

DE REDACTIE PRIVAAT

ANDERLECHT, HET GRONDWETTELIJK HOF EN HET ONTSLAGRECHT

Wilfried RAUWS

1. Er is veel gelijkenis tussen Royal Sporting Club Anderlecht en het Grondwettelijk Hof. Het zijn alle twee tweetalige clubs in Brussel. De leden van het Grondwettelijk Hof zijn koninklijk in die zin dat ze worden benoemd voor het leven door de Koning op een met tweederdemeerderheid besloten voordracht van de Kamer van Volksvertegenwoordigers of de Senaat(1).

Zoals de spelers van RSCA regelmatig een slechte match spelen en/of buiten spel lopen, is dat ook het geval voor de rechters van het Grondwettelijk Hof op het terrein van het ontslagrecht, een centraal onderdeel van het arbeidsovereenkomstenrecht. Ik wil dit, zoals de VAR(2), in een flits belichten aan de hand van vier recente arresten van het Grondwettelijk Hof:

- nr. 101/2016 van 30 juni 2016 inzake artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet ten aanzien van een werknemer in dienst van een gemeente en CAO nr. 109 gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 12 april 2014;
- nr. 86/2017 van 6 juli 2017 over de artikelen 32 en 37 van de Arbeidsovereenkomstenwet;
- nr. 84/2018 van 5 juli 2018 over de Wet Formele Motivering van Bestuurshandelingen; en
- nr. 140/2018 van 18 oktober 2018 omtrent artikel 68 van de Wet op het Eenheidsstatuut arbeiders en bedienden van 26 december 2013 (hierna WES).

(1) Artikelen 31 en 32 Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof van 9 januari 1989.

(2) Video assistant referee.

De arresten zijn gewezen in antwoord op een prejudiciële vragen en hebben dus in principe geen *erga omnes*-werking.

Uiteraard ontbreekt in een editoriaal een uitgebreide motivering en zal de analyse dus te weinig boven het maaiveld steken(3). De belichting in deze is dat in een parlementaire democratie de belangrijke beslissingen genomen worden door de parlementairen en niet door voor het leven aangestelde rechters die een mindere democratische legitimiteit genieten.

2. Ik begin met het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 101/2016(4). Het Grondwettelijk Hof oordeelde in het kader van een prejudiciële vraag dat artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet inzake willekeurig ontslag na 1 april 2014 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt en dat de gevolgen van dit artikel slechts gehandhaafd dienden te worden tot 1 april 2014. Arbeiders in de publieke sector kunnen zich nog beroepen op artikel 63 Arbeidsovereenkomstenwet en bedienden niet. Dat verschil betreft een schending van het gelijkheidsbeginsel die de wetgever moet elimineren door middel van de invoering van een nieuwe regeling. Volgens het Grondwettelijk Hof betaamt het weliswaar de wetgever om een nieuwe regeling te treffen voor de werknemers bedoeld in artikel 38, 2° WES, zoals werknemers in dienst van een publiekrechtelijke werkgever, maar dat, in afwachting van nieuwe regelgeving, het aan de rechtscolleges toekomt om de rechten van alle werknemers in de publieke sector bij een kennelijk onredelijk ontslag zonder discriminatie te vrijwaren, waarbij zij zich in voorkomend geval kunnen laten leiden door CAO nr. 109 die niet van toepassing is op publiekrechtelijke werkgevers(5).

Deze rechtspraak heeft ertoe geleid dat een gedeelte van de arbeidsrechtbanken de CAO nr. 109 bij analogie gaan toepassen bij opzegging van een contractueel personeelslid in overheidsdienst.

De uitspraak van het Grondwettelijk Hof kan op begrip rekenen, nu het de bedoeling was en is van de wetgever om een gelijkaardige regeling als in de CAO nr. 109 tot stand te brengen voor contractuele personeelsleden in overheidsdienst(6), alhoewel het natuurlijk aan de wetgever toekomt de nodige beleidskeuzes te maken en de essentiële elementen te bepalen van de nieuwe

(3) Maar deze bijdrage bereikt hopelijk een beter niveau dan de kant noch wal rakende opmerkingen over het Hof van Cassatie in de *Juristenkrant* van L. LERNOUT, “Cassatie: oppoetsen of opdoeken”, in de *Juristenkrant* 27 maart 2002.

(4) GwH 30 juni 2016, nr. 101/2016, www.const-court.be/public/n/2016/2016-101n.pdf = *Limb. Rechtsl.* 2016, 274; zie reeds GwH nr. 187/2014 van 18 december 2014, www.const-court.be/public/n/2014/2014-187n.pdf.

(5) Artikel 2 §3 CAO-wet 5 december 1968.

