heeft

(22) Cass. 12 september 1988, *Soc. Kron.* 1989, 14.

deze laatste die kennisgeving nog niet ontvangen. Evenwel kan het ontslag slechts aan die andere partij worden tegengeworpen vanaf het ogenblik waarop zij in staat is daarvan kennis te nemen(23).

2. *Impliciet ontslag*

Een voor het Belgisch recht kenmerkende beëindigingswijze is die van het impliciet ontslag. Het betreft een onregelmatige beëindiging, die twee vormen kan aannemen.

In de eerste plaats is er sprake van impliciet ontslag, wanneer een partij tekort komt aan de verplichtingen die voor haar voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, op voorwaarde dat daarbij blijkt wordt gegeven van de blijvende wil de overeenkomst geheel of voor een essentieel deel niet meer uit te voeren en dus te beëindigen. Een contractuele tekortkoming op zichzelf volstaat dus niet(24). Zij moet gepaard gaan met of blijkt geven van de wil tot eenzijdige beëindiging. Een tweede vorm van impliciet ontslag is de belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst(25). Eigenlijk is de benaming van deze ontslagvorm slecht gekozen. Eén partij kan immers niet eenzijdig een wijziging aanbrenge aan een wederkerige overeenkomst: artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek verzet zich daartegen(26). Wanneer niettemin wordt aangenomen dat de partij van een arbeidsovereenkomst die aan de andere partij arbeidsvoorwaarden opdringt (in de regel zal het dus gaan om de werkgever) die wezenlijk verschillen van die van de bestaande overeenkomst, daardoor de overeenkomst, zij het op onregelmatige wijze, onmiddellijk beëindigt, is dat omdat de eerstgenoemde partij aldus te kennen geeft dat zij de arbeidsovereenkomst niet in haar essentie wil behouden. Dat staat gelijk met ontslag. Ontslag is immers niets anders dan de wilsuiting een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst. Eigenlijk zou wat men de „belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst” noemt, correcter omschreven worden als het te kennen geven van de wil een arbeidsovereenkomst wat betreft een essentieel bestanddeel in belangrijke mate niet meer na te leven.

(23) Cass. 14 januari 1991, *J.T.T.* 1991, 153, noot C. GILLES.

(24) Vaste cassatierechtspraak, o.a. Cass. 1 februari 1993, *Soc. Kron.* 1993, 304, noot.

(25) Vaste cassatierechtspraak, o.a. Cass. 7 februari 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, nr. 324.

(26) Cass. 20 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, 105 noot H. FUNCK en J. DEGRAUWE; Cass. 23 juni 1997, *R.W.* 1997-98, 1372, noot J.R.R.; Cass. 13 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 502.

Enigszins merkwaardig is dat het Hof van Cassatie ook aanvaardt dat een tijdelijke eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst op onregelmatige wijze die overeenkomst onmiddellijk beëindigt(27). In dat geval kan men immers bezwaarlijk beweren dat de wil tot beëindiging uit de wijziging zelf blijkt. De figuur van de eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst lijkt aldus te worden verheven tot een autonome beëindigingsvorm, die losstaat van de figuur van het ontslag, wat ook door sommige auteurs wordt beweerd(28).

Men maakt maar een einde aan een bestaande arbeidsovereenkomst wanneer een essentieel bestanddeel daarvan in belangrijke mate wordt gewijzigd. Een wijziging van bijkomstige elementen denatureert een arbeidsovereenkomst niet, evenmin als een onaanzienlijke wijziging van een essentieel bestanddeel ervan. Essentiële bestanddelen van een arbeidsovereenkomst zijn het loon, de functie, de arbeidsplaats en de arbeidsregeling. De partijen kunnen in zekere mate zelf bepalen wat essentieel is en wat niet. Zo kunnen zij de arbeidsplaats expliciet of impliciet als bijkomstig kwalificeren(29).

Alleen effectieve aanzienlijke wijzigingen van essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst zijn te beschouwen als impliciet ontslag; het louter voornemen dat te doen volstaat niet. De wil tot beëindiging moet niet bewezen worden, aangezien de beëindiging uit de wijziging zelf blijkt: een contractpartij wil de overeenkomst niet meer naleven zoals die bedongen is. Deze vorm van impliciet ontslag doet zich b.v. voor wanneer de werkgever weigert of nalaat werk te verschaffen, eenzijdig het loon vermindert, op een aanzienlijke en ongeoorloofde wijze de functie verandert, in ontoelaatbare mate de overeengekomen plaats van de arbeid wijzigt, de sector van een handelsvertegenwoordiger inkrimpt enz.

(27) Cass. 22 maart 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 906, Cass. 17 maart 1986, *J.T.T.* 1986, 502 en Cass. 30 november 1998, *J.T.T.* 1999, 150.

(28) Zie b.v. J. CLESSE, *Congé et contrat de travail*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1992, 75, nr. 60.

(29) Cass. 1 december 1980, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nr. 48, concl. Adv. Gen. H. LENAERTS.

B. VORMVEREISTEN

1. *Vorm ontslag*

Omdat voor een ontslag als zodanig alleen de wilsuiting van één partij vereist is, gelden voor die rechtsfiguur in wezen *geen vormvereisten*. De vormvoorschriften die gelden voor een opzegging, zijn niet van toepassing op ontslag als zodanig(30). Een ontslag kan dus in beginsel zowel schriftelijk als mondeling worden gegeven of genomen en, zoals gezegd, zelfs impliciet.

Het spreekt vanzelf dat een ontslag moet worden bewezen, zij het dat het bewijs door alle middelen van recht kan worden geleverd. De wilsuiting tot beëindiging die, wanneer zij gepaard gaat met of blijkt uit een tekortkoming, een vorm van impliciet ontslag oplevert, wordt niet gemakkelijk aanvaard wanneer zij zou moeten uitgaan van de werknemer. De gevolgen van dergelijk onregelmatig ontslag zijn te verstrekkend: niet alleen heeft de werknemer in dat geval geen recht op een beëindigingsvergoeding, hij is zélf dergelijke vergoeding verschuldigd aan de werkgever en loopt het risico wegens werkverlating een bepaalde periode te worden uitgesloten van het recht op werkloosheidsuitkering. Zo nemen de feitenrechters niet gemakkelijk aan dat een ongewettigde afwezigheid van een werknemer, zelfs gedurende een langere periode, als zodanig blijkt geeft van zijn wil de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

Opzegging en ontslag wegens dringende reden zijn, als wettelijk geregelde vormen van ontslag, wel aan vormvereisten onderhevig. Die worden hieronder besproken.

2. *Opgave van reden*

Bij een ontslag moet in beginsel geen opgave worden gedaan van de reden van het ontslag(31). Ook na een ontslag moet de reden niet worden meegedeeld. De belangrijkste uitzondering daarop is het ontslag wegens dringende reden. Daarbuiten kan de partij die met een ontslag wordt geconfronteerd als zodanig zelfs niet eisen dat de reden voor het ontslag haar wordt meegedeeld, tenzij in geval van een

(30) Cass. 12 oktober 1998, *J.L.M.B.* 1999, 753.

(31) Bij ontslag van zgn. „beschermden” werknemers, dit zijn kandidaten voor en leden van de personeelsafvaardiging van de ondernemingsraad en het preventiecomité, daarentegen moet de reden voor het ontslag *vooraf* worden erkend door het arbeidsgerecht of door het paritair comité, naar gelang het gaat om een dringende reden of een economische of technische reden.

ontslag waartoe de werkgever overgaat in een periode van ontslagbescherming(32). Wel kan, zoals hieronder nog wordt aangetoond, de weigering de reden voor het ontslag op te geven, eventueel worden beschouwd als een vorm van misbruik van het recht tot ontslag.

3. *Voorafgaande erkenning van de reden*

Naar Belgisch recht behoeft de werkgever niet de toestemming van enige instantie om tot ontslag te mogen overgaan.

Er bestaat alleen iets dat min of meer vergelijkbaar is bij ontslag van leden van en kandidaten voor de ondernemingsraad en het comité voor preventie en bescherming op het werk, die een bijzonder strenge ontslagbescherming genieten. Zij worden gemeenzaam „beschermde” werknemers genoemd, al is dat wat oneigenlijk, aangezien iedere werknemer in zekere mate wordt beschermd. De bestaansreden van de bijzondere bescherming van werknemersvertegenwoordigers en kandidaten ligt voor de hand. Wie als personeelsafgevaardigde in ondernemingsraad of comité voor preventie en bescherming op het werk optreedt, moet kunnen ingaan tegen de werkgever en diens belangen en loopt daardoor het risico voor de werkgever „ongewenst” te worden. Dat zou een gevaar voor ontslag kunnen inhouden, zoals trouwens ook voor wie, via een kandidatuur die niet tot verkiezing leidt, te kennen geeft dat hij voor het belang van zijn medewerkers wil opkomen.

„Beschermde” werknemers mogen slechts worden ontslagen om een dringende reden die vooraf door het arbeidsgerecht werd aangenomen of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegde paritair comité werden erkend(33). Geen enkele andere wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst dan wegens een dringende reden die vooraf door het arbeidsgerecht aangenomen werd of om economische of technische redenen die vooraf door het bevoegd paritair orgaan werden erkend, mag worden ingeroepen, met uitzondering van de afloop van de termijn, de voltooiing van het werk waarvoor de overeenkomst werd gesloten, de eenzijdige beëindiging van de overeenkomst door de werknemer, overmacht en het akkoord

(32) Art. 40, tweede lid Arbeidswet: op verzoek van de werknemster stelt de werkgever haar schriftelijk in kennis van de redenen. Dat naar Belgisch recht uitzonderlijk voorschrift is er gekomen om te voldoen aan de Richtlijn 92/85 van 19 oktober 1992 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie.

(33) Art. 2, § 1 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

tussen de werkgever en de werknemer(34). Dat heeft tot gevolg dat „beschermden” werknemers niet mogen worden ontslagen om tekortkomingen die geen dringende reden zijn.

De forfaitaire vergoeding die verschuldigd is bij miskenning van dit ontslagverbod is bijzonder groot en kan voor werknemers met een anciënniteit van minstens twintig jaar oplopen tot acht jaar loon.

De voorafgaande erkenning door het paritair comité van de economische of technische redenen waarom een werkgever een beschermd werknemer wenst te ontslaan, vertoont enige verwantschap met de voorafgaande toestemming van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) die een Nederlandse werkgever (of werknemer) behoeft wanneer hij tot ontslag (in Nederland: opzegging) wil overgaan. Het paritair comité of, bij ontstentenis daarvan of als het paritair comité niet werkt, de Nationale Arbeidsraad moet zich uitspreken over het al dan niet bestaan van economische of technische redenen binnen twee maanden van de datum af van de aanvraag die hiertoe door de werkgever werd gedaan. Tot voor kort waren de arbeidsgerechten van mening dat het niet aan de rechterlijke macht toekomt censuur uit te oefenen op de beslissing van het paritair comité die het bestaan van economische redenen tot ontslag van beschermd werknemers erkent, noch ter zake enig onderzoek in te stellen. Volgens die opvatting kon de rechter enkel nagaan of de situatie onveranderd is gebleven tot het ogenblik van het ontslag. Het Arbitragehof besliste evenwel in antwoord op een prejudiciële vraag dat de wettelijke regeling het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod schendt in zoverre ze ten aanzien van de beslissing van het paritair comité in geen enkel jurisdictioneel beroep voorziet, daarbij verwijzende naar het recht dat artikel 6 van het E.V.R.M. aan eenieder toekent een beslissing waarbij zijn burgerlijke rechten betrokken zijn, aan een rechter te kunnen voorleggen(35). De Raad van State oordeelde dat uit dat arrest van het Arbitragehof volgt dat een beroep mogelijk is tegen de beslissing van het paritair comité bij de arbeidsrechtbanken(36). Verschillende feitenrechters hebben onder verwijzing naar de uitspraak van het Arbitragehof al beslist dat de arbeidsrechtbank bevoegd is als beroepsinstantie tegen de beslissing van het

(34) Art. 2, § 6 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

(35) Arbitragehof nr. 57/93, 8 juli 1993 *R.W.* 1993-94, 538.

