

EEN KENNELIJK REDELIJKER ONTSLAGRECHT. DE RECHTEN VAN DE WERKNEMER I.V.M. DE MOTIVERING VAN ZIJN ONTSLAG ⁽¹⁾

Willy VAN EECKHOUTTE,
*Buitengewoon hoogleraar Universiteit Gent,
Advocaat Hof van Cassatie*

(1) Het nadeel van een tekst te schrijven nadat al heel wat over het te behandelen onderwerp is geschreven, is in herhaling vallen. Om de gevolgen daarvan voor het voetnotenapparaat enigszins te reduceren, heb ik de verwijzingen naar auteurs met wie ik het op een bepaald punt eens ben, weggelaten. De meeste referenties betreffen dan ook afwijkende standpunten. Dat is dan meteen een eerste voordeel van niet de eerste auteur te zijn: de meningsverschillen en de knelpunten komen vollediger en beter tot uiting. Een tweede voordeel is dat alle aspecten van de problematiek die de auteurs van vroegere teksten hebben behandeld, de ene dit, de andere dat, kunnen worden gebundeld. Vanwege het profijt dat ik heb kunnen halen uit hun vaak uitstekende werk, is de conclusie van deze tekst opgevat als een hommage, in de vorm van een overzicht van de besluiten van ieder van hen.

INHOUD

Inleiding	661
Hoofdstuk I. De ontslagmotivering van de CAO nr. 109	665
Afdeling I. Voorwerp van de Cao nr. 109	665
Afdeling II. Personeel toepassingsgebied van de Cao nr. 109	666
§ 1. Beginsel	666
§ 2. Uitsluitingen uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109	668
A. Volledige uitsluitingen	668
1. Publieke sector	668
2. Kortstondige of nog niet lang bestaande arbeidsovereenkomsten	669
a. Arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid en overeenkomsten voor tewerkstelling van studenten	669
b. Eerste 6 maanden van de tewerkstelling	671
3. Ontslagen in welbepaalde omstandigheden	675
a. Ontslagen van oudere werknemers	675
b. Ontslagen bij stopzetting van activiteit, sluiting of collectief of meervoudig ontslag	677
4. Ontslagen waarvoor een bijzondere ontslagprocedure geldt	680
a. Uitsluiting	680
b. Ontslagbescherming zonder ontslagprocedure	681
i. Procedure versus bescherming	681
ii. Sanctie	683
B. Beperking van de rechten van bepaalde werknemers	684
1. Werknemers met korte opzeggingstermijnen	685
a. Algemeen	685
b. Beperkingen van de rechten t.a.v. die waarover de Cao nr. 109 handelt	685
i. Geen formeel recht de concrete ontslagredenen te kennen	685
ii. Bescherming tegen willekeurig ontslag i.p.v. bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag	685
c. In aanmerking komende werknemers	687
2. Werknemers ontslagen om dringende reden	688
3. Werknemers met een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling	689
Afdeling III. Recht de redenen van het ontslag te kennen	689
§ 1. Toepassingsgebied	690
A. Personeel toepassingsgebied	690
B. Materieel toepassingsgebied: ontslag	691
1. Algemeen	691
2. Ontslag wegens dringende reden	691
3. Onregelmatig ontslag	692

§ 2. Uitoefeningsvoorwaarden van het recht de ontslagredenen te kennen	693
A. Verzoek tot kennisgeving van de ontslagredenen	693
B. Mededeling zonder verzoek	697
§ 3. Kennisgeving van de ontslagredenen	700
A. Inhoud van de kennisgeving: concrete reden tot ontslag	700
B. Wijze en termijn van kennisgeving	702
§ 4. Gevolgen van de miskennis van het recht de ontslagredenen te kennen	702
A. Algemeen	702
B. Burgerlijke boete	704
1. Private straf	704
2. Schadevergoeding en loon	706
C. Twee weken loon	708
1. Bedrag en basis	708
2. Cumulatierегeling	708
Afdeling IV. Recht op schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag	709
§ 1. Schadevergoeding bij ontslag op kennelijk onredelijke motieven als principe	709
A. Alleen schadevergoeding	709
B. Alleen vanwege de ontslagmotieven	710
§ 2. Toepassingsgebied	711
A. Personeel toepassingsgebied	711
1. Algemeen	711
2. Uitsluiting uit het volledige toepassingsgebied van de Cao nr. 109	711
3. Uitsluiting van arbeidsovereenkomsten met een tijdsbepaling	711
B. Materieel toepassingsgebied: het begrip kennelijk onredelijk ontslag	713
1. Ontslag	714
2. Redenen voor een ontslag	716
3. Redenen waarop het ontslag gebaseerd is	716
4. Niet-persoons- of bedrijfsgebonden redenen	718
5. Ontslag waartoe nooit zou zijn beslist door een normale en redelijke werkgever	719
§ 3. Bewijsregeling	724
A. Algemeen	724
B. Onderscheid naargelang de ontslagredenen vooraf werd meegedeeld	725
1. De ontslagredenen werd correct meegedeeld	725
2. De ontslagredenen werd niet of niet correct meegedeeld	726
i. Niet-mededeling is aan de werkgever toe te schrijven	727
ii. Niet-mededeling van de ontslagredenen is aan de werknemer toe te schrijven	728
§ 4. Schadevergoeding	730

A. Beginsel	730
B. Hoogte	731
C. Basis	733
D. Aard	733
E. Cumulatieregeling	734
1. Andere beëindigingsvergoedingen	734
2. Werkloosheidsuitkering	736
Hoofdstuk II. Ontslagmotivering buiten de CAO nr. 109	737
Afdeling I. Ontslag uitgaande van de werkgever	737
§ 1. Ontslagverboden en -beperkingen	737
A. Verbod tot ontslag om bepaalde redenen	738
1. Ontslagverbod en sanctie	738
2. Outsiders en insiders en een verbod tot ontslag om bepaalde redenen	739
a. Outsiders	739
i. Volledige en gedeeltelijk outsiders	739
ii. Bewijsregeling voor outsiders	740
iii. Vergoeding voor outsiders	741
iv. Conclusie	742
b. Insiders	742
i. Werknemers-insiders	742
ii. Bewijsregeling voor insiders	742
iii. Vergoeding voor insiders	744
iv. Conclusie	745
B. Verbod tot ontslag tenzij wegens bepaalde redenen	745
1. Ontslagverbod en schadevergoeding	745
2. Outsiders en insiders en het verbod tot ontslag tenzij wegens bepaalde redenen	746
§ 2. Willekeurig ontslag	746
A. Ontslagverbod en schadevergoeding	746
1. De wettelijke figuur van willekeurig ontslag	747
2. De collectief-conventionele figuur van willekeurig ontslag	748
B. Outsiders en insiders en willekeurig ontslag	749
1. Outsiders	749
2. Insiders	749
3. Conclusie	750
§ 3. Ontslag wegens dringende reden	750
A. Recht op kennis van de ontslagredenen en bescherming tegen ontslag om onaanvaardbare redenen	750

B.	Outsiders en insiders en ontslag wegens dringende reden	751
1.	Werknemers ontslagen wegens dringende reden en kennisneming van de ontslagreden	751
2.	Werknemers ontslagen om dringende reden en kennelijk onredelijk ontslag	752
a.	Outsiders	752
b.	Insiders	753
c.	Conclusie	754
§ 4.	Misbruik van het recht te ontslaan	754
A.	Rechtsmisbruik bij ontslag uitgaande van de werkgever en sanctie	754
B.	Outsiders en insiders	754
1.	Outsiders	754
a.	Recht de ontslagreden te kennen	755
b.	Schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag	757
i.	Outsiders	757
ii.	Bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag voor outsiders	757
iii.	Vergoedingsregeling voor outsiders	759
2.	Insiders	761
a.	Het recht de ontslagreden te kennen	761
b.	Recht op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag	762
Afdeling 2.	Ontslag uitgaande van de werknemer	763
§ 1.	Ontslag wegens dringende reden	763
§ 2.	Misbruik van het recht tot ontslagneming	763
Conclusie		765

Het Belgische arbeidsrecht bevatte tot 1 april 2014 geen algemene voorschriften i.v.m. de motivering van ontslagen. In de nasleep van de Wet Eenheidsstatuut, die vooral de opzeggingstermijnen van werklieden en bedienden heeft geharmoniseerd, zijn de sociale partners er met zachte dwang toe gebracht zelf het meer kwalitatieve aspect van het ontslag uit te werken, met name dat van de motivering. Zij hebben zich van die taak gekweten door het sluiten van de interprofessionele Cao nr. 109 van 12 februari 2014 betreffende de motivering van het ontslag.

Een niet-onaardig aantal eerste commentaren op die cao zijn al gepubliceerd en de eerste vonnissen daarover worden verwacht. Dit leek dan ook het ideale tijdstip om een stand van zaken in de doctrine op te maken. Deze bijdrage doet dit door grondig en kritisch alle aspecten van de Cao nr. 109 te overlopen en aan te geven waar ruimte is voor discussie en wat de auteur de beste oplossing vindt. Een tweede deel besteedt aandacht aan het juridisch arsenaal waarvan m.b.t. de motivering gebruik kan worden gemaakt bij ontslagen waarop de Cao nr. 109 niet van toepassing is.

Jusqu'au 1^{er} avril 2014, le droit du travail belge ne comptait pas de dispositions générales relatives à la motivation de licenciements. À la suite de la Loi sur le statut unique, qui a harmonisé surtout les délais de préavis des ouvriers et des employés, les partenaires sociaux ont été conduits avec une légère pression à élaborer eux-mêmes l'aspect plus qualitatif du licenciement, celui de sa motivation. Ils se sont acquittés de cette tâche par la conclusion de la Convention collective de travail n° 109 du 12 février 2014 concernant la motivation du licenciement.

D'assez nombreux premiers commentaires sur la C.C.T. n° 109 ont été déjà publiés et les premiers jugements sont attendus. Le moment idéal semblait donc être venu d'esquisser une image de l'état des choses dans la doctrine. La présente contribution le fait en examinant de manière approfondie et critique tous les aspects de la C.C.T. n° 109 en indiquant les thèmes qui alimenteront le débat et en suggérant les solutions que l'auteur considère les plus appropriées. Une seconde partie s'intéresse à l'arsenal juridique à la disposition de ceux qui se posent des questions concernant la motivation de licenciements qui ne sont pas régis par la C.C.T. n° 109.

INLEIDING

Grondrechten i.v.m. ontslagmotivering

1. Het oudste sociaal grondrecht dat betrekking heeft op de ontslagmotivering, is het recht van de werknemer om een geldige of wettige⁽²⁾ reden te worden ontslagen⁽³⁾. De IAO-aanbeveling betreffende het ontslag van 1963 introduceerde dat grondrecht⁽⁴⁾. Het werd hernomen in het IAO-verdrag betreffende het ontslag van 1982⁽⁵⁾ en, in negatieve vorm – het recht *niet* te worden ontslagen *zonder* geldige redenen – in het Herziene Europees Sociaal Handvest⁽⁶⁾. In positieve zin en met een andere omschrijving erkent ten slotte ook de Europese Unie, in artikel 30 van haar Handvest van de grondrechten van 12 december 2007, het recht van de werknemer op bescherming tegen iedere vorm van kennelijk⁽⁷⁾ onredelijk ontslag overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken.

2. In het Belgisch positief recht werd het grondrecht alleen om een aanvaardbare (wettige of geldige) reden te worden ontslagen, aanvankelijk enkel geconcretiseerd in de vrij schaarse rechtspraak die, gebruik makend van de in de jaren twintig van de vorige eeuw in het gemeen recht gecreëerde figuur van het rechtsmisbruik, ontslag op een onaanvaardbaar motief ging aanmerken als misbruik van het recht te ontslaan en, sinds 1969, door de invoering, bij wet, van de figuur van het willekeurig ontslag waarop werklieden met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zich konden beroepen om van hun werkgever een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan 6 maanden loon te verkrijgen⁽⁸⁾.

Sinds de jaren zestig van de vorige eeuw bestaat, zo blijkt uit diverse akten van de tripartiet samengestelde algemene vergadering van de Internationale Arbeidsorga-

(2) In de Franse versie IAO-teksten spreekt men van “valable”, in de Engelse van “valid”. In het algemeen Nederlands taalgebruik zal men eerder spreken van *aanvaardbaar* of *deugdelijk*. Dat is trouwens ook de eerste betekenis van “valable” en “valid” die respectievelijk het *Van Dale Onlinewoordenboek* Frans en Engels opgeven. Ik verkies het woord *aanvaardbaar* (synoniem: aannemelijk, antoniem: onaanvaardbaar) omdat dit, beter dan bv. *wettig*, weergeeft dat een ruime marge onvermijdelijk is als men ontslagmotieven realistisch wil beoordelen vanuit juridisch standpunt.

(3) Ik denk dat niet meer moet worden gearzeld te spreken van een sociaal grondrecht, zoals door sommigen terecht wordt bepleit (W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt*, Brugge, die Keure, 2012, 536-568). Anderen pleiten ervoor dit recht tot een algemeen rechtsbeginsel te proclameren (D. CUYPERS, “Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmaterie: zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractanten?”, *TSR* 2015, 42, nr. 63. Wel is nog niet helemaal duidelijk wat de grondslag en wat de draagwijdte is van dat grondrecht of beginsel.

(4) R119, waarvan artikel 2.1 begint met “Aucun licenciement ne devrait intervenir sans qu’il existe un motif valable de licenciement [...]”.

(5) C158, waarvan artikel 4 bepaalt: “Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu’il existe un motif valable de licenciement [...]”.

(6) Art. 24, a. In de vroegere versie van dat Handvest, ondertekend te Turijn op 8 oktober 1961 kwam dat recht niet voor.

(7) Dat adjectief komt enkel voor in de Nederlandse taalversie. Blijkbaar hebben de vertalers teveel de generieke omschrijving van rechtsmisbruik voor ogen gehad: zie nr. 102.

(8) De wet van 21 november 1969 tot wijziging van de wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten voerde in de wet 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst een artikel 24^{ter} in met de inhoud van het latere artikel 63 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten.

nisatie, eigenlijk ook al een consensus⁽⁹⁾ over wat aanvaardbare redenen zijn voor ontslag: enerzijds persoonlijke, anderzijds economische of technische redenen⁽¹⁰⁾, of, met een omschrijving die mij beter voorkomt en die ik in deze tekst hanteer: legitieme persoons- of bedrijfsgebonden⁽¹¹⁾ redenen. Ook werd van meet af aan aangenomen dat een schending van het grondrecht op een aanvaardbare ontslagreden de werknemer die niet wordt gere-integreerd, recht geeft op schadevergoeding⁽¹²⁾.

3. Het grondrecht van een ontslagen werknemer de reden voor zijn ontslag te kennen, is van een recentere datum. Het komt voor het eerst voor in de IAO-aanbeveling betreffende het ontslag van 1982, die de aanbeveling over hetzelfde onderwerp van 1963 vervangt⁽¹³⁾. Blijkens zijn aanhef vormt de aanbeveling van 1982 een aanvulling op het IAO-verdrag betreffende het ontslag van 1982, dat zelf in geen dergelijk recht voorziet. Het grondrecht de ontslagreden te kennen wordt dus als minder belangrijk aangezien dan het grondrecht enkel om een aanvaardbare reden te worden ontslagen. Dat is begrijpelijk, aangezien de werknemer die aanvoert dat hij om een onaanvaardbare reden werd ontslagen, bij het verweer van de werkgever wel kennis zal krijgen van de reden die deze inroept.

4. Ten slotte zij nog opgemerkt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van klaarblijkelijk oordeel is dat een wetgeving die toelaat dat een werkgever niet verplicht is een reden voor een ontslag op te geven, een schending inhoudt van artikel 6

(9) Zo oordeelde de arbeidsrechtbank te Brussel dat het, ondanks zijn niet-bekrachtiging door België, toch mee door de tripartiete vertegenwoordiging van de Belgische regering én de Belgische sociale partners ondertekende IAO-verdrag betreffende het ontslag van 1982, een consensus vertaalt op het internationale vlak over de minimale rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer. De rechtbank verwees naar artikel 7 van dat verdrag, dat handelt over het recht van de werknemer zich te verdedigen tegen beschuldigingen, en oordeelde dat dit recht niet respecteren te beschouwen is als een fout die tot schadeloosstelling aanleiding kan geven, (Arbrb. Brussel 20 februari 1992, Soc. Kron. 1993, 86).

(10) Artikel 2.1 van de IAO-aanbeveling nr. 119 van 1963 gewaagt van “[...] un motif valable de licenciement lié à l’aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l’entreprise, de l’établissement ou du service”, in identieke bewoordingen overgenomen in het IAO-verdrag nr. 158 en in artikel 24.a van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest. Vergelijk met de Franstalige versie van artikel 63, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat het heeft over “des motifs qui n’ont aucun lien avec l’aptitude ou la conduite de l’ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l’entreprise, de l’établissement ou du service”.

(11) Ik geef aan *bedrijfsgebonden* de voorkeur boven *ondernemingsgebonden* omdat de verwijzing naar “de werking” mij de motieven eerder op het vlak van het bedrijf (de technische bedrijfseenheid) lijkt te situeren dan op dat van de onderneming (de economische of juridische entiteit). Er moet niet noodzakelijk een weerslag zijn op dat laatste niveau.

(12) Artikel 6 van de IAO-aanbeveling nr. 119 spreekt van “soit une indemnisation adéquate, soit telle autre forme de réparation”. Artikel 10 van het IAO-verdrag nr. 158 heeft het over “une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme approprié” en artikel 24.b van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest over “une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée”. Ook de Belgische rechters kenden en kennen schadevergoeding toe aan werknemers die ontslagen zijn zonder motief of om een motief dat het gebruik dat de werkgever maakt van zijn recht te ontslaan, een abusief karakter geeft.

(13) R166, waarvan artikel 13 bepaalt: “(1) Un travailleur auquel son licenciement a été notifié ou qui a été licencié devrait avoir le droit de se faire délivrer, à sa demande, par l’employeur une déclaration écrite du motif ou des motifs du licenciement.”

van het EVRM⁽¹⁴⁾. Het is dan ook niet te verwonderen dat de sociale partners de Cao nr. 109 ook hebben gezien in het perspectief van het recht de ontslagmotieven voor de rechter aan te vechten⁽¹⁵⁾.

De toegevoegde waarde van de Cao nr. 109

5. Uit wat voorafgaat, blijkt dat het vernieuwend karakter van de Cao nr. 109 niet mag worden overschat.

Eigenlijk doet die cao niets anders dan de twee voornoemde grondrechten positief-rechtelijk in de Belgische rechtsorde verankeren. Daarmee wordt verholpen aan de zwakke juridische waarde van IAO-aanbevelingen en aan de Belgische niet-aanvaarding (verwerping is te sterk uitgedrukt) van artikel 24 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest. Dat artikel 24 voerde, zoals al gezegd, in zijn eerste lid een nieuw sociaal grondrecht in: de verdragspartijen verbinden zich daarin te erkennen *“a. het recht van de werknemers om niet te worden ontslagen zonder geldige reden die verband houdt met hun geschiktheid of die steunt op de behoeften inzake de werking van de onderneming, de inrichting of de dienst”*.

Indedaad, hoewel het (Herziene) Europees Sociaal Handvest sinds de inwerkingtreding van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) als het ware in het recht van de Europese Unie is geïncorporeerd⁽¹⁶⁾, geldt dat niet voor het voornoemde artikel 24, dat België niet heeft aanvaard⁽¹⁷⁾. In de memorie van toe-

(14) EHRM nr. 19554/11 van 10 juli 2012, enkel officieel in het Engels beschikbaar:

“34. In the particular case, the Court observes that the applicant as a former government official dismissed from service was in principle entitled to challenge that dismissal in court. However, **since the employer was under no obligation to give any reasons for that dismissal**, the Court takes the view that it is inconceivable for the applicant to have brought a meaningful action, for want of any known position of the respondent employer. **For the Court, this legal constellation amounts to depriving the impugned right of action of all substance.** The Court also notes that the Constitutional Court [van Hongarije], whose approach was partly based on the Court’s relevant case-law, annulled the underlying domestic provision for, among others, similar considerations (see paragraph 16 above), largely in line with the spirit of the European Union Charter of Fundamental Rights (see paragraph 18 above [verwijzing naar art. 30] and the revised European Social Charter (see paragraph 19 above [verwijzing naar art. 24].

35. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that, in disputes concerning civil rights such as the present one, such a limited review cannot be considered to be an effective judicial review under Article 6 § 1. **There has therefore been a violation of the applicant’s right of access to a court”** (vet toegevoegd).

(15) Advies nr. 1.891 “Harmonisering van het statuut arbeider/bediende – Motivering van het ontslag” van 12 februari 2014 van de Nationale Arbeidsraad: “Die collectieve arbeidsovereenkomst heeft de bedoeling uitvoering te geven aan artikel 38, 1° van de voornoemde wet van 26 december 2013 en hiermee de juridische onzekerheid gepaard gaand met een onderscheiden behandeling van arbeiders (artikel 63 van de wet van 3 juli 1978 over de willekeurige afdanking) en bedienden (theorie van het rechtsmisbruik) **inzake de mogelijkheden van een betwisting** van hun ontslag, weg te werken” (vet toegevoegd).

(16) Zie hierover W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, nr. 23.

(17) Dat blijkt uit de verklaring opgenomen in de op 2 maart 2004 neergelegde akte van bekrachtiging: “Overeenkomstig Deel III, artikel A, 2e lid van het Handvest, acht België zich gebonden aan de volgende artikelen van Deel II” (BS 10 mei 2004, 37424). Artikel 24 komt in de daaropvolgende opsomming niet voor.

lichting bij het ontwerp van wet houdende instemming met het (Herziene) Europees Sociaal Handvest en met de Bijlage, gedaan te Straatsburg op 3 mei 1996, werd erop gewezen dat artikel 24 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest is gebaseerd op artikel 4 van het IAO-verdrag nr. 158 inzake de stopzetting van de arbeidsrelatie⁽¹⁸⁾, dat niet door België werd bekrachtigd⁽¹⁹⁾. De belangrijkste hinderpaal die werd aangevoerd, was de motiveringsplicht bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst die artikel 24 zou inhouden. In het Belgisch recht moet immers in de regel geen motief worden opgegeven bij een ontslag⁽²⁰⁾. Een gedeeltelijke uitzondering, zo vervolgt de memorie van toelichting, vormt de ontslagbescherming bij moederschap, die voorziet in een schriftelijke kennisgeving van de reden voor het ontslag als de werkneemster daarom vraagt⁽²¹⁾. “Aangezien het nieuwe artikel 24 eveneens vertrekt van de motiveringsplicht”, stelt de regering voor het niet te bekrachtigen, wat ook gebeurde⁽²²⁾. In ieder geval heeft de Cao nr. 109 de bezwaren voor een aanvaarding van die bepaling grotendeels weggenomen⁽²³⁾.

6. Toch heeft, zoals hieronder wordt aangetoond, de Cao nr. 109 betreffende de motivering van het ontslag gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 12 februari 2014, algemeen bindend verklaard bij koninklijk besluit van 9 maart 2014, niet rechtstreeks verandering gebracht in de situatie: zij legt niet een rechtstreekse verplichting op een ontslag te laten vergezeld gaan van een motivering⁽²⁴⁾. Indirect doet de Cao nr. 109 dat natuurlijk wel door de twee grondrechten van artikel 24, eerste lid, van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest in bindende regels op te nemen.

Al bevat de cao de meest expliciete algemene regeling m.b.t. de motivering van het ontslag in België, die bovendien bijna de hele particuliere sector als personeel toepassingsgebied heeft, zij regelt niet alle aspecten van motivering van ontslagen. Daarom wordt deze tekst in twee hoofdstukken onderverdeeld: het eerste is gewijd aan de Cao nr. 109, het tweede, veel korter, aan de regels in verband met motivering van een ontslag in de gevallen waarin de Cao nr. 109 niet van toepassing is en de vraag of en zo ja in welke mate werknemers die zich wel kunnen beroepen op de Cao nr. 109, ook nog een beroep kunnen doen op de instrumenten die de andere werknemers als enige kunnen hanteren.

(18) Dat luidt: “Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu’il existe un motif valable de licenciement lié à l’aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l’entreprise, de l’établissement ou du service.”

(19) Via kunstgrepen, meer bepaald langs de omweg van de *toelichting* bij artikel 30 van het Handvest van 12 december 2007 van de grondrechten van de Europese Unie, die artikel 24 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest als inspiratiebron aanwijst, dat op zijn beurt zijn inspiratie vindt in de artikelen 4 en 7 van het IAO-verdrag nr. 148, komen sommigen tot de conclusie dat die laatste bepalingen onrechtstreeks dwingend zijn geworden (L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, “La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014”, *JT* 2014, afl. 6565, 380).

(20) Zie hierover uitgebreid W. VAN EECKHOUTTE, “De motivering van het ontslag” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 5*, Antwerpen, Maklu, 1993, 237-282.

(21) Art. 40, tweede lid, Arbeidswet.

(22) *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 2-838/1, 6. Eigenlijk is het niet juist dat artikel 24 een rechtstreekse verplichting invoert een motief voor een ontslag op te geven: zie nr. 7.

(23) Niet volledig, omdat de cao niet geldt in de publieke sector: zie nr. 10.

(24) Zie nr. 7.

Op de ontstaansgeschiedenis van de Cao nr. 109, de mogelijke ongrondwettigheid daarvan ⁽²⁵⁾ en de gevolgen die op het vlak van verjaring en het bewijs verbonden zijn aan de keuze van een cao in plaats van een wet, wordt in deze bijdrage niet ingegaan ⁽²⁶⁾, evenmin als de werking in de tijd ⁽²⁷⁾.

HOOFDSTUK I. DE ONTSLAGMOTIVERING VAN DE CAO NR. 109

Afdeling I. Voorwerp van de Cao nr. 109

7. Blijkens zijn artikel 1 voert de Cao nr. 109 twee rechten in voor de werknemer: het recht de concrete redenen te kennen die tot het ontslag van de werknemer hebben geleid en het recht op een schadevergoeding indien het ontslag van de werknemer kennelijk onredelijk was.

Dat zijn twee facetten van de motivering van een ontslag, ongetwijfeld de belangrijkste, maar niet alle. Zo gewaagt artikel 7 van het IAO-verdrag nr. 158 nog van het recht gehoord te worden over de ontslagmotieven ⁽²⁸⁾. Zoals de hoorplicht volgens een vaste rechtspraak van de Raad van State een beginsel van behoorlijk bestuur is ⁽²⁹⁾, kan men zich afvragen of die ook geen deel uitmaakt van de beginselen van behoorlijk ontslagrecht ⁽³⁰⁾. Eigenlijk zeggen de sociale partners dat ook bijna met zoveel woorden wanneer zij in het verslag voorafgaand aan de cao zeggen dat een *“eventueel voorafgaand onderhoud, wanneer de werkgever voornemens is om tot ontslag over te gaan [...] zich kan inschrijven in [de informele en/of formele] permanente dialoog”* gedurende de volledige loopbaan, waarvan volgens hen een “goed HR-beleid” uitgaat. Maar de Cao nr. 109 heeft daarvan geen verplichting gemaakt. Had zij een hoorplicht ingevoerd, dan zou zij niet alleen het arbeidsrecht dichter bij het socialezekerheidsrecht hebben

(25) Volgens de Raad van State had de wet de motivering van het ontslag moeten regelen, omdat de bescherming tegen “abusief” ontslag een aspect is van het recht op billijke arbeidsvoorwaarden, zelf een onderdeel van het door artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde recht op billijke arbeidsvoorwaarden (*Parl.St. Kamer 2013-14, DOC 53 3144/001, 118*). Een wettelijk optreden moge dan misschien al te verkiezen geweest zijn, men ziet niet waarom de interprofessionele sociale partners een dergelijk belangrijk facet niet zouden kunnen regelen met gebruikmaking van de bevoegdheid en het instrument die de wetgever hun ter beschikking heeft gesteld. De minister ontkende met dat argument dat sprake zou zijn van een ongrondwettelijke delegatie van bevoegdheid aan de sociale partners (*Parl. St. Kamer 2013-14, DOC 53 3144/001, 26-27*).

(26) Zie daarvoor uitvoerig L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 194-200.

(27) Zie daarvoor G. DEVILLE en P. GEERBAERT, “CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc.Kron.* 2014, 126-127.

(28) Dat artikel luidt: “Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu’on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l’on ne puisse pas raisonnablement attendre de l’employeur qu’il lui offre cette possibilité.”

(29) Zie hierover I. OPDEBEEK, “De hoorplicht” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 235-278.

(30) Zie in die zin bv. P. P. VAN GEHUCHTEN, “Aspects formels du licenciement équitable – Formele aspecten van behoorlijk ontslag” in *Passende arbeid & behoorlijk ontslag – Travail convenable et licenciement équitable*, Brugge, die Keure, 2006, 298-300, nrs. 202-204. Maar zie ook de vooral praktische bezwaren in hetzelfde boek naar voren gebracht in de vorm van “Reacties” door C. VAN OLMEN, 216, nr. 314.

gebracht ⁽³¹⁾, maar vooral de regels i.v.m. de ontslagmotivering beter gepositioneerd hebben in de internationaalrechtelijke context ⁽³²⁾.

8. Zeggen dat de CAO nr. 109 als zodanig een motiveringsverplichting ingevoerd zou hebben, is niet echt juist ⁽³³⁾. Men kan natuurlijk voorhouden dat het recht de redenen van het ontslag te kennen, impliceert dat er redenen voor het ontslag zijn en dat er dus sprake is van correlatie tussen het voornoemde recht van de werknemer en een daarmee overeenstemmende verplichting van de werkgever. Toch maakt, strikt genomen, een werkgever die op de vraag van een werknemer om welke reden hij is ontslagen, op de voorgeschreven wijze antwoordt “*omdat ik daar zin in had*”, zich niet schuldig aan schending van (een niet door) de Cao nr. 109 (ingevoerde motiveringsverplichting), maar aan kennelijk onredelijk ontslag.

Dat, zelfs los van de al genoemde gelijkkluidende grondrechten, de Cao nr. 109 in het Belgisch positief recht twee totaal *nieuwe* rechten zou hebben ingevoerd die een werknemer voordien niet had, is, zoals zal blijken uit wat volgt, al evenmin helemaal juist. De toegevoegde waarde van die cao bestaat vooral in de *formalisering* van het recht van de werknemer de reden voor zijn ontslag te kennen en van de bestraffing van de miskenning van dat recht.

Afdeling II. Personeel toepassingsgebied van de Cao nr. 109

§ 1. Beginsel

9. De Cao nr. 109 is van toepassing op alle werknemers en werkgevers die verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst ⁽³⁴⁾. Anders dan het opgeheven artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet geldt de nieuwe regeling dus zowel voor werklieden als voor bedienden, maar ook voor handelsvertegenwoordigers en dienstboden, tenzij de arbeidsovereenkomst de vorm zou aannemen van een overeenkomst voor tewerkstelling voor studenten ⁽³⁵⁾ of van een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid ⁽³⁶⁾.

(31) Zie daarover J. PUT, “De hoorplicht in de sociale zekerheid” in *Liber Amicorum. Roger Dillemans – Deel II. Socialezekerheidsrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 331-360.

(32) Zoals terecht wordt opgemerkt door L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, “La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014”, *JT* 2014, 318, nr. 14.

(33) Dat is trouwens, zoals al vermeld, evenmin het geval met artikel 24 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest, al beoogden de opstellers van het IAO-verdrag nr. 158 van 1982 dat wel (F. VANDAMME, “Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée” in J.F. AKANDJI en S. LECLERCQ (eds.), *La Charte sociale européenne*, Brussel, Bruylant, 2001, 21). Alain Carrillon schrijft voorzichtig: “*L’exigence de motifs valables induit probablement l’exigence d’une motivation du licenciement. Elle imposera probablement la modification de certaines législations nationales qui ne reconnaissent pas cette exigence, comme par exemple la Belgique*” (A. CARILLON, *Les sources européennes des droits de l’homme salarié*, Brussel, Bruylant, 2006, 247 (vet toegevoegd).

(34) Art. 2, § 1 Cao nr. 109.

(35) Zie hierover nr. 18.

(36) Art. 2, § 2, tweede en derde gedachtestreepje Cao nr. 109. Zie over die uitsluitingen nr. 16.

De cao is zelfs van toepassing op arbeidsovereenkomsten die worden geregeld door andere wetten dan de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, zoals de arbeidsovereenkomstenwetten voor binnenschippers, schepelingen en betaalde sportbeoefenaars en die voor arbeidsovereenkomsten-dienstencheques.

10. In beginsel speelt ook de duur waarvoor de arbeidsovereenkomst werd gesloten geen rol, zij het dat de Cao nr. 109 in de omschrijving van de figuur van het kennelijk onredelijk ontslag enkel spreekt van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, zodat werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling zich niet als zodanig op die figuur kunnen beroepen⁽³⁷⁾. Maar dat belet niet dat de regels omtrent het recht van de werknemers de concrete ontslagredenen te kennen, niet zouden gelden voor een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd. Weliswaar is de Cao nr. 109 in haar geheel niet van toepassing op werknemers die ontslagen worden tijdens de eerste 6 maanden van de tewerkstelling, maar een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk kan voor een langere termijn dan 6 maanden worden gesloten of de tewerkstelling in het kader van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd van minder dan 6 maanden kan als één periode van tewerkstelling meetellen om uit te maken of dat aantal maanden bereikt is⁽³⁸⁾. En anders dan werd geschreven⁽³⁹⁾, kan er bij een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd natuurlijk wel sprake zijn van ontslag.

11. De Cao nr. 109 is eveneens in beginsel van toepassing bij elke vorm van ontslag, regelmatig of onregelmatig, expliciet of impliciet⁽⁴⁰⁾.

12. Ook het tijdstip van het ontslag speelt in principe geen rol: de regels van de cao gelden zowel tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst als in een periode van schorsing daarvan.

Maar de bescherming van de Cao nr. 109 is niet van toepassing bij een opzegging, een ontslag wegens dringende reden of een onregelmatige beëindiging vóór de arbeidsovereenkomst is ingegaan of tijdens de eerste 6 maanden: het voor de toepassing van de cao vereiste minimum van 6 maanden tewerkstelling is dan niet bereikt⁽⁴¹⁾. Dat zou alleen anders zijn als de arbeidsovereenkomst die wordt beëindigd vóór haar ingangsdatum of in de eerste 6 maanden van haar looptijd, zou volgen op

(37) Zie nr. 98.