(6) Zie bv. Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, 2013-2014, nr. 53-3144/1, 26.

regeling(7). Het Grondwettelijk Hof compenseert aldus het laakbare stilzitten van de wetgever die 5 jaar later nog altijd geen nieuwe regeling heeft bedacht voor ‘contractuelen in overheidsdienst’. Niettemin staat de beslissing van het Grondwettelijk Hof, door op de stoel van de wetgever te gaan zitten, m.i.(8) op gespannen voet met het grondwettelijke beginsel van de scheiding der machten(9). Het Grondwettelijk Hof vult de lacune van de wet in(10) en breidt het toepassingsgebied van de CAO-wet uit. Met dergelijk ‘additief’ arrest(11) zit het Grondwettelijk Hof over de limiet van de bevoegdheden van een grondwettelijk rechter: het stelt zich tijdelijk in de plaats van het parlement, dat evenwel een grotere democratische legitimiteit heeft om positief regels op te leggen. De beslissing van het Grondwettelijk Hof nr. 101/2016 doet me enigszins denken aan een scheidsrechter die een manifest niet gefloten strafschofpfout door een andere scheidsrechter op eigen houtje gaat compenseren door voor een lichte fout een compenserende penalty toe te kennen om meer rechtvaardigheid te bewerkstellen. Het is dan ook niet te verwonderen dat Chris Engels schrijft dat, in afwachting van de wettelijke regeling voor de werknemers in de publieke sector, de CAO nr. 109 “niet naar analogie kan worden toegepast op de werknemers uit de publieke sector, zelfs niet via de artificiële constructie van het rechtsmisbruik, omdat anders voorwaarden worden toegevoegd aan de uitoefening van het ontslagrecht die niet door de wet zijn voorzien”(12).

3. Een zwaar betwiste rechtskwestie was en is of de Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen van 29 juli 1991 en de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op de opzegging en het ontslag om dringende reden van een arbeidscontractant in dienst van de overheid. In een arrest van 12 oktober 2015 besliste het Hof van Cassatie die omstreden rechtspunten als volgt, op eensluidende conclusie van advocaat-generaal

(7) Advies afdeling wetgeving Raad van State, *Parl. St. Kamer*, 2013-2014, nr. 53-3144/1, 139.

(8) Vgl. K.-J. VANDORMAEL, “‘Lacunes in de wetgeving’”, in *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever* (Gent: Larcier, 2015), 92, die schrijft over *de-factonormcreatie* door het Grondwettelijk Hof en de immer geveerde ‘*gouvernement des juges*’.

(9) Zie recent over de scheiding der machten: V. DE SCHEPPER, in B. Dalle, D. Keyaerts, W. Pas, J. Theunis, W. Verrijdt, *Duiding Federale staatsstructuur* (Gent: Larcier 2018), 14-15; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht* (Mechelen: Kluwer, 2011), 26-28; zie ook Cass. 28 september 2006, C.02.0570.F, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20060928-7 = RW 2006-2007, 1123 noot A. VAN OEVEREN; Cass. 24 november 2006, C.05.0436.N, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20061124-2 = RW 2008-2009, 1556.

(10) Zie het belangrijke opstel van K.-J. VANDORMAEL, in *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever*, 81-85.

(11) K.-J. VANDORMAEL, in *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever*, 82.

(12) C. ENGELS, legalworld.wolterskluwer.be/nl/nieuws/domein/sociaal-recht-en-hr/kennelijk-onredelijk-ontslag-volgens-cao-nr-109-ook-in-de-publieke-sector/ (22 augustus 2017). Zie ook T. STIEVENARD en N. LAMBRECHT, “Le licenciement d’un agent contractuel de la fonction publique n’est pas un acte administratif”, *Soc. Kron.* 2016, 417.

Vanderlinden. Zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt waarnaar de advocaat-generaal verwijst(13), volgt uit de Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen niet dat een administratieve overheid die een werknemer ontslaat verplicht is dat ontslag uitdrukkelijk te motiveren. De beginselen van behoorlijk bestuur veranderen hieraan niets, omdat ze niet toepasselijk zijn: ter zake zijn de artikelen 32, 3^o, 37 en 39 Arbeidsovereenkomstenwet toepasselijk en die omvatten geen motiveringsplicht(14). Het ontslag van een arbeidscontractant is geen van de arbeidsovereenkomst afsplitsbare rechtshandeling(15). Deze opvatting strookt ook met die van het parlement bij de totstandkoming van de WES. Indien immers de Wet Formele Motivering Bestuurshandelingen dan wel de beginselen van behoorlijk bestuur wel van toepassing zouden zijn bij het ontslag van een zgn. arbeidscontractant in overheidsdienst, dan zou de wetgever zichzelf niet tot taak hebben gesteld een regeling analoog aan die in CAO nr. 109 uit te werken(16). De afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State volgde in een arrest van 27 september 2016(17). Deze beslissing is m.i. zeer verdedigbaar en ook juist(18), hoewel anderen(19) daar anders over denken.

Het Grondwettelijk Hof speelt evenwel met het arrest nr. 86/2017 van 6 juli 2017(20) gedeeltelijk een ander soort voetbal, buiten de spelregels zoals hierboven bepaald door de vermelde hoge rechtscolleges. In antwoord op een prejudiciële vraag in een procedure tussen een gemeentelijke arbeider en de gemeente Evere tot het bekomen van een schadevergoeding oordeelt het Grondwettelijk Hof dat artikelen 32, 3^o en 37 §1 van de Arbeidsovereenkomstenwet, in die zin uitgelegd dat zij geen verplichting

(13) Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Senaat, Bijzondere zitting 1988, nr. 215-1, 3-4; Verslag Flahottier, *Parl. St.* Senaat, Bijzondere zitting 1988, nr. 215-3, 2, 15, 29-30.