(36) Zelf achtte de Raad van State zich niet bevoegd om kennis te nemen van een verhaal tegen een beslissing van het paritair comité (R.v.St., nr. 59.841, 3 juni 1996, *J.T.T.* 1996, 438, verslag Aud. HAUBERT).

paritair comité, zelfs wanneer die reden niet bestaat in de sluiting van de onderneming of van een afdeling ervan of in het ontslag van een welbepaalde personeelsgroep⁽³⁷⁾. De onmogelijkheid voor een Nederlandse werkgever of werknemer rechtstreeks verhaal aan te tekenen tegen de beslissing van de RDA tot het al dan niet verlenen van toestemming tot ontslag lijkt in een Belgische context dan ook moeilijk houdbaar.

C. INHOUDELIJKE VEREISTEN

1. *Geldigheidsvoorwaarden*

Aangenomen wordt dat op een ontslag, eenzijdige rechtshandeling, vergelijkbare geldigheidsvoorwaarden van toepassing zijn als op een overeenkomst: een geldige, d.i. niet door wilsgebreken aangetaste, wilsuiting, uitgaande van een bekwaam persoon en een geldige oorzaak.

2. *Absolute macht tot ontslag*

In het Belgische arbeidsovereenkomstenrecht heeft elke partij altijd de mogelijkheid de beëindiging van de arbeidsovereenkomst eenzijdig aan de andere partij op te dringen, zonder dat deze laatste het recht heeft de verdere uitvoering van de overeenkomst te eisen. Wanneer één van de partijen beslist de overeenkomst te beëindigen, kan de rechter inderdaad de andere partij niet dwingen de overeenkomst voort uit te voeren, noch die beëindiging ongedaan maken. Artikel 1142 van het Burgerlijk Wetboek, luidens hetwelk iedere verbintenis om iets te doen, wordt opgelost in schadevergoeding in geval de schuldenaar zijn verbintenis niet nakomt, verzet zich tegen de gedwongen uitvoering van een arbeidsovereenkomst. Afgezien van dat juridisch argument, wordt een gedwongen voortzetting van een arbeidsverhouding tegen de wil van één van de partijen, in België als onwerkbaar beschouwd.

(37) De wet bepaalt dat indien het paritair comité zich binnen twee maanden niet eenparig heeft uitgesproken over de vraag tot erkenning van economische of technische redenen, de werkgever enkel tot ontslag mag overgaan in geval van sluiting van een onderneming of een afdeling daarvan of in geval van ontslag van een welbepaalde personeelsgroep. In de andere gevallen mag hij niet ontslaan vooraleer het arbeidsgerecht het bestaan van (andere) economische of technische redenen heeft erkend (art. 3, § 1, derde en vierde lid Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden).

Een werkgever kan te allen tijde ontslag geven, een werknemer te allen tijde ontslag nemen. De macht tot ontslag van beiden is dan ook absoluut, zij het dat schadevergoeding verschuldigd kan zijn als het ontslag onregelmatig of onrechtmatig is.

3. *Motieven voor het ontslag*

Het wezen van het Belgische ontslagrecht is de persoonlijke vrijheid. Daaruit volgt dat motivering geen intrinsieke voorwaarde is voor het uitoefenen van het recht tot ontslag: een arbeidsovereenkomst moet kunnen worden beëindigd om het loutere motief dat men niet langer gebonden meer wenst te zijn. Een ontslag naar Belgisch recht moet in beginsel (ontslag wegens dringende reden is de belangrijkste uitzondering daarop), zoals hierboven al werd gezegd, niet worden gemotiveerd. Arbeidsvrijheid is evenwel slechts één aspect van het recht op arbeid, dat het voorwerp uitmaakt van het arbeidsrecht. De arbeidsmogelijkheid en de menswaardigheid zijn twee andere, minstens even belangrijke facetten van hetzelfde recht op arbeid. Menswaardigheid vereist o.m. dat de arbeidsverhouding berust op een stevige juridische basis, die de werknemer enige waarborg verleent dat zijn dienstbetrekking hem niet willekeurig wordt ontnomen en zijn bestaanszekerheid aldus niet zonder reden in het gedrang wordt gebracht. De arbeidsvrijheid van de werkgever wordt dan ook beperkt door het beginsel dat aan de werknemer een (relatieve) vastheid van betrekking moet zijn gewaarborgd, beginsel dat de voorrang krijgt op de contractvrijheid en de belangen van de werkgever. Daarom mag de werkgever het recht op arbeid en bestaanszekerheid van zijn werknemers niet zonder goede redenen aantasten⁽³⁸⁾. Moet een ontslag naar Belgisch recht in de regel niet gemotiveerd worden, het moet wel gemotiveerd zijn, d.w.z. op goede of redelijke gronden gevestigd.

In sommige situaties legt de wetgever een motiveringsverplichting op. Dat is het geval bij ontslag wegens dringende reden, geregeld in artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Aan de hand van ontslagverboden opgenomen in bijzondere wetten bepaalt de wetgever voorts in andere gevallen welke motieven voor een ontslag niet als goed of redelijk in aanmerking komen of beperkt hij het recht tot ontslag tot welbepaalde motieven. Meer algemeen mag geen enkel ontslag kennelijk onredelijk zijn, wat in België in het algemeen

(38) H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Gent, Story, 1973, 12-13, nr. 7, 36, nr. 29 en 41, nr. 33.

voortvloeit uit het verbod van rechtsmisbruik en ten aanzien van werknemers met de rechtspositie van werkman of werkster gedeeltematig werd vastgelegd in de figuur van het verbod van willekeurig ontslag, opgenomen in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Zo b.v. zal de rechter snel geneigd zijn ontslag van een werkman waartoe zagezegd werd overgegaan omwille van een reorganisatie als willekeurig te beschouwen, wanneer blijkt dat de werkgever kort na het ontslag een nieuwe werknemer voor dezelfde functie heeft in dienst genomen. Op al die aspecten wordt hieronder teruggekomen.

De redenen die als deugdelijk motief voor een ontslag in aanmerking komen, kan men grosso modo opdelen in wat men in België economische of technische redenen noemt, enerzijds, *persoonlijke* op de persoon van de werknemer betrekking hebbende redenen anderzijds. Aangezien de motieven voor een ontslag slechts moeten worden opgegeven in geval van ontslag wegens dringende reden of wanneer de werknemer aanvoert dat een ontslagverbod is geschonden of dat een werkgever misbruik heeft gemaakt van zijn recht tot ontslag of tot willekeurig ontslag is overgegaan, worden zij ook enkel in de gevallen waarin daaromtrent betwisting bestaat, door de rechter getoetst. Anders dan in Nederland bestaat er in België dus geen systematische voorafgaande toetsing van de inhoudelijke criteria voor ontslag.

Wanneer de Belgische rechter tot toetsing van de ontslagmotieven overgaat, is hij, wat de *economische en technische redenen* betreft, in de regel nogal terughoudend. Hij beperkt zich doorgaans ertoe na te gaan of de ingeroepen motieven reëel zijn en of zij wel aan de basis liggen van het ontslag. De beoordeling van de opportuniteit van de ingeroepen redenen is uitsluitend de bevoegdheid van de werkgever(39). Ook de keuze van wie hij ontslaat, maakt de werkgever zelf vrij, de situatie waarin een ontslagverbod geldt misschien niet te na gesproken. In het laatste geval eisen sommigen dat de werkgever aantoonde waarom hij uitgerekend de werknemer ten aanzien van wie een ontslagverbod geldt, heeft ontslagen en niet een andere werknemer. Het bepalen van de algemene criteria voor het ontslag behoort tot de bevoegdheid van de ondernemingsraad en op de miskennis ervan staat geen specifieke sanctie(40). Overigens doen die criteria

(39) Zie over dat alles: W. VAN EECKHOUTTE, „De motivering van het ontslag”, in *Actuele problemen van het arbeidsrecht 4*, Antwerpen, Maklu, 1993, (352-410), 265, nr. 389 en 279, nr. 407.

(40) Art. 15, e Wet Organisatie Bedrijfsleven.

geen afbreuk aan het beslissingsrecht van de werkgever m.b.t. ontslagen(41).

Ongeschiktheid van de werknemer is een persoonlijke reden die in aanmerking komt als rechtmatige grond voor een ontslag(42). De Belgische rechter beperkt zich doorgaans ertoe het bewijs te eisen van de ongeschiktheid. Bij zijn beoordeling betreft hij doorgaans niet zo expliciet als in Nederland de vraag wat de oorzaak van de ongeschiktheid is, of de werkgever wel voldoende heeft getracht het functioneren van de werknemer te verbeteren en of het onvoldoende functioneren niet toe te schrijven is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de zijde van de werkgever. Juridisch verzet nochtans niets zich tegen een dergelijk onderzoek. Integendeel, de verplichting voor de werkgever de arbeidsovereenkomst te goeder trouw uit te voeren, lijkt het op te leggen.

In het Belgische arbeidsrecht bestaat er geen formeel verbod tot ontslag in geval van of wegens *ziekte van de werknemer*. Weliswaar begint de opzeggingstermijn niet te lopen tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid(43) en is een ontslag dat wordt gegeven vóór de arbeidsongeschiktheid zes maanden heeft geduurd, onregelmatig(44), maar een arbeidsongeschikte werknemer kan te allen tijde met onmiddellijke ingang worden ontslagen, zelfs als de arbeidsongeschiktheid het motief is voor dat ontslag. Wel zou men in dat laatste geval eventueel kunnen spreken van misbruik van het recht tot ontslag, althans indien de arbeidsongeschiktheid geen ernstig nadelige weerslag heeft op de werking van de onderneming.

D. OPZEGGING

1. Begrip

Opzegging is de normale wijze om een arbeidsovereenkomst *voor onbepaalde tijd* op een regelmatige wijze te beëindigen. Opzegging kan worden omschreven als een formele handeling uitgaande van één van de partijen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd,

(41) Art. 12 C.A.O. nr. 9 van 9 maart 1972 houdende ordening van de in de Nationale Arbeidsraad gesloten nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de ondernemingsraden.

(42) Art. 63, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet, *a contrario*.

(43) Art. 38, § 2, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(44) Art. 58 en art. 78 Arbeidsovereenkomstenwet, *a contrario*.

waardoor na het verstrijken van een bepaalde termijn een einde wordt gemaakt aan de arbeidsovereenkomst.