(38) Art. 2, § 2, eerste gedachtestreepje Cao nr. 109.

(39) Door P. CRAHAY, "Motivation du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable", *Ors.* 2014, afl. 4, 4, nr. 6: de regels van de Cao nr. 109 "ne s'appliquent qu'en cas de licenciement (articles 3 et 8 de la C.C.T. n° 109), ce qui suppose l'existence d'un contrat à durée indéterminée". In voetnoot 15 erkent de auteur dat de regels over de ontslagmotivering "théoriquement" van toepassing zouden kunnen zijn op vroegtijdige beëindigingen van arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd, maar hij zegt dat de uitsluiting, uit het toepassingsgebied van de cao, van ontslagen in de eerste periode van 6 maanden tewerkstelling die toepassing verhindert. Dat is natuurlijk juist als de arbeidsovereenkomst voor minder dan 6 maanden is gesloten en geen deel uitmaakt van een ketting van arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd waarvan de periodes van tewerkstelling moeten worden samengeteld. In dat laatste geval en bij langere arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd is na 6 maanden ontslag nog altijd mogelijk, in welk geval de werknemer op grond van de Cao nr. 109 het recht heeft de ontslagredenen te vernemen.

(40) Zie nr. 56.

(41) Zie hierover nr. 57.

een of meer andere arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd of voor uitzend-
arbeid die meetellen om uit te maken of de werknemer al 6 maanden door de werk-
gever werd tewerkgesteld ⁽⁴²⁾.

§ 2. Uitsluitingen uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109

13. Zoals hieronder nog zal blijken, zijn de uitsluitingen uit het toepassingsgebied niet altijd zeer duidelijk geformuleerd in de Cao nr. 109, zodat soms verschillende interpretaties mogelijk zijn. Sommige zijn impliciet, ander expliciet. De uitsluitingen hebben zowel betrekking op de hoedanigheid van de werkgever, de soort arbeids-
overeenkomst, de finaliteit en de omstandigheden van het ontslag als op de opzeg-
gingstermijnen die in acht genomen moeten worden. Er zijn uitsluitingen uit het vol-
ledige toepassingsgebied van de cao en uitsluitingen uit gedeelten daarvan. Volgens
dat laatste criterium zijn zij hieronder gerangschikt.

14. Aangezien de uitsluitingen leiden tot uitzonderingen op het beginsel van twee
belangrijke sociale grondrechten ⁽⁴³⁾, moeten zij naar mijn oordeel beperkend worden
geïnterpreteerd. Het is dan ook die restrictieve invalshoek die ik aanhoud in de tekst
die volgt.

A. Volledige uitsluitingen

1. Publieke sector

15. Dat de regels in verband met de ontslagmotivering die de Cao nr. 109 invoert,
opgenomen zijn in een collectieve arbeidsovereenkomst, beperkt hun toepassings-
gebied, op enkele uitzonderingen na, tot de private sector ⁽⁴⁴⁾.

Dit brengt een ongelijke behandeling tot stand tussen de arbeidscontractanten van
de publieke sector en de werknemers van de private sector. Dat in Vlaanderen door-
gaans wordt aangenomen dat de motiveringsverplichting van de Wet Motivering Be-
stuurshandelingen niet geldt voor ontslagen uitgaande van publiekrechtelijke werk-
gevers ⁽⁴⁵⁾, maakt de ongelijke behandeling des te scherper ⁽⁴⁶⁾. Daarvoor lijkt geen

(42) Zie nr. 14.

(43) Zie de nrs. 2 en 3.

(44) Zie de uitsluitingen uit het toepassingsgebied van de Cao-wet in artikel 2, § 3 van die wet.

(45) Zie over de verschillen in de Nederlandstalige en de Franstalige rechtspraak en doctrine over die vraag
W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2015-16*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015,
nr. 3981. De discussie is niet beslecht door het cassatiearrest van 12 mei 2014 gewezen in de zaak met
het rolnummer S.13.0092.F, aangezien de vraag of artikel 2 van de Wet Motivering Bestuurshande-
lingen al dan niet voor openbare besturen de verplichting inhoudt het ontslag van hun contractuele
werknemers te motiveren, niet in het cassatiearrest aan bod komt (anders: D. CUYPERS, "Beginselen
van behoorlijk bestuur in personeelsmateries: zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractan-
ten?", *TSR* 2015, 39, nr. 56).

(46) Als men zou aannemen dat de motiveringsverplichting van de Wet Motivering Bestuurshandelingen
van toepassing zou zijn op ontslagen uitgaande van openbare besturen, zou men die misschien
kunnen beschouwen als "een regeling vergelijkbaar met deze bepaald bij de collectieve arbeidsovereen-
komst" nr. 109 in de zin van artikel 38, 2°; Wet Eenheidsstatuut (P. SICHEN, "Over de uitgestelde,

redelijke verantwoording aan te wijzen, zodat men mag spreken van discriminatie. De oorzaak daarvan ligt in de niet-uitvoering van artikel 38, 2° van de Wet Eenheidsstatuut⁽⁴⁷⁾, die voorziet in de uitwerking van een regeling vergelijkbaar met die van de Cao nr. 109 voor de werknemers van de publieke sector⁽⁴⁸⁾. De discriminatie kan dan ook niet zomaar ongedaan worden gemaakt. Zij werkt overigens in twee richtingen, omdat het behoud van de wettelijke regeling van het willekeurig ontslag waarin is voorzien voor arbeidscontractanten in de publieke sector door de genoemde bepaling van de Wet Eenheidsstatuut, gunstiger is dan die van het kennelijk onredelijk ontslag van de Cao nr. 109, wat misschien wel de onmogelijkheid een beroep te doen op het recht de ontslagreden te kennen waarin de cao ook voorziet, compenseert, mede gelet op het feit dat arbeidscontractanten tewerkgesteld in de publieke sector ook op basis van het gemeen recht over instrumenten beschikken om de ontslagreden meegedeeld te krijgen (en de weigering die mee te delen te laten bestraffen) en zelfs om zich los van de wettelijke regeling van het willekeurig ontslag te beschermen tegen kennelijk onredelijk ontslag⁽⁴⁹⁾.

2. Kortstondige of nog niet lang bestaande arbeidsovereenkomsten

16. De stellers van de Cao nr. 109 waren duidelijk ervan overtuigd dat de twee rechten die zij formaliseert, enkel moeten toekomen aan werknemers die al een relatief bestendige band hebben met hun werkgever. Toch is niet altijd evident dat de uitsluiting van werknemers die zich in een meer precaire situatie of nog in de beginfase van de samenwerking bevinden, wel verantwoord is.

a. Arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid en overeenkomsten voor tewerkstelling van studenten

17. De Cao nr. 109 is niet van toepassing op de werknemers “die ontslagen worden [...] tijdens een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid [of] tijdens een arbeidsovereenkomst voor studenten”⁽⁵⁰⁾.

facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag” in DE-PARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 36, nr. 19). De Raad van State wees op de uiteenlopende zienswijzen omtrent de motiveringsplicht van ontslagen uitgaande van publieke werkgevers en gaf te kennen dat het “in elk geval uit het oogpunt van de rechtszekerheid aanbeveling [kan] verdienen om, bij het aannemen door de wetgever van een regeling inzake de motiveringsplicht bij ontslag, aan te geven hoe die regeling zich verhoudt tot de regeling opgenomen in de voornoemde wet van 29 juli 1991, wat een overheid-werkgever betreft”. De wetgever heeft die aanbeveling niet gevolgd en is op de aangelegenheid zelfs niet teruggekomen na het advies.

(47) De wet van 26 december 2013 betreffende de invoering van een eenheidsstatuut tussen arbeiders en bedienden inzake de opzeggingstermijnen en de carenzdag en begeleidende maatregelen.

(48) Zie over de impasse die aan de basis daarvan ligt G. DEVILLE en P. GEERBAERT, “CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc.Kron.* 2014, 138 en D. CUYPERS, “Beginselen van behoorlijk bestuur in personeelsmateries: zowel voor ambtenaren als voor overheidscontractanten?”, *TSR* 2015, 40-41, nr. 59.

(49) Zie de nrs.184 e.v.

(50) Art. 2, § 2, tweede en derde gedachtestreepje Cao nr. 109.

De gebruikte termen verdienen geen schoonheidsprijs. Men moet geen taalpurist zijn om ontslagen worden “*tijdens een arbeidsovereenkomst*” een vreemde uitdrukking te vinden. Ook heeft de tekst het over “een arbeidsovereenkomst voor studenten” en niet over “een overeenkomst voor tewerkstelling van studenten”⁽⁵¹⁾. Men zou dan ook kunnen denken dat werkende studenten die niet of niet meer onder titel VI van de Arbeidsovereenkomstenwet vallen⁽⁵²⁾, zich ook niet op de Cao nr. 109 zouden kunnen beroepen. Maar gelet op de restrictieve invulling die aan de uitsluitingen moet worden gegeven⁽⁵³⁾, moet men aannemen dat het wel degelijk enkel gaat om de “reguliere” studenten op wie titel VI van de Arbeidsovereenkomstenwet van toepassing is.

18. Ongetwijfeld ligt de structureel korte duur van beide soorten arbeidsverhoudingen aan de basis van hun uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109. Wat de bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag betreft, kan dat zijn verantwoording vinden in het (Herziene) Europees Sociaal Handvest, dat de mogelijkheid biedt “*de voor een korte periode tijdelijk in dienst genomen werknemers*” uit het toepassingsgebied van artikel 24 te sluiten, de bepaling met vermelding van het recht niet te worden ontslagen zonder geldige reden⁽⁵⁴⁾.

Maar door uitzendkrachten en studenten volledig uit haar toepassingsgebied te sluiten⁽⁵⁵⁾, creëert de Cao nr. 109 een ongelijke behandeling tussen die uitgesloten werknemers enerzijds, en alle andere werknemers die onder de cao vallen anderzijds. Men kan van mening verschillen over het antwoord op de vraag of die, weliswaar op een objectief criterium steunende, ongelijke behandeling op het vlak van de ontslagmotivatie – die er, gelet op de volledige uitsluiting uit het toepassingsgebied van de cao, overigens ook is wat betreft het recht de reden voor het ontslag te kennen – wel redelijk is en proportioneel met het doel dat zij nastreeft. Dat zal wel het faciliteren of niet-bezwaren van die specifieke vormen van tijdelijke tewerkstelling zijn. Naar mijn oordeel zou het antwoord op de voornoemde vraag bevestigend kunnen zijn wat betreft het recht de reden voor het ontslag te kennen: men weet nu eenmaal dat men zich maar in een tijdelijke en wat de stabiliteit van de dienstbetrekking betreft, precarie rechtspositie bevindt. Maar waarom zou een uitzendkracht of zou een student niet moeten worden beschermd tegen *kennelijk onredelijk* ontslag? Als men vindt dat daarvoor geen geldige verantwoording bestaat⁽⁵⁶⁾, zou men eraan kunnen denken de uitsluiting nietig te doen verklaren wegens schending van het gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod.

(51) Zoals titel VII van de Arbeidsovereenkomstenwet dat terecht doet: het gaat niet om een bijzondere soort arbeidsovereenkomst, maar om een arbeidsovereenkomst voor werklieden, bedienden, handelsvertegenwoordigers of huisarbeiders, naargelang van het geval (art. 121 Arbeidsovereenkomstenwet).

(52) Zij worden opgesomd in het koninklijk besluit van 14 juli 1995 waarbij sommige categorieën studenten uit het toepassingsgebied van Titel VI van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten worden gesloten.

(53) Zie nr. 13.

(54) Bijlage Werkingssfeer van het Sociaal Handvest met betrekking tot de te beschermen personen, artikel 24.2.c.

(55) Art. 2, § 2, tweede en derde gedachtestreepje Cao nr. 109.

(56) Al moet men ook rekening houden met het feit dat uitzendkrachten en studenten nog altijd een beroep kunnen doen op de gemeenrechtelijke figuur van het rechtsmisbruik: zie de nrs. 184 e.v.

De hoedanigheid van uitzendkracht of student is evenmin als de duur van de arbeidsovereenkomst een criterium dat een toetsing toestaat aan de Antidiscriminatiewet⁽⁵⁷⁾. Maar er is nog de wet van 5 juni 2002 betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die in zijn artikel 4 bepaalt dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd *louter* op grond van het feit dat zij voor bepaalde tijd werken, met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden niet minder gunstig mogen worden behandeld dan vergelijkbare werknemers in vaste dienst, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is. Die bepaling kan alvast niet worden ingeroepen om de uitsluiting van arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid nietig te verklaren als strijdig met die dwingende wetsbepaling, omdat de wet dat soort arbeidsovereenkomst uit zijn toepassingsgebied sluit⁽⁵⁸⁾. En ook wat studenten betreft, biedt die bepaling geen steun in die zin omdat de bepaalde duur maar één facet is van de overeenkomst voor tewerkstelling van studenten. Daarnaast is er de hoedanigheid van student, die dat soort werknemers gelet op hun studiecontext en noodzakelijkerwijze beperkte ervaring per definitie een plaats op de arbeidsmarkt doet innemen die toch substantieel verschilt van die van andere werknemers met een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling.

Kortom, juridisch lijkt niet heel veel tegen de uitsluiting van uitzendkrachten en studenten succesvol in te brengen.

b. Eerste 6 maanden van de tewerkstelling

19. Op geen enkele arbeidsovereenkomst, met of zonder tijdsbepaling, is de Cao nr. 109 van toepassing indien het ontslag gebeurt tijdens de eerste 6 maanden van de tewerkstelling, aldus het eerste gedachtestreepje van artikel 2, § 2, van de cao.

Gelet op de restrictieve invulling die zich opdringt wanneer het erom gaat uitsluitingen uit een grondrecht te interpreteren⁽⁵⁹⁾, zou ik durven verdedigen dat het woord *tewerkstelling* hier moet worden begrepen in de zin van (effectief) aan het werk zettten⁽⁶⁰⁾ (ware het niet dat het in het Belgisch arbeidsrecht algemeen gebruikelijk is dat woord in te vullen als “in dienst zijn”⁽⁶¹⁾) en de verdere tekst van het eerste gedachtestreepje van artikel 2, § 2, van de Cao nr. 109 het heeft over het meetellen van voorafgaande en aaneensluitende arbeidsovereenkomsten.

(57) Die elementen komen niet voor in de opsomming van artikel 3 van die wet.

(58) Art. 3, tweede lid, van die wet.

(59) Zie nr. 13.

(60) Wat overigens ook de betekenis is van *tewerkstellen* in het algemeen Nederlands: zie *Dikke Van Dale* (zo heet de elektronische onlineversie van *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal* op www.vandale.nl) tw. *tewerkstellen*. In het Belgisch-Nederlands staat *tewerkstellen* echter ook voor *in dienst nemen*, aldus hetzelfde woordenboek.

(61) Zie bv. in verband met de vereiste van “tewerkstelling van één jaar” van artikel 100 van de Arbeidsovereenkomstenwet voor het recht op een uitwinningvergoeding: Cass. 12 september 1983, *TSR* 1983, 484 en Cass. 2 juni 1986, *TSR* 1986, 445.

Hoe dan ook, in beide benaderingen is de Cao nr. 109 niet van toepassing bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst vóór de ingangsdatum daarvan, al is zij dan al gesloten, want voordien is men niet tewerkgesteld en evenmin al in dienst ⁽⁶²⁾.

20. Om uit te maken of 6 maanden bereikt zijn, wordt rekening gehouden met voorafgaande aaneensluitende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd of voor uitzendarbeid, zo vervolgt het eerste gedachtestreepje van artikel 2, § 2, van de Cao nr. 109.

De tekst spreekt niet van arbeidsovereenkomsten voor een duidelijk omschreven werk, noch over arbeidsovereenkomsten voor tijdelijke arbeid in de zin van afdeling 2 van hoofdstuk I van de Uitzendarbeidswet. Is men op het eerste gezicht geneigd ook die overeenkomsten mee te betrekken in de berekening van de 6 maanden tewerkstelling ⁽⁶³⁾, men zou, andermaal, de uitsluiting restrictief kunnen interpreteren. Men moet maar zorgvuldiger zijn in de formulering en spreken van een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling als men dat bedoelt.

21. Of de toevoeging “voor een *identieke* ⁽⁶⁴⁾ functie bij dezelfde werkgever”, die in de tekst van de cao volgt op “Voorafgaande en aaneensluitende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd of voor uitzendarbeid” enkel slaat op arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid dan wel ook op arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd, is niet duidelijk: volgens de tekst kunnen beide interpretaties. Er zijn argumenten voor beide interpretaties.

Dat de vereiste van een identieke functie geldt bij uitzendarbeid, is in ieder geval onbetwistbaar, want die beperking volgt onmiddellijk op de vermelding van uitzendarbeid. Zij komt bovendien ook voor in het artikel 37/4 van de Arbeidsovereenkomstenwet, waarvan het derde lid precies betrekking heeft op uitzendarbeid en waarnaar artikel 2, § 2, van de Cao nr. 109 uitgerekend verwijst. Meteen staat dan vast dat de stellers van de tekst met de woorden “bij dezelfde werkgever” de gebruiker tijdens de periode van uitzendarbeid hebben willen aanmerken als werkgever, hoewel hij dat dan nog niet was.

Voorts zal wel niemand ernstig betwisten dat, om uit te maken of het ontslag in de eerste 6 maanden van “de tewerkstelling” gebeurt, opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd enkel in aanmerking komen als zij gesloten werden met de werkgever die tot ontslag overgaat ⁽⁶⁵⁾. De woorden “bij dezelfde werkgever” zijn dan ook overbodig als sprake is van voorafgaande arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd; het gaat vanzelfsprekend over arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever.

(62) Anders: L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, “La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014”, *JT* 2014, afl. 6565, 382.

(63) Artikel 9 van de Arbeidsovereenkomstenwet, dat schriftelijke vaststelling oplegt, en artikel 40, § 2 van die wet, dat voorziet in een opzeggingsmogelijkheid tijdens de eerste helft van de overeengekomen duurtijd, scheren toch ook al minstens de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd en die voor een duidelijk omschreven werk over dezelfde kam.

(64) Gelijkaardigheid volstaat dus niet.

(65) Een ontslag tijdens de eerste zes maanden van “de tewerkstelling” impliceert een tewerkstelling door dezelfde werkgever.

Aldus beschouwd, geldt ook de toevoeging “voor een identieke functie” enkel bij voorafgaande uitzendarbeid en niet bij voorafgaande arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd. Als men echter aanneemt dat de reden voor de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 van werknemers die worden ontslagen tijdens de eerste 6 maanden van de tewerkstelling, erin ligt dat men die periode als een soort proefperiode kan gebruiken⁽⁶⁶⁾, heeft de voorwaarde van “een identieke functie” natuurlijk wel zin. Zij werd overigens ook in de rechtspraak gesteld om in een volgende arbeidsovereenkomst geldig een nieuw beding van proeftijd in te kunnen lassen in de tijd dat dit nog bestond⁽⁶⁷⁾.

Dat de interpretatie dat tewerkstelling in een identieke functie ook vereist is om arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd mee te rekenen om te zien of de werknemer al 6 maanden is tewerkgesteld, zou meebrengen dat de bepaling m.b.t. de maximaal zeven dagen onderbreking waarover in het volgende randnummer wordt gehandeld, niet zou gelden voor arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd⁽⁶⁸⁾, zie ik niet in.

22. De Cao nr. 109 zegt, nog altijd in het eerste gedachtestreepje van § 2 van artikel 2, dat de definitie voor voorafgaande en aaneensluitende contracten die meetellen om te zien of de werknemer al 6 maanden werd tewerkgesteld, die is van artikel 37/4 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Volgens het derde lid van dat laatste artikel komt de vroegere periode van tewerkstelling die een werknemer als uitzendkracht heeft verricht bij de werkgever in de hoedanigheid van gebruiker, in aanmerking (voor de berekening van de anciënniteit op basis waarvan de opzeggingstermijn wordt bepaald) met een maximum van één jaar voor zover de aanwerving volgt op de periode van uitzendarbeid en de functie uitgeoefend bij de werkgever identiek is aan die welke als uitzendkracht werd uitgeoefend. Elke periode van inactiviteit van zeven dagen of minder, zo vervolgt het derde lid van artikel 37/4, geldt als een periode van tewerkstelling als uitzendkracht.

23. Uit de tekst blijkt dat voor de berekening van de duur van de tewerkstelling zowel arbeidsovereenkomsten als arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid “voorafgaand en aaneensluitend” zijn. Daarvoor verwijst de cao naar artikel 37/4 van de Arbeidsovereenkomstenwet⁽⁶⁹⁾. Hoewel dat artikel enkel betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid, moeten de regels die het bevat, volgens de tekst van de cao, ook worden toegepast bij voorafgaande arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd. Beide komen dus in aanmerking om uit te maken of de partijen zich bevinden in de eerste 6 maanden van de tewerkstelling voor zover zich daartussen geen periode van inactiviteit van meer dan zeven dagen bevindt.

24. De lengte van een eventuele periode tussen de laatste tewerkstelling op basis van een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid of voor een bepaalde tijd en de arbeidsovereenkomst waaraan een einde wordt gemaakt door een ontslag waarop

(66) De Wet Eenheidsstatuut heeft de wettelijke figuur van de proeftijd afgeschaft.

(67) W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 1358.

(68) Zoals voorgehouden door D. DEJONGHE en K. DECRUYENAERE, “Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De Cao nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht”, *Or.* 2014, afl. 4, 95.

(69) Art. 2, §, 2, eerste gedachtestreepje Cao nr. 109.

de Cao nr. 109 van toepassing, is van geen belang: zij mag zelfs meer bedragen dan zeven dagen. Artikel 37/4 van de Arbeidsovereenkomstenwet vereist inderdaad enkel dat de aanwerving “volgt” op de periode van uitzendarbeid, zonder te eisen dat dit onmiddellijk gebeurt. Daaraan wordt geen afbreuk gedaan doordat artikel 2, § 2, eerste gedachtestreepje, van de Cao nr. 109 het heeft over “aaneensluitende” arbeidsovereenkomsten: de aaneensluiting is enkel nodig voor de voorafgaande arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid of voor een bepaalde tijd en moet niet voorhanden zijn ten aanzien van de arbeidsovereenkomst waarin het ontslag gebeurt.

25. Samengevat: ervan uitgaande dat de meest restrictieve invulling van de uitzondering die de Cao nr. 109 maakt, ook hier de voorkeur verdient ⁽⁷⁰⁾, moet, om uit te maken of een werknemer zich nog bevindt in de eerste 6 maanden van de tewerkstelling, rekening worden gehouden met

- alle onderling, met niet meer dan zeven kalenderdagen onderbreking aaneensluitende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd met dezelfde werkgever die voorafgaan aan de arbeidsovereenkomst waaraan door ontslag een einde wordt gemaakt, zelfs al is er een onderbreking tussen de eerstgenoemde arbeidsovereenkomsten en de laatstgenoemde en zelfs al was de functie van de werknemer in de uitvoering van die arbeidsovereenkomsten niet altijd dezelfde;
- alle arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid die de werknemer die wordt ontslagen, met een uitzendbureau sloot voor een identieke functie bij de gebruiker die zijn latere werkgever toen was, tenzij met die welke voorafgaan aan een onderbreking van minstens zeven dagen.

26. Hoewel daarover niets wordt gezegd in de commentaar van de sociale partners bij de cao, is het duidelijk dat de partijen die de cao sloten, de eerste 6 maanden van de tewerkstelling beschouwen als een soort proeftijd, waarin de verplichtingen met betrekking tot motivering van een ontslag minder streng mogen worden geformuleerd. Het opheffen artikel 60 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat voorzag in de mogelijkheid kortere opzeggingstermijnen te bedingen voor werklieden die nog geen 6 maanden in dienst waren, lag in dezelfde lijn.

De partijen bij het (Herziene) Europees Sociaal Handvest redeneerden op dezelfde wijze. De bijlage bij dit handvest bepaalt dat de verdragsluitende partijen werknemers die een proefperiode doorlopen of die niet een vooraf bepaalde redelijke anciënniteit hebben, aan de bescherming van artikel 24 van het handvest mogen onttrekken ⁽⁷¹⁾.

De beperkte initiële duur van de tewerkstelling lijkt een redelijk motief voor de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 van ontslagen in die beginperiode: de partijen moeten voldoende lang kunnen nagaan of het tussen hen wel “klikt”, zonder dat daarvoor een precieze reden moet worden opgegeven. Zes maanden lijkt niet disproportioneel lang ⁽⁷²⁾. Het kan dan ook worden betwijfeld dat hier van discriminatie sprake is ⁽⁷³⁾.

(70) Zie nr. 13.

(71) Bijlage Werkingssfeer van het Sociaal Handvest met betrekking tot de te beschermen personen, artikel 24.2.b.

(72) De maximale duur van twaalf maanden van de vroegere proeftijd voor bedienden, vervat in artikel 67, § 2, leek dat wel.

(73) Al zien sommigen dat anders: M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, “Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement”, *JTT* 2014, afl. 1191, 263.

27. De niet-toepasselijkverklaring van de Cao nr. 109 op ontslagen tijdens de eerste 6 maanden van de tewerkstelling betekent bovendien nog niet dat een ontslag gegeven in die periode altijd zonder meer mag worden gegeven. Rechtsmisbruik inroepen kan altijd ⁽⁷⁴⁾.

Dat dan op de werknemer een zwaardere bewijslast rust dan die welke voortvloeit uit de Cao nr. 109, is juist, maar het is toch niet kennelijk onredelijk aan wie tijdens de eerste maanden van een tewerkstelling aanvoelt dat het niet echt goed zit, zodat hij de arbeidsovereenkomst beëindigt, niet zelf de zware bewijslast op te leggen van het feit “dat het niet klikt” en van de reden waarom dat zo is. Als een werknemer tijdens de eerste 6 maanden van de tewerkstelling wordt ontslagen om een manifest onredelijk motief, dat geen enkele normale en redelijke werkgever zal inroepen ⁽⁷⁵⁾, dan zal dat toch wel gemakkelijk te bewijzen zijn. Immers *manifest*, zo zegt het woordenboek, betekent “zich duidelijk vertonend” ⁽⁷⁶⁾.

Evenzeer is juist dat de meerderheid van de rechtspraak – terecht – aannam dat op de figuur van het willekeurig ontslag, waarvan de Cao nr. 109 in verschillende opzichten de opvolger is, evenzeer een beroep kan worden gedaan bij ontslag tijdens de proeftijd ⁽⁷⁷⁾. Maar dat was toe te schrijven aan het feit dat artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet geen onderscheid maakte tussen de eerste 6 maanden tewerkstelling en de periode nadien. De Cao nr. 109 doet dat nu wel, maar niet op kennelijk onredelijke wijze, door haar voorschriften de eerste 6 maanden van de tewerkstelling niet-toepasselijk te verklaren.

3. *Ontslagen in welbepaalde omstandigheden*

28. Ook een aantal ontslagen die worden gegeven met een bepaald doel of in welbepaalde omstandigheden, wordt onttrokken aan het toepassingsgebied van de Cao nr. 109.

a. *Ontslagen van oudere werknemers*

29. Ontslagen gegeven met het oog op “brugpensioen” (de cao gebruikt de nieuwe benaming werkloosheid met bedrijfstoelage of SWT) of omdat de werknemer de pensioenleeftijd bereikt ⁽⁷⁸⁾, vallen niet onder de Cao nr. 109. Met “de wettelijke pensioenleeftijd” wordt de gewone pensioenleeftijd bedoeld en niet die vanaf waar men vervroegd met pensioen kan gaan ⁽⁷⁹⁾. Het is ook de meest restrictieve invulling van

(74) Over de instrumenten die ter beschikking staan van een werknemer die vindt dat hij tijdens de eerste zes maanden van zijn tewerkstelling “onheus” werd ontslagen, wordt in hoofdstuk II gehandeld. Zie nr. 189.

(75) Want dat is het criterium voor kennelijk onredelijk ontslag van de Cao nr. 109. Zie hierover nr. 102.

(76) *Dikke Van Dale* (zo heet de elektronische onlineversie van *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal* op www.vandale.nl) tw. manifest.

(77) W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 4439.

(78) Art. 2, § 2, vierde en vijfde gedachtestreepje Cao nr. 109.

(79) De term “wettelijke pensioenleeftijd” komt ook voor in artikel 37/6 van de Arbeidsovereenkomstenwet en wordt daar in die zin uitgelegd (*Parl.St. Kamer 2013-14, DOC 53 K 3144/001, 17*). Vindt dat de Cao nr. 109 evenmin van toepassing is bij een opzegging tegen de leeftijd waarop een werknemer

de uitsluiting. Blijkens de tekst volstaat het niet dat de werknemer voldoet aan de voorwaarden om met (brug)pensioen te gaan. Opdat de Cao nr. 109 van toepassing zou zijn, is ook vereist dat het ontslag met bedoeling wordt gegeven. Bewijsproblemen zijn dan ook niet uitgesloten. Maar ook hier dringt een beperkende interpretatie zich op ⁽⁸⁰⁾.

30. Hoewel voor sommige werknemers het feit dat zij aan de voorwaarden voldoen om op “brugpensioen” te worden gezet of met pensioen te gaan, een redelijk motief zou kunnen vormen om minder veeleisend te zijn met betrekking tot de motivering van het ontslag, in het bijzonder als men ervan uitgaat dat het in die situaties wel min of meer hun wens zal zijn dat er een einde komt aan de arbeidsovereenkomst, is dat niet noodzakelijk het geval. Het is niet ondenkbaar dat werklustige werknemers of werknemers met een groot gevoel voor maatschappelijke verantwoordelijkheid helemaal niet wensen door een ontslag tot “brugpensioen” of pensioen te worden aangezet. Door de motiveringsverplichtingen van de cao ten aanzien van hen af te zwakken, geven de sociale partners te kennen dat zij leeftijd beschouwen als een evident aanwezig en verantwoord motief voor ontslag.

Men kan daarbij vraagtekens plaatsen. Het Grondwettelijk Hof besliste echter m.b.t. de vroeger bestaande verkorte opzeggingstermijn voor bedienden tegen de pensioenleeftijd ⁽⁸¹⁾, dat die verkorting objectief en redelijk verantwoord is door een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel vormt om dat doel te bereiken. Het Hof steunde zich daarbij inzonderheid op de overwegingen dat een kortere opzeggingstermijn wenselijk is omdat het in acht nemen van de gewone opzeggingstermijnen t.a.v. bedienden het noodzakelijk zou maken een ontslagbeslissing al lang vooraf te nemen. De verkorte termijnen komen dus eigenlijk de tewerkstelling van oudere werknemers ten goede, aldus het Hof: zij beogen de werknemer te beschermen. Overigens, zo overweegt het Grondwettelijk Hof, is de werkgever niet verplicht de kortere opzeggingstermijn toe te passen ⁽⁸²⁾. M.b.t. de Cao nr. 109 liggen de zaken evenwel toch wat anders. Dat de ontzegging van de rechten waarvan sprake in de cao aan werknemers van een bepaalde leeftijd, hen zou beschermen, kan bezwaarlijk ernstig worden voorgehouden. Evenzo valt te betwijfelen dat de omstandigheid dat de Cao nr. 109 de werkgever niet belet de rechten die zij aan andere werknemers geeft, ook toe te kennen aan een werknemer van wie hij de arbeidsovereenkomst opzegt tegen de (brug)pensioenleeftijd, zomaar naar analogie met wat het geval is voor de verkorte opzeggingstermijnen, kan worden ingeroepen als verantwoording. Eigenlijk kan het motief voor het ontslag dat men met de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 niet aan de orde wil laten komen, enkel maar zijn dat de werknemer ... (te) oud is. Dat is leeftijdsdiscriminatie ⁽⁸³⁾. Met toepassing van artikel 15 van de Antidiscrimi-

vervroegd met pensioen kan gaan als daarover duidelijkheid bestaat: H. VAN HOOGENBEMT, *Nieuw ontslagrecht voor alle werknemers. Commentaar op de wet eenheidsstatuut en de CAO ontslagmotivatie*, Antwerpen, Biblo-Fiscoloog Books, 2014, 87.

(80) Zie nr. 14.

(81) Artikel 83 van de Arbeidsovereenkomstenwet, opgeheven door artikel 51 van de Wet Eenheidsstatuut.

(82) GwH 30 september 2010, nr. 107/2010; GwH 3 februari 2011, nr. 15/2011.

(83) Al moet worden erkend dat het Hof van Justitie van de Europese Unie niet zo streng lijkt te zijn wanneer het gaat om verplichte pensionering of opzegging met het oog op pensioen: een onderscheid op het vlak van leeftijd kan dan gerechtvaardigd zijn door een legitiem doel van sociaal beleid of werkgelegenheidsbeleid (zie bv. HvJ C-388/07, *Age Concern England*, 2009; HvJ C-45/09, *Rosenblatt*

minatiewet is een bepaling die strijdig is met het non-discriminatiebeginsel op grond van een van de criteria van artikel 3 van de wet, waarvan leeftijd het eerste is (!), nietig.

b. Ontslagen bij stopzetting van activiteit, sluiting of collectief of meervoudig ontslag

31. De definitieve stopzetting van de activiteiten van de onderneming ⁽⁸⁴⁾, haar sluiting en een collectief of meervoudig ontslag beschouwen de interprofessionele sociale partners die de cao sloten, blijkbaar als evidente, objectieve en verantwoorde redenen voor ontslag: de Cao nr. 109 is niet van toepassing op werknemers die om die reden of in dat kader worden ontslagen ⁽⁸⁵⁾.

Of het ontslag uitgaat van de werkgever zelf dan wel van de curator, speelt, volgens de tekst van de cao geen rol: hij heeft het over “werknemers die ontslagen worden”, zonder aan te geven wie tot ontslag overgaat. En doorgaans wordt aanvaard dat de curator, al is hij niet de werkgever, in beginsel gebonden is door collectieve arbeidsovereenkomsten die de werkgever binden ⁽⁸⁶⁾. Toch mag men, een overweging parafraserend van een cassatiearrest van 14 juni 2004 dat beslist tot de niet-toepasselijkheid bij faillissement van een collectief-conventioneel werkzekerheidsbeding, aannemen dat de bepalingen van de Cao nr. 109 niet moeten worden toegepast wanneer, zoals bij een faillissement, het beoogde doel de werknemer te informeren over de ontslagredenen en hem te beschermen tegen kennelijk onredelijk ontslag, wordt bereikt door de regels van het faillissement en de wijze waarop de curator krachtens de wet zijn opdracht moet vervullen.