(14) Cass. 12 oktober 2015, S.13.0026.N, *Stad Oostende*, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20151012-1 = *Pas.* 2015, 2317, nr. 595 = *Arr. Cass.* 2015, nr. 595 = *JTT* 2016, 27, met conclusies OM en noot G. LEMAIRE.

(15) RvS 5 oktober 2006, nr. 163.263, *Adamopoulos*, www.raadvst-consetat.be/Arrets/163000/200/163263.pdf, besproken in A. DE BECKER, "Het ontslag van arbeidscontractanten in de publieke sector", in M. Rigaux en W. Rauws (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 8: Actualia van het ontslagrecht* (Antwerpen: Intersentia, 2010) 164; RvS, 14 juli 2011, nr. 214.639, *Calant*, www.raadvst-consetat.be/Arresten/214000/600/214639.pdf.

(16) Zie bv. Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer, 2013-2014, nr. 53-3144/1, 26, 139, 303 en het advies van de afd. wetgeving van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer, 2013-2014, nr. 53-3144/1, 118-119.

(17) RvS 27 september 2016, nr. 235.871, *IEG*, www.raadvst-consetat.be/Arrets/235000/800/235871.pdf.

(18) H. FUNCK, noot onder Cass. 12 oktober 2015, *Soc. Kron.* 2016, 377-378; T. STIEVENARD en N. LAMBRECHT, *Soc. Kron.* 2016, 408-410. Zie aldus reeds A. DE BECKER, "De motivering van het ontslag van een arbeidscontractant in de publieke sector" *RW* 2007-2008, 90-102.

(19) S. GILSON, F. LAMBINET, Z. TRUSGNACH, "Licenciement des contractuels de la fonction publique: il ne faut ni audition préalable ni motivation! Vraiment? (1/2)", *Bulletin juridique et social*, 2015/554, 8-10; V. DOOMS, "Aan de saga van de motivering wordt abrupt een einde gesteld", *RABG* 2016, 953-957.

(20) GwH 6 juli 2017, www.const-court.be/public/n/2017/2017-086n.pdf = *NjW* 2017, 840.

inhouden de werknemer voorafgaand aan zijn ontslag te horen(21), terwijl een ambtenaar wel geniet van een voorafgaand recht gehoord te worden conform het adagium ‘*audi alteram partem*’, in strijd is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. De beslissing steunt op de overwegingen 1° dat de in beginsel niet vergelijkbare rechtspositie van een contractueel personeelslid ten aanzien van die van een statutaire ambtenaar, o.m. wat betreft de grotere vastheid van betrekking, niet verhindert dat ze, wat betreft het voorafgaande hoorrecht bij ontslag, vergelijkbaar zijn, en 2° dat het niet-toepassen van het beginsel van behoorlijk bestuur *audi alteram partem* door de overheid ten aanzien van een werknemer bij een voorgenomen ontslag om redenen die verband houden met zijn persoon of zijn gedrag, in strijd is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel(22) (23).

De kritische bedenkingen ten aanzien van dit arrest van het Grondwettelijk Hof liggen voor de hand. Ten eerste is de positie van een contractant op het punt van het ontslag niet vergelijkbaar met die van een ambtenaar. Voor een ambtenaar geldt een gesloten stelsel van ontslaggronden dat vorm geeft aan de grotere vastheid van de dienstbetrekking evenals het rechtsherstel door de Raad van State, terwijl bij werknemers een getemperd stelsel van ontslagmacht geldt waarbij schendingen van de wet slechts kunnen leiden tot geldelijke (meestal forfaitaire) schadevergoedingen(24).

Ten tweede, en paradoxaal, genereert het Grondwettelijk Hof een nieuwe discriminatie door een verschil in behandeling tot stand te brengen van werknemers die zich ten aanzien van het ontslag en het recht vooraf gehoord te worden in een vergelijkbare situatie bevinden, daar waar bij de private werkgever (tot nader order) het beginsel van bestuur *audi alteram partem* niet geldt(25).

Ten derde organiseert het Grondwettelijk Hof een juridisch gevecht met de rechtspraak van het Hof van Cassatie, terwijl het in beginsel aan de rechters van de rechterlijke macht is om de wetten te interpreteren en aan het

(21) “Een beletsel vormen voor *het recht* van een door de overheid tewerkgestelde werknemer om voor zijn ontslag ... te worden gehoord”.

(22) Overweging B.7 en B.8.

(23) Het Grondwettelijk Hof sprak zich niet uit over een ontslag dat vreemd is aan redenen die verband houden met de persoon of het gedrag van de arbeidscontractant.

(24) H. BUYSENS, “De hoorplicht bij ontslag van contractuelen in overheidsdienst: een slag in het water?”, *RW* 2018-2019, 778; A. CASTADOT, “Motivation formelle et audition préalable en cas de licenciement dans le secteur public”, *JTT* 2017, 20; E. TIMBERMONT, “De doorwerking van de hoor- en motiveringsplicht bij het ontslag van een arbeidscontractant”, *JTT* 2018, 347-348.