2. *Vormvereisten*

Een opzegging moet altijd schriftelijk gebeuren. De vorm die het geschrift moet aannemen, verschilt naargelang de opzegging uitgaat van de werknemer, dan wel van de werkgever.

Indien de opzegging uitgaat van de *werknemer*, geschiedt de kennisgeving daarvan hetzij door afgifte aan de werkgever van een in dubbel opgemaakt geschrift, waarvan het duplicaat door de werkgever wordt ondertekend, wat geldt als bewijs van ontvangst van de kennisgeving, hetzij bij een ter post aangetekende brief, die uitwerking heeft de derde werkdag na de datum van verzending, hetzij bij gerechtsdeurwaardersexploot(45). Van die laatste mogelijkheid wordt vooral gebruik gemaakt wanneer er op het ogenblik dat men tot opzegging overgaat, onvoldoende dagen overblijven om een bij aangetekende brief gegeven opzegging uitwerking te laten hebben op het eerstvolgende nuttige ingangstijdstip (b.v. bij bedienden, de eerste van de volgende maand).

Indien de opzegging uitgaat van de *werkgever*, kan de kennisgeving daarvan enkel op de twee laatst genoemde wijzen gebeuren(46). De vroegere mogelijkheid voor de werkgever om opzegging te geven door de afgifte aan de werknemer van een geschrift, werd afgeschaft om antidatering van de opzegging onmogelijk te maken. Tot antidatering werd vroeger inderdaad regelmatig overgegaan, om de werkgever de last van een opzegging of een opzeggingsvergoeding of een deel daarvan te besparen, eventueel in ruil voor bepaalde voordelen voor de werknemer, of om de werknemer een ontzegging van het recht op werkloosheidsuitkering te besparen, in gevallen waarin de werkgever hem wegens een zware fout kon ontslaan. Antidatering leidde aldus tot een vervroegd of onrechtmatig recht op werkloosheidsuitkering. Zij werd onmogelijk gemaakt doordat opzegging uitgaande van de werkgever door overhandiging van een geschrift, werd verboden. Gaat de werkgever toch op die manier tot opzegging over, dan is de opzegging nietig en dus onbestaande, terwijl het ontslag, de wil tot beëindiging, overeind blijft, zodat de werknemer een opzeggingsvergoeding kan eisen en geen aanspraak zal kunnen maken op werk-

(45) Art. 37, §1, lid 3 Arbeidsovereenkomstenwet.

(46) Art. 37, §1, lid 4 Arbeidsovereenkomstenwet.

loosheidsuitkering voor de periode welke door die vergoeding wordt of kan worden gedekt.

De opzeggingbrief dient het begin en de duur van de opzeggingstermijn te vermelden(47).

3. *Opzeggingstermijn*

In de Belgisch Arbeidsovereenkomstenwet wordt m.b.t. bepaalde aangelegenheden nog altijd een onderscheid gemaakt tussen hoofd- en handarbeiders, respectievelijk bedienden en werklieden genoemd. Een van de belangrijkste verschilpunten betreft de opzeggingstermijn. Juridisch kan een onderscheid dat uitsluitend gebaseerd is op de aard van de arbeid die een werknemer verricht, bezwaarlijk beschouwd worden als een onderscheid dat op een objectief en redelijk criterium berust, zo oordeelde terecht het Arbitragehof. Niettemin, aldus het Arbitragehof, mag, rekening houdend met de ontstaansgeschiedenis van het onderscheid tussen werklieden en bedienden en het feit dat in de loop der jaren de bescherming tegen ontslag van werklieden geleidelijk op een niveau werd gebracht dat dichter aansluit bij die van de bedienden, worden aangenomen dat de verschillende ontslagbescherming van die twee categorieën van werknemers het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet miskent. Nieuwe vormen van onderscheid tussen werklieden en bedienden invoeren kan evenwel niet meer(48). Het gaat hier duidelijk om een beleidsmatige uitspraak, die rekening houdt met de sociale, economische en politieke gevolgen van de eenmaking van de rechtspositie, maar die juridisch moeilijk te verantwoorden valt(49).

(a) Algemeen

De opzeggingstermijn is de termijn gedurende dewelke de arbeidsovereenkomst nog blijft bestaan na opzegging door één van de partijen gegeven. Het begin en de duur ervan moeten in de opzeggingbrief worden vermeld.

Aangezien de arbeidsovereenkomst blijft bestaan tijdens de opzeggingstermijn, blijven ook de rechten en verplichtingen van de partijen

(47) Art. 37, §1, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(48) Arbitragehof nr. 56/93 van 8 juli 1993, *B.S.* 27 augustus 1993.

(49) X. HEYDEN, „A 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. Les non-dits de la Cour d'arbitrage”, *J.T.T.* 1993, 392, nr. 10; zie ook C. ENGELS, in R. BIRK e.a., *Statuut werkmán-bediende*, Brugge, Die Keure, 1992, 42-47.

onveranderd gelden tijdens de duur van die termijn. De werkgever is dan ook verplicht zijn werknemer onder dezelfde arbeidsvoorwaarden te werk te stellen gedurende de volledige duur van de opzegging, tenzij de partijen anders overeenkomen. Wanneer de partijen overeenkomen dat de werknemer ervan ontslagen is de bedongen arbeid te verrichten en de werkgever het verschuldigde loon regelmatig blijft doorbetalen, beëindigen zij inderdaad niet noodzakelijk de arbeidsovereenkomst die door één van beiden is opgezegd, vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn(50).

Behoudens anders luidende overeenkomst is ook de werknemer verplicht tijdens de duur van de opzeggingstermijn normale uitvoering te geven aan de arbeidsovereenkomst. Wel heeft de werknemer het recht om met behoud van loon een aantal dagen van het werk weg te blijven om een nieuwe betrekking te zoeken(51). Men spreekt in dat verband van het recht op *sollicitatieverlof*.

De arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn, b.v. met wederzijdse toestemming(52), wegens dringende reden of op een onregelmatige manier.

(b) Ingangs- en eindtijdstip van de opzeggingstermijn

Bij opzegging van een arbeidsovereenkomst voor werklieden gaat de opzeggingstermijn in de *maandag* volgend op de week waarin de opzegging uitwerking heeft(53).

Bij opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bedienden begint de opzeggingstermijn te lopen op de *eerste dag van de maand* volgend op die waarin de opzegging uitwerking heeft(54).

In tegenstelling met Nederland kent België geen *aanzegdag*. De opzeggingstermijn kan op om het even welke dag van de maand een einde nemen, zeker wanneer men in acht neemt dat de duur van de opzegging wordt verlengd met de meeste periodes van schorsing van de arbeidsovereenkomst, althans indien de opzegging uitgaat van de werkgever(55).

(50) Cass. 24 juni 1985, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nr. 59, concl. Adv. Gen. H. LENAERTS.

(51) Art. 41 juncto 64, 85 en 115 Arbeidsovereenkomstenwet.

(52) Cass. 10 oktober 1977, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nr. 52, concl. Adv. Gen. H. LENAERTS.

(53) Art. 59, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(54) Art. 82, §1 Arbeidsovereenkomstenwet.

(55) Art. 38, § 2, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(c) Duur van de opzeggingstermijn

De opzeggingstermijn wordt altijd bepaald met inaanmerkingneming van de anciënniteit die de werknemer verworven heeft op het ogenblik waarop de opzegging ingaat. De dag waarop de opzeggingstermijn ingaat, komt niet meer in aanmerking(56). De anciënniteit is het aantal jaren dat de werknemer ononderbroken in dienst is geweest van dezelfde werkgever(57). Het is niet vereist dat de in aanmerking te nemen dienst bij dezelfde werkgever vervuld werd ter uitvoering van dezelfde arbeidsovereenkomst. Zelfs al werd een eerdere overeenkomst opgezegd, dan nog wordt haar duur voor het bepalen van de anciënniteit gevoegd bij die van de onmiddellijk daarop volgende overeenkomst(58).

i) Opzeggingstermijnen voor werklieden

De opzeggingstermijn die moet worden in acht genomen bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor werklieden, wordt uitsluitend bepaald volgens de anciënniteit van de betrokken werkmán. Hij is verschillend naar gelang de opzegging uitgaat van de werkgever dan wel van de werkmán(59).

De *wettelijke* opzeggingstermijn bedraagt bij opzegging uitgaande van de werkgever 28 kalenderdagen indien de werkmán een anciënniteit heeft van minder dan 20 jaar, 56 dagen indien hij een anciënniteit heeft van minstens 20 jaar. Bij opzegging uitgaande van de werkmán worden die termijnen tot de helft gereduceerd. Het kan niet worden ontkend dat die opzeggingstermijnen bijzonder kort zijn. In het kader van het toezicht op de naleving door België van het Europees Sociaal Handvest werden zij door de toezichthoudende comités zelfs geacht strijdig te zijn met art. 4. 4 van dat handvest, luidens welk de verdragsluitende staten zich ertoe verbinden het recht te erkennen van alle werknemers op een redelijke opzeggingstermijn bij beëindiging van hun dienstbetrekking.

In het licht van de hierboven al vermelde toenadering van de rechtspositie van werklieden en bedienden, werden bij een interprofessionele *collectieve arbeidsovereenkomst* gesloten in de Nationale Ar-

(56) Cass. 13 januari 1997, *J.T.T.* 1997, 379.

(57) Art. 59, derde lid en 82, § 2 tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(58) Cass. 10 maart 1986, *J.T.T.* 1987, 58, noot; Cass. 29 oktober 1990, *J.T.T.* 1991, 163.

(59) Art. 59, tweede lid en derde lid Arbeidsovereenkomstenwet.

beidsraad met ingang van 1 oktober 2000 langere opzeggingstermijnen bepaald bij opzegging uitgaande van de werkgever(60):

Anciënniteit	Opzegging uitgaand van de werkgever
tussen 6 maanden en minder dan 5 jaren	35 dagen
tussen 5 en minder dan 10 jaren	42 dagen
tussen 10 en minder dan 15 jaren	56 dagen
tussen 15 en minder dan 20 jaren	84 dagen
20 of meer jaren	112 dagen

ii) Opzeggingstermijn voor bedienden

De duur van de opzeggingstermijn die door of ten aanzien van een bediende moet worden gerespecteerd, verschilt in de eerste plaats naar gelang van de hoogte van het jaarloon van de bediende. Dat onderscheid werd door het Arbitragehof niet strijdig geacht met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, omdat aanvaardbaar is dat werknemers die in de onderneming belast zijn met een zwaardere verantwoordelijkheid, wat doorgaans tot uitdrukking komt in het jaarloon, aanspraak kunnen maken op een betere bescherming(61). De wet maakt met name een onderscheid naargelang het jaarloon van de bediende minder of meer bedraagt dan een jaarlijks geïndexeerd bedrag. Overschrijdt het jaarloon die grens niet, dan pleegt men te spreken van „lagere bedienden”, in het andere geval van „hogere bedienden”. Het jaarloon dat in aanmerking dient te worden genomen voor het bepalen van de opzeggingstermijn, is het brutoloon dat verworven is op het ogenblik dat de opzeggingstermijn een aanvang neemt, met inbegrip van vakantiegeld, premies enz. De wet maakt geen onderscheid naar gelang de bediende voltijds dan wel deeltijds werkt, zodat heel wat bedienden formeel „lagere” bedienden zijn omwille van het deeltijds karakter van hun tewerkstelling en derhalve ook hun loon. Het Arbitragehof oordeelde evenwel dat de aanwending van dezelfde loongrenzen voor de bepaling van de opzeggingstermijn van de bedienden

(60) C.A.O. nr. 75 van 20 december 1999, betreffende de opzeggingstermijnen van de werklieden.