32. De eerste twee omstandigheden (definitieve stopzetting van de activiteiten en sluiting van de onderneming) doen denken aan die welke in de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden worden vermeld als de gevallen waarin de werkgever, bij ontstentenis van een tijdige beslissing van het paritaire orgaan, beschermde werknemers mag ontslaan, in sommige gevallen zelfs zonder dat de arbeidsgerechten het bestaan van de ingeroepen economische of technische redenen vooraf moeten hebben erkend ⁽⁸⁷⁾. Maar er zijn verschillen.

Terwijl de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden niet verwijst naar de Sluitingswet, doet de Cao nr. 109 dat wel. Artikel 3 van de Sluitingswet, waarnaar de Cao

v. Oellerking, 2010; HvJ C-114/05, *Palacios de la Villa v. Cortville Servicios*, 2007; HvJ C-159/10, *Ruchs en Köhler v. Land Hessen*, 2011; HvJ C-152/11, *Odar v. Baxter Deutschland GmbH*, 2012; HvJ C-515/13, *Ingeniørforeningen i Danmark v. Poul Landin*, 2015).

(84) Want dat is de interpretatie die naar mijn oordeel aan de termen “stopzetting van de activiteit” moet worden gegeven: zie nr. 32.

(85) Art. 2, § 2, zesde, zevende en achtste gedachtestreepje Cao nr. 109.

(86) Daarentrent werd in ieder geval geen probleem gemaakt in de zaak die leidde tot het cassatiearrest van 24 juni 2004 met het rolnummer S.03.0110.N, dat wel beslist dat een werkzekerheidsbeding dat voorkomt in een cao niet kan worden toegepast bij faillissement. Meent dat een curator niet gebonden kan worden door een cao omdat hij niet de werkgever is: Arbrb. Brussel 1 maart 1999, *JTT* 1999, 439.

(87) Art. 3, § 1, vierde lid Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden, waaruit blijkt dat de wetgever sluiting van de onderneming of een afdeling ervan en het ontslag van een welbepaalde personeelsgroep als min of meer objectieve economische of technische redenen beschouwt.

nr. 109 verwijst, heeft het over een definitieve stopzetting van de *hoofd*activiteit van de onderneming die gepaard gaat met een vermindering van het aantal werknemers tot onder een vierde, berekend op een welbepaalde, in de wet aangegeven wijze. Men zou dan ook kunnen argumenteren dat die verwijzing impliceert dat de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 enkel geldt voor ondernemingen die ten minste twintig werknemers tewerkstellen⁽⁸⁸⁾. Maar die beperking zou niet altijd een verschil opleveren. De Cao nr. 109 sluit naast een ontslag wegens sluiting van de onderneming ook een ontslag wegens “definitieve stopzetting van de activiteit” uit haar toepassingsgebied. Omdat de uitsluitingen uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 restrictief moeten worden geïnterpreteerd⁽⁸⁹⁾ en ook omdat een ruime invulling het risico creëert voor manipulatie⁽⁹⁰⁾ lijkt de definitieve stopzetting van “de” activiteit de staking van elke activiteit, zowel hoofd- als nevenactiviteit, van de volledige onderneming van de werkgever te vereisen en niet de stopzetting van de activiteiten van de werknemer⁽⁹¹⁾. Sluitingen die een definitieve stopzetting van *elke* activiteit tweebrengen, vallen onder de omschrijving “definitieve stopzetting van de onderneming”, zodat de werknemers die om die reden worden ontslagen, niet de rechten genieten waarin de Cao nr. 109 voorziet, ongeacht het aantal werknemers dat in de onderneming is tewerkgesteld.

Anders dan in de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden, volstaat een sluiting van een *afdeling* van de onderneming niet om de Cao nr. 109 niet te moeten toepassen.

De toevoeging, aan ontslagen “wegens de definitieve stopzetting van *de* activiteit” van ontslagen “wegens de sluiting van hun onderneming in de zin van artikel 3 van de wet van 26 juni 2002 betreffende de sluiting van ondernemingen” lijkt dus vooral van belang om duidelijk te maken dat de Cao nr. 109 ook niet geldt wanneer weliswaar de hoofdactiviteit van de onderneming wordt stopgezet, maar niet elke activiteit. Maar dan had men dat evengoed duidelijk kunnen maken door bij de vermelding van de uitsluiting van ontslagen wegens “de definitieve stopzetting van de activiteit” van *hoofd*activiteit te spreken: die is er immers ook bij de stopzetting van “de”, d.w.z. van elke, activiteit van de onderneming.

(88) Art. 10, § 1, Sluitingswet. Of ondernemingen met 10 tot 20 werknemers die failliet werden verklaard. Maar bij faillissement moet de Cao nr. 109 niet worden toegepast: zie vn. 86.

(89) Zie nr. 14.

(90) De stopzetting van alle activiteiten van de onderneming waarborgt een objectieve benadering, terwijl vertrekken van de stopzetting van de activiteit van de werknemer een risico creëert: de werkgever zou de stopzetting van de activiteiten van de werknemer in de door hem gewenste richting kunnen sturen. Zou het bij stopzetting van de activiteiten van de onderneming trouwens gaan om de stopzetting van de afdeling waarin de werknemer tewerkgesteld is of volstaat het dat zijn functie wordt afgeschaft of zelfs maar substantieel wordt gewijzigd? Om dezelfde reden moet de werkgever bij ontslag van “een welbepaalde personeelsgroep” nog het licht op groen krijgen van de arbeidsrechtbank wanneer hij, bij ontstentenis van een tijdige beslissing van het paritair comité, een beschermde werknemer wil ontslaan om economische of technische redenen (art. 3, § 1, vierde lid Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden).

(91) In de regelgeving wordt de stopzetting altijd bekeken vanuit het standpunt van de werkgever en niet dat van de werknemer. Menen dat het moet gaan om de activiteit waaraan de werknemer tewerkgesteld was: G. DEVILLE en P. GEERBAERT, “CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc.Kron.* 2014, 127 en H. VAN HOOGENBEMT, *Nieuw ontslagrecht voor alle werknemers. Commentaar op de wet eenheidsstatuut en de CAO ontslagmotivering*, Antwerpen, Biblio-Fiscoloog Books, 2014, 87.

De discussie over de vraag wat moet worden verstaan onder “definitieve stopzetting van de activiteit”, is een mooie illustratie van de contraproductieve oefeningen waar- toe men juristen dwingt als men geen duidelijke normatieve teksten maakt.

33. Had de verwijzing naar de Sluitingswet gemakkelijk kunnen weggelaten worden (mits te spreken van definitieve stopzetting van “de hoofdactiviteit”), aan de vermelding, bij de uitsluitingen, van ontslagen “in het kader van een collectief ontslag” was beter wel een verwijzing toegevoegd naar een bepaling die dat begrip nader omschrijft. Bij ontstentenis daarvan kan men zich inderdaad afvragen wat in de context van de Cao nr. 109 moet worden begrepen onder collectief ontslag en wat een ontslag “in het kader van” een collectief ontslag precies betekent.

De vermelding, in de commentaar bij artikel 2 van de Cao nr. 109, dat de uitsluiting van ontslagen in het kader van een collectief ontslag “geen afbreuk doet” aan de procedures die daaromtrent uitgewerkt zijn in “de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomsten en regelgeving”⁽⁹²⁾, doet weliswaar vermoeden dat het de bedoeling was collectief ontslag te begrijpen in de zin van die overeenkomsten en regels, maar dat staat er niet. Het is dan trouwens nog altijd niet duidelijk of het gaat over collectief ontslag zoals gedefinieerd in artikel 2 van de Cao nr. 10, dan wel om collectief ontslag zoals omschreven in artikel 2 van de Cao nr. 24 of over collectief ontslag in de zin van artikel 62, 5° van de wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling⁽⁹³⁾. Volgens de gewone interpretatieregels heeft de ontstentenis van verwijzing naar enige wettelijke of collectief-conventionele omschrijving tot gevolg dat aan de gebruikte woorden een algemene betekenis moet worden gegeven⁽⁹⁴⁾. De feitenrechter kan dan m.a.w. aan om het even welk ontslag dat deel uitmaakt van een groter geheel, de kwalificatie van collectief ontslag geven. Dergelijke ruime interpretatie druist echter in tegen de restrictieve invulling die zich opdringt bij de omschrijving van uitzonderingen⁽⁹⁵⁾. Een tussenweg leidt tot de aanvaardbare conclusie dat elk collectief ontslag dat beantwoordt aan een van de collectief-conventionele of wettelijke omschrijvingen in aanmerking komt.

34. Ten slotte sluit de Cao nr. 109 nog “een meervoudig ontslag bij herstructurering, zoals gedefinieerd op sectoraal niveau” uit haar toepassingsgebied. Wie op het zoekscherm op de website van de federale overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg in het vak “woord in de tekst” tussen aanhalingstekens “meervoudig ontslag” invult, krijgt een lijst met vijftien paritaire comités of subcomités⁽⁹⁶⁾.

(92) Dat het niet-toepasselijk zijn van de Cao nr. 109 niet belet dat de procedures die andere rechtsbronnen voorschrijven, moeten worden gevolgd, lijkt nogal evident.

(93) Kiezen, zonder opgave van motief, voor die laatste invulling: S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, “La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions”, *Soc.Kron.* 2014, 143.

(94) Een toepassing van die interpretatieregel is de uitlegging van het begrip “vakantiegeld” in het derde lid, 1°, a van artikel 2 van de Loonbeschermingswet. Bij ontstentenis van enige aanwijzing wordt daarmee elk door de werkgever als vakantiegeld toegekend bedrag, dus ook dat boven het vakantiegeld (Cass. 2 december 2002, *JTT* 2003, 247).

(95) Zie nr. 19.

(96) www.werk.belgie.be/searchCAO.aspx?id=4708# geraadpleegd op 6 augustus 2015 om 10.30 uur.

35. De uitsluiting, uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109, van alle hierboven bedoelde ontslagen kan worden verantwoord door het feit dat in die gevallen de concrete redenen voor het ontslag het voorwerp uitmaken van specifieke informatieverplichtingen waarvan de naleving al leidt tot het concretiseren van het grondrecht van de werknemer de redenen voor zijn ontslag te kennen. De bedrijfsgebonden redenen die aan de basis liggen van de ontslagen, worden bovendien al op hun realiteit gecontroleerd in de bestaande procedures en zijn, als ze correct worden bevonden, in de regel als zodanig legitiem.

Toch moet worden opgemerkt dat de uitsluiting, uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109, van ontslagen die worden gegeven wegens stopzetting van de activiteit van de onderneming, de sluiting van de onderneming of in het kader van een collectief ontslag of van een meervoudig ontslag zoals omschreven op sectoraal niveau, die ontslagen niet per definitie rechtmatig gemaakt op het vlak van de motivering. Zal dat weliswaar bijna altijd het geval zijn in de eerste twee genoemde gevallen (stopzetting of sluiting), het is niet totaal ondenkbaar dat een werknemer wordt "toegevoegd" aan de groep werknemers die collectief of "meervoudig" wordt ontslagen om de een of andere ongeoorloofde reden. Als dat het geval zou zijn, moet de bestraffing dan wel gebeuren met toepassing van het gemeen recht en niet op basis van de Cao nr. 109⁽⁹⁷⁾.

4. Ontslagen waarvoor een bijzondere ontslagprocedure geldt

a. Uitsluiting

36. Zoals al werd vermeld, zegt de commentaar bij artikel 2 van de Cao nr. 109 eigenlijk overbodig dat de uitsluiting van ontslagen met het oog op "bruggpensioen" of in het kader van een collectief ontslag, geen afbreuk doet aan de *procedures* die in dergelijke gevallen moeten worden gevolgd op grond van de wet of de cao's. Dat sluit aan bij een volgende uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109, namelijk die van werknemers die worden ontslagen in een situatie waarin "een bijzondere ontslagprocedure" geldt die is vastgelegd bij wet of cao⁽⁹⁸⁾.

De cao spreekt van een procedure die de werkgever "moet naleven", zodat het van geen belang is of hij dat ook effectief doet.

Bij wijze van voorbeeld vermeldt de commentaar bij artikel 2 van de CAO de procedure die moet worden gevolgd voor het ontslag van beschermde werknemers of van preventieadviseurs. Men kan daaraan toevoegen de procedure voorgeschreven door (collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten in uitvoering van) de Cao nr. 5 bij een ontslag van vakbondsafgevaardigden⁽⁹⁹⁾ en procedures waarin cao's die een werkzekerheidsbeding bevatten, soms voorzien⁽¹⁰⁰⁾.

(97) Zie hierover nr. 189.

(98) Art. 2, § 3, eerste lid Cao nr. 109. Ontslagprocedures ingesteld door het arbeidsreglement of individueel overeengekomen, doen dus geen afbreuk aan de toepasselijkheid van de Cao nr. 109.

(99) Art. 18, eerste lid Cao nr. 5.

(100) Zie voor enkele voorbeelden N. VAN KERREBROECK en M. VERWILGHEN, *De harmonisatie van het statuut arbeider en bediende. Een stand van zaken na de Wet Eenheidsstatuut*, Gent, Larcier, 2014, vn. 903 op p. 170.

37. De uitsluiting, uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109, van ontslagen waarvoor een bijzondere procedure moet worden gevolgd, is op het eerste gezicht logisch omdat die procedures in de regel al voorschriften bevatten over de formele en materiële motivering van het ontslag.

Dat is zeker het geval met de twee voorbeelden die de commentaar bij artikel 2 van de Cao nr. 109 vermeldt.

Maar volgens de tekst van artikel 2, § 3, worden ook uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 gesloten, de werknemers die vallen onder een cao die wel in een procedure voorziet, maar die geen waarborgen biedt op het vlak van de motivering en eventueel zelfs zonder bescherming zouden worden gelaten als de procedure niet wordt nageleefd. Die uitsluiting komt dan neer op een ongeoorloofde ongelijke behandeling of discriminatie. Bij ontstentenis van een dwingende wetsbepaling die de uitsluiting in dat geval nietig zou maken, kan de werknemer die van de hier bedoelde discriminatie het slachtoffer is, alleen een beroep doen op het gemeen recht om van zijn werkgever een schadevergoeding te vorderen die minstens van dezelfde orde als die welke de Cao nr. 109 toekent. Dat zou dan een vergelijkbaar resultaat opleveren als een wel erg de tekst geweld aandoende restrictieve uitlegging van de uitsluiting⁽¹⁰¹⁾ volgens welke die enkel betrekking zou hebben op ontslagen waarvoor een bijzondere procedure moet worden gevolgd *die op het vlak van de motivering dezelfde waarborgen biedt als de Cao nr. 109*.

38. Uit niets blijkt dat de bepalingen van de Cao nr. 109 suppletief zouden werken als een cao die in een ontslagprocedure voorziet, bij de niet-naleving daarvan een kleinere vergoeding zou toekennen dan die van de Cao nr. 109, zoals werd beweerd⁽¹⁰²⁾. Er is wel degelijk sprake van een uitsluiting uit het toepassingsgebied van die cao zodra “een bijzondere ontslagprocedure vastgelegd” is. Dat zou, zoals terecht werd opgemerkt, sommige werkgevers ertoe kunnen aanzetten langs die weg de voorschriften van de Cao nr. 109 te ontwijken⁽¹⁰³⁾.

b. Ontslagbescherming zonder ontslagprocedure

i. Procedure versus bescherming

39. De Cao nr. 109 is niet van toepassing op werknemers die het voorwerp uitmaken van een ontslag waarvoor de werkgever een bijzondere ontslagprocedure moet naleven. De tekst heeft het wel degelijk over een ontslag*procedure* en niet over een ontslag*bescherming*. Een ontslagprocedure zal in de regel beschouwd kunnen worden als een ontslagbescherming of zal daarvan deel uitmaken. Maar het omgekeerde gaat niet op: bescherming tegen ontslag kan ook enkel inhoudelijk zijn, zonder dat een

(101) Zie nr. 14.

(102) M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, “Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement”, *JTT* 2014, afl. 1191, 264. Dat men dat “redelijkerwijze zou kunnen denken (“On peut raisonnablement penser”)” lijkt geen valabel juridisch argument.

(103) S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, “La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions”, *Soc.Kron.* 2014, 144.

procedure moet worden gevolgd. De Cao nr. 109 zelf bv. voorziet wel in een procedure voor de mededeling van de ontslagreden, maar niet wat betreft de bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag.

De uitsluiting, uit het toepassingsgebied van die cao, van werknemers die het voorwerp uitmaken van een ontslag waarvoor de werkgever een bijzondere ontslagprocedure moet naleven, heeft tot gevolg dat geen dubbele procedure moet worden gevolgd: die van de artikelen 4 en 5 van de Cao nr. 109 en die van een wet of een andere cao. Maar zij belet niet dat er een dubbele inhoudelijke ontslagbescherming kan zijn: een op grond van artikel 8 van de Cao nr. 109 en een op grond van een wet of een andere cao, zij het dat er bij miskenning daarvan geen dubbele sanctie zal zijn ⁽¹⁰⁴⁾.

40. Men kan zich afvragen wanneer precies sprake is van een ontslagprocedure. Bij ontstentenis van een definitie in de Cao nr. 109 zelf moet men aan die term de gewone betekenis geven, maar die restrictief invullen ⁽¹⁰⁵⁾.

Wat het element 'procedure' betreft, is dat vrij eenvoudig: het moet gaan om een manier van doen, een optreden, een methode ⁽¹⁰⁶⁾. Onjuist is dan ook dat de uitsluiting van werknemers die het voorwerp uitmaken van een ontslag waarvoor een wettelijke of collectief-conventionele ontslagprocedure is vastgelegd, zo ruim zou moeten worden geïnterpreteerd dat zij alle ontslagbeschermingen zou bevatten ⁽¹⁰⁷⁾.

Minder duidelijk is het antwoord op de vraag wanneer een procedure een *ontslag*-procedure is: volstaat het dat zij verband houdt met het ontslag ⁽¹⁰⁸⁾ of moet het gaan om een procedure die moet worden gevolgd om tot ontslag te komen? De laatste invulling lijkt het beste te beantwoorden aan de gebruikte term en de wenselijke restrictieve invulling van uitsluitingen uit het toepassingsgebied ⁽¹⁰⁹⁾. Alvast de twee voorbeelden die de commentaar bij artikel 2 van de Cao nr. 109 vermeldt, behoren tot de laatste categorie. In die benadering bevat bv. artikel 40 van de Arbeidswet geen ontslagprocedure, aangezien het procedurevoorschrift dat het de werkgever oplegt (de werknemster *schriftelijk* in kennis stellen van de ontslagreden als zij daarom vraagt) weliswaar verband houdt met het ontslag, maar geen voorschriften bevat die de werkgever moet volgen om tot ontslag over te gaan. Werknemsters die zich bevinden in de periode van ontslagbescherming wegens moederschap, worden dus niet uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 ⁽¹¹⁰⁾, evenmin als om

(104) Zie nr. 30.

(105) Zie nr. 14.

(106) Dat zijn de woorden die worden gebruikt bij het lemma "procedure" in *Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, in zijn onlineversie *Dikke Van Dale* genoemd, www.vandale.nl.

(107) Zoals wordt voorgehouden door D. DEJONGHE en K. DECRUYENAERE, "Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De Cao nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht", *Or.* 2014, afl. 4, 98.

(108) Zelfs dat is niet het geval bij een ontslag dat gebeurt door de werkgever die de voorlichtings- en overlegprocedure niet eerbiedigt die is voorgeschreven door de Cao nr. 39 van de Nationale Arbeidsraad bij de invoering van nieuwe technologieën (art. 6 Cao nr. 39). De Cao nr. 109 is in dat geval dus zeker van toepassing.

(109) Zie nr. 13.

(110) Zie over het nut van de toepasselijkheid van de Cao nr. 109 voor werknemers in een periode van moederschapsbescherming nr. 44.

het even welke werknemer die zich kan beroepen op een inhoudelijk ontslagverbod waaraan geen enkel procedurevoorschrift verbonden is.

Zeker is dat uit het feit dat de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag niet kan worden gecumuleerd met een vergoeding verschuldigd wegens miskenning van een ontslagverbod⁽¹¹¹⁾, niet kan worden afgeleid dat ontslagen van werknemers die het voorwerp uitmaken van een bijzondere ontslagbescherming zonder bijzondere ontslagprocedure uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 worden gesloten. Het is overigens denkbaar dat werknemers met een ontslagbescherming worden ontslagen om een reden waarvoor de ontslagbescherming niet geldt, in welk geval zij nuttig gebruik kunnen maken van de motiveringsregelen van de Cao nr. 109⁽¹¹²⁾.

41. De Cao nr. 109 is dus wel degelijk van toepassing in de gevallen waarin een ontslagverbod bestaat zonder dat daarbij enige procedure moet worden gevolgd⁽¹¹³⁾.

ii. Sanctie

42. Is de Cao nr. 109 van toepassing in de gevallen waarin een ontslagverbod geldt zonder dat is voorzien in een wettelijke of collectief-conventionele ontslagprocedure, die toepasselijkheid kan hoogstens leiden tot het verschuldigd zijn van de “forfaitaire burgerlijke boete” wegens het niet of niet-correct honoreren van het recht van de werknemer de concrete redenen te kennen die hebben geleid tot zijn ontslag als hij daarom vraagt⁽¹¹⁴⁾. Inderdaad, als men al een ontslag gegeven in strijd met een ontslagverbod als kennelijk onredelijk zou beschouwen – wat niet altijd het geval is of waarover minstens soms betwisting mogelijk is⁽¹¹⁵⁾ –, de schadevergoeding overeenstemmende met een aantal weken loon die op grond van de Cao nr. 109 verschuldigd is bij een kennelijk onredelijk ontslag, kan, enkele hier niet-relevante uitzonderingen niet te na gesproken, niet worden gecumuleerd met “enige andere vergoeding die verschuldigd is door de werkgever naar aanleiding van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst”⁽¹¹⁶⁾.

43. De “forfaitaire burgerlijke boete” daarentegen kan onmiskenbaar worden gecumuleerd met de beschermingsvergoeding verschuldigd wegens miskenning van een ontslagverbod. Zij bestraft of vergoedt immers een andere tekortkoming dan de

(111) Zie nr. 142.

(112) P. SICHEN, “Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 35.

(113) Zie nr. 40.

(114) Art. 7 Cao nr. 109. Zie hierover de nrs. 81 e.v.

(115) Wanneer de werkgever bv. door onachtzaamheid een formeel procedurevoorschrift van de een of andere ontslagbescherming schendt, maakt dat het ontslag niet kennelijk onredelijk. En zelfs het bewust miskennen van een ontslagbescherming zal, ook al gaat het altijd om een inbreuk en zal de werkgever zich dus altijd blootstellen aan de daarvoor geldende bestraffing, niet altijd kennelijk onredelijk kunnen worden genoemd, bv. wanneer de werkgever zich om organisatorische redenen of omwille van de menselijke verhoudingen binnen de onderneming “verplicht” voelt tot een ontslag over te gaan dat de wet of een cao eigenlijk verbiedt.

(116) Art. 9, § 3 Cao nr. 109. Zie over dit cumulatieverbod nr. 142.

miskening van het ontslagverbod, meer bepaald de miskening van het recht van de werknemer op verzoek de concrete redenen voor zijn ontslag meegedeeld te krijgen. Van een dubbele sanctie kan hier in de regel geen sprake zijn: als de wet of een cao bepalingen bevat over de mededeling van de ontslagredenen, zullen die ook wel de vormelijk aspecten daarvan regelen, bv. de vereiste van een aanvraag of de termijn en de wijze van mededeling van de reden, in welk geval men kan spreken van een ontslagprocedure, wat leidt tot niet-toepasselijkheid van de Cao nr. 109⁽¹¹⁷⁾.

Met de forfaitaire boete heeft de Cao nr. 109 in een sanctie voorzien op de miskening van de verplichting van de werkgever een vrouw die de ontslagbescherming wegens moederschap geniet, op haar verzoek schriftelijk in kennis te stellen van de redenen voor haar ontslag die volgens hem blijkbaar vreemd zijn aan haar lichamelijke toestand als gevolg van de zwangerschap of de bevalling⁽¹¹⁸⁾. De Arbeidswet zelf voorziet niet in een sanctie op de weigering van de werkgever daaraan te voldoen⁽¹¹⁹⁾. Wel werd in de rechtspraak aangenomen dat wanneer de werkgever gevolg heeft gegeven aan een op de Arbeidswet steunend verzoek van de werknemster de reden voor het ontslag te kennen, hij nadien geen andere redenen meer kan aanvoeren⁽¹²⁰⁾. Maar dat is een "sanctie" van een andere orde.

B. Beperking van de rechten van bepaalde werknemers

44. In beginsel zouden alle werknemers tewerkgesteld in de particuliere sector de rechten moeten genieten die de Cao nr. 109 formaliseert. Maar dat is niet zo.

Bepaalde werknemers worden uitgesloten van de "gewone" bescherming op het vlak van de motivering van die cao en krijgen een alternatieve bescherming (werknemers met korte opzeggingstermijnen). Andere werknemers krijgen maar een deel van de rechten die de Cao nr. 109 toekent (werknemer ontslagen om een dringende reden en werknemers met een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling).

(117) Art. 2, § 3 Cao nr. 109. Het zou alleen anders zijn als een wet of cao *zonder meer* zou bepalen dat de werknemer het recht heeft de ontslagredenen te kennen. Maar dat is onwaarschijnlijk.

(118) Art. 40, tweede lid, Arbeidswet.

(119) Ik zie niet in waarom een werknemster die de beschermingsvergoeding van 6 maanden loon vordert waarvan sprake in het derde lid van artikel 40 van de Arbeidswet, niet meer het recht zou hebben op basis van artikel 3 van de Cao nr. 109 de concrete ontslagredenen te kennen en niet of niet meer, overeenkomstig artikel 5 haar werkgever om mededeling daarvan zou kunnen verzoeken, zoals wordt geschreven door L. DEAR en S. GILSON, "L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 210. De auteurs erkennen even verder echter wel dat de werknemster bij een weigering recht heeft op de "forfaitaire burgerlijke boete" van artikel 7, § 1 van de cao ...

(120) Arbh. Antwerpen 17 januari 2005, *Soc.Kron.* 2005, afl. 6, 339. Kan dergelijke pretoriaanse sanctie misschien aanvaard worden bij het nalaten gevolg te geven aan de vraag van de zwangere of bevallen werknemster de ontslagredenen te kennen, omdat artikel 40 van de Arbeidswet niet zelf in een sanctie voorziet, bij miskening van het door de Cao nr. 109 geformaliseerde veralgemeende recht van de werknemer de ontslagredenen te vernemen, is wel in een sanctie voorzien, zodat er geen reden is om daaraan een latere ontzegging toe te voegen van mogelijkheid naderhand een andere reden aan te voeren en te bewijzen. Zie nr. 111.

1. *Werknemers met korte opzeggingstermijnen*

a. Algemeen

45. Bepaalde werknemers worden, de een structureel, anderen tijdelijk, uitgesloten uit het toepassingsgebied van hoofdstuk III van de Cao nr. 109, dat betrekking heeft op het recht de concrete redenen te kennen die tot het ontslag hebben geleid, evenals uit dat van hoofdstuk IV, dat het recht regelt op schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Voor hen geldt enkel hoofdstuk V van de cao.

Die uitsluitingen komen in wezen neer op een beperking van hun rechten i.v.m. de motivering van een ontslag in vergelijking met andere werknemers, zodat moet worden nagegaan of die ongelijke behandeling wel verantwoord is.

Wij behandelen hieronder eerst de beperkingen die de uitsluitingen met zich brengen, om vervolgens te kijken welke werknemers daardoor worden getroffen.

b. Beperkingen van de rechten t.a.v. die waarover de Cao nr. 109 handelt

i. Geen formeel recht de concrete ontslagredenen te kennen

46. De uitsluiting uit het toepassingsgebied van hoofdstuk III van de Cao nr. 109, waarover het hier gaat, heeft in de eerste plaats tot gevolg dat de betrokken werknemers het recht wordt ontzegd de concrete redenen te kennen die tot hun ontslag hebben geleid en, als dat recht niet wordt gehonoreerd, daarvoor een “forfaitaire burgerlijke boete” te krijgen ⁽¹²¹⁾.

Dat gevolg is echter maar relatief. Niets belet dat een uitgesloten werknemer toch om de reden voor zijn ontslag vraagt en dat hij, als hij die niet krijgt of als hem een manifest verkeerde reden wordt meegedeeld, met toepassing van het gemeen recht om schadevergoeding vraagt. Als schadevergoeding voor de niet-mededeling van de ontslagreden kunnen de 2 weken loon van de Cao nr. 109 enkel als inspiratie dienen ⁽¹²²⁾. Zij zullen wellicht als een minimum worden beschouwd ⁽¹²³⁾.

ii. Bescherming tegen willekeurig ontslag i.p.v. bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag

47. Onder het opschrift “Overige bepalingen” behoudt de Cao nr. 109, in haar hoofdstuk V, in één artikel, artikel 11, voor de hier bedoelde werknemers de figuur van het willekeurig ontslag. Het gaat inderdaad, met gebruik van die benaming ⁽¹²⁴⁾, over een bepaling die de tekst van het opgeheven artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet herneemt, maar dan niet voor werklieden aangeworven met een arbeidsovereen-

(121) Zie de nrs. 56 e.v.

(122) Zie nr. 189.

(123) Zie vn. 217.

(124) Eigenlijk spreekt de tekst, zoals het opgeheven artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, van *afdanke*, maar dat lijkt eerder toepasselijk op oude meubelen of huisraad.

komst voor onbepaalde tijd, maar voor (alle) werknemers die voor onbepaalde tijd zijn aangeworven. Het willekeurig ontslag van artikel 11 van de Cao nr. 109 komt dus in de plaats van de bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag die hoofdstuk IV van de cao uitwerkt.

Dit conventionele behoud van de figuur van het willekeurig ontslag moet voor die werknemers worden beschouwd als een andere modulering van het recht op schadevergoeding bij een ontslag dat onheus is vanwege de redenen waarop het steunt (kennelijk onredelijk ontslag dus in de algemene betekenis van de term) waarop zij zich facultatief kunnen beroepen. Inderdaad, het zou onjuist zijn te beweren dat de betrokken werknemers niet kunnen inroepen dat een ontslag waarvan zij het voorwerp zijn, kennelijk onredelijk is om op die grond aanspraken te doen gelden. Niet de Cao nr. 109, maar het gemeen recht beheerst de figuur van het kennelijk onredelijk ontslag als generieke toepassing van het misbruik door de werkgever van zijn recht te ontslaan op het vlak van de ontslagmotieven. De werknemers aan wie het recht op de bescherming van hoofdstuk IV van de Cao nr. 109 wordt ontzegd, kunnen zich blijven beroepen op de leer van het misbruik van ontslagrecht, ook wat de ontslagmotieven betreft. Zij moeten dan wel, zoals vroeger de bedienden, van dat misbruik het bewijs leveren en het bestaan en de omvang van de schade bewijzen die zij hebben geleden, evenals het causaal verband tussen die schade en het misbruik van het recht te ontslaan waaraan hun werkgever zich schuldig heeft gemaakt ⁽¹²⁵⁾.

Dat de werknemers t.a.v. wie structureel of tijdelijk kortere opzeggingstermijnen mogen worden in acht genomen dan die van de Wet Eenheidsstatuut – want over die gaat het hier – zich, op grond van artikel 11 van de Cao nr. 109, kunnen blijven beroepen op de figuur van het willekeurig ontslag, impliceert dat zij in dat geval gebruik kunnen maken van de bewijsfaciliteiten die, op het vlak van de invulling van het begrip misbruik van ontslagrecht ⁽¹²⁶⁾, het bestaan en de omvang van de schade en het causaal verband tussen beide, aan die figuur verbonden zijn. Het volstaat dan dat het misbruik van ontslagrecht de vorm aanneemt van een willekeurig ontslag zoals dat vroeger door artikel 63, eerste lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet werd omschreven en thans terug te vinden is in artikel 11, eerste lid, van de Cao nr. 109, wat minder vereist dan een kennelijk onredelijk ontslag in de zin van artikel 8. Dat laatste maakt deel uit van de vraag in welke mate een beroep op willekeurig ontslag in zijn geheel genomen voordeliger is dan een beroep op de twee rechten die het voorwerp uitmaken van de Cao nr. 109, vraag die verderop wordt beantwoord ⁽¹²⁷⁾.

48. Tot slot zij er nog aan herinnerd dat de uitsluitingen uit het volledige toepassingsgebied van de Cao nr. 109 ⁽¹²⁸⁾ ook uitsluiting uit hoofdstuk V inhouden. Zo kunnen de hier bedoelde en hieronder nader aangeduide werknemers zich niet op de “geconventionaliseerde” figuur van het willekeurig ontslag beroepen gedurende de eerste 6 maanden van de tewerkstelling ⁽¹²⁹⁾.

(125) Zie hierover nr. 189.

(126) Willekeurig ontslag staat vast als geen legitieme persoons- of bedrijfsgebonden reden voor het ontslag bewezen kan worden.

(127) Zie nr. 50.

(128) Zie de nrs. 15 e.v.

(129) Zie de nrs. 19 e.v.

c. In aanmerking komende werknemers

49. De werknemers die zich, blijvend of tot eind 2015, enkel nog kunnen beroepen op de “geconventionaliseerde” figuur van het willekeurig ontslag van artikel 11, maar voor het overige uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 zijn gesloten, zijn werknemers voor wie kortere opzeggingstermijnen van toepassing zijn dan de eengemaakte termijnen van de Wet Eenheidsstatuut, hetzij structureel, hetzij tijdelijk ⁽¹³⁰⁾.

Het gaat, wat de tijdelijke uitsluiting betreft, over werklieden die op 31 december 2013 vielen onder een koninklijk besluit dat op voorstel van het paritair comité een opzeggingstermijn had vastgesteld ⁽¹³¹⁾ die op dat tijdstip korter was dan de eengemaakte wettelijke opzeggingstermijnen die gelden vanaf 1 januari 2014 ⁽¹³²⁾. Wat de structurele uitsluiting betreft, gaat het om de werklieden ressorterend onder de paritaire comités nrs. 124 en 126 die geen vaste plaats van tewerkstelling hebben en die gewoonlijk op tijdelijke en mobiele werkplaatsen welbepaalde activiteiten uitoefenen.