(25) Zie I. DE WILDE, “Hoor- en (formele) motiveringsplicht bij het ontslag van een overheidscontractant: een stand van zaken na een woelige periode”, *T. Gem.* 2019, 7; J. DE WILDE D’ESTMAEL, noot onder GwH 6 juli 2017, *JLMB* 2017, (1700), randnr. 9; E. TIMBERMONT, *JTT* 2018, 348.

Hof van Cassatie toekomt om hun interpretatie eenvormig te maken(26). Het Grondwettelijk Hof moet voorrang geven aan de interpretatie van de wetten door de rechtbanken van de rechterlijke orde, in het bijzonder aan de eenvormige interpretatie van het Hof van Cassatie(27). De verdeling inzake de bevoegdheid om de wet te interpreteren is uiteraard een complexe zaak waarop in dit kader niet kan worden ingegaan(28) (29). Met het arrest van 6 juli 2017 loopt het Grondwettelijk Hof in voetbaltermen buitenspel.

Ten vierde zal blijken(30) dat het Grondwettelijk Hof op het terrein van het ontslagrecht gelijkijkt op een leerling-tovenaar die zijn uitvinding, namelijk de toepassing van beginsel van het behoorlijk bestuur *audi alteram partem* op het ontslag van arbeidscontractanten, niet meer onder controle heeft.

4. In het arrest van 22 februari 2018 gaat het van kwaad naar erger. Voortbouwend op zijn arrest van 6 juli 2017 besliste het Grondwettelijk Hof(31) enerzijds dat het beginsel *audi alteram partem* ook van toepassing is op een voorgenomen ontslag om dringende reden van een arbeidscontractant, en anderzijds dat uit de korte termijn van drie werkdagen na de kennisneming van de fouten door de partij die zich erop beroept, waarbinnen krachtens artikel 35, derde lid Arbeidsovereenkomstenwet het ontslag om een dringende reden moet worden gegeven, voor de administratieve overheid niet de onmogelijkheid voortvloeit om de contractuele werknemer preliminair te horen. Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober

(26) A. FETTWEIS, “Comme un murmure, de la Cour de cassation à la Cour constitutionnelle: ‘Je vous aime, moi aussi’”, in A. Alen, F. Daoût, P. Nihoul e.a. (red.), *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, (Brussel : Bruylant, 2019), (665) 672.

(27) A. FETTWEIS, in *Mélanges offerts à Jean Spreutels*, (665) 672-673.

(28) Zie A. FETTWEIS, in *Mélanges offerts à Jean Spreutels*, (665) 673: “La Cour constitutionnelle examinera l’interprétation de la loi par le juge de l’ordre judiciaire, spécialement celle du juge de cassation, avec prudence en présumant cette interprétation conforme à la Constitution. Le juge de l’ordre judiciaire doit en effet veiller à donner à la loi une interprétation conforme. En faisant preuve de retenue et de circonspection avant de déclarer une jurisprudence de la Cour de cassation non conforme, la Cour constitutionnelle respecte le rôle primordial du pouvoir judiciaire dans l’interprétation de la loi et contribue à assurer la sécurité juridique”.

(29) Zie de verder de verwijzingen bij A. Fettweis, en met name deze drie bijdragen in A. Arts, I. Verougstraete, R. Andersen, G. Suetens-Bourgeois, M.F. Rigaux, R. Ryckboer en A. De Wolf (eds.), *De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State* (Brugge : Die Keure, 2006): I. VEROUGSTRAETE en A. DE WOLF, “De wet uitgelegd door de rechter: een neveneffect van de democratie”; P. POPELIER, “De toepassing van de Grondwet in de rechtsprekende functie van de gewone en administratieve rechters”, 83-85; P. MARTENS et B. RENAULD, “L’interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée”, 7.

(30) *Infra* randnr. 4.

(31) GwH 22 februari 2018, nr. 22/2018, www.const-court.be/public/n/2018/2018-022n.pdf = RW 2018-2019, 778, met noot H. BUYSSENS, “De hoorplicht bij ontslag van contractuelen in overheidsdienst: een slag in het water?”.

1996(32) vloeit volgens het Grondwettelijk Hof voort dat uit de omstandigheid dat de werkgever besloot de werknemer te ontslaan na een onderhoud, op grond van feiten waarmee hij vóór dat onderhoud bekend was, niet kan worden afgeleid dat hij reeds op dat ogenblik beschikte over alle gegevens die hij nodig had om met kennis van zaken tot ontslag te beslissen. Aldus vangt de termijn om te ontslaan in een dergelijk geval pas aan vanaf dat verhoor.