(61) Arbitragehof 8 juli 1993, *J.T.T.* 1993, 389, noot X. HEYDEN.

zonder rekening te houden met de omvang van de tewerkstelling, strijdig is met het gelijkheidsbeginsel(62).

De opzeggingstermijn die door de werkgever moet in acht worden genomen ten aanzien van de lagere bediende, bedraagt ten minste drie maanden per begonnen periode van vijf jaar anciënniteit. De opzeggingstermijn die de lagere bediende zelf moet respecteren, bedraagt anderhalve maand of drie maanden, naargelang zijn anciënniteit hoogstens vijf jaar is, dan wel langer(63).

De opzeggingstermijn welke ten aanzien van of door een hogere bediende moet worden nageleefd, moet in beginsel worden vastgesteld door een overeenkomst tussen de partijen. De wetgever wil dat die overeenkomst in alle vrijheid wordt gesloten, zonder dat er gevaar bestaat voor druk op de werknemer om zich akkoord te verklaren met korte opzeggingstermijnen (b.v. omdat hij anders vreest de betrekking niet te zullen krijgen of te zullen verliezen) of voor druk op de werkgever om lange termijnen te aanvaarden (b.v. omdat hij anders vreest de werknemer niet te zullen kunnen aanwerven of behouden). Daarom bepaalt de wet dat de overeenkomst over de opzeggingstermijn ten vroegste mag worden gesloten bij de opzegging zelf(64). Overeenkomsten over een opzeggingstermijn die voordien tot stand komen, zijn nietig en dus onbestaande, zelfs wanneer zij in het voordeel zijn van de bediende.

Komen de partijen niet tot een akkoord, dan zal de partij die opzegging wenst te geven, zelf de duur van de opzeggingstermijn moeten bepalen, onder haar verantwoordelijkheid. Zoals boven werd uiteengezet, vereist een rechtsgeldige opzegging de vermelding van de opzeggingstermijn in de opzeggingsbrief. De partij aan wie de opzegging werd betekend, heeft dan de mogelijkheid om de zaak voor de rechter te brengen, wanneer zij van oordeel is dat de betekende opzeggingstermijn te kort is. Het komt dan aan de rechter toe te oordelen welke opzeggingstermijn had moeten worden in acht genomen. In tegenstelling met wat het geval is voor de partijen, moet hij rekening houden met een wettelijk minimum, wanneer de opzegging uitgaat van de werkgever, met een wettelijk maximum, wanneer de opzegging uitgaat van de hogere bediende. Bij opzegging uitgaande van de werkgever, mag de rechter inderdaad geen kortere opzeggingsstermijn vaststellen dan de wettelijke minimumtermijn bepaald voor de

(62) Arbitragehof 20 april 1999, *B.S.* 11 augustus 1999.

(63) Art. 82, § 2 Arbeidsovereenkomstenwet.

(64) Art. 82, § 3, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet.

lagere bedienden(65). Het maximum dat de rechter moet respecteren bij opzegging uitgaande van de hogere bediende bedraagt 4,5 maanden of zes maanden, naargelang het jaarloon van de bediende een bepaald bedrag niet, dan wel overschrijdt(66).

Met inachtneming van het voornoemde minimum, dient de rechter de opzeggingstermijn in acht te nemen door de werkgever te bepalen met inachtneming van de op het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging voor de bediende bestaande kans om spoedig een gelijkwaardige betrekking te vinden, rekening houdende met zijn anciënniteit, zijn leeftijd, zijn functie en het bedrag van zijn loon, dit alles volgens de gegevens eigen aan de zaak(67). Hij stelt de opzeggingsstermijn vast met inachtneming van beiderzijdse belangen van de partijen(68). Aangezien de beoordeling dient te gebeuren op het tijdstip van de kennisgeving van de opzegging, wordt geen rekening gehouden met de reële termijn die de bediende nodig heeft om een gelijkwaardige betrekking te vinden. Evenmin wordt rekening gehouden met tekortkomingen van de werknemer, de wijze waarop hij de arbeidsovereenkomst heeft uitgevoerd, zijn gedragingen na de kennisgeving van de opzegging(69) enz. Een „gegeven eigen aan de zaak” waarmee wel rekening kan worden gehouden is de bijkomende aard van de tewerkstelling als werknemer in verhouding tot de zelfstandige activiteit die hij ontplooit(70).

Het bepalen van de termijn die iemand nodig heeft om een gelijkwaardige betrekking te vinden, is natuurlijk een hachelijke aangelegenheid zowel voor de rechter als voor de werkgever die, bij ontstentenis van een akkoord dienaangaande, zelf de opzeggingstermijn moet bepalen, aangezien hij de duur ervan in de opzeggingsbrief moet vermelden. Omdat de door de rechtbanken toegekende opzeggingstermijnen meestal langer zijn dan de wettelijke minimumtermijnen en omdat de uitspraken nogal uiteenlopend waren, zijn sommige auteurs overgegaan tot het uitwerken van rekenkundige formules om de opzeggingstermijn te berekenen, teneinde tot een zekere methode en stabiliteit te komen. Er bestaan aldus een tiental formules voor de berekening van de opzeggingstermijnen die moeten worden in acht

(65) Art. 82, § 3, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(66) Art. 82, § 3, derde lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(67) Cass. 17 september 1975, *T.S.R.* 1976, 14.

(68) Cass. 9 mei 1994, *Arr. Cass.* 1994, 461.

(69) Wat dat laatste aspect betreft: Cass. 8 september 1980, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nr. 55, concl. Adv. Gen. H. LENAERTS.

(70) Cass. 3 februari 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 746.

genomen bij de opzegging van hogere bedienden. Die formules zijn uiteraard niet bindend voor de rechtbanken, die meestal ook weigeren zich aan een bepaalde formule te binden of hun uitspraak uitdrukkelijk op een formule te steunen. Toch hebben sommige formules in de rechtspraak doorgang gevonden. Vooral de zogenaamde formule-Claeys wordt courant gebruikt. De recentste versie van die formule ziet eruit als volgt:

$$OT = (0,89 \times \text{de anciënniteit}) + (0,08 \times \text{de leeftijd}) + (0,0013 \times \text{het loon}) - 2$$

Anciënniteit en leeftijd worden in jaren en fracties van jaren uitgedrukt. Het loon wordt uitgedrukt in duizenden franken. Het resultaat dat wordt bekomen is de opzeggingstermijn in maanden. In tegenstelling met wat in vroegere versies het geval was, wordt geen rekening meer gehouden met de functie: het blijkt inderdaad dat hoe hoger de functie, hoe gemakkelijker het vaak is een gelijkwaardige betrekking te vinden.

Uit de rechterlijke uitspraken blijkt dat lange opzeggingstermijnen, tot twee en drie jaar, niet onmogelijk zijn.

Men kan formules zoals die van Claeys moeilijk vergelijken met de Nederlandse „kantonrechtformule”. Die laatste wordt immers vooral gebruikt om, naar gelang van verwijtbaarheid van het motief dat wordt ingeroepen voor een vordering tot ontbinding wegens gewichtige redenen, aan de andere partij een vergoeding toe te kennen. Met motieven voor het ontslag hebben de Belgische formules niets te maken. Zij worden alleen geacht de duur te berekenen die een werknemer nodig heeft om een gelijkwaardige betrekking te vinden.

Moet de rechter de opzeggingstermijn beoordelen die, zonder akkoord, werd betekend door een hogere bediende, dan is hij alleen gebonden door het wettelijk maximum. Voor zover hij dat maximum niet overschrijdt, beoordeelt hij de opzeggingstermijn rekening houdende met het belang van beide partijen, nl. wat de werkgever betreft, met inachtneming van de voor hem op het ogenblik van het ontslag bestaande mogelijkheid om een werknemer met dezelfde kwalificatie te vinden(71).

Het is evident dat de onmogelijkheid de door de werkgever in acht te nemen opzeggingstermijnen vast te stellen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst, voor de werkgever een element van onzekerheid is, wat nadelig kan zijn voor een efficiënt beleid. Bovendien

(71) Cass. 19 mei 1989, *J.T.T.* 1989, 384, noot V. VANNES.

kunnen, zoals blijkt uit wat voorafgaat, de opzeggingstermijnen voor hogere bedienden erg oplopen en dus de ontslagkost aanzienlijk verzwaren. Om tegemoet te komen aan de kritiek waaraan de wettelijke regeling blootstaat, werd in 1994 een uitzonderingsregel ingevoerd die het mogelijk maakt om de kosten van het ontslag van de bedienden met een zeer hoog jaarloon aanzienlijk te drukken. Wanneer het jaarlijks loon dat bedrag overschrijdt op het ogenblik van de indiensttreding, mogen de door de werkgever in acht te nemen opzeggingstermijnen, in afwijking van de regel dat de opzeggingstermijn die ten aanzien van een „hogere” bediende moet worden nageleefd, wordt vastgesteld, hetzij bij overeenkomst, gesloten ten vroegste op het ogenblik waarop de opzegging gegeven wordt, hetzij door de rechter, ook vastgesteld worden bij overeenkomst die ten laatste wordt gesloten op het ogenblik van de indiensttreding. De opzeggingstermijnen mogen dan evenwel niet korter zijn dan de wettelijke minimumtermijnen bepaald voor de „lagere” bedienden. Bij ontstentenis van overeenkomst blijven de gewone regels van toepassing(72).

Bijzondere opzeggingstermijnen gelden indien opzegging wordt gegeven om aan de voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomst een einde te maken op de leeftijd van 60 jaar of later (bij opzegging uitgaande van de bediende), of op de leeftijd van 65 jaar of later (bij opzegging uitgaande van de werkgever)(73). De opzeggingstermijn bedraagt in die gevallen, in afwijking van de algemene regeling, drie maanden bij opzegging door de werkgever, anderhalve maand bij opzegging door de bediende. Die termijnen worden verdubbeld wanneer de bediende een anciënniteit heeft van minstens vijf jaar. De bedoeling van deze uitzondering is te vermijden dat bij opzegging van oudere bedienden die met pensioen kunnen gaan, zeer lange opzeggingstermijnen zouden moeten worden nageleefd.

Er gelden ook bijzondere opzeggingstermijnen wanneer de bediende is opgezegd door de werkgever en hij een andere dienstbetrekking heeft gevonden. In dat geval wordt de termijn van de door de werkgever gegeven opzegging niet verkort, maar eindigt de overeenkomst als gevolg van de door de bediende gegeven opzegging bij het verstrijken van de door deze in acht genomen opzeggingstermijn(74). Wanneer de bediende de gewone opzeggingstermijn die hij moet in acht nemen te kort vindt om een tegenopzegging te geven, kan hij een

(72) Art. 82, § 5 Arbeidsovereenkomstenwet.

(73) Art. 83, § 1 Arbeidsovereenkomstenwet.