50. Zowel inhoudelijk als wat betreft het recht op vergoeding, is de collectief-conventioneel gecreëerde bescherming gelijk aan die van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet voor de werknemer gunstiger dan die van het kennelijk onredelijk ontslag van de Cao nr. 109: men zal vlotter tot de conclusie komen dat er willekeurig ontslag is, dan tot die dat er kennelijk onredelijk ontslag is ⁽¹³³⁾ en de vergoeding bij een ontslag dat willekeurig wordt geacht, is gevoelig groter dan die welke verschuldigd is bij een kennelijk onredelijk ontslag ⁽¹³⁴⁾. Het zich niet kunnen beroepen op het formele recht tot kennisneming van de concrete ontslagredenen dat de Cao nr. 109 toekent, is dan weer voordeliger dan zich alleen te kunnen steunen op een schending van de goedetrouwverplichting ⁽¹³⁵⁾.

Hoe dan ook, hoofdstuk V van de Cao nr. 109 creëert een ongelijke behandeling tussen de categorieën van werknemers die worden uitgesloten en de andere. De vraag rijst of die uitsluiting een onwettige discriminatie uitmaakt. Dezelfde vraag rijst trouwens evenzeer m.b.t. de kortere opzeggingstermijnen zelf die op basis van de wet ten aanzien van die werknemers in acht moeten worden genomen ⁽¹³⁶⁾.

Het verwondert dan ook niet dat het Grondwettelijk Hof tot discriminatie besloot van het structureel en tijdelijk behoud van de korte opzeggingstermijnen ⁽¹³⁷⁾. De vernie-

(130) Art. 2, § 5 Cao nr. 109.

(131) In uitvoering van het opheffen artikel 60 van de Arbeidsovereenkomstenwet, in 2012 toepasselijk gehouden en in 2013 verlengd door het opheffen artikel 65/3 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het gaat om de paritaire comités 109, 124, 126, 128.01, 128.02, 140.04, 142.02, 147, 301.01, 311, 324 en 330. Zie voor meer informatie daarvan W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2015-16*, Mechelen, Wolters Kluwer, nrs. 4114 en 4115.

(132) Art. 70, § 4 Wet Eenheidsstatuut.

(133) Zie nr. 117.

(134) Zie nr. 137.

(135) Wat ook kan m.b.t. de mededeling van de ontslagredenen: zie nr. 192.

(136) O.a. het ACV, het ABVV en de ACLVB leidden daarom op 2 juli 2014 voor het Grondwettelijk Hof een beroep tot vernietiging in van o.m. art. 70, § 4 van de Wet Eenheidsstatuut (BS 14 augustus 2014, 60372). De zaak is bij het Grondwettelijk Hof ingeschreven onder het rolnummer 5951.

(137) GwH 17 september 2015, nr. 1016/2015, dat o.m. artikel 70, § 4 van de Wet Eenheidsstatuut vernietigt. Dat was voorspeld: L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement mani-

tiging van de wettelijke bepaling die in het behoud van de korte opzeggingstermijn voorziet, haalt vanzelfsprekend ook artikel 2, § 5, en hoofdstuk V van de Cao nr. 109 onderuit.

Of dat artikel en dat hoofdstuk van de cao ook zelf nietig kunnen worden verklaard omdat zij een onderscheid maken tussen de werknemers die zich kunnen beroepen op de hoofdstukken III en IV en die welke enkel hoofdstuk V, met artikel 11, van de cao kunnen inroepen, is twijfelachtig. Daarvoor moeten zij immers een dwingende wetsbepaling schenden⁽¹³⁸⁾. De Antidiscriminatiewet vermeldt in zijn criteria niet de hoofdzakelijk intellectuele dan wel manuele aard van het werk waarop het onderscheid *de facto* berust⁽¹³⁹⁾. En het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet houden geen rechtstreekse verplichtingen in voor particulieren⁽¹⁴⁰⁾.

Hoe dan ook, een rechtstreekse aanval van de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de hoofdstukken III en IV van de Cao nr. 109 door de werknemers met korte opzeggingstermijnen is niet te verwachten: zij hebben daarbij geen belang, want zij zijn, wat betreft de bescherming tegen een ontslag om onaanvaardbare redenen, precies degenen die voordeel halen uit de ongelijke behandeling die voortvloeit uit het enkel ressorteren onder hoofdstuk V, en niet onder hoofdstuk IV, van de cao. Men zou weliswaar op het eerste gezicht kunnen aannemen dat de nietigheid wegens discriminatie enkel slaat op het woord "alleen" in artikel 2, § 5 van de cao, wat tot gevolg zou hebben dat de hier bedoelde werknemers zich niet enkel kunnen beroepen op de hoofdstukken III en IV van de Cao nr. 109, maar ook op hoofdstuk V. Maar dat zou dan weer een nieuwe discriminatie in het leven roepen in het nadeel van de werknemers die enkel onder de hoofdstukken III en IV vallen. Als men tot nietigheid wegens discriminatie zou besluiten, moet men er dus wel van uitgaan dat artikel 2, § 5 van de Cao nr. 109 dat de werknemers met korte opzeggingstermijnen structureel of tijdelijk enkel de rechten toekent waarvan sprake in hoofdstuk V van de cao, volledig nietig is en dus weg komt te vallen. Meteen zouden dan ook dat hoofdstuk zelf en de "geconventionaliseerde" figuur willekeurig ontslag die daarin voorkomt, evenzeer komen te vervallen: de enige bepaling van dat hoofdstuk, artikel 11, is immers de pendant van de uitsluiting die voorkomt in artikel 2, § 5.

2. *Werknemers ontslagen om dringende reden*

51. Wanneer toepassing wordt gemaakt van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet, is hoofdstuk III van de Cao nr. 109, dat betrekking heeft op het recht van

festement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 211-213. Zie ook G. DEVILLE en P. GEERBAERT, "CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 128-129.

(138) Art. 9.1 Cao-wet.

(139) Art. 4, 4^e Antidiscriminatiewet. In werkelijkheid zijn het enkel werklieden ten aanzien van wie de werkgever kortere opzeggingstermijnen in acht mag nemen dan die van de Wet Eenheidsstatuut.

(140) Cass. 29 maart 2010, S.08.0147.N.

de werknemer de concrete redenen van zijn ontslag te kennen, niet van toepassing, aldus artikel 2, § 4 van die cao. De Cao nr. 109 kent m.a.w. aan de werknemer die ontslagen wordt om dringende reden, enkel het recht toe op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag waarvan sprake in hoofdstuk IV.

De reden voor die uitsluiting is evident: artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet bevat zelf regels voor de kennisgeving van de (dringende) ontslagreden en voorziet in een sanctie bij de miskennis daarvan.

Het moet dan wel gaan om een echt ontslag wegens dringende reden en dit zowel vormelijk, wat betreft de termijn en de inhoud van de kennisgeving, als inhoudelijk, wat betreft de ernst en de professionele weerslag van de tekortkoming. Anders past men uitgerekend artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet *niet* toe en heeft men dan ook niet te maken met een ontslag wegens dringende reden, maar met een onregelmatig ontslag, waarop hoofdstuk III van de Cao nr. 109 wel van toepassing is ⁽¹⁴¹⁾.

3. *Werknemers met een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling*

52. Een wat verscholen beperking van de rechten die de Cao nr. 109 concretiseert, is te vinden in de formulering van artikel 8 van de Cao nr. 109. Die bepaling verwijst in de definitie van kennelijk onredelijk ontslag enkel naar werknemers die aangeworven zijn voor onbepaalde tijd ⁽¹⁴²⁾. Werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling kunnen zich dus enkel beroepen op de regeling van de Cao nr. 109 m.b.t. het recht op kennisgeving van de ontslagreden ⁽¹⁴³⁾.

Op de uitsluiting van arbeidsovereenkomsten met een tijdsbepaling wordt hieronder nog teruggekomen ⁽¹⁴⁴⁾.

Afdeling III. Recht de redenen van het ontslag te kennen

53. Hoofdstuk III van de Cao nr. 109 draagt als opschrift "Het recht om de concrete redenen die tot het ontslag hebben geleid te kennen". Artikel 3 voegt daaraan toe dat het "de werknemer die ontslagen wordt" is die dat recht krijgt en, in onbeholpen Nederlands, dat hij die redenen mag "*kennen* van zijn werkgever" ⁽¹⁴⁵⁾.

(141) Anders: M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, "Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement", *JTT* 2014, afl. 1191, 269. Zie hierover ook nr. 58.

(142) Met een duidelijke miskennis van de tekst van de cao houden sommigen voor dat arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd *niet* zouden uitgesloten zijn omdat daarvan geen sprake is in de omschrijving van het toepassingsgebied van de cao, maar enkel in de omschrijving van het begrip kennelijk onredelijk ontslag: N. VAN KERREBROECK en M. VERWILGHEN, *De harmonisatie van het statuut arbeider en bediende. Een stand van zaken na de Wet Eenheidsstatuut*, Gent, Larcier, 2014, 211.

(143) Over die regeling wordt hieronder behandeld. Zie nr. 98.

(144) Zie nr. 99.

(145) *Vernemen* zou beter geweest zijn. De Franse tekst spreekt van "être informé".

Op het eerste gezicht gaat het hier om de creatie van een recht dat, de gevallen van ontslag wegens dringende reden⁽¹⁴⁶⁾, en het ontslag van een vrouwelijke werknemer tijdens de periode van ontslagbescherming wegens moederschap niet te na gesproken⁽¹⁴⁷⁾, als zodanig niet bestaat. Toch kan men met recht en reden zeggen dat de actuele invulling van de goede trouw waarmee de uitvoering van een arbeidsovereenkomst, maar ook de beëindiging daarvan gepaard moet gaan, de werknemer het recht geeft de redenen te kennen waarom zijn arbeidsovereenkomst werd beëindigd⁽¹⁴⁸⁾. Een eigentijdse werkgever die wil handelen zoals van hem mag worden verwacht, deelt in de regel uit respect spontaan de reden voor het ontslag aan de werknemer mee en zeker als de werknemer daarom vraagt⁽¹⁴⁹⁾. Alleen in bijzondere gevallen kan hij goede motieven hebben om een dergelijke vraag af te wijzen, bv. om de werknemer niet onnodig te kwetsen.

Hoe dan ook, de formalisering van dat recht in de Cao nr. 109 vergemakkelijkt het voor de werknemer de motieven voor zijn ontslag aan te vechten, wat een van de beweegredenen was van de sociale partners⁽¹⁵⁰⁾ en tegemoetkomt aan de verzuchtingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁽¹⁵¹⁾.

§ 1. Toepassingsgebied

A. *Personeel toepassingsgebied*

54. Het formele recht van de werknemer de concrete redenen te kennen die tot zijn ontslag hebben geleid, komt toe aan de werknemers die hetzij geheel onder de toepassing van de Cao nr. 109 vallen, hetzij enkel vallen onder hoofdstuk III daarvan.

Omdat zij volledig uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 zijn gesloten, komt het formele recht de ontslagreden te kennen niet toe aan werknemers tewerkgesteld in de publieke sector, werknemers die nog geen 6 maanden tewerkgesteld zijn, werknemers met een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid of een overeenkomst voor tewerkstelling van studenten, evenmin als aan werknemers die ontslagen worden met het oog op pensioen of bruggpensioen (SWT), werknemers die ontslagen worden wegens definitieve stopzetting van de activiteit of sluiting van de onderneming, of in het kader van collectief ontslag en de werknemers die het voorwerp uitmaken van een ontslag waarvoor de werkgever een bijzondere ontslagprocedure moet volgen of van een meervoudig ontslag. Allen zijn zij volledig uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 gesloten⁽¹⁵²⁾.

(146) Art. 35, vierde lid Arbeidsovereenkomstenwet en art. 4, § 1 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

(147) Art. 40, tweede lid, tweede zin Arbeidswet.

(148) Zie nr. 186.

(149) Vgl. Arbrb. Nijvel 8 juni 2006, *Soc.Kron.* 2008, 266.

(150) Zie het verslag voorafgaand aan de Cao nr. 109, 3.

(151) Zie nr. 4.

(152) Zie de nrs. 15 e.v.

Die uitsluitingen lijken in de meeste gevallen, zij het niet altijd, redelijk te kunnen worden verantwoord ⁽¹⁵³⁾.

55. Omdat alleen hoofdstuk V van de Cao nr. 109 op hen van toepassing is, kunnen werknemers, eigenlijk: werklieden, ten aanzien van wie bij ontslag structureel of tijdelijk kortere opzeggingstermijnen dan die van de Wet Eenheidsstatuut mogen worden in acht genomen ⁽¹⁵⁴⁾, geen beroep doen op het in hoofdstuk III van de cao uitgewerkte formele recht de concrete redenen te kennen die tot het ontslag hebben geleid.

De verantwoording voor deze uitsluiting is problematisch ⁽¹⁵⁵⁾.

B. Materieel toepassingsgebied: ontslag

1. Algemeen

56. Het recht de concrete redenen die tot het ontslag hebben geleid, te kennen, komt toe aan de werknemer "die ontslagen werd". Er moet dus sprake zijn van een ontslag, uiteraard uitgaande van de werkgever.

Ontslag is de eenzijdige rechtshandeling waarmee een partij bij een arbeidsovereenkomst te kennen geeft dat zij een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst ⁽¹⁵⁶⁾. Het verstrijken van de duur van een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling is geen ontslag, evenmin als de nietigverklaring, de gerechtelijke ontbinding of de beëindiging door (het wettig invoeren van) overmacht.

57. De meest courante vormen van *regelmatig* ontslag zijn de opzegging en het ontslag wegens dringende reden. Toch gelden de voorschriften van hoofdstuk III van de cao niet "wanneer toepassing wordt gemaakt van artikel 35 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten".

De Cao nr. 109 vereist niet dat het gaat om een regelmatig ontslag. De werknemer heeft dus ook het recht de concrete redenen voor zijn ontslag van de werknemer te vernemen wanneer hij *onregelmatig* wordt ontslagen.

Hieronder wordt nader ingegaan op het ontslag wegens dringende reden dat de werknemer uitsluit van het recht de ontslagredenen te kennen met toepassing van de Cao nr. 109 en het onregelmatig ontslag, dat dit recht overeind laat.

2. Ontslag wegens dringende reden

58. Omdat artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet zelf formele voorschriften bevat met betrekking tot de kennisgeving van de dringende reden, is het logisch dat

(153) Zie nrs. 29 en 33.

(154) Zie nr. 44.

(155) Zie nr. 50.

(156) W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2015-16*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 3961.

de voorschriften van de Cao nr. 109 die op dat aspect betrekking hebben, niet van toepassing zijn bij dit soort ontslagen ⁽¹⁵⁷⁾.

Dat is natuurlijk enkel het geval als men te maken heeft met een echt, d.w.z. regelmatig ontslag wegens dringende reden. Een ontslag wegens dringende reden dat niet wordt gegeven binnen de voorgeschreven termijn of zonder tijdige kennisgeving van de reden binnen de voorgeschreven termijn, in de voorgeschreven vorm en in voldoende duidelijke termen, is in werkelijkheid *geen* ontslag wegens dringende reden, maar een onregelmatig ontslag ⁽¹⁵⁸⁾. Evenmin als een werkgever die overgaat tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst op staande voet, toepassing maakt van de regels van de Arbeidsovereenkomstenwet m.b.t. opzegging, ook niet als hij spreekt van opzegging, maakt een werkgever die beweert een arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens dringende reden, maar die de regels daaromtrent niet in acht neemt, toepassing van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Als de werkgever schriftelijk en voldoende concreet een (dringende) reden aan de werknemer meedeelt, kan men dat beschouwen als een spontane mededeling van de ontslagreden, die de werkgever vrijstelt van de verplichting (nog eens) de ontslagreden mee te delen op verzoek van de werknemer ⁽¹⁵⁹⁾. Maar dergelijk ontslag (formeel gegeven wegens dringende reden) kan nog altijd kennelijk onredelijk zijn, bv. als er van de ingeroepen reden helemaal geen bewijs blijkt te zijn en de werkgever geen andere aanvaardbare redenen aanvoert en bewijst. In werkelijkheid gaat het dan echter om een onregelmatig ontslag ⁽¹⁶⁰⁾.

3. *Onregelmatig ontslag* ⁽¹⁶¹⁾

59. Een ontslag is onregelmatig indien de vormelijke of inhoudelijke wettelijke voorschriften voor een regelmatig ontslag niet worden nageleefd: een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (of, in de eerste 6 maanden van de tewerkstelling, een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk) wordt opgezegd zonder alle voorschriften voor een geldige opzegging in acht te nemen; bij een ontslag wegens dringende reden is niet aan alle temporele, vormelijke en inhoudelijke voorschriften voldaan.

Ook een expliciet ontslag waarvan niet eens wordt beweerd dat het een opzegging of een ontslag wegens dringende reden is, is een vorm van onregelmatig ontslag. En dat

(157) Art. 2, § 4 Cao nr. 109.

(158) Sommige auteurs blijken over het hoofd te zien dat een ontslag wegens dringende reden gegeven zonder tijdige en voldoende concrete kennisgeving van de ontslagreden, geen ontslag wegens dringende reden is, maar een onregelmatig ontslag. Het is dan ook onjuist te beweren dat in dat geval de Cao nr. 109 niet van toepassing zou zijn omdat ontslag wegens dringende reden is uitgesloten, zoals gebeurt door M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, "Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement", *JTT* 2014, 268, evenals door L. DEAR en S. GILSON, "L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 192.

(159) Zie nr. 93.

(160) Zie hierover nr. 104.

(161) Zie hierover W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, nrs. 722-725 en 658.

is ook het geval met de twee vormen van impliciet ontslag: een tekortkoming aan een contractuele verplichting die blijkt geeft van de wil tot beëindiging of een belangrijke eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst.

60. Er is ook sprake van onregelmatig ontslag wanneer de werkgever zich ten onrechte beroept op feiten of situaties die volgens hem geen van hem uitgaand ontslag impliceren, zoals beëindiging door overmacht of expliciet of impliciet ontslag dat hij toeschrijft aan de werknemer. Gaat de werknemer daarmee niet akkoord en concludeert hij dat de werkgever aldus zelf de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd, dan is hij ontslagen en heeft hij het recht op die basis met toepassing van de Cao nr. 109 de concrete redenen te kennen die ertoe hebben geleid dat hij zich als ontslagen beschouwt ⁽¹⁶²⁾.

§ 2. Uitoefeningsvoorwaarden van het recht de ontslagreden te kennen

A. Verzoek tot kennisgeving van de ontslagreden

61. Kan de "gemeenrechtelijke verplichting" van de werkgever de ontslagreden mee te delen, formeel hoogstens afhankelijk zijn van een vraag van de werknemer, op welke wijze ook gesteld ⁽¹⁶³⁾, de Cao nr. 109 stelt wel een formele voorwaarde voor de uitoefening van het recht van de werknemer kennis te krijgen van de ontslagreden: hij moet daarom verzoeken op een welbepaalde, voorgeschreven wijze en binnen een welbepaalde, voorgeschreven termijn ⁽¹⁶⁴⁾.

De werknemer is niet verplicht gebruik te maken van het recht de ontslagreden te kennen, noch op arbeidsovereenkomstenrechtelijk gebied, noch wat betreft zijn eventueel recht op werkloosheidsuitkering ⁽¹⁶⁵⁾. De werknemersorganisaties zouden niet hebben gepleit voor een verplichting omdat dit werkgevers ertoe zou kunnen aanzetten systematisch de ontslagmotieven van een sollicitant op te vragen ⁽¹⁶⁶⁾.

62. De wijze van verzoek is een aangetekende brief gericht aan de werkgever. Hoewel die vorm niet is voorgeschreven op straffe van nietigheid, lijkt het mij niet mogelijk de werknemer toe te laten te bewijzen dat hij op een andere manier tijdig een verzoek tot mededeling van de ontslagreden heeft ingediend.

(162) Zie over wat moet of kan gebeuren nr. 70.

(163) Zie nr. 186.

(164) Art. 4 Cao nr. 109.

(165) De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening kan de werknemer niet verwijten dat hij, door niet om mededeling van de ontslagreden te verzoeken, het moeilijker heeft gemaakt te bepalen of hij wel onvrijwillig werkloos is: de regels van de werkloosheidsverzekering voorzien daaromtrent niets, noch expliciet, noch impliciet. Ook kan de werknemer niet worden verweten dat hij de kans heeft verkeken een schadevergoeding van twee weken loon te krijgen: vooreerst gaat het maar om een hoogst onzekere kans (de werkgever zou kunnen geantwoord hebben), bovendien kunnen de twee weken loon worden gecumuleerd met een werkloosheidsuitkering: zie nr. 86.

(166) L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, "La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014", *JT* 2014, afl. 6565, 389, nr. 59.

lets anders is het geval waarin de werkgever een tijdig verzoek bij gewone brief, e-mail of sms zou erkennen: in dat geval ziet men niet in dat er een probleem zou zijn ⁽¹⁶⁷⁾.

63. De termijn voor het verzoek bedraagt 2 maanden na het effectieve einde van de arbeidsovereenkomst, met dien verstande dat het verzoek bij opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever ook binnen 6 maanden na de betekening van de opzegging moet gebeuren ⁽¹⁶⁸⁾. Dat kan tot gevolg hebben dat de werknemer het verzoek moet doen zonder dat de arbeidsovereenkomst al een einde heeft genomen, meer bepaald als de opzeggingstermijn langer is dan 6 maanden.

Dat de werknemer van wie de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd met een opzeggingstermijn van meer dan 6 maanden, die termijn zou kunnen laten verstrijken om binnen 2 maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst een verzoek te doen, zoals werd beweerd ⁽¹⁶⁹⁾, is zonder meer onjuist: dat staat niet te lezen in de tekst. De termijn van 6 maanden is overigens al lang genoeg, zo niet te lang. De zin van die lange termijn is immers niet duidelijk. Nieuwe gebeurtenissen of omstandigheden die dagtekenen van na de betekening van de opzegging, kunnen toch niet als motief voor dat eerdere ontslag worden ingeroepen, alleen voor een eventueel nieuw ontslag ⁽¹⁷⁰⁾.

Bij ontstentenis van andersluidende aanwijzing zijn de termijnen van 2 en 6 maanden vervaltermijnen, die niet kunnen worden geschorst of gestuit.

64. Zoals het opschrift van hoofdstuk III en de formulering van artikel 3 van de Cao nr. 109 duidelijk maken, is het recht dat in dat artikel formeel wordt gecreëerd, het recht de ontslagreden te vernemen van zijn werkgever en, anders dan het recht dat hoofdstuk IV concretiseert, geen direct recht op een vergoeding ⁽¹⁷¹⁾. De “forfaitaire burgerlijke boete” is een sanctie en een schadevergoeding voor de miskening van dat recht ⁽¹⁷²⁾.

65. Het recht van de werknemer de ontslagreden te vernemen, ontstaat op het ogenblik van het ontslag. Met toepassing van de beginselen die ter zake gelden, houdt de bepaling van artikel 3 op dat ogenblik op dwingend ten voordele van de

(167) In dezelfde zin: L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 215. Die auteurs vermelden ook, terecht, dat niets zich ertegen verzet dat het verzoek (en het antwoord) zouden gebeuren door een lasthebber, bv. een advocaat.

(168) Art. 4 Cao nr. 109. De commentaar bij artikel 4 van de Cao nr. 109 voegt, enigszins overbodig, daaraan toe dat met de dag van de betekening van de opzegging wordt bedoeld, de dag waarop de kennisgeving van de opzegging uitwerking heeft (dat is meteen ook het ogenblik waarop de opzegging zelf uitwerking heeft: zonder kennisgeving is er geen opzegging), dit is de derde werkdag na de datum van verzending als de kennisgeving van de opzegging bij aangetekende brief gebeurt, de dag van de betekening zelf wanneer zij gebeurt door middel van een gerechtsdeurwaardersexploot. Volgens de commentaar geldt de postdatum om uit te maken wanneer het verzoek werd ingediend. Dit ligt in de lijn van de “verzendingstermijn” die wordt toegepast in gerechtelijk aangelegenheden.

(169) M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, “Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement”, *JTT* 2014, 265.

(170) Zie nr. 66.

(171) Recht op schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, zo omschrijft artikel 1, tweede lid, van de Cao nr. 109 het tweede recht waarover de cao handelt en dat op bladzijde 3 van het voorafgaand verslag “de tweede krachtlijn” van de cao wordt genoemd.

(172) Zie nr. 79.

werknemer te zijn. Zodra het ontslag is gebeurd, m.a.w. de opzegging werd betekend of de onmiddellijke beëindiging heeft plaatsgehad, kan de werknemer dan ook van het hier bedoelde recht afzien. Dat hij nog 2 of 6 maanden de tijd had om een verzoek te doen tot mededeling van de reden, verandert daaraan niets: dat een werknemer die bij een onregelmatig ontslag recht heeft op een opzeggingsvergoeding, nog een jaar heeft om die op te eisen, belet niet dat hij daarvan al onmiddellijk afstand kan doen⁽¹⁷³⁾. Doet hij dat effectief, dan vervalt natuurlijk ook zijn recht op schadevergoeding bestaande in de “forfaitaire burgerlijke boete”, zodat hij daarvan geen afstand meer moet, noch kan doen.

De zaken liggen anders wanneer de werknemer van zijn recht de ontslagreden te kennen gebruik heeft gemaakt door aan de werkgever een verzoek te richten zoals voorgeschreven door de Cao nr. 109. Het recht op de “forfaitaire burgerlijke boete” ontstaat dan eerst bij het verstrijken van de termijn waarover de werkgever beschikt om het recht van de werknemer te honoreren.

Concreet betekent een en ander dat een werknemer in een dading die hij na het ontslag met de werkgever sluit, op elk ogenblik rechtsgeldig afstand kan doen van het recht de ontslagreden te kennen als hij dat recht nog niet heeft uitgeoefend door op de voorgeschreven wijze een verzoek om mededeling van die reden aan de werkgever te richten. Dat recht is begrepen in een algemene afstandsverklaring zoals het verzaken van “alle rechten die uit de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voortvloeien”.

Heeft de werknemer zijn recht de ontslagreden te kennen uitgeoefend door het genoemde verzoek te doen, dan ontstaat eerst een recht op de “forfaitaire burgerlijke boete” bij het verstrijken van de termijn waarover de werkgever beschikt om aan dat verzoek gevolg te geven. Van het recht op die boete, toegekend door de dwingende bepalingen van artikel 7 van de Cao nr. 109, kan hij niet vooraf, d.w.z. vóór het verstrijken van de termijn van 2 maanden waarover de werkgever beschikt, rechtsgeldig afstand doen⁽¹⁷⁴⁾. Maar, zoals gezegd, de afstand van het recht de ontslagreden meegedeeld te krijgen, leidt meteen tot verval van het recht op de “forfaitaire burgerlijke boete”.

De raad die sommige auteurs geven om bij het sluiten van een dading n.a.v. een ontslag uitgaande van de werkgever, in de dading de ontslagreden op te nemen en een uitdrukkelijke erkenning van de werknemer dat hij aldus correct op de hoogte is gebracht van de reden⁽¹⁷⁵⁾, is dan ook een wijze raad, al denk ik dat rechtsmisbruik zou

(173) W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, nr. 62.

(174) Vgl. met de redenering over de nietigheid van de afstand van een concurrentievergoeding vóór het verstrijken van de termijn van vijftien dagen volgend op het einde van de arbeidsovereenkomst waarover de werkgever beschikt om af te zien van de uitwerking van het concurrentiebeding (Cass. 13 december 2010, S.10.0044.F, *JTT* 2011, afl. 1089, 67, noot, *NJW* 2011, afl. 238, 178, noot A. VAN BEVER en RABG 2011, instemmende noot J. HERMAN) en de nietigheid van een afstand van een beschermingsvergoeding door een beschermde werknemer vóór het ogenblik dat vaststaat dat hij niet binnen de gestelde termijnen in de onderneming zal worden gere-integreerd (Cass. 16 mei 2011, S.10.0093.N, *JTT* 2011, afl. 1103, 301, noot D. VOTQUENNE en A. VOTQUENNE, *RABG* 2012, afl. 3, 151, noot M. DEMEDTS en *RW* 2011-12, nr. 43, 1904, situerende noot L. ELIAERTS).

(175) P. SICHEN, “Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVO-

kunnen worden verweten aan een werknemer die na een dading waarin hij, uiteraard met een tegenprestatie van de werkgever, met kennis van zaken afstand heeft gedaan van alle rechten die uit de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voortvloeien, naderhand nog zou komen aandragen met een eis van 2 weken loon voor de niet-mededeling van de ontslagreden.

66. Het is duidelijk dat wanneer een opzegging uitgaande van de werkgever gevolgd wordt door een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, opnieuw door de werkgever, er twee ontslagen zijn. Men kan bezwaarlijk voorhouden dat het navolgend onmiddellijke ontslag “een louter modaliteit van de eerder genomen ontslagbeslissing zou zijn”⁽¹⁷⁶⁾. Het is overigens niet de ontslagbeslissing die het recht op kennismaking van de reden doet ontstaan, maar het ontslag zelf. Zelfs al zou de reden voor een onmiddellijke beëindiging na een opzegging dezelfde zijn als voor de opzegging, dan nog heeft de werknemer het recht dat te weten te komen⁽¹⁷⁷⁾. Een tweede verzoek van de werknemer en een tweede mededeling van de werkgever zullen dan vereist zijn als men de Cao nr. 109 m.b.t. het tweede ontslag wil laten gelden.

Er is ook geen reden om aan te nemen dat een tweede ontslag, dat deze keer uitgaat van de werknemer, bv. een tegenopzegging, het recht van de werknemer de ontslagreden te kennen, zou doen vervallen. Men kan hier niet naar analogie redeneren met het recht op een opzeggings-⁽¹⁷⁸⁾ of een uitwinningvergoeding⁽¹⁷⁹⁾. Anders dan m.b.t. die vergoedingen in bepaalde gevallen wordt aangenomen, is immers de bestaansreden van het recht van de werknemer de reden voor het eerste ontslag te kennen, meer bepaald respect voor zijn waardigheid als werknemer, niet komen te vervallen.

De situatie waarin een ontslag uitgaande van een werknemer wordt gevolgd door een ontslag door de werkgever, is niet het vermelden waard⁽¹⁸⁰⁾: er is volstrekt geen enkele reden om de werknemer in dat geval het recht te ontzeggen de reden voor het van de werkgever uitgaande ontslag te kennen: die kan totaal losstaan van de ontslagneming van de werknemer.

67. Een verzoek van de werknemer dat niet op de voorgeschreven wijze gebeurt, maar bijvoorbeeld mondeling, met een sms, een e-mail of een gewone brief, of buiten

CATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 37, nr. 23; H. VAN HOOGENBEMT, *Nieuw ontslagrecht voor alle werknemers. Commentaar op de wet eenheidsstatuut en de CAO ontslagmotivering*, Antwerpen, Biblo-Fiscoloog Books, 2014, 90.

(176) Zie nochtans in die zin N. VAN KERREBROECK en M. VERWILGHEN, *De harmonisatie van het statuut arbeider en bediende. Een stand van zaken na de Wet Eenheidsstatuut*, Gent, Larcier, 2014, 178, nr. 169. Twijfelen, maar even ten onrechte: D. DEJONGHE en K. DECRUYENAERE, “Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De Cao nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht”, *Or.* 2014, afl. 4, 100.

(177) Anders: L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 206-207.

(178) Cass. 26 februari 2007, *JTT* 2007, afl. 979, 239, concl. J. LECLERCQ; Cass. 5 januari 2009, S.08.0013.N, *RW* 2009-10, 152, andersluidende concl. Adv. Gen. R. MORTIER, noot K. MORTIER.

(179) Cass. 26 november 1990, *RW* 1990-91, 1125.

(180) Doen dit toch: D. DEJONGHE en K. DECRUYENAERE, “Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De CAO nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht”, *Or.* 2014, afl. 4, 100.

de voorgeschreven termijn, heeft niet de gevolgen die de CAO nummer 109 verbindt aan een bij aangetekende brief en tijdig ingediend verzoek. Die gevolgen bevinden zich op het vlak van de schadevergoeding⁽¹⁸¹⁾ en de bewijslastregeling⁽¹⁸²⁾.

Toch zou het flagrant negeren van een dergelijk verzoek kunnen worden beschouwd als strijdig met de goede trouw en dus rechtsmisbruik, dat de rechter kan bestraffen op de wijze die hij geëigend vindt, bijvoorbeeld door daaraan toch de gevolgen toe te kennen bepaald in de Cao nr. 109⁽¹⁸³⁾.

B. Mededeling zonder verzoek

68. Heeft de werkgever het recht van de werknemer de concrete ontslagredenen te kennen spontaan gerespecteerd, dan hebben de voorschriften van de Cao nr. 109 natuurlijk geen zin meer. Daarom verplicht de cao de werkgever die uit eigen beweging de ontslagredenen meedeelde, niet nog eens te antwoorden op een verzoek van de werknemer in die zin. Er zijn opportuniteitsargumenten pro en contra een spontane mededeling⁽¹⁸⁴⁾.

Volgens sommige auteurs zou een werkgever die de concrete ontslagredenen spontaan heeft meegedeeld, maar toch nog een vraag krijgt om de concrete redenen tot ontslag te kennen, in dat geval andere redenen mogen aanvoeren en die (alleen dan) later ook nog mogen gebruiken in een eventuele procedure waarin de werknemer van hem een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag vordert⁽¹⁸⁵⁾. Naar mijn mening mag een werkgever altijd nog andere ontslagredenen inroepen, maar is een gezond wantrouwen t.a.v. de nieuwe redenen dan geboden⁽¹⁸⁶⁾.

69. Opdat de werkgever niet meer gehouden zou zijn de ontslagredenen (nog eens) aan de werknemer mee te delen, is natuurlijk vereist dat de spontane mededeling van de ontslagredenen inhoudelijk beantwoordt aan die welke gebeurt op verzoek van de werknemer⁽¹⁸⁷⁾. Zij moet m.a.w. de elementen bevatten die de werknemer toelaten de concrete redenen te kennen die tot zijn ontslag hebben geleid⁽¹⁸⁸⁾.

70. Niet vereist wordt dat de spontane mededeling expliciet of bewust gebeurt om te voldoen aan de Cao nr. 109. Ook mededelingen van de ontslagredenen die in een andere context plaatshebben, komen in aanmerking. Vooral bij impliciet ontslag kan het nodig zijn zich daarop te beroepen.