De kritische bedenkingen bij het vorige arrest kunnen hier worden herhaald. Maar er is meer. Zoals een voormalig stafhouder, specialist in het arbeidsrecht, al schreef, vormt deze analyse van het Grondwettelijk Hof eigenlijk een onvergeeflijke fout. Ik citeer hem: *“Het Hof van Cassatie heeft evenmin als enige bodemrechter in het arbeidsrecht ooit impliciet of expliciet geoordeeld dat bij een ontslag om dringende reden, wanneer er een verhoor wordt gehouden, de driedagentermijn voor het ontslag ipso facto begint te lopen na het verhoor. Het is correct dat het Hof van Cassatie in sommige arresten heeft bevestigd dat ‘volgens de omstandigheden van de zaak’ de werkgever het recht kan worden toegekend de werknemer te ondervragen voorafgaandelijk aan het ontslag, zonder daardoor de tijdigheid van het ontslag in gevaar te brengen (...). Maar het Hof van Cassatie heeft nooit beslist dat in elk geval bij wijze van principe de driedagentermijn van artikel 35 Arbeidsovereenkomstenwet begint te lopen bij een verhoor, laat staan dat de werkgever tot een dergelijk verhoor is verplicht”*(33). Het Grondwettelijk Hof doet het Hof van Cassatie iets beslissen wat het niet beslist heeft.

Het tijdstip waarop de ontslaggevende partij voldoende zekerheid heeft, die volstaat voor haar eigen overtuiging alsook ten aanzien van de andere partij en het gerecht, om een beslissing te nemen met kennis van zaken (wat betreft het bestaan van de fout van de wederpartij en de omstandigheden van zodanige aard dat ze van de tekortkoming een dringende reden maken), kan soms gesitueerd worden op de datum van een verhoor, maar vaak ook veel vroeger. Het tijdstip van de voldoende zekerheid moet *in concreto* voor elk ontslag worden bepaald. Met andere woorden, indien de publiekrechtelijke werkgever op een bepaald tijdstip al voldoende zekerheid heeft over een bij veronderstelling duidelijke dringende reden, kan hij nadien nauwelijks nog een voorafgaand verhoor van de arbeidscontractant organiseren binnen de vervaltermijn van drie werkdagen. Mocht de overheid zich door het arrest van het Grondwettelijk Hof laten verleiden pas te ontslaan na het voorafgaand verhoor van de arbeidscontractant, terwijl de driedagentermijn al verstreken is wegens een eerder momentum van voldoende zekerheid, dan is het

(32) Cass. 14 oktober 1996, S.95.0116.F, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-19961014-1 = *Arr.Cass.* 1996, nr. 380 = *JTT* 1996, 500 = *RW* 1997-98, 26 (verkort).

(33) H. Buyskens verwijst naar Cass. 14 oktober 1996 (vorige noot); Cass. 5 november 1990, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-19901105-11 = *JTT* 1991, 155 = *Soc. Kron.* 1991, 243 (verkort); zie ook Cass. 15 juni 2015, *JTT* 2015, 486; Arbh. Antwerpen, afd. Antwerpen 25 juni 2012, AR 2011/ AA/468, onuitg.; Arbh. Brussel 11 januari 2011, AR 2009/ AB/52.675, onuitg.; anders Arbh. Luik, 11 januari 2013, *Soc. Kron.* 2013, 387.

ontslag om dringende reden, hoe ernstig ook de tekortkoming, onherstelbaar te laat. Dat leidt tot de verplichte betaling van de opzeggingsvergoeding of de ontslagvergoeding ex artikel 40 van de Arbeidsovereenkomstenwet. “*Het is dan ook onjuist uit de hierboven vermelde rechtspraak af te leiden dat het invoeren van een hoorplicht conform zou zijn met de wettelijke toestand in het arbeidsovereenkomstenrecht van de privésector. Integendeel, rechtsleer en rechtspraak van de bodemrechters zijn van oordeel dat er bij ontslag om dringende reden geen verplichting tot horen bestaat en dat de werkgever zich op dat verhoor niet kan steunen om op kunstmatige wijze de driedagentermijn van art. 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet te omzeilen*”(34).

Er dient een rode kaart te worden getrokken.

5. *Last but not least* wil ik ingaan op het arrest van het Grondwettelijk Hof van 18 oktober 2018 met betrekking tot artikel 68 van de WES(35).

Het geschil, waarbij de Arbeidsrechtbank te Gent (afdeling Aalst) de prejudiciële vraag stelde(36), gaat over de overgangsregeling in de WES met betrekking tot de eengemaakte opzeggingstermijnen voor arbeiders en bedienden. De eenmaking betreft arbeidsovereenkomsten gesloten na 1 januari 2014. De overgangsregeling zal lang duren - tot de laatste werknemer die zijn arbeidsovereenkomst sloot voor 1 januari 2014 uit dienst zal zijn. Het arrest van het Grondwettelijk Hof raakt derhalve een belangrijk onderwerp. De overgangsregeling houdt in dat er voor de bepaling van de lengte van de opzeggingstermijn een optelling moet worden gemaakt waarbij voor de periode na 1 januari 2014 de nieuwe eengemaakte regeling moet worden toegepast(37) en voor de anciënniteitsperiode voor 1 januari 2014 de gemoduleerde(38) oude regeling die verschillend was voor arbeiders en bedienden(39). Het geschil betrof een arbeidsovereenkomst gesloten voor 1 januari 2014 met een zogenaamde hogere bediende, zijnde een werknemer die jaarlijks meer dan 64.508 € verdiende.