(74) Cass. 26 november 1990, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nr. 83 concl. Adv. Gen. H. LENAERTS.

verkorte opzeggingstermijn in acht nemen, die verschilt naargelang de hoogte van zijn loon(75). Bedraagt zijn jaarloon minder dan de grens welke geldt om het onderscheid te maken tussen hogere en lagere bedienden, dan is de termijn voor tegenopzegging één maand. Gaat het om een hogere bediende, dan is de termijn voor tegenopzegging twee maanden, wanneer het jaarloon niet hoger is dan een ander, hoger bedrag. Bedienden wier jaarloon ook die hoogste grens overschrijdt, moeten de termijn van tegenopzegging overeenkomen ten vroegste bij de tegenopzegging, met dien verstande dat de termijn maximum vier maanden is.

Tenslotte zij nog opgemerkt dat, zoals hieronder wordt aangetoond, de in aanmerking te nemen opzeggingstermijn bepalend is voor de omvang van de beëindigingsvergoeding die wordt toegekend in geval van onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Gedurende de periode gedekt door die beëindigingsvergoeding, die men een fictieve opzeggingstermijn zou kunnen noemen, heeft de werknemer geen recht op een werkloosheidsuitkering(76).

E. ONTSLAG WEGENS DRINGENDE REDEN

Het arbeidsovereenkomstenrecht geeft elk van de partijen van een arbeidsovereenkomst het recht de overeenkomst eenzijdig en onmiddellijk te beëindigen, bij het voorhanden zijn van een zogenaamde dringende reden. Die vorm van beëindiging van de arbeidsovereenkomst is altijd mogelijk, ongeacht het soort arbeidsovereenkomst dat werd gesloten, zowel tijdens de proeftijd of tijdens perioden van schorsing van de arbeidsovereenkomst, als tijdens de opzeggingstermijn.

Omdat ontslag wegens dringende reden zeer verstrekkende gevolgen heeft voor de werknemer die erdoor wordt getroffen, en met name niet alleen leidt tot verlies van zijn betrekking zonder enige vergoeding maar ook tot een tijdelijke ontzegging van het recht op werkloosheidsuitkering, zijn de Belgische rechters nogal terughoudend t.a.v. die uitzonderlijke beëindigingswijze.

1. Begrip dringende reden en bewijs daarvan

De wet omschrijft de dringende reden als „*de ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werk-*

(75) Art. 84 Arbeidsovereenkomstenwet.

(76) Art. 44 en art. 46, § 1, 5° Werkloosheidsbesluit.

nemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt”(77). Dat betekent niet dat er een verplichting bestaat de arbeidsovereenkomst in die omstandigheden te beëindigen(78). De werkgever of de werknemer zou voor de zekerheid ook de gerechtelijke ontbinding kunnen vorderen. Maar hij moet kiezen: eens het ontslag gegeven is, wordt een gerechtelijke ontbinding zonder voorwerp; en meer dan drie werkdagen na de kennisneming van de dringende reden kan geen ontslag wegens dringende reden meer worden gegeven.

Naar Belgisch recht komen alleen fouten in aanmerking als grond voor ontslag wegens dringende reden(79).

Of een tekortkoming voldoet aan de kenmerken van een dringende reden, moet in eerste instantie worden uitgemaakt door degene die tot ontslag wil overgaan. Bij betwisting zal het echter de rechter zijn die uiteindelijk de beoordeling maakt. De rechtspraak hierover is zeer casuïstisch. De regel is dat hij afweegt of de zware gevolgen voor de werknemer wel opwegen tegen de ernst van de tekortkoming, alle concrete omstandigheden in acht genomen, zoals de houding van de partijen in het verleden, de opleiding en de functie van de werknemer, de schadelijke gevolgen van de ingeroepen fout enz.

Wanneer in de arbeidsovereenkomst of in het arbeidsreglement een omschrijving of opsomming wordt gegeven van tekortkomingen die worden aangemerkt als grond tot ontslag wegens dringende reden, bindt zulks de rechter niet wanneer hij later wordt verzocht de zaak te beoordelen(80).

De partij die een dringende reden inroept, moet daarvan het bewijs leveren(81). Dat bewijs kan door alle wettelijke middelen, getuigen inbegrepen, worden geleverd. Is er twijfel, dan moet die ten goede komen aan de partij aan wie ontslag werd betekend.

2. *Vormvereisten*

Het ontslag wegens dringende reden zelf is niet aan vormvereisten gebonden. Geen enkele wettelijke bepaling maakt de geldigheid van het ontslag afhankelijk van bepaalde vormen. Ontslag wegens drin-

(77) Art. 35, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(78) Cass. 20 maart 2000, *J.T.T.* 2000, 209.

(79) Cass. 23 oktober 1989, *J.T.T.* 1989, 432. Door procureur-generaal, toen advocaat-generaal H. Lenaerts is ooit, onder meer met verwijzing naar het Nederlandse recht, anders geadviseerd aan het Hof, maar dat heeft hem daarin niet gevolgd (concl. voor Cass. 8 februari 1988, *J.T.T.* 1988, 157).

(80) Cass. 4 november 1960, *T.S.R.* 1962, 134.

(81) Art. 35, al. 8 Arbeidsovereenkomstenwet.

gende reden kan m.a.w. op om het even welke wijze worden gegeven: mondeling, gewone brief, aangetekende brief, telegram, fax enz. Het ontslag heeft onmiddellijk uitwerking. Worden de verdere vormvereisten miskend of wordt de dringende reden niet bewezen of niet aanvaard, dan heeft men per definitie te maken met een onregelmatig ontslag, dat niet meer kan worden geredieerd. Een figuur zoals het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dat in Nederland voorkomt bij ontslag op staande voet, is naar Belgisch recht dan ook ondenkbaar.

Wel moet het ontslag worden gegeven binnen drie werkdagen volgend op de dag waarop de partij die ontslag geeft, voldoende kennis heeft van de feiten(82), d.w.z. omtrent het bestaan van het feit en de omstandigheden die daarvan een dringende reden kunnen maken, voldoende zekerheid heeft om met kennis van zaken een beslissing te kunnen nemen(83). De dag van de kennisname zelf wordt niet meegerekend. De feiten kunnen dus ouder zijn dan drie werkdagen, mits zij maar minder dan drie werkdagen met voldoende zekerheid gekend zijn. Het komt voor dat die zekerheid eerst kan worden verkregen na een onderzoek of een verhoor van de werknemer. In dat geval beginnen de drie werkdagen slechts te lopen vanaf het beëindigen van het onderzoek of verhoor. De arbeidsovereenkomst kan in die tussenperiode bij gebrek aan rechtsgrond daarvoor bezwaarlijk regelmatig worden geschorst(84).

Alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven binnen drie werkdagen na het ontslag, kan worden aangevoerd ter verantwoording van een ontslag wegens dringende reden(85). Ontslag en kennisgeving moeten dus niet, maar kunnen gelijktijdig gebeuren, wat dan natuurlijk het geval moet zijn binnen drie werkdagen volgend op de kennisname van de feiten.

De kennisgeving van de dringende reden gebeurt op straffe van nietigheid hetzij bij een aangetekende brief, hetzij bij gerechtsdeurwaardersexploot, hetzij door afgifte aan de andere partij van een in tweevoud opgemaakt geschrift, waarvan het duplicaat door de bestemming voor ontvangst wordt ondertekend. De kennisgeving heeft tot doel de ontslagen partij de mogelijkheid te geven haar verdediging op de tegen haar aangevoerde feiten voor te bereiden en de rechter in

(82) Art. 35, lid 3 Arbeidsovereenkomstenwet.

(83) Cass. 14 mei 1979, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nr. 62, concl. Adv. Gen. H. LENAERTS.

(84) Er is wel voorzien in een schorsingsmogelijkheid tijdens de procedure tot voorafgaande erkenning van een dringende reden tot ontslag van een zgn. „beschermd“, werknemer (art. 5, § 3 en 5 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden).

(85) Art. 35, lid 4 Arbeidsovereenkomstenwet.

staat te stellen na te gaan of de voor hem aangevoerde redenen dezelfde zijn als die welke werden ingeroepen tegen de ontslagen partij. De rechtspraak eist dan ook dat de redenen met grote nauwkeurigheid en precisie worden omschreven⁽⁸⁶⁾. Algemeenheden en vaagheden worden van de hand gewezen.

F. ONTSLAGVERBODEN

Het Belgische arbeidsrecht kent een hele reeks wettelijke ontslagverboden en -beperkingen voor de werkgever. Zij hebben tot doel te beletten dat een werknemer wordt ontslagen om ongeoorloofd geachte motieven, meer bepaald omwille van het feit dat hij zich bevindt in een situatie die de wetgever beschermt, dat hij van bepaalde rechten gebruik maakt of een bepaalde hoedanigheid heeft of taak waarneemt. De verboden en beperkingen gelden niet voor de werknemer en zijn niet van toepassing wanneer men niet met ontslag te maken heeft, zoals in geval van beëindiging in onderling akkoord of gerechtelijke ontbinding.

Kenmerkend daarbij is dat schending van het ontslagverbod of de ontslagbeperking de uitwerking van het ontslag niet aantast: de werknemer die werd ontslagen hoewel zulks wettelijk niet toegelaten was, blijft ontslagen, zonder dat hij het behoud of het herstel van zijn dienstbetrekking kan afdwingen. Wel leidt schending van een wettelijk ontslagverbod of een wettelijke ontslagbeperking tot schadevergoeding ten voordele van de werknemer die daarvan het slachtoffer is. Die schadevergoeding is forfaitair vastgesteld en bedraagt doorgaans zes maanden brutoloon. Eventueel gaat het om een bijkomende schadevergoeding, d.w.z. een vergoeding die komt boven de „gewone” beëindigingsvergoeding die verschuldigd is wegens de onregelmatigheid van het ontslag.

De wettelijke ontslagverboden en -beperkingen nemen twee vormen aan: ofwel mag de werknemer niet worden ontslagen wegens bepaalde redenen, ofwel mag hij enkel wegens bepaalde redenen worden ontslagen.

1. Verbod van ontslag wegens bepaalde redenen

Diverse wettelijke bepalingen verbieden de werkgever eenzijdig een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst om redenen die verband

(86) Cass. 2 juni 1976, *R.W.* 1976-77, 1022.

houden met de bijzondere situatie waarin de werknemer zich bevindt. Het ontslagverbod geldt dan gedurende een welbepaalde in de wet omschreven periode. Wanneer de wet niet anders bepaalt, wat hij b.v. wel doet bij het ontslagverbod wegens dienstplicht, geldt het verbod te ontslaan ook tijdens de proeftijd(87).

In die beschermingsperiode mag de werknemer wel worden ontslagen om redenen die vreemd zijn aan de situatie waaraan de wet bescherming verbindt. Het bewijs van dergelijke redenen moet dan wel door de werkgever worden geleverd. De redenen waarvoor ondanks de bescherming wél ontslag mag worden gegeven, zijn in eerste instantie dringende redenen, maar ook persoonlijke of economische of technische redenen die niets te zien hebben met de beschermde situatie.

Het aantal ontslagverboden van dit type neemt de laatste jaren toe: bij ieder nieuw recht dat wordt gecreëerd, wordt een nieuwe ontslagbescherming in het leven geroepen.