Veronderstellen wij dat de werkgever zich beroept op overmacht of op impliciet ontslag uitgaande van de werknemer om de arbeidsovereenkomst als beëindigd te be-

(181) Zie de nrs. 81 e.v.

(182) Zie de nrs. 100 e.v.

(183) Zie nr. 186.

(184) Zie hierover M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, "Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement", *JTT* 2014, afl. 1191, 266-267.

(185) H. DECKERS en P. JOASSART, "Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d'indemnités" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 284, nr. 29.

(186) Zie nr. 132.

(187) Zie nr. 73.

(188) Art. 6 Cao nr. 109.

schouwen. Weliswaar is er dan op het eerste gezicht geen sprake van een ontslag uitgaande van de werkgever, zodat de Cao nr. 109 niet van toepassing is, maar dat is wel het geval als uiteindelijk wordt geoordeeld dat er geen overmacht of impliciet ontslag uitgaande van de werknemer was of dat dit niet bewezen is: dan heeft de werkgever, door onterecht in te roepen dat de arbeidsovereenkomst op die basis een einde heeft genomen, die zelf onregelmatig beëindigd⁽¹⁸⁹⁾. De Cao nr. 109 is dan wél van toepassing. Voor beide partijen kan die situatie problemen opleveren.

Vanzelfsprekend zal de werkgever in de hierboven beschreven situatie niet spontaan aan de werknemer mededelen dat hij om dit of dat motief zelf tot ontslag is overgegaan. De werknemer van zijn kant, moet zich realiseren dat als hij betwist dat er beëindigende overmacht is of dat hij zelf impliciet ontslag heeft genomen, dat tot gevolg heeft dat hij aanneemt dat de *werkgever* de arbeidsovereenkomst onregelmatig heeft beëindigd. De termijn van 2 maanden om de werkgever te vragen de concrete ontslagredenen mee te delen, begint dan te lopen vanaf het ogenblik waarop de werkgever het einde van de arbeidsovereenkomst inriep.

De werkgever die een dergelijke vraag ontvangt, kan daaraan niet zomaar gevolg geven, door motieven mee te delen voor het ontslag dat volgens de werknemer, gelet op zijn vraag, van de werkgever uitging, want dergelijk ontslag was er in de ogen van de werkgever juist niet. Als hij de feiten en omstandigheden op basis waarvan hij tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst door overmacht of tot impliciet ontslag door de werknemer besloot, schriftelijk en voldoende concreet heeft vermeld bij het inroepen van het einde van de arbeidsovereenkomst, zou de werkgever eraan kunnen denken de vraag van de werknemer naast zich neer te leggen, ervan uitgaande dat, als later toch zou worden beslist dat hij en niet overmacht of de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd, hij de ontslagredenen al heeft meegedeeld bij de (dan ontorechte) vaststelling van het einde van de arbeidsovereenkomst. De werknemer zou echter kunnen tegenwerpen dat de feiten en omstandigheden die de werkgever aanvoerde, werden voorgesteld als overmacht of impliciete ontslagneming, en niet als motieven voor een van de werkgever uitgaand ontslag, zodat zij niet in aanmerking komen als spontane mededeling van de ontslagreden in de zin van de Cao nr. 109. Hoewel ik van oordeel ben dat de aanvoering door de werkgever van concrete motieven die aan de basis liggen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, volstaat, ook al worden zij niet voorgesteld als motieven voor een van hem uitgaand ontslag, weet men nooit vooraf hoe een rechter beslist. Daarom is het geen gek idee dat de werkgever die in de hier besproken situatie een vraag van de werknemer om mededeling van de ontslagreden krijgt, antwoordt dat hij op het standpunt blijft dat er geen van hem uitgaand ontslag is geweest, met een herneming en eventueel een precisering en aanvulling van de gegevens die hij aanvoerde om tot overmacht of impliciete ontslagneming te beslissen, en de vermelding dat zij "de motieven zijn die aan de basis liggen van *het einde* van de arbeidsovereenkomst". Om te kunnen worden beschouwd als een mededeling van de ontslagredenen in de zin van de Cao nr. 109 als de rechter later toch zou beslissen tot onregelmatig ontslag uitgaande van de werkgever, moet dat dan gebeuren binnen de voorgeschreven termijn en op de voorgeschreven wijze. Zo niet loopt de werkgever het risico de "burgerlijke boete" te

(189) Zie wat overmacht betreft Cass. 19 mei 2008, S.07.0068.N. Wat betreft het onterecht inroepen van impliciet ontslag: Cass. 10 maart 2014, S.12.0019.N.

moeten betalen waarmee de cao de miskenning van de termijn en de andere voorschriften bestraft.

71. Om te kunnen gelden als spontane mededeling die de werkgever ontslaat van de verplichting in te gaan op een met toepassing van de Cao nr. 109 gedaan formeel verzoek van de werknemer om de ontslagreden te kennen, moet de spontane mededeling uiteraard gericht zijn aan de werknemer zelf.

Het document *C4-Werkloosheidsbewijs-Arbeidsbewijs* dat de werkgever in het kader van de werkloosheidsverzekering aan de werknemer moet overhandigen⁽¹⁹⁰⁾ en waarop aan het einde van de rubriek C de “juiste oorzaak van de werkloosheid” moet worden ingevuld, komt niet in aanmerking, vooreerst omdat het niet bestemd is voor de werknemer, maar voor de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening⁽¹⁹¹⁾, maar ook omdat het niet decent lijkt een grondrecht van de werknemer te honoreren via een vermelding op een administratief formulier dat nog niet eens voor hem is bestemd. Overigens zullen de vier en een halve regel die het formulier voorziet voor de vernoemde vermelding, wellicht niet volstaan om een voldoende concrete omschrijving te geven van de ontslagreden of -redenen⁽¹⁹²⁾. Iets anders is dat het evident is dat de werkgever er goed aan doet het formulier C4 coherent met de ontslagreden die hij op verzoek aan de werknemer meedeelt, in te vullen: voor beide geschriften wordt een opgave van de werkelijke ontslagreden vermeld. Incoherenties zullen meebrengen dat bij betwisting van de werkgever een sluitend bewijs wordt gevraagd van de echte reden voor het ontslag.

72. Voor een mededeling van de concrete ontslagreden uit eigen beweging is geen termijn voorgeschreven. Zij kan dus al in de ontslagbrief gebeuren en zelfs voordien, in de aankondiging van het ontslag.

Uit het gebruik, in artikel 6 van de Cao nr. 109, van de verleden tijd, kan worden afgeleid dat de spontane mededeling om in aanmerking te komen, in ieder geval vooraf moet gebeuren, d.w.z. vóór de werkgever een verzoek van de werknemer ontvangt.

(190) Art. 137, § 1, 1° Werkloosheidsbesluit en art. 87, 1° Uitvoeringsbesluit Werkloosheidsbesluit.

(191) Anders P. CRAHAY, “Motivations du licenciement et licenciement manifestement déraisonnable”, *Ors.* 2014, 7, die erop wijst dat de sociale partners in het “verslag” voorafgaand aan de Cao nr. 109 te kennen geven dat zij geen “te formalistisch kader” aan de werkgevers willen opdringen en dat bepaalde rechtspraak zelfs aannam dat de kennisgeving van een dringende reden rechtsgeldig kan gebeuren door een formulier-C4-Werkloosheidsbewijs-Arbeidsbewijs aangetekend aan de werknemer toe te sturen of hem tegen een ontvangstbewijs te overhandigen. Maar even verder op dezelfde bladzijde schrijft dezelfde auteur: “*Les indications devraient être plus précises que les mentions sommaires qui figurent souvent sur le certificat de chômage C4 dans la rubrique ‘motif du chômage’.*” Menen eveneens dat “de C4” in aanmerking komt: H. DECKERS en P. JOASSART, “Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d’indemnités” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 283, nr. 27 en 289, nr. 37; S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, “La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions”, *Soc.Kron.* 2014, 145.

(192) Volgens sommigen is het net de bedoeling geweest van de sociale partners de werkgever de gelegenheid te geven de beknopte vermeldingen op het formulier-C4 te expliciteren, al menen zij dat die vermeldingen in bepaalde gevallen zouden kunnen volstaan: S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, “La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions”, *Soc.Kron.* 2014, 145.

Vanaf dat ogenblik is iedere mededeling natuurlijk te beschouwen als een antwoord en dus niet meer spontaan.

§ 3. Kennisgeving van de ontslagredenen

A. *Inhoud van de kennisgeving: concrete redenen tot ontslag*

73. De kennisgeving waartoe de werkgever die een verzoek van een werknemer ontvangt, verplicht is, moet “de concrete redenen” meedelen die tot het ontslag hebben geleid, aldus het eerste lid van artikel 5 van de Cao nr. 109.

In de eerste plaats lijkt het evident dat het meervoud niet zo mag worden geïnterpreteerd dat een werkgever meer dan één reden zou moeten (hebben of kunnen) opgeven. Maar als later blijkt dat werkelijk meer redenen werkelijk aan de basis liggen van het ontslag dan de werkgever op vraag van de werknemer heeft opgegeven en die redenen duidelijk van opgegeven redenen te onderscheiden zijn, heeft hij het voorschrift van artikel 5 van de Cao nr. 109 miskend en is de “forfaitaire burgerlijke boete” van artikel 7 verschuldigd. Dat is niet het geval wanneer hij naast de werkelijke redenen voor het ontslag ook nog een of meer andere redenen heeft vermeld, die hetzij niet bewezen, hetzij geen echte motieven voor het ontslag blijken te zijn.

Concreet moet worden begrepen in de zin van *omlijnd, duidelijk, bepaald*, een van de toelichtingen die het woordenboek geeft bij *werkelijk bestaand, zoals het zich voor doet*⁽¹⁹³⁾. Het is dan ook in die zin dat het tweede lid van artikel 5 van de Cao nr. 109 lijkt te moeten worden geïnterpreteerd: de kennisgeving moet “*de elementen bevatten die de werknemer toelaten om de concrete redenen die tot zijn ontslag hebben geleid te kennen*”. Dit voorschrift is niet te beschouwen als een toevoeging aan dat van het eerste lid, dat zegt dat de werkgever “*de concrete redenen die tot het ontslag hebben geleid*” ter kennis moet brengen, maar als een verduidelijking daarvan. Het volstaat bv. niet dat een werkgever meedeelt dat een werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal (al zou men dit nog enigszins als een concretisering van bv. oneerlijkheid of schending van het vertrouwen kunnen beschouwen). Hij moet meedelen wat de werknemer concreet zou hebben gestolen, eventueel ook waar en wanneer.

In dat opzicht lijkt de omschrijving van de reden die de Cao nr. 109 eist, in de lijn te liggen van die welke rechtspraak en rechtsleer vereisen voor de kennisgeving van een ontslag wegens dringende redenen⁽¹⁹⁴⁾. Maar aangezien de werkgever bij een geschil over de vraag of hij zich schuldig heeft gemaakt aan kennelijk onredelijk ontslag, de ontslagredenen nog mag aanvullen en zelfs wijzigen⁽¹⁹⁵⁾, mogen de eisen toch wel wat minder streng worden opgevat dan bij een ontslag wegens dringende redenen, waar

(193) *Dikke Van Dale* (zo heet de elektronische onlineversie van *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal* op www.vandale.nl), tw. ‘concreet’. In het Frans wijst “concret” meer op *tastbaar, voelbaar, materieel*: zie L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, “La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014”, *JT* 2014, afl. 6565, 83, nr. 25.

(194) W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2015-16*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 4200.

(195) Zie nr. 111.

de nauwkeurighedsvereiste vooral tot doel heeft het wettelijk verbod⁽¹⁹⁶⁾ kracht bij te zetten later andere redenen in te roepen dan die welke in de kennisgeving van de dringende reden zijn vermeld. Dergelijke vereiste ontbreekt immers in de Cao nr. 109.

74. De redenen die de werkgever moet opgeven, zijn die welke “hebben geleid” tot het door hem gegeven ontslag, die m.a.w. de werkgever tot het ontslag hebben bewogen.

Alleen de echte ontslagredenen heeft de werkgever tot het ontslag aangezet. Daarom moeten de redenen die de werkgever dient op te geven, de werkelijke redenen zijn. Enkel feiten of omstandigheden opgeven die vals blijken te zijn of die, al zijn ze waar, niet de ware ontslagredenen zijn, komt neer op een miskenning van de verplichting die de Cao nr. 109 oplegt. Als dat blijkt het geval te zijn, is, zelfs al zijn concrete redenen opgegeven, de “forfaitaire burgerlijke boete” verschuldigd waarmee de ontstentenis van (tijdige en correcte) mededeling (in de voorgeschreven vorm) wordt bestraft. In dat opzicht bevat artikel 5 van de cao dus niet een louter formele motiveringsplicht voor de werkgever⁽¹⁹⁷⁾.

Wel is het zo dat het formeel naleven van artikel 5 van de cao een vermoeden schept dat de opgegeven redenen waar zijn en de echte motieven voor het ontslag vormen⁽¹⁹⁸⁾.

75. Moeilijker wordt het wanneer de werkgever concrete redenen meedeelt waarvan hij op dat ogenblik dacht dat ze met de werkelijkheid overeenstemmen en aan de werknemer toe te schrijven zijn, terwijl de feiten of omstandigheden die als ontslagredenen werden vermeld, achteraf niet bewezen of niet waar blijken te zijn of aan iemand anders te moeten worden toegeschreven⁽¹⁹⁹⁾. Hij heeft in dat geval de echte redenen opgegeven die hem hebben “geleid” tot het ontslag. Mogelijk maken die zelfs het ontslag niet kennelijk onredelijk.

In dat geval kan men aannemen dat het begrip “concrete redenen die tot het ontslag hebben geleid” subjectief kan worden ingevuld: de werkgever heeft de werkelijke motieven vermeld die aan de basis lagen voor het ontslag, nl. feiten of omstandigheden die hij als waar beschouwde en mocht beschouwen⁽²⁰⁰⁾.

(196) Van artikel 35, vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet.

(197) Zoals wordt voorgehouden door H. DECKERS en P. JOASSART, “Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d’indemnités” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 287, nr. 35 en P. SICHEN, “Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 38, nr. 24, welke laatste echter in het volgende randnummer erop wijst dat de opgegeven motieven “correct” moeten zijn.

(198) Zie nr. 125.

(199) De aanwijzingen dat een werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal, zijn bv. zo sterk dat de werkgever de feiten bewezen acht en de werknemer op staande voet ontslaat. Maar later blijkt de diefstal niet te kunnen worden bewezen of wordt bewezen dat iemand anders die heeft gepleegd of dat er nooit een diefstal is geweest en het verdwenen voorwerp alleen verkeerd werd opgeborgen.

(200) E. PIRET, “Toepassing van de CAO nr. 109 in het geval van ontslag wegens dringende reden”, *Actuele voorinformatie Aanwerven Tewerkstellen Ontslaan*, 2015, nr. 426, 7.

B. Wijze en termijn van kennisgeving

76. De werkgever moet de concrete redenen die tot het ontslag hebben geleid, bij aangetekende brief meedelen aan de werknemer die daarom heeft verzocht op de voorgeschreven wijze. Alleen een aangetekende brief geeft voldoende garanties⁽²⁰¹⁾.

Komen dus niet in aanmerking: mondelinge mededelingen, een gewone brief, overhandiging van een geschrift, een fax, een e-mail of een sms. Maar heeft de werkgever toch zijn toevlucht genomen tot een van die mogelijkheden en erkent de werknemer dat hij op die wijze tijdig kennis heeft gekregen van de concrete ontslagredenen, dan zou ik geneigd zijn zijn vordering tot het verkrijgen van de "forfaitaire burgerlijke boete" van 2 weken loon als misbruik van recht te beschouwen, al kent artikel 5 van de Cao nr. 109 hem die in dat geval toe: een normale en redelijke werknemer die toegeeft dat zijn belangen in geen enkel opzicht zijn geschaad door de niet-inachtneming van een formaliteit, onthoudt zich ervan om die enkele reden "langs de kassa te passeren".

77. De werkgever moet de ontslagreden aan de werknemer meedelen binnen 2 maanden na ontvangst van de aangetekende brief met het verzoek van de werknemer⁽²⁰²⁾. Hier wordt dus de "ontvangstleer" gevolgd, die volgens het Grondwettelijk Hof als enige voldoende waarborgen biedt⁽²⁰³⁾.

Merkwaardig is echter dat de commentaar preciseerd dat de termijn van 2 maanden begint te lopen de derde werkdag na de datum van de verzending van het verzoek van de werknemer. Het gaat dus om een vermoed tijdstip van ontvangst. Aangezien de commentaar mee algemeen bindend werd verklaard, maakt zij deel uit van de cao⁽²⁰⁴⁾. Dat aldus niet de werkelijke dag van ontvangst geldt, lijkt niet echt een bezwaar⁽²⁰⁵⁾.

78. Zoals het geval is voor het indienen van het verzoek⁽²⁰⁶⁾, preciseerd de commentaar dat de postdatum geldt om uit te maken wanneer de werkgever antwoordt.

§ 4. Gevolgen van de miskennis van het recht de ontslagredenen te kennen

A. Algemeen

79. De Cao nr. 109 geeft in haar artikel 3 de ontslagen werknemer het recht van zijn werkgever de ontslagredenen te vernemen en bestraft het verzuim gevolg te geven

(201) Vgl. GwH 27 mei 2010, nr. 65/2010.

(202) Art. 5, al. 1 Cao nr. 109.

(203) Zie bv. GwH 2 juni 2010, nr. 66/2010 m.b.t. het aanvangstijdstip van de termijn voor een administratief beroep en GwH 29 maart 2006, nr. 48/2006 m.b.t. het aanvangstijdstip voor de termijn van een gerechtelijk beroep.

(204) Cass. 14 april 1980, *RW* 1980-81, 122, concl. H. LENAERTS. Zie de bijlage bij het koninklijk besluit van 9 maart 2013 waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 109 van 12 februari 2014, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende de motivering van het ontslag, *BS* 20 maart 2014.

(205) Vgl. Cass. 10 juni 1966, *TSR* 1966, 207, m.b.t. de opzegging bij aangetekende brief.

(206) Zie nr. 62.

aan een geldig verzoek daartoe van de werknemer in artikel 7 met een “forfaitaire burgerlijke boete”.

De vraag rijst of de werknemer dat recht voor de rechter kan afdwingen. De sociale partners die de cao sloten en de commentatoren daarvan hebben daaraan klaarblijkelijk niet gedacht, maar dat volstaat natuurlijk niet opdat het niet zou kunnen. Ik zie zelfs niet in waarom. Artikel 3 van de cao kent de werknemer formeel een recht toe en bepaalt in de artikelen 4 en 5 de voorwaarden voor de uitoefening van dat recht. Heeft de werknemer aan de vereisten van artikel 4 voldaan, maar verzuimt of weigert de werkgever te doen wat hij dienvolgens op grond van artikel 5 zou moeten doen, dan kan de rechter hem daartoe op vordering van de werknemer veroordelen. Die mogelijkheid wordt natuurlijk niet verhinderd door het feit dat de termijn van 2 maanden die artikel 5 van de cao de werkgever oplegt, dan al verstreken is. Daaraan wordt evenmin afbreuk gedaan door het feit dat artikel 7, § 1, van de cao bepaalt dat de werkgever die de concrete redenen die geleid hebben tot het ontslag, niet meedeelt met inachtneming van de daarvoor uitgewerkte voorschriften, een “forfaitaire burgerlijke boete” verschuldigd is: het is niet omdat men gestraft wordt omdat men een verplichting niet tijdig is nagekomen, dat men tot die verplichting niet meer gehouden zou zijn. De werkgever kan m.a.w. niet kiezen voor niet-mededeling van de ontslagredenen als hij daarvoor een tijdig en correct verzoek ontvangt.

De rechter zou dus de werkgever niet alleen kunnen veroordelen tot de “forfaitaire burgerlijke boete” wegens niet-mededeling van de reden binnen 2 maanden volgend op het verzoek van de werknemer, maar ook om alsnog de ontslagredenen mee te delen en dat zelfs onder verbeurte van een dwangsom. Het gaat inderdaad om een situatie die vergelijkbaar is met die waarin een werkgever nalaat tijdig alle sociale documenten over te maken aan de werknemer: de rechter kan hem veroordelen tot afgifte van die documenten op straffe van een dwangsom⁽²⁰⁷⁾ en tot vergoeding van de schade die de werknemer door het verzuim of de moedwilligheid van de werkgever eventueel heeft geleden.

Uiteraard kan die mededeling dan niet meer gebeuren binnen de 2 maanden die de Cao nr. 109 vooropzet, zoals ook de sociale documenten niet meer tijdig kunnen worden afgegeven. De rechter zal dus zelf een termijn moeten bepalen, zoals hij dat ook doet als hij veroordeelt tot de afgifte van niet-tijdig afgegeven sociale documenten. De mededeling van de concrete ontslagredenen kan dan eventueel gebeuren bij conclusie neer te leggen in de procedure over de vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag die in de meeste gevallen wel samen met die tot veroordeling van de werkgever tot mededeling van de ontslagredenen zal zijn gesteld. De neerlegging van een conclusie ter griffie immers als betekening⁽²⁰⁸⁾ zodat de ontvangst nog beter is verzekerd dan door een aangetekende brief. Maar niets belet dat de rechter de werkgever zou bevelen de mededeling met een aangetekende brief te doen, zoals voorgeschreven door artikel 5 van de Cao nr. 109.

De reden die de werkgever in uitvoering van een rechterlijk bevel meedeelt, kan dan nog worden getoetst op de conformiteit met het voornoemde artikel 5. Zijn de opgegeven redenen niet voldoende concreet, dan is niet voldaan aan het rechterlijk bevel.

(207) Cass. 30 november 1998, RW 1998-99, 1388.

(208) Art. 746 Ger.W.

Een nieuwe, tweede “forfaitaire burgerlijke boete” om die reden of omdat achteraf zou blijken dat de opgegeven motieven niet de werkelijke ontslagredenen zouden zijn, is dan echter niet meer mogelijk: er is maar in één boete voorzien en het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem* verzet zich daartegen.

80. Wanneer een werkgever verzuimt tijdig en correct, d.w.z. bij aangetekende brief met vermelding van de concrete ontslagredenen, gevolg te geven aan een verzoek tot mededeling van de ontslagredenen, heeft dat voor hem een weerslag op de bewijsregeling⁽²⁰⁹⁾. Samen met de “forfaitaire burgerlijke boete” is dat en alleen dat het gevolg dat de sociale partners verbonden hebben aan de miskennen van het recht van de werknemer de ontslagredenen meegedeeld te krijgen.

Men kan erover van mening verschillen of die beide sancties wel volstaan om te voorkomen dat het recht van de werknemer een ontslag op grond van de motieven ervan voor de rechter aan te vechten, wordt uitgehold. Sommigen menen dat dit niet het geval is en stellen procedurele aanpassingen voor zoals de gerechtskosten van een procedure tot het verkrijgen van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag bij verzuim van mededeling van de ontslagredenen altijd ten laste van de werkgever leggen. Ik denk dat zij de hierboven vermelde mogelijkheid te vorderen dat de werkgever wordt veroordeeld tot mededeling van de ontslagredenen, over het hoofd zien.

Hoe dan ook, *de lege lata* vormen de specifieke bewijslastregeling en de “forfaitaire burgerlijke boete” de enige sancties voor de miskennen van het recht van de werknemer de ontslagredenen te vernemen. Uit niets blijkt dat die miskennen de werkgever zou beroven van de mogelijkheid later nog andere redenen voor het ontslag in te roepen⁽²¹⁰⁾.

B. Burgerlijke boete

81. De Cao nr. 109 bestraft de miskennen van de mededelingsverplichting door de werkgever met wat zij “een forfaitaire burgerlijke boete” noemt⁽²¹¹⁾. De vraag rijst wat de aard is van die boete: gaat het om een private straf of om een schadevergoeding?

1. Private straf

82. Een burgerlijke boete is een vorm van een private straf. “Straf” moet hier worden begrepen als een negatief gevolg vanwege het miskennen van een norm. De straf is *privaat* omdat zij slechts kan worden “opgelegd” op vordering van een private partij en bestaat in iets dat die partij ten goede komt. Zo is een dwangsom een burgerlijke boete als de veroordeelde weigert of nalaat de hoofdveroordeling uit te spreken⁽²¹²⁾.

(209) Zie daarover nr. 129.

(210) Zie hierover nr. 111.

(211) Art. 7, § 1 Cao nr. 109.

(212) K. WAGNER, *Artikelsgewijze commentaar gerechtelijk recht*, Mechelen, Kluwer; losbl., art. 1385bis, 19, met verwijzingen naar de literatuur en zekere reserves omtrent die benadering.

83. Het hanteren van een “boete” is merkwaardig. Schending van een algemeen bindend verklaarde cao, zoals de Cao nr. 109, wordt immers al door het Sociaal Strafwetboek beteugeld met een sanctie van niveau 1, tenzij de inbreuk op de cao reeds door een ander artikel van het Sociaal Strafwetboek wordt bestraft⁽²¹³⁾. Aan die laatste voorwaarde is niet voldaan wanneer, zoals hier het geval is, de cao waartegen wordt gezondigd en dus niet het Sociaal Strafwetboek, zelf in een straf voorziet. Niet-, niet-tijdige of niet-correcte mededeling van de concrete ontslagreden als een werknemer daarom op de voorgeschreven manier verzoekt, kan er dus toe leiden dat een sanctie van niveau 1 wordt opgelegd, bestaande in een administratieve geldboete van tien tot honderd euro⁽²¹⁴⁾.

Blijkbaar wordt een miskenning van de mededelingsverplichting dus bestraft met twee geldboetes, een burgerlijke en een administratieve. De vraag rijst dan ook of het opleggen van twee geldboetes niet in strijd zou zijn met de *non bis in idem*-regel. Het antwoord op die vraag hangt af van dat op de vraag of de “burgerlijke boete” van de Cao nr. 109 een bestraffend karakter heeft. Het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem* lijkt zich ertegen te verzetten dat een bestuur⁽²¹⁵⁾ nog een straf oplegt aan een persoon die al een burgerlijke sanctie met een repressief karakter heeft ondergaan voor identieke feiten of omgekeerd⁽²¹⁶⁾.

Is een burgerlijke boete gelijk aan 2 weken loon een sanctie van repressieve aard? De term “boete” lijkt er alvast op te wijzen. En wellicht is het bedrag van de boete ook hoger dan de schadevergoeding die een werknemer met toepassing van het gemeen recht zou kunnen krijgen op grond van schending van de mededelingsverplichting⁽²¹⁷⁾.

De toepassing van het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem* zou met zich meebrengen dat als “de meest gerede partij”, hetzij de werknemer, hetzij de federale overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, erin slaagt de boete respectievelijk te innen of op te leggen, de andere dat niet meer kan. Dat zou het merkwaardige gevolg hebben dat FOD WASO de werknemer zou kunnen “beroven”

(213) Art. 189, eerste lid, Sociaal Strafwetboek.

(214) Art. 101 Sociaal Strafwetboek.

(215) Bepaalde ambtenaren van de Directie van de administratieve geldboeten van de Afdeling van de juridische studiën, de documentatie en de geschillen van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg (art. 9-10 KB 1 juli 2011 tot uitvoering van de artikelen 16, 13°, 17, 20, 63, 70 en 88 van het Sociaal Strafwetboek en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van het sociaal strafrecht).

(216) Zie GwH 26 april 2007, nr. 67/2007 en GwH 18 juni 2008, nr. 91/2008: vgl. GwH 19 december 2013, nr. 181/2014. Het Hof van Cassatie ziet geen bezwaar in cumulatie van een strafsanctie met een administratieve sanctie (zie bv. Cass. 25 mei 2011, *JT* 2011, 651 en Cass. 5 februari 1999, *JTT* 1999, 757). Wel mag de rechter een eerder uitgesproken sanctie in zijn oordeel betrekken (Cass. 24 januari 2002, *AFT* 2002, 201).

(217) Zie over die schadevergoeding nr. 174. Sommigen zeggen nochtans dat twee weken loon toch wel erg weinig is. Zie bv. L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 221 en L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, “La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014”, *JT* 2014, afl. 6565, 384 spreekt van “dérisoire” maar voegt daaraan onmiddellijk toe dat de zware bewijslastregeling voor de werkgever die het gevolg is van niet-mededeling van de ontslagreden niet uit het oog mag worden verloren.

van zijn recht op een “forfaitaire burgerlijke boete”. Die komt immers op grond van de Cao nr. 109 aan de werknemer toe ⁽²¹⁸⁾.

Ook zou de kwalificatie als straf ertoe kunnen leiden dat de werkgever rechtvaardigingsgronden inroept, vermindering van de boete kan krijgen bij verzachtende omstandigheden en opschorting of uitstel kan verkrijgen ⁽²¹⁹⁾. Dat lijkt toch wel erg verregaand te zijn en het element schadevergoeding dat de boete ook heeft, te miskennen. Overmacht inroepen kan natuurlijk altijd, ook als het niet om een straf zou gaan ⁽²²⁰⁾.

2. *Schadevergoeding en loon*

84. Het begrip boete draagt van nature het element vergelding in zich, dat op zijn beurt genoegdoening impliceert. Men mag er dan ook van uitgaan dat de “forfaitaire burgerlijke boete” waarin de Cao nr. 109 voorziet bij miskenning van het recht van de werknemer de ontslagreden te vernemen van zijn werkgever, een schadevergoeding of, als men aanneemt dat zij een straf is, *tevens* een schadevergoeding is.

85. Geen van die kwalificaties belet dat de boete loon is. Het bedrag gelijk aan 2 weken loon is wel degelijk loon, althans in de zin van artikel 2 van de Loonbeschermingswet: de werknemer heeft er [onder de in de door de Cao nr. 109 bepaalde voorwaarden] recht op ten laste van de werkgever “*ingevolge* [de miskenning door deze laatste van de mededelingsvoorschriften waarin de cao voorziet naar aanleiding van de beëindiging van] *de dienstbetrekking*”. Met toepassing van artikel 10 van de Loonbeschermingswet is op het brutobedrag ervan van rechtswege interest verschuldigd vanaf het ogenblik van de opeisbaarheid. Dat ogenblik is het verstrijken van de termijn van 2 maanden, want tot dat ogenblik kan de werkgever nog altijd een verzuim goedmaken of een verkeerde eerdere kennisgeving repareren ⁽²²¹⁾.

Maar als “vergoeding” (*schadevergoeding* is zelfs niet vereist) die de werkgever verschuldigd is omdat hij de collectief-conventionele mededelingsverplichting van de Cao nr. 109 niet nakomt, wordt de boete terug uit het loonbegrip gesloten dat wordt

(218) Art. 7, § 1 Cao nr. 109.

(219) De vraag wordt ook gesteld, maar niet beantwoord door J. CLESSE, “La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés” in J. CLESSE en J. HUBIN (eds.), *Questions spéciales de droit social. Hommage à Michel Dumont*, Brussel, Larcier, 2014, 450.

(220) Zie voor een voorbeeld van een overmachtsituatie: L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 222.

(221) P. SICHEN, “Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014,

gehanteerd als basis voor de heffing van socialezekerheidsbijdragen⁽²²²⁾. Daarvoor zijn aanpassingen van de regelgeving niet nodig en zelfs niet wenselijk⁽²²³⁾.

Ten slotte dient ook nog gezegd dat van de boete van 2 weken loon, gelet op haar forfaitaire aard, moet worden aangenomen dat zij alle schade vergoedt die de werknemer lijdt door de miskennis van zijn recht de ontslagreden te vernemen van zijn werkgever, zowel materiële als morele. Men ziet echter niet goed in welke materiële schade de werknemer daardoor zou kunnen oplopen. Zelfs de prijs van de aangetekende verzending van zijn verzoek om de ontslagreden kan niet als schade worden beschouwd omdat de werkgever geen fout begaat door niet spontaan de ontslagreden mee te delen en een schriftelijk verzoek per aangetekende brief een voorwaarde is voor de uitoefening van het genoemde recht van de werknemer⁽²²⁴⁾. Dat betekent dat de boete eigenlijk enkel morele schade vergoedt. Daarom mag worden aangenomen dat zij niet-belastbaar is⁽²²⁵⁾.

De vragen naar de aard van het bedrag en de gevolgen daarvan op het vlak van de socialezekerheidsbijdragen en de belastingen komen terug bij de bespreking van de schadevergoeding verschuldigd wegens kennelijk onredelijk ontslag⁽²²⁶⁾.

86. Aangezien de schade die een werknemer lijdt door de nalatigheid of de weigering van de werkgever hem tijdig en correct de concrete ontslagredenen mee te delen als de werknemer daarom op regelmatige wijze heeft verzocht, niet anders kan zijn dan morele schade⁽²²⁷⁾, kan het bedrag van de boete gelijk aan 2 weken loon worden gecumuleerd met een werkloosheidsuitkering⁽²²⁸⁾.

(222) Art. 19, § 2, 2°, Uitvoeringsbesluit RSZ-wet. Anders dan het geval is voor de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, "eist" de RSZ hier geen rechterlijke beslissing of een door de rechter goedgekeurde dading die het bedrag vastlegt: zie nr. 140. De reden hiervoor is wellicht dat de "forfaitaire burgerlijke boete" verschuldigd is wegens een gemakkelijk te controleren objectief vast te stellen feit (niet, niet-correcte of niet-tijdige mededeling van de ontslagreden waarom werd verzocht) en het forfaitair bedrag ervan niet voor manipulatie vatbaar zijn.

(223) Een formele uitsluiting van de boete uit het loonbegrip dat wordt gehanteerd om de basis te bepalen van de socialezekerheidsbijdragen zou immers, op grond van een a-contrarioredenering, de indruk kunnen wekken dat zij geen loon is in de zin van artikel 2 van de Loonbeschermingswet of geen schadevergoeding wegens niet-nakoming van een werkgeversverplichting in de zin van artikel 19, § 2, 2° van het Uitvoeringsbesluit RSZ-wet, naargelang van de plaats waar men de regels zou aanpassen.

(224) Zie nr. 61.