(34) Buysens verwijst naar o.a. O. DEPRINCE, “Licenciement pour motif grave: faut-il revenir encore sur la question de l’audition préalable?”, in S. Gilson (ed.), *Le congé pour motif grave* (Limal: Anthemis, 2001), 85-91; Q. CORDIER, “Le licenciement pour motif grave et le principe “*audi alteram partem*” (noot onder GwH 22 februari 2018), *JLMB* 2018, (640) 641; H. DECKERS, “Licenciement pour motif grave et obligation d’audition préalable de l’agent contractuel de la fonction publique: entre évolution et révolution” (noot onder GwH 22 februari 2018), *JTT* 2018, (274) 275-276; Arbh. Bergen 15 juni 2009, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20090615-18; Arbrb. Brussel 29 april 2014, AR 11/12.160/A, www.socialweb.be; Arbrb. Brussel 11 maart 2014, AR 11/12433/A, www.socialweb.be.

(35) GwH 18 oktober 2018, nr. 140/2018, www.const-court.be/public/n/2018/2018-140n.pdf = *BS* 25 maart 2019.

(36) Ook de Arbeidsrechtbank Antwerpen stelde op 13 februari 2018 een gelijkaardige prejudiciële vraag, *BS* 4 april 2018, 32098 = *JTT* 2018, 446.

(37) Art. 69 WES.

(38) Art. 68 lid 3 WES.

(39) Art. 67 WES.

Artikel 68 WES luidt met betrekking tot de opzegging door de werkgever als volgt:

“Art. 68. Het eerste deel wordt berekend in functie van de ononderbroken dienstanciënniteit verworven op 31 december 2013.

Die termijn wordt vastgesteld op basis van de wettelijke, reglementaire en conventionele regels die gelden op 31 december 2013 en die van toepassing zijn in geval van opzegging ter kennis gebracht op deze datum. Voor de bedienden van wie het jaarlijks loon 32 254 euro (te indexeren) overschrijdt op 31 december 2013, wordt die termijn, in afwijking van het tweede lid, vastgesteld op een maand per begonnen jaar anciënniteit bij opzegging door de werkgever, met een minimum van drie maanden”.

De vraag die aan de orde was gesteld is of de voormelde wettelijke bepalingen inzake hogere bedienden dienen te wijken voor een individuele conventionele opzeggingsclausule tussen werkgever en werknemer die overeengekomen was vóór 1 januari 2014(40). Voor de nieuwe arbeidsovereenkomsten gesloten na 1 januari 2014 zijn opzeggingsbedingen die afwijken van de wet alleen verboden in een collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in een paritair comité, zelfs wanneer zij gunstiger zijn, maar niet in een in individuele arbeidsovereenkomst of CAO op ondernemingsvlak(41). Een interessante tussenbeschouwing is dat bepalingen in het arbeidsovereenkomstenrecht in beginsel van dwingend recht ten voordele van de werknemer zijn(42).

De tekst van artikel 68 lid 3 WES is volgens het Grondwettelijk Hof duidelijk en ondubbelzinnig. De zin van een wetbepaling kan, aldus nog het Grondwettelijk Hof, niet worden omgebogen door verklaringen tijdens de parlementaire voorbereiding die aan de aanneming ervan zijn voorafgegaan, te laten voorgaan op de duidelijke tekst van die bepaling. Artikel 68 lid 3 WES is echter strijdig met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel in zoverre het niet toelaat dat ten aanzien van hogere bedienden, voor het berekenen van het eerste deel van de opzeggingstermijn verbonden aan de anciënniteit verworven op 31 december 2013, toepassing wordt gemaakt van een op die datum geldende opzeggingsclausule.

(40) Het Hof preciseert dat het arrest geen betrekking heeft op de geldigheid van op 31 december 2013 bestaande opzeggingsclausules voor wat betreft het tweede deel van de berekening van de opzeggingstermijn.

(41) Art. 37/3 Arbeidsovereenkomstenwet als gewijzigd door de WES; zie D. HEYLEN, L. VERMEULEN en I. VERREYNT, *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de het eenheidsstatuut* (Antwerpen: Intersentia 2014), 48.

(42) Art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet; Cass. 7 april 2008, S.07.0098.F, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20080407-1 = *JTT* 2008, 207 met noot C. WANTIEZ = *RW* 2009-10, 1342 noot W. RAUWS = *Soc.Kron.* 2009, 245 noot V. VANNES. Het GwH verwijst trouwens naar dit arrest in ov. B.I.3.

De kritische bedenkingen ten aanzien van dit arrest, dat ook op instemming kan rekenen(43), liggen voor de hand.

Ten eerste verschuilt het Hof zich zonder argumentatie achter de ‘acte-clair’ doctrine, zoals verwoord in ‘*in claris cessat interpretatio*’(44), die nog regelmatig van stal wordt gehaald. Zoals reeds velen hebben gedaan, vormt m.i. de opvatting dat het vaststellen dat een tekst duidelijk is op basis van de gehanteerde woorden in een bepaalde context op zichzelf reeds interpretatie(45). De basisregel bij de interpretatie van de wet in een democratie is de bedoeling van de wetgever te achterhalen(46). Het Hof van Cassatie hecht dan ook veel belang aan de parlementaire voorbereiding om de bedoeling van de wetgever te achterhalen, en volgens gezaghebbende auteurs zelfs als de wettekst duidelijk is(47). Zo kan een klare wettekst van artikel 10 van de wet van 24 december 1996 inzake de provincie- en gemeentebelasting opzij worden gezet “*par la cohérence du régime fiscal global dans lequel cette disposition s’insère*”(48).