Voorbeelden hiervan zijn het verbod een zwangere of bevallen werknemster te ontslaan om redenen die verband houden met haar lichamelijke toestand als gevolg van de zwangerschap of de bevalling(88), het verbod een werknemer te ontslaan tijdens een periode van (de voor Belgen afgeschafte) dienstplicht(89), het verbod een werknemer te ontslaan die gebruik wenst te maken van de mogelijkheden inzake loopbaanonderbreking(90), politiek verlof(91), ouderschapsverlof(92), het verbod vakbondsafgevaardigden te ontslaan om redenen die eigen zijn aan de uitoefening van hun mandaat(93) en het verbod werkneemsters te ontslaan met betrekking tot wie een klacht of een rechtsvordering hangende is die betrekking heeft op de gelijke behandeling van man of vrouw(94).

Enigszins merkwaardig is dat, zoals hierboven al werd toegelicht, er in België geen echt ontslagverbod wegens ziekte bestaat.

(87) Cass. 21 februari 1973, *J.T.T.* 1973, 213, dat betrekking heeft op het ontslagverbod bij zwangerschap of bevalling.

(88) Art. 40 Arbeidswet.

(89) Art. 38, § 3 Arbeidsovereenkomstenwet.

(90) Art. 101 Sociale Herstelwet.

(91) Art. 5 en 6 Wet Politiek Verlof.

(92) Art. 15 C.A.O. nr. 64 van 29 april 1997, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot instelling van een recht op ouderschapsverlof.

(93) Art. 18, eerste lid C.A.O. nr. 5 van 24 mei 1971, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende het statuut van de syndicale afvaardiging van het personeel der ondernemingen.

(94) Art. 23 Wet Gelijke Behandeling Man-Vrouw 1999.

2. *Beperking van de mogelijkheden tot ontslag tot welbepaalde redenen*

Het ontslagverbod van dit type betreft de zgn. „beschermden” werknemers en werd hierboven al besproken, wanneer werd gehandeld over de voorafgaande erkenning tot ontslag die te hunnen aanzien vereist is.

IV. Sancties

A. GRONDSLAGEN

Van het sanctiestelsel van het Belgische ontslagrecht kan veel worden gezegd, maar niet dat het niet doorzichtig of overzichtelijk zou zijn. Wanneer men het onderscheid voor ogen houdt tussen het miskennen van de wettelijke voorschriften (onregelmatig ontslag) en het kennelijk onredelijk ontslag (onrechtmatig ontslag), komt men al een heel eind op weg. Het zij hier toegegeven dat niet iedereen dat onderscheid maakt en dat in de literatuur en rechtspraak vaak onrechtmatig wordt genoemd, wat in deze tekst als onregelmatig wordt aangeduid.

1. *Regelmatig, onregelmatig en onrechtmatig ontslag*

Hierboven werd er al op gewezen dat, naar Belgisch recht, de partijen van een arbeidsovereenkomst over de mogelijkheid beschikken die overeenkomst te allen tijde op eigen initiatief te beëindigen. Dat betekent niet dat zij daartoe altijd het recht hebben. De macht tot ontslag valt slechts samen met het recht tot ontslag wanneer men te doen heeft met een regelmatig ontslag. Onder *regelmatig* ontslag dient te worden verstaan, het ontslag dat beantwoordt aan alle daarvoor bij wet, overeenkomst of gebruik gestelde strikte rechtsnormen⁽⁹⁵⁾. Om regelmatig te zijn, moet het ontslag derhalve in beginsel de vorm aannemen van een opzegging (bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd) of een ontslag wegens dringende reden.

Is dat niet het geval, dan werd de macht tot ontslag gebruikt op een wijze die niet in overeenstemming is met het recht tot ontslag en heeft men te doen met een onregelmatig ontslag. Dat ontslag heeft altijd uitwerking. De rechter kan de partijen niet bevelen de arbeidsover-

(95) *Sociaalrechtelijk woordenboek*, Benelux Economische Unie, 1977, tw. Regelmatige beëindiging.

eenkomst uit te voeren als één van hen al heeft beslist die te beëindigen(96). Wel doet onregelmatige beëindiging voor de andere partij een aanspraak op schadevergoeding ontstaan.

Een zelfs regelmatig ontslag kan *onrechtmatig* zijn, wanneer het weliswaar beantwoordt aan alle daarvoor volgens de wet, de overeenkomst of het gebruik geldende rechtsnormen, maar niet aan normen die door een waardeoordeel worden bepaald, zoals billijkheidsnormen die uitsluitend aan het oordeel van de rechter worden overgelaten(97). Onrechtmatig ontslag is b.v. een ontslag dat wordt gegeven om een motief dat niet in aanmerking komt voor ontslag; of dergelijk motief al dan niet aan het ontslag ten gronde ligt, is een zaak die moet worden beoordeeld door de rechter.

2. Willekeurig ontslag en rechtsmisbruik

(a) Rechtsmisbruik

In het burgerlijk recht wordt al sinds het begin van de twintigste eeuw toepassing gemaakt van de leer van het rechtsmisbruik. Er is sprake van misbruik van recht, wanneer een recht wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon(98). Rechtsmisbruik doet een recht op schadevergoeding ontstaan voor wie er het slachtoffer van wordt.

In de jaren zestig van de vorige eeuw is de rechtspraak de figuur van het rechtsmisbruik gaan toepassen op het recht tot ontslag: een werkgever heeft weliswaar het recht een werknemer te ontslaan, maar mag van dat recht geen misbruik maken. Volgens de gewone regels is het de werknemer die het bewijs moet leveren van het rechtsmisbruik en die moet aantonen welke schade hij daardoor heeft geleden.

Voortbouwend op die rechtspraak besloot de wetgever bij een herziening van het arbeidsovereenkomstenrecht in 1969 de toepassing van de leer van het rechtsmisbruik op het ontslagrecht ten aanzien van werklieden te concretiseren in de figuur van willekeurig ontslag. De wetwijziging voerde een begripsomschrijving in van wat moet worden verstaan onder misbruik van het recht tot ontslag, keerde de

(96) Cass. 20 juni 1988, *T.S.R.* 1988, 325 (samenvatting).

(97) *Sociaalrechtelijk woordenboek*, Benelux Economische Unie, 1977, tw. Rechtmatige beëindiging.

(98) Cass. 10 september 1971, *a.w.* 1971-72, 521, concl. Proc. Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

bewijslast om en voorzag in een forfaitaire schadevergoeding voor de werkmán.

Bij ontslag van bedienden bestaat een dergelijke wettelijke regeling niet. Een bediende die meent dat zijn werkgever misbruik heeft gemaakt van zijn recht tot ontslag, moet zich dan ook op de gemeenschappelijke principes van rechtsmisbruik beroepen.

(b) Willekeurig ontslag

De regeling van het willekeurig ontslag, vervat in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, heeft een beperkt personeel, maar een ruim materieel toepassingsgebied. Zij geldt alleen voor werklíeden aangeworven met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bedienden en dienstboden kunnen er dus geen beroep op doen, evenmin als werklíeden aangeworven met een overeenkomst met een tijdsbepaling. De wet maakt geen onderscheid naar gelang van de aard van het ontslag. Derhalve kan zowel een regelmatig ontslag, b.v. een opzegging, als een (expliciet of impliciet) onregelmatig ontslag, willekeurig zijn. Voor een ontslag wegens dringende reden ligt dat minder voor de hand, al kan er daarbij wel sprake zijn van rechtsmisbruik, b.v. omwille van de wijze waarop het ontslag werd gegeven.

Volgens de Arbeidsovereenkomstenwet is er sprake van willekeurig ontslag, wanneer een voor onbepaalde tijd aangeworven werkmán wordt ontslagen om redenen die geen verband houden met zijn geschiktheid of gedrag of niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming. Hoewel aldus twee soorten legitieme redenen voor een ontslag kunnen worden onderscheiden, vallen die in de praktijk vaak samen: de geschiktheid en het gedrag van de werkmán zijn natuurlijk ook van belang voor de werking van de onderneming.

Uit de begripsomschrijving van willekeurig ontslag alleen al blijkt dat een onregelmatig ontslag, b.v. een ontslag zonder inachtneming van de voorgeschreven opzeggingstermijn, om die enkele reden niet willekeurig is.

De eerste soort redenen die een ontslag niet willekeurig maken, zijn persoonlijke redenen. De cassatierechtspraak houdt zich ter zake nauwgezet aan de wettelijke begripsomschrijving. Zodra de bodemrechter vaststelt dat er enig verband bestaat tussen de geschiktheid of het gedrag van de werkmán en het ontslag, kan hij niet meer beslissen dat het ontslag willekeurig is. Dat leidt vooral tot problemen wat betreft ontslagen gesteund op het gedrag van de werkmán. Volgens de

cassatierechtspraak betekent de omstandigheid dat het gedrag van de werkmán dat aan de grond lag van het ontslag, niet foutief is, niet dat het ontslag willekeurig is(99). De bodemrechters daarentegen gaan er doorgaans van uit dat alleen foutieve gedragingen van de werkmán aan een ontslag het willekeurig karakter kunnen ontnemen. Schoolvoorbeelden van willekeurig ontslag zijn: een ontslag zonder enige (bewezen) reden en een ontslag wegens een dringende reden die onjuist of onbewezen blijkt te zijn(100). Een ontslag als sanctie voor een ziekte(101) en een ontslag als represaille tegen een door de werkmán aangenomen gerechtvaardigde houding(102), worden door de bodemrechters ook als willekeurig beschouwd, hoewel zij een verband vertonen met het (weliswaar niet foutieve) gedrag van de werkmán en dus beter via de figuur van het rechtsmisbruik zouden worden benaderd.

De tweede soort redenen die het ontslag van een werkmán niet willekeurig maken, zijn redenen die verband houden met de werking van de onderneming. Men kan die redenen omschrijven als redenen die ingegeven zijn in het belang van de onderneming. Dat belang is niet alleen haar voortbestaan en haar gezondheid, maar omvat alles wat voor de goede gang van zaken nodig of wenselijk is. Het belang van de onderneming is niet noodzakelijk onderscheiden van dat van de werkgever, beschouwd in zijn hoedanigheid van eigenaar van de uitbating. Een vermindering van de financiële lasten van de werkgever zou een gunstige weerslag kunnen hebben op de werking van de onderneming(103).

Artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet maakt geen gewag van de wijze of omstandigheden waarin het ontslag gebeurt. Toch aanvaardden bodemrechters dat het ontslag van een werkmán willekeurig kan zijn wanneer dat gebeurt op een kennelijk onbehoorlijke manier, b.v. op een voor de werkmán onnodig beledigende wijze. Gelet op de wettelijke begripsomschrijving van willekeurig ontslag kan men zich afvragen of de werkmán zich ook hier eigenlijk niet zou moeten beroepen op de algemene figuur van rechtsmisbruik.

(99) Cass. 6 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 996 (verkort) en Cass. 22 januari 1996, *J.T.T.* 1996, 236.

(100) Een ontslag om een reden die als onvoldoende ernstig wordt beschouwd om een dringende reden te zijn, is daarentegen niet willekeurig: het vertoont een verband met het gedrag van de werknemer.

(101) Een ontslag omwille van veelvuldige afwezigheden wegens ziekte of wegens een langdurige ziekte is natuurlijk niet willekeurig wanneer zulks de werking van de onderneming verstoort.