(225) Zij voldoet aan twee van de drie voorwaarden die de fiscale administratie daarvoor stelt: (1) een fout van de werkgever en (2) persoonlijke individuele morele schade als gevolg daarvan. Aan de voorwaarde (3), toekenning bij rechterlijke beslissing, voldoet zij niet, maar niet alleen heeft die voorwaarde geen wettelijke grondslag, bovendien is zij in dit geval ook overbodig, aangezien zowel de fout van de werkgever gemakkelijk aan te tonen is als het bedrag van de boete vaststaat. Zie over de fiscale incidenties van beëindigingsvergoedingen W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2015-16*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nrs. 4738 e.v. Zie ook T. DRIESSE en C. BROUCKE, "Le régime social et fiscal de certaines indemnités allouées à l'occasion de la fin du contrat de travail", *Ors.* 2014, 19.

(226) Zie nr. 142.

(227) Uit daaromtrent naar mijn oordeel onnodige twijfels: P. SICHEN, "Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag" in DEPARTEMENT PERMANENTE FORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 40, nr. 28.

(228) Art. 46, § 1, eerste lid, 5° en derde lid Werkloosheidsbesluit. Het derde lid omschrijft een vergoeding voor morele schade als "de vergoeding toegekend ter compensatie van de extra-patrimoniale schade die

C. Twee weken loon

1. Bedrag en basis

87. De “forfaitaire boete”, eigenlijk een schadevergoeding, is gelijk aan 2 weken loon⁽²²⁹⁾.

De Cao nr. 109 bepaalt niet welk loonbegrip wordt gehanteerd en vermeldt niet, zoals artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat wel doet, tevens de voordelen verworven krachtens de overeenkomst. In beginsel zou men dus denken aan het algemeen loonbegrip, met name de tegenprestatie van arbeid verricht ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst⁽²³⁰⁾. Uit de cassatierechtspraak blijkt echter dat, zoals voor wettelijke beëindigingsvergoedingen berekend op basis van het loon het geval is, voor de berekening van beëindigingsvergoedingen die verschuldigd zijn op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst en die het loon als basis aanduiden, ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst in aanmerking komen die geen tegenprestatie van arbeid zijn, zoals het vakantiegeld van bedienden⁽²³¹⁾.

88. Uiteraard gaat het om 2 weken brutoloon. Maar het bedrag dat aldus wordt verkregen is voor de werknemer meteen een nettobedrag⁽²³²⁾.

2. Cumulatieregeling

89. Aangezien de “forfaitaire burgerlijke boete” in wezen de schade vergoedt die de werknemer geacht wordt te hebben geleden omdat zijn recht kennis te krijgen van de concrete redenen voor zijn ontslag werd miskend⁽²³³⁾, kan zij worden gecumuleerd met bedragen die een andere grondslag hebben.

De “forfaitaire burgerlijke boete” kan dus zonder twijfel worden gecumuleerd met een opzeggingsvergoeding, een concurrentievergoeding, een uitwinningvergoeding, een vergoeding wegens schending van een ontslagverbod of een werkzekerheidsbeding en met een vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag⁽²³⁴⁾ of voor rechtsmisbruik bij de uitoefening van het recht te ontslaan⁽²³⁵⁾, die respectievelijk de werk-

het gevolg is van een foutief gedrag in hoofde van de gewezen werkgever, en die dus niet in de plaats kan treden van de voordelen toegekend in het kader van een normale ontslagregeling.”

(229) Art. 7, § 1 Cao nr. 109.

(230) Zo redeneren G. DEVILLE en P. GEERBAERT, “CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc.Kron.* 2014, 132, die daarvoor ten onrechte verwijzen naar het in de volgende voetnoot vermelde cassatiearrest van 18 november 2013.

(231) Cass. 31 mei 1988, *JTT* 1988, 352; Cass. 6 februari 2006, *JTT* 2006, 250; Cass. 18 november 2013, *JTT* 2014, afl. 1178, 53, concl. J. GENICOT, noot, die verwijst naar het arrest van 6 februari 2006. In het arrest van 18 november 2013 wordt de term “lopend loon” die in een cao voorkomt, omschreven als “tegenprestatie voor de arbeid in uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, maar uit het middel blijkt dat in ieder geval het bestreden arrest daaronder ook het vakantiegeld begrijpt, zonder dat het Hof van Cassatie het arrest vernietigde.

(232) Zie nr. 85.

(233) Zie de nrs. 71 en 73.

(234) Artikel 7, § 3 van de Cao nr. 109 vermeldt dat uitdrukkelijk.

(235) In de gevallen waarin geen sprake is van een ontslagprocedure. Zie nr. 39.

nemer vergoeden voor het niet in acht nemen van de opzeggingstermijn, het verlies gedurende een bepaalde periode na het einde van de arbeidsovereenkomst van het recht concurrerende activiteiten uit te oefenen, het verlies van de mogelijkheid de zelf opgebouwde clientèle te bezoeken, de schade veroorzaakt door de miskenning van een verbod om bepaalde redenen of zonder naleving van een bepaalde procedure te ontslaan en de schade die de werknemer lijdt door het feit dat de werkgever kennelijk de grenzen te buiten is gegaan bij de uitoefening van zijn recht om te ontslaan.

90. Dat leidt meteen tot de vraag of de werknemer naast of in de plaats van de “forfaitaire burgerlijke boete” van de werkgever schadevergoeding kan vorderen voor de miskenning van het recht van de werknemer de concrete ontslagredenen te kennen waarin de Cao nr. 109 voorziet.

Het antwoord is ontkenkend. Ongeacht of men de 2 weken loon ook als een boete beschouwt, dat bedrag is of omvat in ieder geval (ook) een forfaitair begrote schadevergoeding.

91. Als de FOD WASO een administratieve geldboete oplegt, die hij en niet de werknemer int, zou het moeilijk zijn de werknemer schadevergoeding te ontzeggen omdat dit een schending zou inhouden van het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem*⁽²³⁶⁾. Het probleem kan natuurlijk worden vermeden door terughoudendheid in het opleggen van een administratieve geldboete voor miskenning van de Cao nr. 109.

Afdeling IV. Recht op schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag

92. Door haar concretisering van het grondrecht op een aanvaardbare reden tot ontslag te formuleren in de vorm van een schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, sluit de Cao nr. 109 enerzijds aan bij het Handvest van 12 december 2007 van de grondrechten van de Europese Unie, dat in zijn artikel 30 iedere werknemer recht geeft op “bescherming” tegen iedere vorm van kennelijk onredelijk ontslag, anderzijds bij de IAO-aanbevelingen en -verdragen betreffende ontslag en bij het (Herziene) Europees Sociaal Handvest, die aan schendingen van dat grondrecht het recht vastkoppelen op schadevergoeding, tenminste als er geen re-integratie is van de ontslagen werknemer⁽²³⁷⁾.

§ 1. Schadevergoeding bij ontslag op kennelijke onredelijke motieven als principe

A. Alleen schadevergoeding

93. Artikel 24, eerste lid, b van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest voerde voor de zonder geldige reden ontslagen werknemer een recht in op “een afdoende vergoeding of op een andere passende schadeloosstelling”. De werknemer het recht geven zijn wederindienstneming te vorderen, zou zo diep indruisen tegen de begin-

(236) Zie nr. 83.

(237) Zie nr. 93.

selen van het Belgisch arbeidsrecht dat daarvoor kiezen ongetwijfeld niet eens aan de orde is gekomen in de onderhandelingen over de Cao nr. 109.

De werknemer bij kennelijk onredelijk ontslag aanspraak laten maken op schadevergoeding en die zo nodig in rechte af te dwingen, is in België overigens ook de meest voor de hand liggende invulling van de “procedurele” verbintenis die artikel 24, tweede lid, de partijen bij het (Herziene) Europees Sociaal Handvest oplegt, nl. “*ervoor te zorgen dat een werknemer die van oordeel is dat tegen hem een ontslagmaatregel zonder geldige reden werd getroffen, recht zou hebben om bij een onpartijdig orgaan tegen deze maatregel beroep aan te tekenen*”. Een kennelijk onredelijk ontslag blijft immers volgens de principes van het Belgische ontslagrecht overeind en in rechte herstel van de dienstbetrekking afdwingen is niet mogelijk⁽²³⁸⁾. In dat opzicht is het dan ook eigenlijk verkeerd te zeggen en te schrijven, zoals nochtans vaak gebeurt, dat de werknemer “het ontslag” kan aanvechten, d.w.z. de rechtsgeldigheid ervan betwisten. Alleen worden de motieven ervan onwettig of ongeldig verklaard, met schadevergoeding als gevolg.

In tegenstelling tot wat het geval is met betrekking tot de mededeling van de ontslagredenen, waarop de werknemer formeel een recht toegekend krijgt⁽²³⁹⁾, geeft de Cao nr. 109 de werknemer niet formeel het recht niet te worden ontslagen om dergelijke redenen⁽²⁴⁰⁾. Evenmin verbiedt zij de werkgevers formeel te ontslaan om kennelijk onredelijke motieven. Kan de werknemer in rechte vorderen dat de werkgever wordt veroordeeld hem de concrete ontslagredenen mee te delen⁽²⁴¹⁾, hij beschikt niet over het recht te vorderen dat de werkgever verbod zou worden opgelegd over te gaan tot een ontslag dat de rechter kennelijk onredelijk zou achten of te eisen dat hij na een dergelijk ontslag terug in dienst wordt genomen. De Cao nr. 109 geeft de werknemer enkel recht op schadevergoeding.

B. Alleen vanwege de ontslagmotieven

94. Een ontslag kan op verschillende gronden onrechtmatig, d.w.z. in strijd met recht en billijkheid zijn, ongeacht of het al dan niet regelmatig, d.w.z. overeenkomstig de formele voorschriften, werd genomen: vanwege de motieven, de wijze, het tijdstip, de omstandigheden enzovoorts⁽²⁴²⁾.

De onrechtmatigheid wordt in de Cao nr. 109 gerelateerd aan de redenen waarop het ontslag is gebaseerd, wat ook de invalshoek is van artikel 24 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest.

95. Terwijl het (Herziene) Europees Sociaal Handvest het heeft over “geldige redenen” hanteert de Cao nr. 109 de uitdrukking “kennelijk onredelijk ontslag”, die zij uitsluitend op basis van de ontslagredenen definieert. In dat opzicht is de regeling van de Cao

(238) W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, nr. 728.

(239) Zie nr. 79.

(240) Zoals art. 24, a, van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest wel doet.

(241) Zie nr. 79.

(242) Onrechtstreeks doen die zaken weer hun intrede bij de begroting van de forfaitaire schadevergoeding: zie nr. 137.

nr. 109 te vergelijken met het willekeurig ontslag voor werklieden van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, waarop ook alleen een beroep kan worden gedaan vanwege de motieven waarop een ontslag steunt.

96. Zoals artikel 24, eerste lid, a, van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest voert de Cao nr. 109 niet een positieve verplichting in tot motivering van het ontslag van een werknemer, maar vertrekt zij van een negatieve benadering: de werknemer heeft het recht niet kennelijk onredelijk te worden ontslagen, want een ontslag dat kennelijk onredelijk is, geeft aanleiding tot schadevergoeding.

§ 2. Toepassingsgebied

A. *Personeel toepassingsgebied*

1. *Algemeen*

97. In beginsel is hoofdstuk IV van de Cao nr. 109, dat betrekking heeft op de figuur van het kennelijk onredelijk ontslag, van toepassing op alle werknemers die niet volledig of gedeeltelijk, meer bepaald wat hoofdstuk IV betreft, uit het toepassingsgebied van de cao worden gesloten.

2. *Uitsluiting uit het volledige toepassingsgebied van de Cao nr. 109*

98. Werknemers die volledig uitgesloten zijn uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109, hetzij vanwege de publiekrechtelijke aard van hun werkgever, hetzij vanwege de recente totstandkoming van hun arbeidsovereenkomst (niet meer dan 6 maanden vóór het ontslag) of de principiële kortstondigheid daarvan (uitzendarbeid of tewerkstelling als student), dan wel vanwege de redenen waarvoor (SWT of het bereiken van de pensioenleeftijd) of de omstandigheden waarin zij werden ontslagen (stopzetting, sluiting, collectief of meervoudig ontslag) of omdat zij een beroep kunnen doen op een ontslagprocedure⁽²⁴³⁾, kunnen zich uiteraard ook niet beroepen op het recht op schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag op grond van die cao.

Voor hun uitsluiting van dit recht zijn er minder of geen aanvaardbare redenen dan voor hun uitsluiting van het recht de concrete reden voor hun ontslag te kennen⁽²⁴⁴⁾. Hun uitsluiting betekent echter niet dat zij m.b.t. de aangelegenheden waarover de Cao nr. 109 handelt, rechteloos zijn⁽²⁴⁵⁾.

3. *Uitsluiting van arbeidsovereenkomsten met een tijdsbepaling*

99. Zoals de regeling van het willekeurig ontslag in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet is de regeling van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk

(243) Zie de nrs. 15 e.v.

(244) Zie nr. 54.

(245) Zie de nrs. 145 e.v.

ontslag van de Cao nr. 109 beperkt tot werknemers die verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ⁽²⁴⁶⁾.

Zoals voor alle werknemers geldt zij niet gedurende de eerste 6 maanden van de arbeidsovereenkomst ⁽²⁴⁷⁾ en dus ook niet als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door ontslag uitgaande van de werkgever wordt beëindigd vóór de uitvoering ervan.

De omstandigheid dat vroegere arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd of voor uitzendarbeid onder bepaalde gevallen worden meegerekend om uit te maken of die 6 maanden zijn bereikt ⁽²⁴⁸⁾, maakt van hen nog niet noodzakelijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daarvoor vereist artikel 10 van de Arbeidsovereenkomstenwet dat het gaat om opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd zonder onderbreking die aan de werkgever toe te schrijven is en de ontstentenis van een wettige reden die het sluiten van verschillende arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd verantwoordt ⁽²⁴⁹⁾ en artikel 10*bis* dat niet is voldaan aan de voorwaarden van die bepaling die opeenvolgende arbeidsovereenkomsten met een tijdsbepaling onttrekken aan het mechanisme van artikel 10. Die vereisten en voorwaarden stelt artikel 2, § 2, eerste gedachtestreepje, van de Cao nr. 109 niet om te bepalen of de werknemer zich bij zijn ontslag nog bevindt in de eerste 6 maanden van zijn tewerkstelling ⁽²⁵⁰⁾.

100. Zoals hierboven al werd vermeld, kunnen, blijkens de bijlage bij het (Herziene) Europees Sociaal Handvest de verdragsluitende partijen werknemers in dienst genomen met een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of een bepaalde taak aan de bescherming van artikel 24 van het Handvest (het recht niet te worden ontslagen zonder geldige reden) onttrekken ⁽²⁵¹⁾.

Niettemin kan men zich afvragen of de ongelijke behandeling die daaruit voortvloeit, wel verantwoord is in het licht van de richtlijn nr. 99/70 van 28 juni 1999 betreffende de door UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en van de wet van 5 juni 2002 betreffende het non-discriminatiebeginsel ten voordele van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die daaraan uitvoering geeft. Volgens artikel 6, eerste lid, van de wet van 5 juni 2002 mogen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd louter op grond van het feit dat zij voor een bepaalde tijd werken, met

(246) De beperking van de werkingssfeer van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet tot arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd achtte het Grondwettelijk Hof geoorloofd omwille van de mogelijk zware beëindigingsvergoeding die op grond van artikel 40, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet verschuldigd is bij onregelmatige beëindiging van dat soort arbeidsovereenkomsten en de onmogelijkheid arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd op te zeggen (GwH 18 oktober 2012, nr. 123/2012). Maar het tweede motief is gedeeltelijk weggevallen door het feit dat arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd thans wel kunnen worden opgezegd gedurende de eerste helft van hun duur, met een maximum van 6 maanden (art. 40, § 2 Arbeidsovereenkomstenwet).

(247) Zie nr. 19.

(248) Zie nr. 20.

(249) Art. 10 Arbeidsovereenkomstenwet.

(250) Zie nr. 17.

(251) Bijlage Werkingssfeer van het Sociaal Handvest met betrekking tot de te beschermen personen, artikel 24.2.a.

betrekking tot de arbeidsvoorwaarden niet minder gunstig worden behandeld dan vergelijkbare werknemers in vaste dienst, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is. Noch de richtlijn, noch de wet definieert wat onder arbeidsvoorwaarden moet worden verstaan, maar een ontslagregeling lijkt daarin te begrijpen⁽²⁵²⁾. Ook het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 123/2012 van 18 oktober 2002 kan het verschil niet maken omdat het werd gewezen in een deels andere context⁽²⁵³⁾.

Anders dan het geval is met uitzendkrachten en studenten⁽²⁵⁴⁾, is de tijdsbepaling hier het enige criterium voor de uitsluiting. Kan men ernstig beweren dat iemand die bv. voor 2 jaar wordt aangeworven, niet het recht heeft op bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag? Ik denk van niet. Dat betekent dat deze beperking met toepassing van artikel 9, 1°, van de Cao-wet nietig is wegens strijdigheid met een dwingende wetsbepaling. Door de schrapping, als nietig, van de woorden "aangeworven voor onbepaalde tijd" in artikel 8 van de Cao nr. 109 kunnen werknemers die verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling zich ook beroepen op kennelijk onredelijk ontslag om de schadevergoeding te vorderen waarin de Cao nr. 109 voorziet.

B. Materieel toepassingsgebied: het begrip kennelijk onredelijk ontslag

101. De Cao nr. 109 neemt voor het grootste deel de omschrijving over van het begrip willekeurig ontslag van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, maar zij geeft daaraan een andere benaming, nl. kennelijk onredelijk ontslag⁽²⁵⁵⁾.

Redelijk betekent *humaan, rechtvaardig, billijk en behoorlijk*. Onredelijk is het antoniem⁽²⁵⁶⁾. Verschillende zaken kunnen een ontslag onrechtvaardig, onbillijk of onbehoorlijk maken: in de eerste plaats de motieven, maar ook de wijze of het tijdstip waarop of de omstandigheden waarin het gebeurt. De Cao nr. 109 definieert onredelijk ontslag uitsluitend op basis van de motieven en vernauwt het aldus in vergelijking met zijn generieke betekenis.

102. *Kennelijk* als bijwoord betekent *ontwifelbaar, onloochenbaar*⁽²⁵⁷⁾. Synoniemen zijn *beslist* en *evident*. In het recht spreekt men van *manifest* ("manifestement" in het Frans).

Het bijwoord is gekend uit de omschrijving van wat rechtsmisbruik is: "het uitoefenen van een recht op een wijze die *kennelijk* de grenzen te buiten gaat van de normale

(252) Zie vn. 25.

(253) Zie vn. 246. Anders: J. CLESSE, "La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés" in J. CLESSE en J. HUBIN (eds.), *Questions spéciales de droit social. Hommage à Michel Dumont*, Brussel, Larcier, 2014, 449, vn. 76.

(254) Zie vn. 246.

(255) Gelukkig niet: *afanking*. Zie vn. 124.

(256) *Dikke Van Dale* (zo heet de elektronische onlineversie van *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal* op www.vandale.nl), tw. 'redelijk'.

(257) *Dikke Van Dale* (zo heet de elektronische onlineversie van *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal* op www.vandale.nl), tw. 'kennelijk'.

uitoefening van dat recht door een voorzichtig en zorgvuldig persoon"⁽²⁵⁸⁾. D.w.z. dat *geen enkel* voorzichtig en zorgvuldig persoon in de regel zo handelt in dezelfde omstandigheden. Dat laatste is belangrijk, aangezien een ontslagmotief dat onredelijk lijkt voor de ene werkgever of in welbepaalde omstandigheden, dat niet meer is voor een andere werkgever of in andere omstandigheden.

Het zijn de elementen van de algemene omschrijving van rechtsmisbruik die, wat anders geformuleerd ("normaal en redelijk" i.p.v. "voorzichtig en zorgvuldig"), terug te vinden zijn in de bijzin die de Cao nr. 109 toevoegt aan de omschrijving van willekeurig ontslag om een definitie te geven van kennelijk onredelijk ontslag. Het is een ontslag dat gebaseerd is op redenen die geen verband houden met de persoon of het gedrag van de werknemer, noch ingegeven zijn door de gang van zaken in de onderneming "*en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever*"⁽²⁵⁹⁾.

1. Ontslag

103. Kennelijk onredelijk ontslag vereist een ontslag. Ontslag is de rechtshandeling waardoor een partij bij een arbeidsovereenkomst te kennen geeft dat zij de overeenkomst wenst te beëindigen⁽²⁶⁰⁾.

Omdat de Cao nr. 109 enkel betrekking heeft op ontslagen uitgaande van de werkgever, zal de rechter bij betwistingen over impliciet ontslag of over het al dan niet bestaan van beëindigende overmacht, moeten uitmaken wie de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd: de werkgever omdat de werknemer terecht impliciet ontslag uitgaande van de werkgever inroept of omdat de werkgever ten onrechte impliciet ontslag uitgaande van de werknemer of beëindigende overmacht inroept, dan wel omgekeerd⁽²⁶¹⁾.

104. Elke arbeidsovereenkomst kan worden beëindigd door ontslag, ook een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd⁽²⁶²⁾.

Het zou kunnen zijn dat een arbeidsovereenkomst die is gesloten in de vorm van een contract voor een bepaalde tijd, op grond van de wet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is geworden⁽²⁶³⁾.

105. Een ontslag kan zowel regelmatig zijn – als het de vorm aanneemt van een opzegging⁽²⁶⁴⁾ of van een ontslag wegens dringende reden⁽²⁶⁵⁾ – als onregelmatig.

(258) Vaste omschrijving van het Hof van Cassatie, laatst nog in Cass. 21 maart 2013, C.12.0118.F.

(259) Art. 8, eerste lid Cao nr. 109.

(260) Zie de nrs. 56 en 11.

(261) Zie hierover nr. 70.

(262) Zoals gezegd, hebben, in weerwil van de tekst van artikel 8 van de Cao nr. 109, ook werknemers met dat soort arbeidsovereenkomst op grond van de Cao het formele recht niet om kennelijk onredelijke motieven te worden ontslagen: zie nr. 100.

(263) Zie art. 10 en 10*bis* van de Arbeidsovereenkomstenwet.

(264) Op om het even welk tijdstip als het gaat om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (art. 39, § 1, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet), tijdens de eerste helft, met een maximum van zes maanden, als het gaat om een arbeidsovereenkomst met een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk (art. 40, § 2 Arbeidsovereenkomstenwet).

(265) Art. 35, eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet.

Hoofdstuk IV (kennelijk onredelijk ontslag) van de Cao nr. 109 lijkt op het eerste gezicht anders dan hoofdstuk III (recht de ontslagredenen te kennen)⁽²⁶⁶⁾, van toepassing bij ontslag om dringende reden: artikel 2, § 4 van de cao sluit enkel hoofdstuk III uit haar toepassingsgebied *“wanneer toepassing wordt gemaakt van artikel 35 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten”*. Maar men moet dit correct lezen. De werkgever die overgaat tot ontslag van een werknemer dat hij voorstelt als een ontslag wegens dringende reden, maar waarbij de vorm- en/of inhoudelijke vereisten daarvoor niet vervuld zijn, maakt geen toepassing van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet. Dat artikel 35 kan inderdaad maar worden toegepast als het ontslag aan de voorwaarden daarvan beantwoordt. Is dat niet het geval, dan is het beweerde ontslag wegens dringende reden in werkelijkheid een onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst⁽²⁶⁷⁾. Daarop is de Cao nr. 109 in haar geheel van toepassing, dus ook hoofdstuk IV.

Het is overigens duidelijk dat een echt, want in alle opzichten rechtsgeldig, ontslag wegens dringende reden per definitie niet kennelijk onredelijk is: ernstige tekortkomingen van de werknemer die professionele samenwerking tussen de partijen onmiddellijk en definitief onmogelijk maken, zijn uiteraard aanvaardbare ontslagredenen.

106. Het tijdstip waarop een werkgever tot ontslag overgaat, is in beginsel zonder belang voor de toepasselijkheid van hoofdstuk IV van de cao.

Wel moet ermee rekening worden gehouden dat de Cao nr. 109 in haar geheel, en dus ook wat hoofdstuk IV betreft, niet van toepassing is op werknemers die ontslagen worden tijdens de eerste 6 maanden van de tewerkstelling, wel op een ontslag vóór de ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst⁽²⁶⁸⁾. Dat een ontslag tot stand komt tijdens de eerste 6 maanden van een arbeidsovereenkomst die als een afzonderlijk contract is gesloten, betekent echter niet altijd dat de Cao nr. 109 niet van toepassing is: tewerkstelling op voorafgaande arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd of voor uitzendarbeid wordt onder bepaalde voorwaarden in acht genomen zonder dat zij de arbeidsovereenkomst waaraan het ontslag een einde maakt, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd maken⁽²⁶⁹⁾.

Dat een ontslag al is voorafgegaan door een opzegging van dezelfde arbeidsovereenkomst door dezelfde werknemer, sluit de toepasselijkheid van de hoofdstuk IV van de Cao nr. 109 niet uit. Zoals opeenvolgende ontslagen van een werknemer tot gevolg kunnen hebben dat de werkgever tweemaal de concrete ontslagredenen moet meedelen, zelfs al zou die dezelfde zijn⁽²⁷⁰⁾, kan zowel een opzegging als een nog vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn daarop volgend onmiddellijk ontslag kennelijk onredelijk zijn, zodat de werkgever twee keer de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag verschuldigd is.

(266) Zie nr. 58.

(267) Zie ook nr. 58.

(268) Zie de nrs. 19 e.v.

(269) Zie de nrs. 12 en 19.

(270) Zie nr. 66.

2. Redenen voor een ontslag

107. Zoals hierboven al werd gezegd, heeft de Cao nr. 109 het enkel over ontslagen die kennelijk onredelijk zijn wegens hun motieven ⁽²⁷¹⁾. De commentaar bij artikel 8 van de CAO zegt uitdrukkelijk dat de toetsing van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag geen betrekking heeft op de omstandigheden van het ontslag. Daarvoor en voor mogelijk nog andere vormen van onbehoorlijk ontslag, bv. wegens het tijdstip waarop het gebeurt, blijft een beroep op het gemeen recht mogelijk ⁽²⁷²⁾.

108. Hoewel de Cao nr. 109 het meervoud gebruikt, is ook een ontslag dat steunt op één onaanvaardbare reden, kennelijk onredelijk.

Is het ontslag ingegeven door meer dan één reden, dan volstaat het naar mijn oordeel niet dat één daarvan kennelijk onredelijk is om het ontslag zelf als kennelijk onredelijk te beschouwen ⁽²⁷³⁾. Als er daarnaast ook andere op zich aanvaardbare ("geldige") redenen zijn waarvan én de realiteit bewezen is en het feit dat zij werkelijk de werkgever mee tot het ontslag hebben bewogen, dan is het ontslag in zijn geheel niet kennelijk onredelijk: een normale en redelijke werkgever zou weliswaar niet om dat ene, onaanvaardbare motief, overgaan tot ontslag, maar toch wel om die andere redenen, die evenzeer aan de basis liggen van het ontslag. De redenering dat één aanvaardbare ontslagreden volstaat om een ontslag niet kennelijk onredelijk te maken, is vergelijkbaar met een ontslag wegens dringende reden dat toch ook niet een onregelmatig ontslag wordt vanwege het feit dat de werkgever in de kennisgeving van de motieven voor het ontslag naast de dringende reden ook nog andere redenen vermeldt die geen ernstige tekortkomingen zijn of die hij niet kan bewijzen.

109. Een ontslag zonder redenen is kennelijk onredelijk, hoewel er dan geen persoons- of bedrijfsgebonden redenen zijn. Tot een dergelijk ontslag zou echter een normale en redelijke werkgever nooit overgaan ⁽²⁷⁴⁾.

3. Redenen waarop het ontslag gebaseerd is

110. De Cao nr. 109 gebruikt de uitdrukking *gebaseerd zijn op*. *Baseren op* betekent *gronden op, grondvesten op, funderen op* ⁽²⁷⁵⁾. De ontslagmotieven die een ontslag kennelijk onredelijk kunnen maken, zijn dus letterlijk de fundamentele redenen voor het ontslag.

(271) Zie nr. 95. Om een Babylonische spraakverwarring te vermijden, is aangewezen de term kennelijk onredelijk ontslag voor te behouden voor ontslagen die onbehoorlijk zijn vanwege de ontslagredenen, zij het dan dat de term ook kan worden gebruikt voor misbruik van ontslagrecht op grond van de ontslagmotieven waarop de Cao nr. 109 niet van toepassing is: zie nr. 47.

(272) Zoals dat het geval was voor werklieden die zich op de figuur van het willekeurig ontslag van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet konden beroepen: zie nr. 197.

(273) Ook de tekst van artikel 8 zet die benadering kracht bij: "Een kennelijk onredelijk ontslag is een ontslag [...] dat gebaseerd is op redenen die [d.w.z. die alle] geen verband houden met ...".

(274) Zie nr. 114.

(275) *Dikke Van Dale* (zo heet de elektronische onlineversie van *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal* op www.vandale.nl) tw. baseren.

Bij betwisting kan de rechter nagaan of de redenen die de werkgever voor het ontslag aanvoert, wel aan de basis liggen van dat ontslag, m.a.w. of elk van hen wel een echte ontslagreden was.

111. De Cao nr. 109 koppelt haar regeling m.b.t. kennelijk onredelijk ontslag niet aan de redenen die de werkgever aan de werknemer heeft meegedeeld, hetzij vrijwillig, hetzij op vraag van de werknemer en dat laatste al dan niet overeenkomstig de voorschriften van hoofdstuk III van die cao. Artikel 8 van de Cao nr. 109 verwijst inderdaad uitdrukkelijk naar de redenen waarop het ontslag is *gebaseerd*.

Dat betekent dat de werkgever die door de werknemer wordt aangesproken op grond van beweerd kennelijk onredelijk ontslag, kan verwijzen naar andere redenen dan die welke hij heeft meegedeeld bij of na het ontslag, eventueel om te voldoen aan de kennisgevingsverplichting die geldt bij een ontslag wegens dringende reden. Dat blijkt alleen al uit de bewijsregeling: welke zin zou het hebben de werkgever op te dragen en dus toe te staan het bewijs van de ontslagredenen te leveren als hij de redenen niet aan de werknemer heeft meegedeeld ⁽²⁷⁶⁾, als enkel de meegedeelde redenen in aanmerking komen om aan te tonen dat een ontslag niet kennelijk onredelijk is? De werkgever moet de andere redenen dan natuurlijk bewijzen, evenals het feit dat het ontslag niet of niet alleen op de meegedeelde redenen was gebaseerd, maar in werkelijkheid op die andere redenen. De regeling van de Cao nr. 109 wijkt in dat opzicht dan ook niet af van die van het willekeurig ontslag voor werklieden van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet ⁽²⁷⁷⁾.

Sommige auteurs zijn van mening dat de situatie onder de gelding van de Cao nr. 109 anders is omdat de mededeling van de ontslagreden die op verzoek wordt gedaan, binnen een bepaalde termijn moet gebeuren. Volgens hen heeft het geen zin een termijn voor te schrijven als later toch nog andere redenen mogen worden aangevoerd ⁽²⁷⁸⁾. Daarmee blijken zij echter over het hoofd te zien dat het recht op mededeling van de reden en het recht niet om kennelijk onredelijke motieven te worden ontslagen, twee verschillende zaken zijn, waarvan de naleving door afzonderlijke sancties wordt afgedwongen. Ook uit de artikelen 5 en 6 van de Cao nr. 109, die het hebben over “de concrete redenen” kan men niet afleiden dat de werkgever achteraf geen bijkomende of andere redenen zou kunnen aanvoeren om te betwisten dat het ontslag waartoe hij overging, kennelijk onredelijk was ⁽²⁷⁹⁾. De stellers van de Cao nr. 109 hebben ongetwijfeld met de invoering van het recht de ontslagreden te vernemen, de werkgevers willen aanzetten hun beweegredenen te verduidelijken en de werk-

(276) Zoals de tekst volgend op het tweede gedachtestreepje van artikel 10 van de cao doet.

(277) De rechter mag zijn beslissing dat het ontslag niet willekeurig is, mede gronden op regelmatig aangevoerde gegevens die de werkgever niet als reden heeft voorgesteld, maar die naar het oordeel van de rechter niettemin mee tot het ontslag hebben geleid (Cass. 15 juni 1988, *RW* 1988-89, 744. Zie ook Cass. 15 januari 1975, *Arr.Cass.* 1975, 542).

(278) H. DECKERS en P. JOASSART, “Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d’indemnités” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, p. 283, nr. 28; M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, “Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement”, *JTT* 2014, afl. 1191, 266.

(279) Zoals aangevoerd door P. SICHEN, “Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 47, nr. 42.

nemers aldus de mogelijkheid willen geven zich een geïnformeerd oordeel te vormen, zodat gerechtelijke procedures kunnen worden vermeden⁽²⁸⁰⁾. Maar zij hebben evenzeer bedongen dat de mededeling van een foute of valse ontslagreden binnen de termijn van 2 maanden (enkel) wordt bestraft als niet-mededeling van de reden.

4. Niet-persoons- of bedrijfsgebonden redenen

112. In het arbeidsrecht wordt universeel, meer bepaald door de Internationale Arbeidsorganisatie in zijn tripartiete samenstelling, aanvaard dat een werkgever maar om redelijke motieven ontslaat als er voor het ontslag motieven zijn die verband hebben met de persoon of het gedrag van de werknemer of met de goede gang van zaken in de onderneming⁽²⁸¹⁾. De Cao nr. 109 gebruikt om dat verband aan te duiden de wat houterige formulering van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet: *“die geen verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of die niet berusten op de noodwendigheden inzake de werking van de onderneming, de instelling of de dienst”*. Zij is grotendeels overgenomen van artikel 24, eerste lid, van het Europees Sociaal Handvest. Volgens sommige commentatoren zijn de twee (of drie als men geschiktheid en gedrag afzonderlijk neemt) niet zeer gedetailleerd omschreven redenen die onder het Handvest als “valabel” worden beschouwd, de meest courant voorkomende redenen, waarvan het “geldig” karakter geen twijfel lijdt⁽²⁸²⁾. Ik denk dat alle valabele of aanvaardbare⁽²⁸³⁾ redenen in een van die twee categorieën kunnen worden ingedeeld.