(43) A. CRAUWELS, “Opzeggingen aangegaan voor 1 januari 2014. Recente rechtspraak van het Arbeidshof te Brussel en het Grondwettelijk Hof”, *JTT* 2018, 437.

(44) Dit is geen algemeen rechtsbeginsel: Cass. 19 december 2013, F.12.0109.N, *jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20131219-7 = Arr. Cass.* 2013, 2820 nr. 697.

(45) F. DUMON, “De opdracht van de hoven en de rechtbanken. Enkele overwegingen (deel 1)”, *RW* 1975-1976, 208-212, met o.m. verwijzing naar Chaim PERELMAN; M. ADAMS, “Law is as I’ve told you before. Over de zwaartekrachtwerking van de rechterlijke uitspraken in België”, *TPR* 1997, 1341-1342 die verwijst naar HART; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen* (Brussel: Story Scientia, 1990), 101; zie Cass; 16 juni 1936, *Pas.* 1936, I, 237 (ook de strafwet); Cass. 4 januari 1980, *jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-19800104-4 = Arr. Cass.* 1979-1980, 514 *Pas.*, 511; B. BOUCKAERT, “Betreffende de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de eigenaar van de grond”, noot onder Antwerpen, 15 februari 1990, *RW* 1990-1991, 333; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif* (Brussel: Bruylant, 2016), 337; M. MATHEEUSSEN, “Interpretatiemethoden gehanteerd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap”, *Jura Falc.* 1993-94, 368-369; M. TROPER in *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris: Lamy-PUF 2003), 843.

(46) H. BOULARBAH, P. GÉRARD, P. VAN DROOGHENBROECK, in *Pourvoi en cassation en matière civile* (Brussel: Bruylant, 2012), 283-285; zie RvS, 1 maart 2012, nr. 218.291, *Decock*.

(47) H. BOULARBAH, P. GÉRARD, P. VAN DROOGHENBROECK, in *Pourvoi en cassation en matière civile* nr. 591.

(48) Conclusie Eerste adv.-gen. Henkes bij Cass. 17 juni 2016, F.15.0148.F, *S.B. / Stad La Louvière*, *jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20160617-2*.

Bedenkelijk is ten tweede dat *in casu* het Grondwettelijk Hof(49) geen enkele rekening houdt met de deels geciteerde(50) parlementaire voorbereiding van de wet die een tegengestelde draagwijdte geeft aan de wetsbepaling dan het Grondwettelijk Hof doet(51), terwijl het Hof in andere arresten wel naar die voorbereiding kijkt(52). Ten derde was omtrent artikel 68 lid 3 WES de

(49) Toen Arbitragehof geheten.

(50) Overwegingen B.5.3: Memorie van Toelichting:

“Overgangsbepalingen van toepassing in geval van ontslag door de werknemer of ontslag door de werkgever en bijzondere bepalingen. Afdeling I Berekeningen van de duur van de opzeggingstermijnen en -vergoedingen. Art. 67 tot 69. De nieuwe regeling voor de berekening van de opzeggingstermijnen in geval van ontslag door de werkgever of door de werknemer, die door dit ontwerp wordt ingevoerd in de wet van 3 juli 1978 en die in werking zal treden op 1 januari 2014, **verschilt sterk** van de vroegere regelingen van toepassing op werklieden en bedienden. Een overgangsregeling is dan ook nodig die rekening houdt met de **legitieme** verwachtingen van de partijen wier arbeidsovereenkomst werd gesloten en een aanvang heeft genomen vóór 1 januari 2014. Dit is het voorwerp van de artikelen 67, 68 en 69 (p. 39) ... Wat betreft de opmerking van de Raad van State met betrekking tot artikel 68, moet eraan herinnerd worden dat deze bepaling deel uitmaakt van de overgangsregeling die rekening houdt met de legitieme verwachtingen van de partijen van wie de arbeidsovereenkomst werd gesloten en uitgevoerd vóór 1 januari 2014. Een legitieme verwachting houdt in dat de overeengekomen clausules worden gerespecteerd. Alle geldige clausules die bestaan op 31 december 2013 blijven dus onveranderd en het is op basis hiervan dat de rechten worden bepaald voor het verleden. Deze memorie bepaalt dat de forfaitaire bepaling met betrekking tot de opzeggingstermijn eigenlijk enkel en alleen dienst doet om onderhandelingen op 31 december 2013 te vermijden voor de doelgroep waar, op basis van de huidige wetgeving, de opzeggingstermijn moet worden onderhandeld op het einde van de arbeidsovereenkomst. Zij dient dus om een uniformiteit te creëren. Zij geldt dus niet voor de werknemers waarvoor reeds een zekerheid bestond op basis van de conventionele akkoorden die werden gesloten in het verleden (p. 44).” (*Parl. St.*, Kamer, 2013-2014, nr. 53-3144/001, 39 en 44). Het Verslag namens de commissie voor de sociale zaken, inzake de berekening van het eerste deel van de opzeggingstermijn, benadrukt: “Indien voor deze hogere bedienden een eerder afgesloten geldig contract de opzeggingstermijn bepaalt, moet deze overeenkomst wel worden nageleefd.” (*Parl. St.*, Kamer, 2013-2014, nr. 53-3144/004, 6).