(102) B.v. een weigering gevolg te geven aan een onrechtmatig bevel, het stellen van een rechtmatige eis, het vragen van loonsverhoging.

(103) Cass. 2 oktober 1989, *J.T.T.* 1990, 8.

Bij betwisting behoort het aan de werkgever het bewijs te leveren van de voor de ontslag ingeroepen redenen. Dat betekent niet dat de werkgever het ontslag van een voor onbepaalde tijd aangeworven werkmans moet motiveren. Alleen wanneer de werkmans beweert dat het ontslag willekeurig is, moet de werkgever het motief voor het ontslag opgeven en bewijzen. Loutere beweringen over slecht functioneren, onvoldoende rendement of reorganisatie zullen niet volstaan. De rechtbanken beperken zich in deze meestal tot een controle van de realiteit, eventueel ook de geoorloofdheid, van het ingeroepen motief. De vraag of het motief wel van die aard is dat het een ontslag noodzakelijk maakt, wordt meestal als een opportuiniteitsbeoordeling beschouwd die tot de exclusieve bevoegdheid van de werkgever behoort. Hij wordt geacht de enige te zijn die kan oordelen wat goed is voor zijn onderneming.

(c) Misbruik van het recht tot ontslag t.a.v. bedienden

Voor bedienden bestaat geen uitdrukkelijke wetsbepaling die vergelijkbaar is met die betreffende het willekeurig ontslag van werklieden. De werkgeversorganisaties hebben zich steeds verzet tegen een uitbreiding tot de bedienden van de regelen betreffende het willekeurig ontslag, omdat zij de bedienden al voldoende beschermd achten door de lange opzeggingstermijnen waarop zij aanspraak kunnen maken. Dat belet evenwel niet dat de leer van het rechtsmisbruik op grond van het gemeen recht kan worden toegepast met betrekking tot het ontslag van bedienden. Ook een contractueel recht als het recht tot ontslag over te gaan, moet te goeder trouw worden uitgeoefend(104).

Om uit te maken of er sprake is van rechtsmisbruik wordt doorgaans een beroep gedaan op de techniek van de marginale toetsing: er moet *kennelijk* sprake zijn van een onbehoorlijke uitoefening van het recht tot ontslag, de *communis opinio* moet het ontslag of de wijze waarop het is gebeurd als onaanvaardbaar beschouwen.

In tegenstelling met wat het geval is bij willekeurig ontslag van werklieden, rust de last van het bewijs van het rechtsmisbruik op de bediende. Dat maakt de slaagkansen van een vordering in een aantal gevallen natuurlijk kleiner.

(104) Art. 1134, derde lid B.W.

B. NIETIGHEID/VERNIETIGBAARHEID

1. Algemeen

De nietigheidsregeling van het Belgisch ontslagrecht is vrij bijzonder. Uitgangspunt is dat er bij miskenning van de wettelijke voorschriften in de regel geen sprake is van nietigheid van het ontslag als zodanig, d.w.z. van de wilsuiting tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst, tenzij er sprake zou zijn van onbekwaamheid of van een wilsgebrek. Naast de in de praktijk omzeggens niet voorkomende nietigheid van het ontslag van een opgeëiste werknemer, wordt enkel een ontslag dat is gebeurd in strijd met het Nederlands Taaldecreet beschouwd als onbestaande. In alle andere gevallen, dus ook bij miskenning van een wettelijk ontslagverbod, blijft het ontslag bestaan en is de arbeidsovereenkomst beëindigd, zij het onregelmatig en/of onrechtmatig. Er kan dus geen sprake zijn van de werkgever nog loon of verdere tewerkstelling te vorderen. Alleen het vorderen van een forfaitaire vergoeding is mogelijk.

Bijzondere aandacht verdient de nietigheidsregeling bij opzegging, die de wijze van het ontslag betreft, niet het ontslag zelf.

2. *Miskenning van vormvoorschriften inzake opzegging*

(a) Miskenning van de voorgeschreven wijze van opzegging

Miskenning van de voorschriften over de wijze van opzegging uitgaande van de werknemer leidt tot nietigheid van de opzegging. Die nietigheid is, overeenkomstig de algemene regel in arbeidsovereenkomstenzaken, relatief. Dat betekent dat zij door de werkgever kan worden bevestigd, met name wanneer die expliciet of impliciet te kennen geeft dat hij zich niet op de nietigheid wil beroepen.

De nietigheid die het gevolg is van miskenning van de voorschriften over de wijze van opzegging uitgaande van de werkgever is daarentegen absoluut. Dat blijkt uit het feit dat de wet zegt dat de werknemer de nietigheid niet kan bevestigen en dat zij ambtshalve door de rechter wordt vastgesteld⁽¹⁰⁵⁾. De reden hiervoor is dat, zoals boven werd uiteengezet, die voorschriften tot doel hebben een oneigenlijk beroep op werkloosheidsuitkering te voorkomen. Niettemin is het Hof van Cassatie van oordeel dat, zoals bij miskenning van de voorschriften

(105) Art. 37, § 1, vierde lid Arbeidsovereenkomstenwet.

betreffende de inhoud van een opzeggingsbrief, het ontslag overeind blijft, in weerwil van de nietigheid van de opzegging(106). Dat lost evenwel de vraag niet op wat er gebeurt wanneer een werknemer de (nietige) opzeggingstermijn toch presteert en er daarna een einde komt aan de arbeidsovereenkomst. In dat geval kan men, omwille van het absolute karakter van de nietigheid, onmogelijke spreken van bevestiging van de opzegging door de werknemer. Van een voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst kan dan ook geen sprake zijn. De rest hangt af van de kwalificatie die men geeft aan de periode waarin na de nietige opzegging werd voort gewerkt. Gaat men ervan uit dat een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand kwam, dan kan een nieuwe wilsuiking tot beëindiging uitgaande van de werkgever, b.v. door het overhandigen van een werkloosheidsbewijs, leiden tot nieuwe aanspraak op een opzeggingsvergoeding voor de werknemer. Of er bij ontstentenis van een dergelijke wilsuiking recht is op een opzeggingsvergoeding voor de werknemer (of misschien wel voor de werkgever), is minder duidelijk. Maar men kan ook stellen dat er geen sprake was van een nieuwe arbeidsovereenkomst, omdat er geen wilsovereenstemming in die zin was, zodat men te maken heeft met arbeid verricht op basis van een feitelijke arbeidsverhouding. Bij de stopzetting daarvan is dan geen beëindigingsvergoeding verschuldigd(107).

(b) Miskenning van de inhoud van de opzeggingsbrief

Wanneer de inhoud van de opzeggingsbrief niet voldoet aan de wettelijke voorschriften, is de opzegging nietig, d.w.z. onbestaande.

De bestemming van de opzeggingsbrief kan die nietigheid „dekken” of „bevestigen”, d.w.z. erover stappen en de opzegging toch als geldig beschouwen. Dat kan expliciet gebeuren of impliciet, door de houding van de werknemer, die b.v. na ontvangst van een nietige opzeggingsbrief voort blijft werken zonder opmerkingen te maken over de nietigheid en de arbeidsovereenkomst als beëindigd beschouwt bij het verstrijken van de opgegeven termijn. In dat geval heeft de werknemer natuurlijk geen recht op een opzeggingsvergoeding na het verstrijken van de opzeggingstermijn.

Beroept de bestemming zich wèl op de nietigheid van de opzegging, dan mag hij de arbeidsovereenkomst als onmiddellijk beëindigd beschouwen. De rechtspraak neemt inderdaad aan dat de nietigheid van de opzegging op zichzelf niet de wilsuiking tot beëindiging van de

(106) Cass. 14 december 1992, *J.T.T.* 1993, 226, noot D. VOTQUENNE.

(107) Zie b.v. in die zin *Arbh.* Gent 9 januari 1998, *A.J.T.* 1997-8, 499, noot I. PLETS.

arbeidsovereenkomst, d.i. het ontslag, ongedaan maakt. Men staat dan voor een geval van onregelmatige onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, die aanspraak doet ontstaan op een opzeggingsvergoeding(108).

C. HERSTEL VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

In het Belgisch ontslagrecht kan in geval van onregelmatig, onrechtmatig of kennelijk onredelijk ontslag geen herstel van de arbeidsovereenkomst worden gevorderd. De rechter wordt geacht niet bevoegd te zijn dat herstel te bevelen(109).

Wel voorziet de bijzondere ontslagregeling voor personeelsafgevaardigden en kandidaat-personeelsafgevaardigden in ondernemingsraad en preventiecomité in de mogelijkheid voor de in strijd met die ontslagregeling ontslagen werknemer wederopneming of reïntegratie te vragen(110). De werkgever kan die evenwel weigeren, in welk geval hij wel een hogere schadevergoeding verschuldigd is.

Ook in geval van collectief ontslag waarbij volgens een werknemer de procedure van informatie en raadpleging niet werd nageleefd, is wettelijk voorzien in de mogelijkheid dat de werknemer wiens arbeidsovereenkomst al werd beëindigd, reïntegratie in de betrekking vraagt. Indien de betwisting van de informatie- en raadplegingsprocedure gegrond is, moet de werkgever hem terug in de onderneming opnemen en hem het gederfde loon betalen vanaf de dag van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Indien de werkgever niet overgaat tot reïntegratie, is hij ertoe gehouden, onverminderd de vergoedingen die verschuldigd zijn bij ontslag, het lopend loon te betalen tot die procedure wel correct is gevoerd(111). Dat is een zeer zware sanctie, die eventueel jaren loon kan omvatten.

(108) Cass. 23 maart 1981, *J.T.T.* 1981, 240, noot M. TAQUET en C. WANTIEZ.

(109) Cass. 16 oktober 1969, *R.C.J.B.* 1970, 527, noot M. JAMOULLE; Cass. 20 juni 1988, *T.S.R.* 1988, 325.

(110) Art. 14 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

(111) Zie de artikelen 68 en 69 van de Wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen ter bevordering van de tewerkstelling.

D. SCHADEVERGOEDING

Het Belgisch ontslagrecht voorziet in schadevergoeding bij miskenning van een ontslagverbod, bij ontslag wegens dringende reden en bij onrechtmatig ontslag. Ook bij gerechtelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan schadevergoeding worden gevorderd, maar dat is dan op basis van het gemeen recht.

In de regel bestaat er een recht op een forfaitaire (gefixeerde) schadevergoeding. Alleen bij ontslag wegens dringende reden, wegens rechtsmisbruik bij ontslag of bij gerechtelijke ontbinding kan volledige schadevergoeding worden gevorderd.

1. *Miskenning van een ontslagverbod*

Gaat de werkgever over tot ontslag om een reden waarom hij geen ontslag mag geven of slaagt hij er niet in te bewijzen dat de reden voor het ontslag vreemd is aan die waarom de wet ontslag verbiedt, dan is hij aan de werknemer een forfaitaire schadevergoeding verschuldigd, die in de meeste gevallen drie of zes maanden loon bedraagt. Die schadevergoeding kan worden gecumuleerd met de beëindigingsvergoeding die *eventueel* verschuldigd is wegens miskenning van de gewone regelen inzake beëindiging van de arbeidsovereenkomst, meer bepaald de opzeggingsvergoeding of de vergoeding wegens onregelmatige voortijdige beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd.