113. Het is evident dat het verband dat wordt geëist met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer, een legitiem verband moet zijn, zo niet komt men tot het absurde resultaat dat het ontslag van een werknemer die opslag vraagt, niet onredelijk is. Het Hof van Cassatie heeft er lang over gedaan om die evidentie te aanvaarden, maar is uiteindelijk gezwicht in een arrest van 22 november 2010, dat betrekking heeft op artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet⁽²⁸⁴⁾. Het Hof koppelt in dat arrest de legitimiteit aan het motief in de plaats van aan het verband tussen het motief en het ontslag en overweegt dat *“een ontslag om een motief in verband met de geschiktheid of het gedrag van de werkmán toch willekeurig is wanneer dit motief kennelijk onredelijk is”*. Dat volgt, zegt het Hof, uit het feit dat *“de regeling van de willekeurige afdanking het verbod van kennelijk onredelijk ontslag inhoudt”*. Meteen is de band tussen beide figuren ook naar Belgisch positief recht duidelijk gemaakt, zoals die uit de internationale begripsomschrijving al lang manifest was⁽²⁸⁵⁾.

(280) Verslag voorafgaand aan de Cao nr. 109, 3.

(281) Zie nr. 2.

(282) A. CARILLON, *Les sources européennes des droits de l'Homme salarié*, Brussel, Bruylant, 2006, 247. Zie ook F. VANDAMME, “Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée” in J.F. AKANDJI en S. LECLERCQ (eds.), *La Charte sociale européenne*, Brussel, Bruylant, 2001, 20.

(283) Zie vn. 2.

(284) Cass. 22 november 2010, *JTT* 2011, afl. 1085, 3, concl. R. MORTIER.

(285) Artikel 30 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 12 december 2007, proclameert het recht van de werknemer op bescherming tegen iedere vorm van kennelijk onredelijk ontslag. En dat artikel is geïnspireerd door artikel 24 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest (zie vn. 19), dat een omschrijving gebruikt zoals die van het willekeurig ontslag van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet (zie vn. 10).

De rechtspraak over artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet omtrent de motieven voor ontslagen om persoonsgebonden redenen blijft dus haar "gelding" behouden, zij het voortaan ten aanzien van alle werknemers, zowel werklieden als bedienden en dienstboden, en dat zelfs als zij niet onder het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 vallen⁽²⁸⁶⁾. Wel moet men, zoals blijkt uit artikel 8 van de cao, daaraan nog het toetsingscriterium "*en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever*" toevoegen⁽²⁸⁷⁾, evenals de afwijkende bewijsregeling, wat het eindresultaat wel kan beïnvloeden in vergelijking met de formulering van artikel 63 van de wet⁽²⁸⁸⁾.

114. Om niet kennelijk onredelijk te zijn, moet een ontslag dus gebaseerd zijn op minstens een van de welbepaalde aanvaardbare redenen die artikel 8 van de cao *a contrario* aanwijst. Dat betekent dat een ontslag zonder reden per definitie kennelijk onredelijk is en bijgevolg aanleiding geeft tot de bij de cao bepaalde schadevergoeding. Een ontslag zonder reden is, zoals overigens elk kennelijk onredelijk ontslag, manifest in strijd met de goede trouw: een werkgever die ontslaat zonder reden, maakt zich schuldig aan misbruik van zijn recht te ontslaan want normale en redelijke werkgevers doen dat niet. Een niet-bewezen reden komt in beginsel niet in aanmerking als aanvaardbare reden voor het ontslag, al mag men daarbij de bewijslastregeling van de Cao nr. 109 niet uit het oog verliezen⁽²⁸⁹⁾.

5. *Ontslag waartoe nooit zou zijn beslist door een normale en redelijke werkgever*

115. Omschrijft artikel 8 van de Cao nr. 109 kennelijk onredelijk ontslag zoals willekeurig ontslag, de toevoeging "*en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever*" komt niet voor in artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, noch in artikel 11 van de Cao nr. 109, dat de figuur van het willekeurig ontslag behoudt voor sommige werknemers. Betekent dit dat het *kennelijk onredelijk ontslag* van artikel 8 van de Cao nr. 109 afwijkt van het wettelijk begrip *willekeurig ontslag* van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, voor de werknemers met een korte opzeggings-termijn bedoeld in artikel 2, § 5, van die cao hernomen in haar artikel 11?

Kennelijk wel, zoals moge blijken uit wat volgt.

116. De woorden *nooit* en *normale en redelijke* refereren duidelijk aan de figuur van het rechtsmisbruik. "*Kennelijk*" impliceert dus "*waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever*". Die toegevoegde zinsnede definieert m.a.w. wat wordt bedoeld met "kennelijk" onredelijk. Dat gaat verder dan onredelijk (of onaanvaardbaar).

117. Het gebruik van het voegwoord "en" tussen de hoofd- en de bijzin van artikel 8 van de Cao nr. 109 verbaast op het eerste gezicht omdat de bijzin daardoor deels over-

(286) Voor die welke door artikel 2, § 5 van de Cao nr. 109 uit haar toepassingsgebied worden gesloten, omdat artikel 11 voor hen het begrip "willekeurige afdanking" hanteert, dat dezelfde omschrijving krijgt. Voor werknemers die helemaal niet onder de cao vallen, omdat de toepassing van de criteria voor rechtsmisbruik op ontslag tot dezelfde criteria leidt: zie nr. 189.

(287) Zie daarover de nrs. 77 e.v.

(288) Zie nr. 182.

(289) Zie de nrs. 120.

bodig lijkt. Inderdaad, als men aanneemt dat, zoals blijkt uit het hierboven vermelde cassatiearrest van 22 november 2010, ook zonder dat men dat met zoveel woorden zegt, het verband tussen het ontslag en de geschiktheid of het gedrag van de werknemer ("werkmán" zegt het arrest uiteraard) niet legitiem, niet aanvaardbaar ("willekeurig" zegt het arrest) is wanneer het kennelijk onredelijk is om dat motief te ontslaan ("wanneer dit motief kennelijk onredelijk is" zegt het arrest)⁽²⁹⁰⁾, dan betekent dit dat geen enkele normale en redelijke werkgever ooit tot ontslag op die grond zou hebben beslist. Dan heeft het geen zin dat laatste nog eens als bijkomende voorwaarde te stellen.

Maar de bijzin staat er. Hij is niet zonder reden toegevoegd. De commentaar bij artikel 8 maakt duidelijk welke bedoeling de sociale partners daarmee hebben gehad. Er moet een dubbele toetsing gebeuren: in eerste instantie moeten de redenen worden getoetst (komen zij in beginsel wel in aanmerking, m.a.w. gaat het wel om persoons- of bedrijfsgebonden redenen), *bovendien* moet het ontslag worden getoetst aan de uitoefening van dat recht door een normale en redelijke werkgever. Het gebruik van het voegwoord "en" voorafgaand aan de zinsnede "*waartoe nooit zou zijn beslist door een normale en redelijke werkgever*" is dan ook zeker geen syntaxisfout, zoals wel eens werd gesuggereerd⁽²⁹¹⁾.

De commentaar bij artikel 8 van de Cao nr. 109 geeft ook aan waarom de interprofessionele sociale partners ervoor hebben gekozen een ontslag dat misschien werd en wordt beschouwd als willekeurig ontslag overeenkomstig artikel 63 van de Arbeids-overeenkomstenwet of artikel 11 van de cao, enkel als kennelijk onredelijk aan te merken in de zin van de Cao nr. 109 als tot dat ontslag nooit (!) beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever. De werkgever, zo zeggen zij in de commentaar bij dat artikel, is "*tot op grote hoogte vrij te beslissen over wat redelijk is*" en beschikt dus over beleidsvrijheid: het is aan hem te kiezen tussen de verschillende redelijke beleidsopties. Praktisch is het overigens onmogelijk het beleid van de werkgever meer dan marginaal te toetsen. Alleen mag de werkgever niet opteren voor ontslag als een beleidsoptie dat manifest onredelijk is omdat geen normale en redelijke werkgever dat zou overwegen. "*Het gaat dus om een marginale toetsing. Alleen de kennelijke onredelijkheid van het ontslag mag getoetst worden en niet de opportuniteit van het beleid van de werkgever*". Gelet op het woord "nooit" zou men zelfs kunnen spreken van een *zeer* marginale toetsing. Dat heeft sommigen zelfs ertoe gebracht te zeggen dat het recht tot ontslag van de werkgever weliswaar niet arbitrair is – en dat overigens ook nooit is geweest – maar dat de werkgever toch nog over "*un pouvoir d'appréciation discrétionnaire*" beschikt⁽²⁹²⁾ of te concluderen dat maar weinig ontslagen kennelijk onredelijk zijn in de zin van de Cao nr. 109⁽²⁹³⁾.

(290) Zie nr. 112.

(291) M. STRONGYLOS, R. CAPPART en G. MASSART, *Le statut unique ouvrier-employé. Commentaires pratiques de la loi du 26 décembre 2013*, Limal, Anthemis, 2014, 129-130.

(292) L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, "La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014", *JT* 2014, afl. 6565, 389, nr. 56.

(293) S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, "La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions", *Soc.Kron.* 2014, 147.

118. Alles samengenomen kan men concluderen dat de bijzin “en waartoe nooit zou zijn beslist door een normale en redelijke werkgever” weinig toevoegt aan de vereisten voor kennelijk onredelijk ontslag in de gevallen waarin het ontslag wordt gegeven om persoonsgebonden redenen: in het licht van het cassatiearrest van 22 november 2010 moet men “verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer” al lezen als “geen kennelijk onredelijk verband” of “zonder dat het motief dat verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werknemer, kennelijk onredelijk is. Voor persoonsgebonden ontslagen expliciteert de bijzin dat.

Maar wat ontslagen om bedrijfsgebonden redenen betreft, ligt het anders. Terecht werd erop gewezen dat het cassatiearrest van 22 november 2010 enkel betrekking heeft op een ontslag om persoonsgebonden redenen. Met betrekking tot dat soort redenen werd in de context van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet vaak aangenomen dat het vereiste verband tussen het ontslag en “de werking van de onderneming, de instelling of de dienst” te vinden is in het gebruik van de term “noodwendigheden”. Die zou erop zou wijzen dat het ontslag noodzakelijk moet zijn. Gesteld dat dit al het geval zou zijn, wat kan worden betwijfeld⁽²⁹⁴⁾, dergelijke uitlegging wordt in ieder geval fel afgezwakt door de vereiste dat om het even welke normale en redelijke werkgever om de bedrijfsgebonden redenen waarop het ontslag in een concreet geval berust, *nooit* tot ontslag zou overgaan. Dat zal dan toch wel niet enkel het geval zijn als het ontslag echt onvermijdelijk is.

119. Zeker als men de toevoeging, aan de omschrijving van wat vroeger willekeurig ontslag was, van de verwijzing naar de normale en redelijke werkgever combineert met de modulering van de bewijsregeling die voorkomt in het tweede lid van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet en van artikel 11 van de Cao nr. 109, zoals het geval is bij toepassing van hoofdstuk IV van de cao⁽²⁹⁵⁾, komt men tot de conclusie dat “kennelijk onredelijk ontslag” toch wel heel wat enger is dan “willekeurig ontslag”.

Kon men m.b.t. willekeurig ontslag misschien nog schrijven dat als het gaat om de geschiktheid van de werknemer, een negatieve weerslag vereist is op de organisatie van het werk, dat het verband tussen het ontslag en het gedrag van de werknemer enkel legitiem is als het gedrag foutief of bekritiseerbaar is en dat de legitimiteitsvereiste in geval van een ontslag om bedrijfsgebonden redenen erop neerkomt dat het ontslag noodzakelijk moet zijn en niet enkel nuttig of comfortabel voor de werkgever⁽²⁹⁶⁾, met de toevoeging “en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever” kan men dat niet zomaar meer⁽²⁹⁷⁾.

(294) “Nécessités” in het meervoud vertaalt het *Van Dale Onlinewoordenboek Frans* als “eisen, behoeften”, wat toch wel zwakker is dan het Nederlandse “onvermijdelijkheid, noodzakelijkheid” (zie de *Dikke Van Dale* (zo heet de elektronische onlineversie van *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal* op www.vandale.nl) tw. noodwendigheid). En de gebruikte termen komen uit een oorspronkelijk Franse versie: zie vn. 10.

(295) Zie nr. 120.

(296) Zie in die zin: A. CABY, “La notion de licenciement abusif en période de crise économique” in *Le droit social face à la crise*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 119-141, 120. In dezelfde zin: M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, “Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement”, *JTT* 2014, afl. 1191, 268.

(297) Zoals niettemin gebeurt door L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et*

Het tweede lid van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet en dat van artikel 11, tweede lid van de Cao nr. 109 bepalen m.b.t. willekeurig ontslag: "*Bij betwisting behoort het aan de werkgever het bewijs te leveren van de voor het ontslag ingeroepen redenen*". Artikel 10 van de Cao nr. 109 voorziet in een meer traditionele bewijslastverdeling als het om de vraag naar kennelijk onredelijk ontslag gaat. Als bv. de werkgever niet kan bewijzen om welk, met de persoon van de werknemer verband houdende of op de goede gang van zaken berustende, redelijk motief het ontslag werd gegeven, is dat ontslag willekeurig. Maar dergelijk ontslag is niet per definitie kennelijk onredelijk. Meer bepaald komt twijfel bij willekeurig ontslag altijd de werknemer ten goede, bij kennelijk onredelijk ontslag is dat niet altijd het geval ⁽²⁹⁸⁾.

Zijn, zoals al gezegd, de basiscriteria van de figuur van het willekeurig ontslag ongetwijfeld ook bruikbaar om uit te maken of een ontslag kennelijk onredelijk is ⁽²⁹⁹⁾, zomaar de rechtspraak m.b.t. willekeurig ontslag naar de figuur van kennelijk onredelijk ontslag transponeren kan dus niet. Het is bv. niet zo dat geen normale en redelijke werkgever ooit zal overgaan tot het ontslag van een werknemer die weliswaar niets fout doet en professioneel goed functioneert, maar wiens persoonlijke opvattingen de werkgever, aan wie ze geleidelijk aan duidelijk worden, onuitstaanbaar of verwerpelijk vindt. De normale en redelijke werkgever die maar dat ene personeelslid tewerkstelt, zal dat mogelijk wél doen, zoals hij mogelijk ook tot ontslag zal overgaan van de werknemer die maar blijft zeuren om opslag hoewel de werkgever hem al langer duidelijk heeft gemaakt dat die er niet kan noch zal komen. Zo ook ben ik er niet van overtuigd dat een ontslag dat wordt gegeven in strijd met het ontslagverbod van artikel 9 van de Cao nr. 32*bis*, waarvan het Hof van Cassatie oordeelde dat het niet berust op de "noodwendigheden inzake de werking van de onderneming" in de zin van het opgeheven artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet en dus willekeurig is ⁽³⁰⁰⁾, ook kennelijk onredelijk is. Als men in de geciteerde voorbeelden zou beslissen tot kennelijk onredelijk ontslag in de zin van artikel 8 van de Cao nr. 109, doet men aan een opportuniteitsbeoordeling, wat de stellers van de Cao nr. 109 precies hebben willen voorkomen door de toevoeging "*en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever*" ⁽³⁰¹⁾. In geen van die voorbeelden noopt de geschiktheid of het gedrag van de werknemer of nopen bedrijfsgebonden omstandigheden tot het ontslag. Toch lijkt het ontslag, de concrete omstandigheden in acht genomen, in geen van die gevallen kennelijk onredelijk. Het is dan ook van belang rekening te houden met de persoon van beide partijen, de situatie waarin zij zich bevinden, de aard en de positie van de onderneming in het bedrijfsleven, de economische, technische en menselijke context enz. om uit te maken of een redelijke en normale werkgever *nooit* tot ontslag zou overgaan.

De toelichting bij artikel 30 van het Handvest van 12 december 2007 van de grondrechten van de Europese Unie zegt dat de bescherming tegen wat die bepaling "kennelijk onredelijk ontslag" noemt, "geïnspireerd is" door artikel 24 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest, dat enkel persoons- en bedrijfsgebonden redenen als

employés, Limal, Anthemis, 2014, 226-227. Nochtans geven die auteurs op de volgende bladzijden zelf enkele voorbeelden die dat tegenspreken.

(298) Zie de nrs. 125 e.v.

(299) Zie nr. 113.

(300) Cass. 29 april 2013, S.11.0078.N, *RW* 2014-15, 305, concl. H. VANDERLINDEN.

(301) Zie nr. 115.

“geldig” aanmerkt. Die inspiratie betekent nochtans niet dat beide benaderingen samenvallen of zouden moeten samenvallen ⁽³⁰²⁾. Zoals hierboven werd aangetoond, is niet ieder ontslag waarvoor geen wettige, d.i. aanvaardbare reden bestaat, *kennelijk* onredelijk ⁽³⁰³⁾. En dat blijkt eigenlijk ook uit het (Herziene) Europees Sociaal Handvest zelf. Inderdaad, aangezien de omschrijving die artikel 24, eerste lid, van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest geeft aan “geldige” redenen, overeenstemt met wat in de termen van de Cao nr. 109 *a contrario* als niet “niet *kennelijk* onredelijk” wordt gedefinieerd, is het interessant even een blik te werpen op de redenen die een bijlage van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest aanmerkt als “factoren” die “geen geldige redenen voor ontslag” zijn. Het gaat om de volgende 6 motieven ⁽³⁰⁴⁾:

- a) lid zijn van een vakorganisatie of deelnemen aan vakbondsactiviteiten buiten de arbeidsuren of tijdens de arbeidsuren met de instemming van de werkgever;
- b) het dingen naar, het uitoefenen of hebben van een mandaat van werknemersvertegenwoordiger;
- c) een klacht hebben ingediend of hebben deelgenomen aan vorderingen ingesteld tegen een werkgever wegens aangevoerde inbreuken op de wetgeving of een beroep hebben ingediend bij de bevoegde administratieve overheid;
- d) ras, kleur, geslacht, huwelijksstaat, gezinsverantwoordelijkheid, zwangerschap, godsdienst, politieke overtuiging, nationale of sociale herkomst;
- e) moederschaps- of ouderschapsverlof;
- f) tijdelijke afwezigheid van het werk wegens ziekte of ongeval.

De eerste vier motieven werden al door de IAO-aanbeveling betreffende het ontslag van 1963 als niet-“valables” aangemerkt ⁽³⁰⁵⁾. De laatste twee werden toegevoegd door het IAO-verdrag betreffende het ontslag van 1982 ⁽³⁰⁶⁾.

Met uitzondering van het laatste motief bevat de opsomming enkel ontslagredenen die in België het voorwerp uitmaken van een wettelijk of collectief-conventioneel ontslagverbod ⁽³⁰⁷⁾. Ik denk dat men gerust kan zeggen dat zonder die ontslagverboden een ontslag om de motieven die de bijlage bij het (Herziene) Europees Sociaal Handvest opsomt, beslist zou worden beschouwd als *kennelijk* onredelijk. Dat toont m.i. aan hoe minimalistisch de motiveringsregeling van artikel 24 van het Handvest wel is ⁽³⁰⁸⁾.

(302) Ik lees dat ook niet in of leid dat ook niet af uit artikel 6, § 1 van het verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie zoals wordt voorgehouden door L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, “La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014”, *JT* 2014, afl. 6565, 380.

(303) Zie nr. 117.

(304) Bijlage Werkingssfeer van het Sociaal Handvest met betrekking tot de te beschermen personen, artikel 24.3.

(305) R.119, art. 3.

(306) C158, art. 5, e en 6.

(307) Al vallen de omschrijvingen van de motieven niet volledig samen en is het motief vermeld onder c) veel ruimer dan de Belgische ontslagverboden bij klacht of vordering wegens discriminatie, geweld, pesten en ongewenst seksueel gedrag op het werk.

(308) Ik deel dus niet het enthousiasme van François Vandamme over de “longue liste de motifs non valables de licenciement de nature à guider les juges, les législateurs et en fin de compte les employeurs”, F. VANDAMME, “Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée” in J.F. AKANDJI en S. LECLERCQ (eds.), *La Charte sociale européenne*, Brussel, Bruylant, 2001, 20-21.

Het is bovendien niet duidelijk of het gaat om een exhaustieve dan wel om een exemplaire reeks (hoogst waarschijnlijk het laatste). Dat is niet onbelangrijk omdat de bijlage een integrerend deel is van het Handvest ⁽³⁰⁹⁾.

§ 3. Bewijsregeling

A. Algemeen

120. In een geschil over de schadevergoeding die de Cao nr. 109 toekent bij kennelijk onredelijk ontslag, is het voorwerp van de bewijsvoering de werkelijke reden die de werkgever tot ontslag heeft bewogen, het legitiem verband daarvan met de persoon of het gedrag van de werknemer of de werking van het bedrijf en in voorkomend geval de context waarin die moet worden beoordeeld.

121. Of al dan niet een normale en redelijke werkgever zou kunnen worden gevonden die tot ontslag op dezelfde motieven zou hebben beslist, is geen kwestie van bewijs, maar van appreciatie of beoordeling van de bewezen feiten en omstandigheden. Die komt de rechter toe. Daaromtrent kunnen de partijen enkel argumenteren, niet bewijzen aanbrengen. Zeggen dat, naargelang van het geval, de werkgever of de werknemer moet bewijzen dat de werkelijke reden voor het ontslag al dan niet kennelijk onredelijk is, is dan ook onzorgvuldig uitgedrukt.

122. Rust de bewijslast op de werkgever of wordt hij tussen de partijen verdeeld, dan moet de werkgever de realiteit bewijzen van een kenmerk, gedraging, handeling of verzuim van de werknemer of van een gebeurtenis of situatie eigen aan het functioneren van het bedrijf die de werkelijke reden voor het ontslag is en eventueel ook de context die een ontslag om die werkelijke reden verantwoordt; dat kan mede gebeuren door te bewijzen dat de reden voor het ontslag die de werknemer aanvoert, niet de werkelijke ontslagreden is of dat de door hem geschetste context niet met de werkelijkheid overeenstemt. Draagt de werknemer de bewijslast of deelt hij die met de werkgever, dan moet de werknemer de realiteit bewijzen van de werkelijke reden voor het ontslag, alsook dat die geen verband houdt met zijn persoon of gedrag, noch met het functioneren van het bedrijf, eventueel ook van de context die het ontslag om die reden niet verantwoordt; dat kan mede gebeuren door te bewijzen dat de reden voor het ontslag die de werkgever aanvoert, niet de werkelijke ontslagreden is of dat de door de werknemer geschetste context niet met de werkelijkheid overeenstemt.

123. De bewijslastregeling vervat in artikel 10 van de Cao nr. 109 wijkt af van die van het gemeen recht. Dat mag, want de wettelijke bewijslastregeling is niet van openbare orde, noch van dwingend recht ⁽³¹⁰⁾.

(309) Art. N (Herziene) Europees Sociaal Handvest.

(310) B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, in APR, Mechelen, Kluwer, 2013, 36, nr. 68 en de aldaar vermelde cassatierechtspraak. Ik zie niet in waarom het feit dat de regel van artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek in artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek wordt hernomen, tot een andere conclusie zou leiden. Anders: G. DEVILLE en P. GEERBAERT, "CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 136 en S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, "La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions", *Soc.Kron.* 2014, 149, die ten onrechte beweren dat de tekst

Ten onrechte werd beweerd dat een afwijkende bewijsregeling niet zou mogen omdat zij zou afwijken van de bewijsregeling in het strafrecht die hier van toepassing zou zijn⁽³¹¹⁾: dat is niet het geval, aangezien hier geen sprake is van een misdrijf⁽³¹²⁾.

124. De bewijslastregeling m.b.t. kennelijk onredelijk ontslag wijkt ook substantieel af van die m.b.t. willekeurig ontslag. Anders dan bij willekeurig ontslag, waarbij in geval van betwisting door de werknemer de bewijslast altijd volledig op de werkgever rust⁽³¹³⁾, wordt die in de regeling van het kennelijk onredelijk ontslag soms verdeeld, soms zelfs op de werknemer gelegd. Niet voor niets, zij het in kreupele bewoordingen, zegt artikel 10 van de Cao nr. 109 in zijn aanhef dat de bewijslast “tussen de werkgever en de werknemer” wordt “geregeld” op de aangegeven wijze. Daarbij worden verschillende situaties verschillend geregeld.

B. Onderscheid naargelang de ontslagreden vooraf werd meegedeeld

1. De ontslagreden werd correct meegedeeld

125. Onder het eerste gedachtestreepje zegt artikel 10 van de Cao nr. 109 dat de partij die iets aanvoert, daarvan de bewijslast draagt. Dat is natuurlijk niet bijzonder: de artikelen 1315, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek en artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek zeggen precies hetzelfde.

Maar dat eerste gedachtestreepje voegt daaraan toe dat dit het geval is “indien de werkgever de redenen van het ontslag heeft meegedeeld met inachtneming van artikel 5 of 6”, d.w.z. op vraag van de werknemer op de voorgeschreven wijze en binnen de gestelde termijn of, spontaan, in om het even welk geschrift en op gelijk welk ogenblik vóór een eventueel verzoek van de werknemer werd verstuurd⁽³¹⁴⁾, maar voldoende concreet⁽³¹⁵⁾. Is dat niet het geval, dan geldt een onder de volgende gedachtestreepjes bepaalde bewijslastregeling. Het lijkt inderdaad logisch de opeenvolgende gedachtestreepjes successief te laten gelden: is aan de hypothese van de tekst volgend op het eerste voldaan, dan moet niet meer naar het of de volgende worden gekeken. Daarom is het naar mijn oordeel niet zo dat ingeval de werkgever spontaan de werkelijke concrete ontslagreden heeft meegedeeld, de hypothese geldt van de tekst volgend op het derde gedachtestreepje indien de werknemer niet een correct verzoek heeft ingediend om de ontslagreden te kennen⁽³¹⁶⁾. De eerste hypothese is vervuld (spontane mededeling door de werkgever), zodat de volgende niet meer aan de orde zijn.

volgend op het tweede gedachtestreepje in artikel 10 van de Cao nr. 9 nietig is wegens strijdigheid met het Gerechtelijk Wetboek en dus buiten beschouwing moet worden gelaten.

(311) J. CLESSE, “La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés” in J. CLESSE en J. HUBIN (eds.), *Questions spéciales de droit social. Hommage à Michel Dumont*, Brussel, Larcier, 2014, 454.

(312) Zie nr. 133.

(313) Art. 63, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet en art. 11, tweede lid Cao nr. 109.

(314) Want de postdatum geldt als datum van de indiening van het verzoek: commentaar bij artikel 4 van de Cao nr. 109.

(315) Zie hierover de nrs. 56 e.v.

(316) Zoals gebeurt door D. DEJONGHE en K. DECRUYENAERE, “Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De Cao nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht”, *Or.* 2014, afl. 4, 102 en 103.

Een splitsing van de bewijslast (de werkgever moet de ontslagreden bewijzen, de werknemer dat die kennelijk onredelijk is) zoals sommigen bepleiten⁽³¹⁷⁾, lees ik niet in de bewijslastregeling vermeld in de tekst volgend op het eerste gedachtestreepje van artikel 10 van de Cao nr. 109. Wel dat bij een correcte mededeling van de ontslagreden, die in zekere zin wordt vermoed reëel en de echte reden voor het ontslag te zijn en niet kennelijk onredelijk, zodat de bal in het kamp van de werknemer ligt die dat aanvecht: *actori incumbit probatio*⁽³¹⁸⁾. Het is vervolgens aan de werkgever het bewijs te leveren dat de door hem aangevoerde redenen wel degelijk reëel en echt is, evenals de eventuele elementen welke die motieven redelijke ontslagmotieven maken: *reus in excipiendo fit actor*.

Men zou dit een tussensysteem kunnen noemen⁽³¹⁹⁾, hoewel het bewijsrisico hier onmiskenbaar bij de werknemer als eisende partij ligt⁽³²⁰⁾. Wanneer bv. de werkgever geloofwaardig, misschien zelfs waarschijnlijk maakt dat de werknemer slecht presteerde, maar dat niet zwart op wit kan bewijzen, kan de werknemer geen aanspraak maken op de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag als de werknemer niet bewijst dat hij wel goed presteerde of dat een andere reden, die hij bewijst, aan de basis ligt van het ontslag⁽³²¹⁾.

2. De ontslagreden werd niet of niet correct meegedeeld

126. De bewijslastregeling die geldt bij ontstentenis van mededeling van de concrete ontslagredenen, verschilt naargelang de niet-mededeling van de reden te wijten is aan een verzuim of onwil van de werkgever, dan wel aan de ontstentenis van een verzoek van de werknemer.

(317) L. DEAR en S. GILSON, "L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 237.

(318) Ik denk niet dat de werkgever zover moet gaan dat hij ook al meteen de aangevoerde ontslagreden moet bewijzen. In dat geval zou immers de bewijslast van meet af aan op hem komen te rusten, wat in strijd is met de regel *actori incumbit probatio*. Meneer dat de werkgever wel al onmiddellijk de realiteit van de aangevoerde redenen moet bewijzen: L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, "La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014", *JT* 2014, afl. 6565, 387, nr. 46.

(319) Zoals J. CLESSE, "La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés" in J. CLESSE en J. HUBIN (eds.), *Questions spéciales de droit social. Hommage à Michel Dumont*, Brussel, Larcier, 2014, 453, nr. 58.

(320) Het cassatiearrest van 14 januari 2008 waarnaar J. Clesse verwijst om te suggereren dat het ook omgekeerd zou kunnen zijn, heeft niet de draagwijdte die hij eraan geeft. Het beslist overigens niet, zoals hij citeert, dat het aan de werkgever toekomt te bewijzen "si le travailleur réclame l'indemnité forfaitaire (...) qu'il a résilié le contrat de travail pour un motif grave ou pour un motif admissible", maar (om de vergelijking te vergemakkelijken gebruik ik de Franse officiële vertaling van het oorspronkelijk Nederlandstalige arrest) "s'il a résilié le contrat de travail pour un motif grave ou pour un motif dont la nature et l'origine sont étrangères à la suspension du contrat de travail du fait de l'exercice du droit au crédit-temps".

(321) De zaken liggen hier toch wel anders dan bij willekeurig ontslag, waar de bewijsregeling tot gevolg heeft dat het niet kunnen bewijzen van de ontslagreden het ontslag per definitie willekeurig maakt, zonder dat de ernstige vermoedens van de werkgever daaraan iets veranderen: Cass. 22 juni 2009, S.09.0001.N, *RABG* 2010, afl. 2, 107, noot V. DOOMS.

i. Niet-mededeling is aan de werkgever toe te schrijven

127. Heeft de werkgever een concrete ontslagreden die hij inroept, aan de werknemer niet spontaan vooraf meegedeeld of, bij ontstentenis van een correcte spontane mededeling, niet op de voorgeschreven wijze en binnen de voorgeschreven termijn meegedeeld als de werknemer daarom op de voorgeschreven wijze en binnen de voorgeschreven termijn heeft gevraagd, dan komt het de werkgever toe van die redenen het bewijs te leveren. Hier hebben wij dus te maken met een omkering van de bewijslast.

Dat is dus ook het geval als de werkgever naderhand al dan niet aanvullend een andere reden inroept dan die welke hij initieel aan de werknemer heeft meegedeeld: hij zal die andere redenen moeten bewijzen. Eveneens zal hij in voorkomend geval een incoherentie met de "juiste reden van de werkloosheid" op het formulier-C4 moeten verantwoorden, wat de op hem rustende bewijslast nog zal verzwaren ⁽³²²⁾.

De bewijslastregeling die geldt in de hier besproken hypothese brengt voor de werknemer procedureel comfort mee, zodat zij de toegang tot de rechter vergemakkelijkt ⁽³²³⁾.

Uiteraard moet de werkgever het bewijs leveren van redenen die aantonen dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is ⁽³²⁴⁾. Hoewel artikel 10 van de Cao nr. 109 dat niet met zoveel woorden zegt, gaat het hier vanzelfsprekend om een ontslag dat kennelijk onredelijk is *in de zin van artikel 8 van de cao*, d.w.z. vanwege het motief ⁽³²⁵⁾.

De werkgever draagt in de hier besproken situatie aldus een zwaardere bewijslast dan bij ontslagbeschermingen die bestaan in een verbod tot ontslag wegens bepaalde redenen. In die gevallen moet hij enkel bewijzen dat het ontslag vreemd is aan de beschermde positie of situatie van de werknemer ⁽³²⁶⁾. Maar een ontslagreden die daaraan vreemd is, kan nog altijd kennelijk onredelijk zijn.

128. Slaagt de werkgever niet in het bewijs, dan is geen ontslagreden bewezen en dus ook geen redelijke ontslagreden, zodat het ontslag per definitie kennelijk onredelijk is ⁽³²⁷⁾. Hij draagt dan m.a.w. het bewijsrisico.

Dat is ook het geval als de werkgever weliswaar erin slaagt een niet-meegedeelde, maar door hem aangevoerde reden te bewijzen, maar men aanneemt dat die niet beantwoordt aan de inhoudelijke voorwaarden om het ontslag niet kennelijk onredelijk te maken ⁽³²⁸⁾ of niet de of een echte ontslagreden is, m.a.w. het ontslag niet daarop "gebaseerd" is ⁽³²⁹⁾.

(322) Zie nr. 71.

(323) Zie in dit verband ook nr. 5.

(324) Art. 10, tweede gedachtestreepje Cao nr. 109.

(325) Zie nr. 1.

(326) Zie nr. 148.

(327) Zie nr. 114.

(328) Zie de nrs. 112 e.v.

(329) Zie over de draagwijdte van "baseren" nr. 110.

- ii. Niet-mededeling van de ontslagreden is aan de werknemer toe te schrijven

129. Heeft de werkgever de concrete ontslagredenen niet of niet correct aan de werknemer meegedeeld omdat hij daartoe niet uit eigen beweging is overgegaan en de werknemer daarom ook niet op de voorgeschreven wijze en binnen de voorgeschreven termijn heeft verzocht⁽³³⁰⁾, dan moet de werknemer het bewijs leveren van “*elementen die wijzen op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag*”⁽³³¹⁾. Aangezien kennelijke onredelijkheid in de Cao nr. 109 gekoppeld is aan de ontslagreden⁽³³²⁾, moet hij ofwel bewijzen dat de ontslagreden die de werkgever naderhand inroept, geen legitiem verband heeft met zijn geschiktheid of gedrag noch met het functioneren van het bedrijf – in welk geval hij de werkelijke reden voor het ontslag niet moet bewijzen – ofwel de echte reden voor het ontslag bewijzen die hij aanvoert.