(51) Zie de parlementaire voorbereiding geciteerd in voetnoot 50 en 56.

(52) GwH 18 november 1998, nr. 117/98, www.const-court.be/public/n/1998/1998-117n.pdf = BS 1999, 2380; GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, www.const-court.be/public/n/2009/2009-017n.pdf = RW 2009-2010, 1045 inzake de Antidiscriminatiewet.

rechtspraak van de arbeidsgerechten(53) en de rechtsleer(54) scherp verdeeld in drie onderscheiden stromingen, zoals het Arbeidshof te Brussel onder het voorzitterschap van kamervoorzitter L. Lenaerts in een prima gemotiveerd arrest opmerkte(55). Anders dan het Grondwettelijk Hof deed, is het in die omstandigheden van verdeeldheid dan ook moeilijk aan te nemen dat de tekst van de wet duidelijk is. De tekst dient derhalve te worden geïnterpreteerd aan de hand van de parlementaire voorbereiding zoals die blijkt uit de gezaghebbende passages geciteerd in voetnoot 50, zoals die ook stroken met de bespreking in de bevoegde Senaatscommissie(56). Door de duidelijke bedoeling van het Parlement te negeren creëert het Grondwettelijk Hof in een soort van *Schwalbe* eerst zelf kunstmatig een probleem, om dan de grondwettelijke gelijkheidstoets te hanteren, wat een merkwaardige methode is.

6. De conclusie luidt dan ook dat, met betrekking tot de geanalyseerde topics in het ontslagrecht, het Grondwettelijk Hof het lastig heeft met de functie van het Parlement, de functie en de rechtspraak van het Hof van het Cassatie en andere gewone rechters, waarbij het Hof ook niet uitmunt in kennis van deze delen van het ontslagrecht. Zoals dit het geval is met Anderlecht wil dit nog niet zeggen dat het Grondwettelijk Hof een slechte ploeg is, maar m.i. wel dat het af en toe een slechte match speelt.

(53) Met dank aan E. Van Hoorde:

Eerste stroming: de opzeggingsbedingen zijn niet geldig op grond van de klare en duidelijke wettekst: Arbh. Antwerpen 18 december 2017, *JTT* 2018, 161; A. CRAUWELS, “Het lot van de opzeggingsclausule na de wet van 26 december 2013”, *JTT* 2014, 445-446; D. HEYLEN, L. VERMEULEN en I. VERREY, *De beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de het eenheidsstatuut*, 64-66.

Tweede stroming: gelet op de legitieme verwachtingen en de bedoeling van de wetgever zoals die uit de parlementaire voorbereiding blijkt, die de overgangsbepalingen van WES willen garanderen, is een opzeggingsbeding dat voordeliger is dan art. 68, derde lid van deze wet, geldig voor het vastleggen van de opzeggingstermijn verworven op basis van de anciënniteit van voor 31/12/2013: Arbh. Brussel 9 januari 2018, *JTT* 2018, 164; C. BAYART, “Het eenheidsstatuut: werking in de tijd, tweestappenberekening en conventionele regelingen inzake ontslagrechten en opzeggingstermijn”, *TSR* 2015/3, 380.

Derde stroming: individuele bedingen die gunstiger zijn voor de werknemer zijn, mede gelet op artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet, geldig: Arbrb. Antwerpen, afd. Mechelen, 11 oktober 2016, AR 15/109, onuitg.; Arbh. Brussel, 9 januari 2019, *JTT* 2018, 164 dat er terecht op wijst dat de overgangsregeling in de artikelen 67, 68 en 69, die de legitieme verwachtingen van de partijen eerbiedigt, kadert in artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet.

(54) Zie de verwijzingen in Arbh. Brussel, 9 januari 2018, *JTT* 2018, 164.

(55) Zie de verwijzingen in Arbh. Brussel, 9 januari 2018, *JTT* 2018, 164.

(56) Verslag Senaatscommissie van mevr. Tilmans met de verklaring van de Minister van Arbeid, *Parl. St.* Senaat 2013-2014, nr. 5-2396/2, 7-8: “Voor hogere bedienden, met name de bedienden van wie het jaarlijks loon 32 254 euro overschrijdt, moet op basis van de huidige wetgeving de opzeggingstermijn worden onderhandeld. Om deze onderhandelingen op 31 december 2013 te voorkomen, wordt de opzeggingstermijn op deze datum forfaitair bepaald. Deze opzeggingstermijn wordt bepaald op 1 maand per begonnen jaar anciënniteit. **In de mate dat er voor deze hogere bedienden een eerder afgesloten geldige clausule de opzeggingstermijn bepaalt, moet deze worden gerespecteerd**”.