Veel groter is de schadevergoeding die verschuldigd is in geval van miskenning van het verbod tot ontslag tenzij om welbepaalde redenen, dat bestaat voor personeelsafgevaardigden en kandidaat-personeelsafgevaardigden in ondernemingsraad en preventiecomité. De vergoeding die de werkgever verschuldigd is, is gelijk aan het lopende loon overeenstemmende met de duur van twee jaar zo hij minder dan tien dienstjaren telt, drie jaar zo hij tien doch minder dan twintig dienstjaren telt of vier jaren zo hij twintig of meer dienstjaren in de onderneming telt(112). Zij wordt verhoogd met het loon voor het nog resterende gedeelte van de periode tot het einde van het mandaat van de leden die het personeel vertegenwoordigen bij de verkiezingen waarvoor hij kandidaat is geweest, wanneer de werknemer of de organisatie die zijn kandidatuur heeft voorgedragen, zijn reïntegratie heeft aangevraagd en deze door de werkgever niet werd aanvaard

(112) Art. 16 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

binnen dertig dagen na de dag waarop het verzoek hem bij een ter post aangetekende brief werd gezonden(113).

2. *Schadevergoeding voor de partij die overgaat tot ontslag wegens dringende reden*

De partij die de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden beëindigt, kan van de andere partij geen opzeggingsvergoeding eisen(114). Wel kan in voorkomend geval een eis worden ingesteld om vergoeding te verkrijgen van de schade die veroorzaakt werd door de fout van de ontslagen partij(115). Zo kan de *werkgever* die ontslag wegens dringende reden geeft, vergoeding vragen voor het nadeel dat hij lijdt door de ongeoorloofde concurrentie die de ontslagen werknemer hem heeft aangedaan of dat bestaat in de selectiekosten van de vervanger. Aan de *werknemer* die ontslag wegens dringende reden neemt, is niet de forfaitaire beëindigingsvergoeding verschuldigd waarin de Arbeidsovereenkomstenwet voorziet(116). Volgens bepaalde rechtspraak belet zulks niet dat hij b.v. schadevergoeding kan vragen voor het feit dat hij door een nieuwe werkgever wordt tewerkgesteld tegen een lager loon en met verlies van bepaalde voordelen(117) of zelfs dat hij een vergoeding krijgt voor het verlies van zijn betrekking, waarvan het bedrag wordt afgestemd op dat van de forfaitaire beëindigingsvergoeding.

De partij die regelmatig en terecht om een dringende reden werd ontslagen, heeft natuurlijk ook geen recht op een beëindigingsvergoeding. Dat en het feit dat zij het risico loopt tijdelijk te worden uitgesloten van het recht op werkloosheidsuitkering, maken het ontslag wegens dringende reden tot een zeer zware sanctie waarnaar alleen in zeer ernstige gevallen kan worden gegrepen.

3. *Schadevergoeding bij misbruik van het recht tot ontslag*

De werkgever die een voor onbepaalde tijd aangeworven werkmans op willekeurige wijze ontslaat, moet hem een forfaitaire vergoeding betalen die overeenstemt met zes maanden loon, onverminderd de

(113) Art. 17 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

(114) Cass. 16 maart 1992, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nr. 69, concl. Proc. Gen. H. LENAERTS.

(115) Art. 35, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(116) Art. 39 en 40 Arbeidsovereenkomstenwet.

(117) Zie b.v. Arbh. Luik 26 september 1996, *B.F.A.R.* nr. 214, 53 (samenvatting), noot J. JACQMAIN.

gewone beëindigingsvergoeding die *eventueel* verschuldigd is wegens miskennis van de gewone ontslagregelen.

Bij misbruik van ontslagrecht ten aanzien van een bediende, liggen de zaken anders. Zoals de bediende zelf het bewijs moet leveren van het rechtsmisbruik, moet hij ook het bewijs leveren van het bestaan en de omvang van de schade die hij door het rechtsmisbruik beweert te hebben geleden. Die schade is uiteraard te onderscheiden van die welke werd veroorzaakt door het ontslag zelf. Deze laatste wordt immers geacht forfaitair te zijn opgevangen door de opzeggingstermijn die eventueel werd nageleefd of door de gewone beëindigingsvergoeding, b.v. de opzeggingsvergoeding. De schade veroorzaakt door misbruik van het ontslagrecht door de werkgever zal meestal moreel van aard zijn, b.v. het feit dat de bediende gekwetst werd door de onheuse behandeling of in zijn eer of goede naam. Toch is materiële schade wegens misbruik van het recht tot ontslag niet uitgesloten, b.v. wanneer de bediende in zijn gezondheid werd geschaad door de wijze waarop hij werd ontslagen. In de praktijk wordt de schadevergoeding eerder naar billijkheid (*ex aequo et bono*) bepaald dan dat de werkelijke schade wordt begroot en vergoed. De rechtbanken kennen forfaitaire bedragen toe, die variëren van één Belgische frank over enkele tienduizenden Belgische franken tot, in bijzonder erge gevallen, een of meer miljoen Belgische franken.

E. ONTSLAGVERGOEDING

Volgens het gemeen recht kan in geval van contractbreuk vanwege een partij door de andere partij vergoeding worden gevorderd voor alle schade die de eerstgenoemde partij lijdt. Het bestaan en de omvang van die schade moeten worden bewezen. In het ontslagrecht heeft de wetgever overloze discussies daarover willen vermijden en heeft hij geopteerd voor een forfaitaire beëindigingsvergoeding, die geacht wordt alle schade te dekken die door de onregelmatigheid van de beëindiging wordt veroorzaakt(118), zonder dat enig bewijs moet worden geleverd en zonder dat op grond van de onregelmatigheid van de beëindiging een grotere schadevergoeding kan worden gevorderd. Ontslagvergoedingen kunnen ook worden afgesproken of toegekend bij een regelmatig ontslag of boven de wettelijke ontslagvergoeding

(118) Met dien verstande dat die forfaitaire vergoeding kan worden gecumuleerd met vergoedingen die verschuldigd zijn wegens *andere* onregelmatigheden bij de beëindiging, zoals schending van een ontslagverbod.

die bij onregelmatig ontslag verschuldigd is. Daaromtrent worden vaak collectieve arbeidsovereenkomsten en individuele akkoorden gesloten. Men pleegt dan te spreken van een afscheidsvergoeding of, wanneer de vergoeding substantieel is, van een gouden handdruk. Tenzij wanneer zij de vorm aannemen van een echte aanvulling boven de werkloosheidsuitkering, kunnen dergelijke vergoedingen in de regel niet samen met een werkloosheidsuitkering worden genoten.

Maar de werkgever die de beëindigingsregels in acht neemt en b.v. de opzeggingsformaliteiten en -termijn respecteert, is nooit een ontslagvergoeding verschuldigd, ook niet als de beëindiging in zijn risicosfeer ligt, b.v. omwille van het feit dat zij is ingegeven door economische of technische redenen of omwille van een aan de werkgever toe te schrijven verstoorde verhouding. A fortiori heeft de werknemer die zelf de arbeidsovereenkomst opzegt, nooit recht op een opzeggingsvergoeding.

1. Onregelmatige beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

De partij die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op onregelmatige wijze beëindigt, is gehouden aan de andere partij een vergoeding te betalen, die opzeggingsvergoeding wordt genoemd. De opzeggingsvergoeding is immers gelijk aan het lopend loon en de voordelen verworven krachtens de overeenkomst, overeenstemmende met de duur van de opzeggingstermijn of, wanneer die al gedeeltelijk voorbij is, met het resterende gedeelte ervan⁽¹¹⁹⁾. Aangezien, zoals hierboven werd toegelicht, bij het bepalen van de opzeggingstermijn geen rekening wordt gehouden met de redenen waarvoor tot ontslag werd overgegaan, heeft ook de opzeggingsvergoeding geen uitstaans met de verwijten die de partijen elkaar eventueel maken, noch met de economische mogelijkheden van de onderneming. In dat opzicht verschilt een opzeggingsvergoeding substantieel van de ontslagvergoeding die in Nederland bij ontbinding wegens gewichtige redenen door de rechter *kan* worden toegekend en bij de berekening waarvan een correctiefactor wordt gebruikt die toelaat zaken als verwijtbaarheid en economische situatie te verdisconteren.

Met lopend loon wordt bedoeld, het loon waarop de werknemer aanspraak heeft op het ogenblik waarop de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Er wordt dus niet gerekend met het toekomstige loon dat de

(119) Art. 39, § 1 Arbeidsovereenkomstenwet.

werknemer zou verdiend hebben indien hij tijdens de opzeggings-termijn in dienst was gebleven, maar met het laatste loon.

Naast het lopend loon behelst de opzeggingsvergoeding ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst. Aldus moet rekening worden gehouden met een nieuwjaarspremie(120), voordelen in natura, premies aan een groepsverzekering, structurele vergoedingen voor overwerk enz. Ook het vakantiegeld dat de werkgever rechtstreeks betaalt aan een bediende, is een krachtens de arbeidsovereenkomst verworven verdienste en komt als zodanig in beginsel in aanmerking voor de berekening van de opzeggingsvergoeding(121).

De opzeggingsvergoeding moet in de regel in één maal worden betaald, op het ogenblik van de onregelmatige beëindiging. Alleen door ondernemingen in moeilijkheden of door ondernemingen die uitzonderlijk ongunstige economische omstandigheden kennen, mag een betaling in maandtermijnen gebeuren(122).

2. *Onregelmatige beëindiging van een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling*

Wanneer een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk onregelmatig wordt beëindigd vóór het verstrijken van de termijn of het voltooien van het overeengekomen werk, is de partij die voor de beëindiging verantwoordelijk is, gehouden aan de andere partij een vergoeding te betalen, die gelijk is aan het bedrag van het loon dat verschuldigd is tot het bereiken van de termijn, zonder echter het dubbel te mogen overschrijden van het loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn die had moeten worden in acht genomen, indien de overeenkomst zonder tijdsbepaling was gesloten(123).

V. Conclusie

Het is al gezegd: het Belgische ontslagrecht houdt er niet van de partijen met de gevolgen van een arbeidsovereenkomst opgezadeld te

(120) Cass. 3 april 1978, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nr. 28, concl. Adv. Gen. H. LENAERTS.

(121) Cass. 29 mei 1978 en Cass. 2 februari 1981, *De grote arresten van het Hof van Cassatie in sociale zaken*, Antwerpen, Maklu, 1996, nrs. 66 en 67, concl. Adv. Gen. H. LENAERTS.

(122) Art. 39bis Arbeidsovereenkomstenwet.

(123) Art. 40 Arbeidsovereenkomstenwet.

laten wanneer één van hen de samenwerking met de andere hoe dan ook wil beëindigen. In dat opzicht is het pragmatisch en realistisch, maar niet zeer principieel. De werkgever weet dat hij te allen tijde van een werknemer af kan geraken en hij kan met relatieve precisie berekenen wat hem dat zal kosten.

Dat kan weinig beschermend lijken voor de werknemer, maar men mag natuurlijk niet uit het oog verliezen dat de verschuldigde bedragen, vooral dan de opzeggingsvergoedingen voor bedienden en de vergoedingen die verschuldigd zijn in geval van onregelmatig ontslag van zgn. beschermde werknemers, zeer substantieel zijn.