Zeggen dat de werknemer het bewijs moet leveren van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag, is onzorgvuldig⁽³³³⁾ en in ieder geval te sterk uitgedrukt. Het bewijs van elementen die in die richting wijzen, volstaat. Anders dan werd beweerd⁽³³⁴⁾, valt dat bewijs niet samen met het bewijs van het kennelijk onredelijk ontslag zelf en is er dus geen volledige omkering van de bewijslast⁽³³⁵⁾. Wanneer de werknemer bv. een feit bewijst dat, als het de reden voor zijn ontslag zou zijn – wat niet onaannemelijk is – dat ontslag kennelijk onredelijk zou maken, bewijst hij een element dat in de richting van kennelijk onredelijk ontslag wijst, zonder dat hij al bewijst of moet bewijzen dat dit de reden was voor het ontslag. De termen die de Cao nr. 109 gebruikt, gaan in de richting van de bewijsregeling van de zgn. Pestwet en de antidiscriminatiewetgeving. Volgens die wetten is het zo dat als de werknemer “*feiten aanvoert die het bestaan van [geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk of discriminatie] kunnen doen vermoeden*”, het aan de verwerende partij is te bewijzen dat dit niet het geval is geweest⁽³³⁶⁾. Maar, in tegenstelling tot wat het geval is in de Pestwet en de antidiscriminatiewetgeving, moet de werknemer die zich beroept op de Cao nr. 109 die elementen ook bewijzen en niet louter aanvoeren⁽³³⁷⁾.

130. Zoals het gebruik van het meervoud om de ontslagredenen aan te duiden, niet betekent dat er meer dan één ontslagreden moet zijn⁽³³⁸⁾, moet de werknemer in de hier besproken hypothese (de niet-mededeling van de ontslagreden is aan hem toe te schrijven) niet per definitie verschillende elementen bewijzen. Eén enkel element

(330) Zie nr. 62.

(331) Art. 10, derde gedachtestreepje Cao nr. 109.

(332) Zie nr. 107.

(333) Zie nr. 120.

(334) Door P. SICHEN, “Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 47, met een verwijzing naar een geschrift van mijzelf.

(335) Zoals wordt voorgehouden door G. DEVILLE en P. GEERBAERT, “CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc.Kron.* 2014, 138, die dat “zeer verregaand” noemen.

(336) Art. 32*undecies* Wet Welzijn Werknemers, art. 28, § 1 Antidiscriminatiewet en art. 33, § 1 Genderwet.

(337) Al nemen de rechters in de context van de discriminatiewetgeving ook geen genoegen met louter beweringen: zie W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2015-16*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 2238.

(338) Zie nr. 73.

kan volstaan, al moet het dan natuurlijk zwaar genoeg doorwegen om op kennelijke onredelijkheid van het ontslagmotief of de ontslagmotieven te kunnen wijzen.

131. Sommigen hebben twijfels geuit over de vraag of de drie situaties waarin de Cao nr. 109 voorziet, ook in de praktijk voor een effectief verschil in de bewijslast zullen zorgen⁽³³⁹⁾. Ik denk van wel. Weliswaar betekent het feit dat de bewijslast op een bepaalde partij wordt gelegd, niet dat de tegenpartij met de armen gekruist en onbewogen mag toezien of de andere slaagt in het leveren van het bewijs⁽³⁴⁰⁾: alle procespartijen moeten loyaal meewerken aan de bewijslevering. Maar de praktijk rond artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet heeft aangetoond dat het leggen van de bewijslast bij een van de partijen, zoals de Cao nr. 109 doet in het tweede en het derde geval, de tegenpartij toch een veel comfortabelere positie geeft.

Concreet: ik zie niet in dat de loutere bewering van de werknemer die niet om een mededeling van de ontslagreden heeft verzocht, dat het ontslag kennelijk onredelijk is, zonder dat hij daarvoor enig "element" aantoont dat in die richting wijst, het de werkgever op het vlak van bewijs even moeilijk zou maken als wanneer die heeft nagelaten of geweigerd de ontslagreden mee te delen wanneer daarom rechtsgeldig werd verzocht. In het eerste geval lijkt het mij dat de werkgever zich evenzeer kan beperken tot de loutere bewering dat het ontslag niet kennelijk onredelijk was. Dat is precies de consequentie van de bewijslastregeling van de Cao nr. 109.

132. De vermelding van de "juiste oorzaak van de werkloosheid", aan het einde van deel C van het document *C4-Werkloosheidsbewijs-Arbeidsbewijs*, staat als zodanig los van de verplichtingen die de Cao nr. 109 oplegt⁽³⁴¹⁾. Het is bv. niet omdat de werkgever op dat formulier een bepaalde reden heeft vermeld, dat hij geen andere reden voor het ontslag mee zou mogen bewijzen⁽³⁴²⁾, al valt een gezonde argwaan bij de rechter dan ongetwijfeld niet te vermijden.

Omgekeerd zou de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening de ter kennis gebrachte redenen aan de werkgever kunnen opvragen om na te gaan of de werknemer wel voldoet aan de toekenningsvoorwaarde werkloos zijn "om redenen onafhankelijk van zijn wil", al zou de werkgever kunnen weigeren daaraan gevolg te geven⁽³⁴³⁾.

(339) CLAEYS & ENGELS, *Praktijkboek Ontslag*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 583, nr. 1125.

(340) Zie nochtans S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, "La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions", *Soc.Kron.* 2014, 148, volgens wie de werkgever bij ontstentenis van een verzoek tot mededeling van de reden "pourra [...] s'offrir le luxe de se taire dans toutes les langues au sujet du motif du licenciement, sauf si le travailleur parvient à apporter au moins un début de preuve du caractère déraisonnable de son licenciement".

(341) Zie ook nr. 68.

(342) Anders: CLAEYS & ENGELS, *Praktijkboek Ontslag*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 583, nr. 1126.

(343) Zie hierover N. VAN KERREBROECK en M. VERWILGHEN, *De harmonisatie van het statuut arbeider en bediende. Een stand van zaken na de Wet Eenheidsstatuut*, Gent, Larcier, 2014, 185, nr. 180.

§ 4. Schadevergoeding

A. *Beginsel*

133. In geval van kennelijk onredelijk ontslag is de werkgever een schadevergoeding verschuldigd aan de werknemer, zo bepaalt artikel 9, § 1 van de Cao nr. 109.

Dat de cao algemeen bindend werd verklaard, betekent nog niet dat een werkgever die zich schuldig maakt aan kennelijk onredelijk ontslag, ook een administratieve geldboete zou kunnen oplopen, zoals het geval is bij miskennen van het recht van de werknemer van zijn werkgever de ontslagreden te vernemen⁽³⁴⁴⁾. Inderdaad, zoals hierboven al werd gezegd, voorziet de Cao nr. 109 niet in een motiveringsverplichting voor de werkgever, maar in de invoering van twee rechten daaromtrent voor de werknemer⁽³⁴⁵⁾. Er staat geen verbod tot kennelijk onredelijk ontslag in de cao, zodat een dergelijk ontslag geen misdrijf is: *nullum crimen sine lege*.

134. De schadevergoeding waarin de Cao nr. 109 voorziet, is een bedrag dat overeenstemt met een maximaal en een minimaal aantal weken loon. Door het minimum en het maximum in weken uit te drukken en niet, zoals gebruikelijk het geval is in het arbeidsrecht, in maanden, sluiten de interprofessionele sociale partners aan bij de opzeggingstermijnen van het "eenheidsstatuut", die ook in weken worden uitgedrukt⁽³⁴⁶⁾.

Hoewel de stellers van de cao ongetwijfeld altijd een schadevergoeding uitgedrukt in een aantal weken voor ogen hebben gehad, verzet de tekst van artikel 9, § 2 zich niet tegen de toekenning van een bedrag tussen dat minimale en maximale aantal weken loon dat niet overeenstemt met een aantal weeklonen.

135. Het bedrag gelijk aan een aantal weken loon (3 tot 17) vergoedt niet de schade die veroorzaakt wordt door het ontslag zelf. Dat doet de opzeggingstermijn of de opzeggingsvergoeding⁽³⁴⁷⁾. Alleen de "kennelijke onredelijkheid" wordt vergoed door de schadevergoeding van artikel 9 van de Cao nr. 109.

Bij ontstentenis van nadere specificering wordt het bedrag van 3 tot 17 weken loon geacht alle schade te vergoeden die voortvloeit uit de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Die schade is persoonsschade van extrapatrimoniale aard. Men ziet niet in dat zij anders zou kunnen worden gekwalificeerd dan als morele schade⁽³⁴⁸⁾.

(344) Zie nr. 83. Anders, maar ten onrechte: S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, "La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions", *Soc.Kron.* 2014, 149 en P. SICHEN, "Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag" in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 46, nr. 40.

(345) Zie nr. 7.

(346) Zie art. 37/2 Arbeidsovereenkomstenwet.

(347) Zie W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2015-16*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 3987.

(348) Zie ook nr. 183.

136. Volgens de commentaar bij artikel 9 van de Cao nr. 109 staat het de werknemer vrij in plaats van de forfaitaire schadevergoeding van 3 tot 17 weken, de vergoeding van zijn reële schade te vragen overeenkomstig de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.

Het is merkwaardig dat dergelijke bepaling in de commentaar wordt geplaatst en niet in het artikel zelf. Artikel 9 bevat immers een forfaitaire raming van de schadevergoeding die afwijkt van het Burgerlijk Wetboek, dat integrale schadevergoeding vooropzet. De bepalingen van dat wetboek daaromtrent zijn geen dwingende wetsbepalingen, zodat het perfect mogelijk is het recht op integrale schadevergoeding contractueel te beperken. Hier zou dat kunnen gebeuren door de Cao nr. 109. Maar aangezien de commentaar bij een algemeen bindend verklaarde bepaling de waarde heeft van de algemeen bindend verklaarde cao-bepaling zelf, moet men die commentaar lezen alsof die in de bepaling zelf staat⁽³⁴⁹⁾.

De werknemer heeft m.a.w. de keuze tussen de forfaitaire schadevergoeding van de Cao nr. 109 en integrale schadevergoeding voor de kennelijke onredelijkheid van zijn ontslag vanwege de motieven⁽³⁵⁰⁾. Die laatste schadevergoeding zou hoger kunnen liggen dan 17 weken loon. Maar als hij voor die weg kiest, kan hij logischerwijs geen gebruik maken van de mechanismen van die cao zoals de bewijsregeling en de forfaitaire raming van de schadevergoeding⁽³⁵¹⁾.

B. Hoogte

137. De Cao nr. 109 voorziet in een minimum- en een maximumbedrag, respectievelijk 3 en 17 weken loon⁽³⁵²⁾. Dat maximum is 35 procent lager dan de 6 maanden (d.i. 26 weken) loon als vergoeding wegens willekeurig ontslag waarin artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet voorziet.

Volgens de commentaar bij artikel 9 hangt de hoogte van de schadevergoeding af van *“de gradatie van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag”* en dus als zodanig niet van de omvang van de schade die de werknemer zou lijden, wat nochtans evident is

(349) Zie nr. 77. Anders: J. CLESSE, “La longue marche vers un statut unique pour les ouvriers et les employés” in J. CLESSE en J. HUBIN (eds.), *Questions spéciales de droit social. Hommage à Michel Dumont*, Brussel, Larcier, 2014, 455.

(350) Zie hierover de nrs. 189 e.v. Anders: G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, “CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc.Kron.* 2014, 137, die hiervoor ten onrechte verwijzen naar de forfaitaire aard van de opzeggingsvergoeding, die ook de morele schade dekt die voortvloeit uit het (onregelmatige) ontslag. Maar het gaat hier niet om de (morele) schade die het gevolg is van het (onregelmatige) ontslag, maar om de (morele) schade veroorzaakt door het feit dat dit (onregelmatig) ontslag gebeurde op kennelijk onredelijke motieven en dus niet alleen onregelmatig, maar ook onrechtmatig is. Zie over het onderscheid tussen onregelmatig en onrechtmatig: W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, nrs. 669-670. Dat onregelmatig ontslag vaak ook onrechtmatig wordt genoemd in de rechtspraak en rechtsleer, maakt de zaak gecompliceerder. Genuanceerdere taal is m.a.w. altijd beter.

(351) Anders: H. DECKERS en P. JOASSART, “Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d’indemnités” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 291, nr. 42.

(352) Art. 9, § 2 Cao nr. 109.

als men het over *schadevergoeding* heeft ⁽³⁵³⁾. Die gradatie komt op het eerste gezicht als bijzonder merkwaardig over. Kennelijk onredelijk betekent immers *manifest* onredelijk ⁽³⁵⁴⁾. Een beetje manifest, meer manifest, zeer manifest, lijkt onzin: zodra men zou denken aan het toekennen van een kleiner bedrag aan schadevergoeding omdat het ontslagmotief maar “een beetje onredelijk” is in vergelijking met wat het zou kunnen zijn, is het toch niet meer *kennelijk* onredelijk ⁽³⁵⁵⁾. Bovendien is ook vereist dat een normale en redelijke werkgever *nooit*, d.w.z. op geen enkel ogenblik en in geen enkele omstandigheid, tot een ontslag om die reden zou overgaan ⁽³⁵⁶⁾. Is niet iedere werkgever soms tot “een beetje” onredelijkheid in staat?

Waarschijnlijk is het de bedoeling van de stellers van de cao geweest het mogelijk te maken de schadeloosstelling toch te laten variëren naargelang van de concrete situatie, bv. door rekening te houden met de persoon van de partijen, de anciënniteit van de werknemer en zelfs de omvang van de schade. Toch is het niet altijd onmogelijk verschillende graden van kennelijke onredelijkheid te onderscheiden en de schadevergoeding op basis daarvan te laten variëren, zoals het volgens de commentaar bij artikel 9 van de Cao nr. 109 eigenlijk moet. Het lijkt bv. niet onlogisch dat het maximum van de schadevergoeding wordt toegekend aan de werknemer die door zijn werkgever wordt ontslagen met de mededeling dat hij daarvoor geen enkele reden heeft, maar alleen er zin in had eens iemand te ontslaan (het is *volstrekt uitgesloten* dat een normale en redelijke werkgever zo iets *ooit* zou doen), een lager bedrag aan de werknemer die wordt ontslagen omdat hij van een bepaald recht gebruik wil maken dat een cao hem toekent die niet in een ontslagbescherming voorziet ⁽³⁵⁷⁾, terwijl de werkgever aantoont dat dit gebruik hem bijzonder slecht uitkomt, zeker op dat tijdstip (veel werkgevers zullen in die omstandigheden wellicht de neiging voelen de werknemer te ontslaan, maar geen normale en redelijke werkgever zal dat doen, omdat hij beseft dat een werknemer ontslaan omdat hij een recht opeist dat hem nu eenmaal toekomt op een moment dat hem en niet de werkgever het beste uitkomt, echt niet door de beugel kan ⁽³⁵⁸⁾) en het minimumbedrag van de schadevergoeding aan de werknemer die wordt ontslagen wegens onverantwoordelijk gedrag dat de werkgever, hoewel zijn verhaal erg geloofwaardig overkomt, niet kan bewijzen, terwijl de werknemer, zonder de feiten te ontkennen, zich louter beroept op het feit dat de bewijslast op de werkgever rust omdat die de mededeling van die reden niet op de juiste wijze, nl. met een aangetekende brief, of een dag te laat heeft gedaan (als werkgever moet je weten dat ontslagredenen die niet kunnen worden bewezen, in rechte ook niet bestaan en een normale en redelijke werkgever ontslaat niet zonder – bewezen – reden) ⁽³⁵⁹⁾.

(353) De schade zal in de regel echter evenredig toenemen met de graad van kennelijke onredelijkheid van het ontslag: hoe manifesteer die laatste, hoe zwaarder de werknemer zich getroffen zal voelen.

(354) Zie nr. 102.

(355) M.L. WANTIEZ en G. LEMAIRE, “Quelques questions relatives à la convention collective n° 109 concernant la motivation du licenciement”, *JTT* 2014, afl. 1191, 269, volgens wie eigenlijk alleen het maximumbedrag verzoekenbaar is met de vereiste van kennelijke onredelijkheid.

(356) Zie nr. 115.

(357) Anders kan vergoeding worden gevorderd voor de miskennis van het ontslagverbod.

(358) Een lager bedrag aan schadevergoeding is dan misschien een betere optie dan te moeten teruggrijpen naar misbruik van recht door de werknemer.

(359) Zie ook nr. 116.

C. Basis

138. De basis van de vergoeding is het brutoloon.

Overeenkomstig een gevestigde rechtspraak lijken ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst die niet de tegenprestatie van arbeid zijn, zoals het vakantiegeld, daarin te worden begrepen ⁽³⁶⁰⁾.

D. Aard

139. Zoals de “forfaitaire burgerlijke boete” wegens miskenning van de voorschriften op de mededeling van de ontslagreden, is de schadevergoeding die verschuldigd is door de werkgever die is overgegaan tot een kennelijk onredelijk ontslag, loon in de zin van artikel 2 van de Loonbeschermingswet: het is geld waarop de werknemer (op grond van de Cao nr. 109) recht heeft ten laste van de werkgever “*ingevolge de* [kennelijk onredelijke beëindiging van de] *dienstbetrekking*”. Daarop is dus van rechtswege interest verschuldigd vanaf het ogenblik van de opeisbaarheid van de schadevergoeding. Hier is dat vanaf het ogenblik waarop het ontslag werd gegeven. Een eventuele op het ontslag volgende vraag om en mededeling van de ontslagreden dragen wellicht bij tot het bewijs van de ontslagreden, maar veranderen niets aan het feit dat die het ontslag van meet af aan kennelijk onredelijk maakte.

140. Om dezelfde redenen die gelden voor de “forfaitaire boete” ⁽³⁶¹⁾, zijn geen socialezekerheidsbijdragen verschuldigd op de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag en zijn daarop geen belastingen verschuldigd, omdat men niet inziet welke materiële schade, te onderscheiden van die veroorzaakt door het ontslag zelf, de ontstentenis van een deugdelijke ontslagreden wel zou kunnen teweegbrengen ⁽³⁶²⁾.

Ten onrechte stelt de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid als bijkomende voorwaarde dat schadevergoedingen als bedoeld in artikel 9 van de Cao nr. 109 maar vrij zijn van socialezekerheidsbijdragen “*indien ze vastgelegd zijn door een gerechtelijke beslissing of door een door de rechter goedgekeurde dading*” ⁽³⁶³⁾. De Rijksdienst kan natuurlijk geen voorwaarden toevoegen aan de Loonbeschermingswet, de RSZ-wet of aan de uitvoeringsbesluiten van die wet. De “voorwaarde” die de RSZ stelt, moet zo worden geïnterpreteerd dat de Rijksdienst alleen op basis van een rechterlijke uitspraak zonder meer aanvaardt dat het bedrag dat een werkgever als schadevergoeding op basis van artikel 9 van de Cao nr. 109 betaalt, voldoet aan de voorwaarden gesteld in de regelgeving, meer bepaald in het Uitvoeringsbesluit RSZ-wet. Zonder tussenkomst van de rechter zou sprake kunnen zijn van “optimalisatie” van de ontslagkost, door aan

(360) Zie hierover nr. 89. Anders, met nogmaals een verwijzing naar het verkeerd geïnterpreteerde cassatiearrest van 18 november 2013 vermeld in vn. 231: G. DEVILLE en P. GEERBAERT, “CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse”, *Soc.Kron.* 2014, 137.

(361) Zie nr. 85.

(362) Zie vn. 225.

(363) *Administratieve instructies RSZ – 2014/04*, https://www.socialsecurity.be/employer/instructions/dmfa/nl/latest/instructions/salary/particularcases/end_of_contract.html, geraadpleegd op 30 december 2014, om 16 uur.

een werknemer die niet kennelijk onredelijk werd ontslagen, toch een bedrag tussen 3 en 17 weken loon toe te kennen dat wordt gekwalificeerd als schadevergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag, maar in werkelijkheid een verkapte ontslagvergoeding is. Eenzelfde houding nam en neemt de Rijksdienst trouwens aan m.b.t. *“morele schadevergoedingen [...] (bijvoorbeeld, in geval van willekeurig ontslag van een bediende, de vergoeding die uitsluitend tot doel heeft de werkelijke morele schade te herstellen die de werknemer onderging door het misbruik van macht dat zijn werkgever beging bij het uitoefenen van zijn ontslagrecht)”*. Maar dat belet niet dat wanneer de RSZ socialezekerheidsbijdragen eist op een bedrag dat een werkgever heeft toegekend als schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, de werkgever dit zou kunnen betwisten en de zaak door de rechter zou kunnen laten beslechten. Die zou dan moeten oordelen of er in werkelijkheid sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag en de vergoeding die daarvoor werd toegekend, hetzij eenzijdig, hetzij op basis van een overeenkomst, bv. een dading, ook echt een schadevergoeding is daarvoor.

Wat dat laatste aspect betreft, lijkt het waarschijnlijk dat bij toekenning, door de werkgever, van een hogere schadevergoeding dan de 17 weken loon die het maximum zijn vooropgezet door de Cao nr. 109, het excedent niet zal worden beschouwd als een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, al is dat in beginsel niet uitgesloten, met name wanneer de partijen kiezen voor het gemeen recht⁽³⁶⁴⁾. Dat een werkgever vrijwillig een grotere schadevergoeding toekent dan het forfaitair bedrag waartoe hij is gehouden, wekt ongetwijfeld argwaan: gaat het dan niet in ieder geval deels, meer bepaald voor het excedent, om een verkapte beëindigingsvergoeding waarop wel socialezekerheidsbijdragen verschuldigd zijn? Het is en blijft een feitenkwestie, die eventueel door de rechter zal moeten worden beslecht.

141. De schadevergoeding is ook een vertrekvergoeding in de zin van de Corporate-governancewet, zodat daarmee rekening zal moeten worden gehouden om te bepalen of de maxima van twaalf of achttien maanden loon zijn overschreden⁽³⁶⁵⁾.

E. Cumulatieregeling

1. Andere beëindigingsvergoedingen

142. Volgens de Cao nr. 109 is de schadevergoeding cumuleerbaar met een opzeggingsvergoeding, een concurrentievergoeding, een uitwinningsvergoeding en een aanvulling van *“sociale uitkeringen”*, maar niet met *“enige andere vergoeding die verschuldigd is door de werkgever naar aanleiding van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst”*⁽³⁶⁶⁾.

De gebruikte termen zijn duidelijk: een werknemer verliest het recht op schadevergoeding op grond van de Cao nr. 9 zodra hij *“enige”*, d.w.z. om het even welke, andere *“vergoeding”*, d.w.z. om het even welk compensatoir bedrag anders dan de limitatief

(364) Wat kan, zie de nrs. 199 en 198.

(365) Art. 554, vijfde lid wet 6 april 2010 tot versterking van het deugdelijk bestuur bij de genoteerde vennootschappen en de autonome overheidsbedrijven en tot wijziging van de regeling inzake het beroepsverbod in de bank- en financiële sector.

(366) Art. 9, § 3 Cao nr. 109.

opgesomde vier vergoedingen, ontvangt, “naar aanleiding van”, d.w.z. ter gelegenheid van, “de beëindiging van de arbeidsovereenkomst”, d.w.z. om het even welke vorm van ontslag door de werkgever (want alleen daarop heeft de Cao nr. 109 betrekking)⁽³⁶⁷⁾. Schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag is dus bv. niet verschuldigd aan de werknemer die een beschermingsvergoeding of een vergoeding wegens schending van een werkzekerheidsbeding opeist of krijgt en evenmin aan de werknemer die van zijn werkgever een vergoeding vordert of krijgt omdat die zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van zijn recht tot ontslag, zelfs al heeft dat geen betrekking op de ontslagmotieven⁽³⁶⁸⁾. Dat de Cao nr. 109 enkel betrekking heeft op de motieven voor een ontslag en bijvoorbeeld niet, zoals blijkt uit de commentaar bij artikel 8, op de omstandigheden daarvan, belet niet dat de cao de cumulatie kan verbieden van de vergoedingen waarin zij voorziet, met andere vergoedingen die niets te zien hebben met de motieven voor een ontslag⁽³⁶⁹⁾, zoals zij effectief ook doet. Men moet de tekst al erg veel geweld aandoen om tot een andere conclusie te komen⁽³⁷⁰⁾.

De werknemer zou het cumulatieverbod kunnen omzeilen door niet op basis van de Cao nr. 109 schadevergoeding te vorderen voor kennelijk onredelijk ontslag, maar op basis van het gemeen recht schadevergoeding te eisen voor het misbruik dat de werkgever heeft gemaakt van zijn recht te ontslaan door de werknemer te ontslaan om kennelijk onredelijke motieven⁽³⁷¹⁾. In dat geval kan die eventueel wel worden gecumuleerd met andere vergoedingen “verschuldigd door de werkgever naar aanleiding van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst”, bv. een schadevergoeding voor de onaanvaardbare omstandigheden waarin het ontslag gebeurde, wat een andere vorm van kennelijk onredelijk ontslag is in de generieke betekenis van het woord⁽³⁷²⁾. Mogelijk laat de rechter zich in dergelijk geval inspireren door het cumulatieverbod van de Cao nr. 109 en beperkt hij vanwege de (weliswaar dan niet-verboden) cumulatie het bedrag van de schadevergoedingen of van een ervan.

De cumulatierегeling van de Cao nr. 109 m.b.t. de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag is aldus strenger dan die welke gold en geldt voor willekeurig ontslag. De vergoeding wegens willekeurig ontslag kan enkel niet samen genomen worden met de bijzondere vergoedingen die worden toegekend bij ontslag in strijd

(367) *Cumulatie* betekent inderdaad *samenvoeging*, d.i. *samen genieten of samen ontvangen*. Het recht hebben volstaat niet. De werknemer moet het recht ook uitoefenen. Het cumulatieverbod wordt dus nageleefd als de werknemer geen niet-cumuleerbare vergoedingen vordert. Praktische problemen lijkt dit maar uitzonderlijk te kunnen opleveren, aangezien de werknemer in voorkomend geval wel alle vorderingen tegen zijn werkgever in één enkele procedure zal stellen.

(368) Anders: L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 235; H. DECKERS en P. JOASSART, “Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d’indemnités” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 295, nr. 49.

(369) Ook een schadevergoeding wegens schending van een werkzekerheidsbeding dekt andere schade dan schade veroorzaakt vanwege de ontslagmotieven, zoals de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

(370) Zoals nochtans P. SICHEN, “Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag” in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 44-45, nr. 37.

(371) Dat kan: zie nr. 197.

(372) Zie nr. 101.

met de ontslagverboden en -beperkingen die bestaan in geval van moederschap of betaald educatief verlof of ten aanzien van de personeelsafgevaardigden en kandidaat-personeelsafgevaardigden van ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk⁽³⁷³⁾. In de rechtspraak werd dan ook aangenomen dat de vergoeding wegens willekeurig ontslag wel kan worden gecumuleerd met de vergoeding wegens miskenning van het ontslagverbod na een klacht m.b.t. de gelijke behandeling van mannen en vrouwen⁽³⁷⁴⁾ en met een vergoeding wegens miskenning van het ontslagverbod van een vakbondsafgevaardigde opgenomen in een sectorale cao⁽³⁷⁵⁾. Maar, gelet op de duidelijke tekst van artikel 9, § 3, van de Cao nr. 109, kunnen die vergoedingen niet worden gecumuleerd met de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag verschuldigd op grond van de Cao nr. 109.

143. Uiteraard werkt het cumulatieverbod maar in één richting: de werknemer die een niet-cumuleerbare vergoeding opeist en toegekend krijgt, verliest het recht op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van de Cao nr. 109; maar het is niet omdat een werknemer op grond van de Cao nr. 109 van zijn werkgever schadevergoeding vordert of krijgt wegens kennelijk onredelijk ontslag, dat de andere vergoedingen hem niet verschuldigd zouden zijn in de mate dat zij zelf geen cumulatieverbod bevatten dat samenvoeging met een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag verbiedt⁽³⁷⁶⁾. M.a.w. een rechter die wordt geconfronteerd met de vordering van een werknemer om zowel een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag te krijgen op grond van de Cao nr. 109 als een daarmee niet-cumuleerbare vergoeding, zal de eerste vordering als ongegrond afwijzen.

2. Werkloosheidsuitkering

144. Hoewel artikel 44 van het Werkloosheidsbesluit geen definitie geeft van wat, voor de toekenningsvereiste "zonder loon" werkloos zijn, in het algemeen als loon wordt beschouwd, zegt die bepaling dat "inzonderheid" als loon moet worden beschouwd, "de vergoeding waarop de werknemer aanspraak kan maken uit hoofde van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst [...] met uitzondering van de vergoeding wegens morele schade [...]"⁽³⁷⁷⁾. Op grond daarvan is de schadevergoeding waarin de Cao nr. 109 voorziet, cumuleerbaar met een werkloosheidsuitkering: welke andere dan persoonlijke individuele schade van morele aard zou de vergoeding wel dekken? De aard van de schadevergoeding⁽³⁷⁸⁾ en de vork tussen 3 en 17 weken loon laten overigens niet veel ruimte voor "optimalisatie", zodat het risico van "optimalisering" met het oog op werkloosheidsuitkeringen beperkt is.

(373) Art. 63, vierde lid Arbeidsovereenkomstenwet en art. 11, vierde lid Cao nr. 109.

(374) Arbrb. Charleroi 24 januari 2000, *Soc.Kron.* 2001, 479, noot J. JACQMAIN.

(375) Arbh. Brussel 10 oktober 1997, *Soc.Kron.* 1998, 396.

(376) Om ons tot de hierboven vermelde voorbeelden te beperken: de Genderwet bevat geen cumulatieregels m.b.t. de vergoedingen waarin zij voorziet en de Cao nr. 5 voorziet in haar artikel 20 enkel een cumulatieverbod met een opzeggingsvergoeding en een vergoeding als beschermde werknemer verschuldigd op grond van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

(377) Art. 4, § 1, eerste lid, 5° van het Werkloosheidsbesluit. Zie ook § 4 van dat artikel.

(378) Zal een werkgever vlot bereid zijn bv. in een dading te erkennen dat het ontslag waartoe hij overging "kennelijk onredelijk" was?

HOOFDSTUK II. ONTSLAGMOTIVERING BUITEN DE CAO NR. 109

145. In dit tweede hoofdstuk wordt een kort overzicht gegeven van de regels die gelden bij het ontslag van werknemers die niet vallen onder het toepassingsgebied van de hoofdstukken III en IV Cao nr. 109, die respectievelijk het recht de ontslagreden en het recht op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag regelen, of van een daarvan. Ik noem die hieronder gemakshalve de *outsiders*⁽³⁷⁹⁾.

Ook wordt nagegaan of en in welke mate een werknemer die zich wel kan beroepen op de Cao nr. 109 – ik noem die eenvoudigweg de *insiders* – tevens of in de plaats daarvan gebruik kan maken van de instrumenten die ter beschikking staan van wie zich niet in dat geval bevindt.

Om het plaatje volledig te maken, bespreek ik ook nog hoe het zit met de motivering van ontslagen uitgaande van de werknemer.

Ondanks de volledigheid van het overzicht is dit hoofdstuk veel korter dan het eerste. Het is immers niet de bedoeling hier de bijzondere ontslagbeschermingen en -verboden nog eens uiteen te zetten, evenmin als de figuren van misbruik van het recht tot ontslag of het ontslag wegens dringende reden. Alleen de beginselen worden telkens vermeld.

Buiten de context van de Cao nr. 109 zijn er inderdaad drie normen of normgehelen die betrekking hebben op de motieven voor ontslagen. Gaande van specifiek naar algemeen, de volgorde die ook in de tekst hieronder wordt aangehouden, zijn het:

- de ontslagverboden en -beperkingen die betrekking hebben op de redenen voor ontslag;
- de regeling van het willekeurig ontslag van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, grotendeels overgenomen in artikel 11 van de Cao nr. 109;
- de regels van het ontslag wegens dringende reden,
- het algemeen rechtsbeginsel van het verbod van rechtsmisbruik.

De laatste twee gelden zowel voor ontslagen uitgaande van de werkgever als voor ontslagnames door de werknemer.

Afdeling I. Ontslag uitgaande van de werkgever

§ 1. Ontslagverboden en -beperkingen

146. Het Belgisch arbeidsrecht kent een hele reeks wettelijke en collectief-conventionele ontslagverboden en -beperkingen, die alle in essentie betrekking hebben op de ontslagmotieven, al gaan zij soms gepaard met of bestaan zij in bepaalde gevallen alleen in de verplichting bij ontslag een bepaalde procedure na te leven. In wat volgt, wordt onderzocht of het feit dat de werknemers die uitgesloten zijn uit het toepas-

(379) Hoofdstuk V, dat in artikel 11 een “geconventionaliseerde” figuur willekeurig ontslag invoert, laat ik dus buiten beschouwing, zodat ik de werknemers t.a.v. wie bij ontslag structureel of tijdelijk kortere opzeggingstermijnen moeten worden toegepast in vergelijking met de eengemaakte opzeggingstermijnen van de Wet Eenheidsstatuut, *outsiders* noem.

singsgebied van de Cao nr. 109, die verboden en beperkingen kunnen beroepen, wel de uitsluiting compenseert en zo niet, of dan sprake is van verboden of ongeoorloofde discriminatie, alsook of werknemers die wél onder de Cao nr. 109 vallen, tegelijkertijd de ontslagbescherming van de verboden en beperkingen kunnen inroepen.

A. *Verbod tot ontslag om bepaalde redenen*

1. *Ontslagverbod en sanctie*

147. Bij de ontslagverboden en -beperkingen waarin de wet of een cao voorzien, gaat het in de meeste gevallen om een verbod dat de werkgever wordt opgelegd te ontslaan wegens welbepaalde redenen. Een verplichting vooraf de ontslagredenen mee te delen, is er in die gevallen niet, evenmin trouwens als achteraf ⁽³⁸⁰⁾, zij het dat de werkgever die in de regel wel zal meedelen en verdedigen als een geschil ontstaat over de vraag of het verbod of de beperking werd geschonden. Maar als de werkgever de discussie niet zou aangaan, is hij niet verplicht de ontslagredenen mee te delen. De sanctie die hij dan oploopt, wordt niet opgelegd wegens de niet-mededeling van de reden voor het ontslag, maar omdat hij niet het bewijs levert van een reden vreemd aan de hoedanigheid of de situatie van de werknemer.

148. Inderdaad, ontslaat de werkgever een werknemer die zich op een verbod tot ontslag wegens bepaalde redenen kan beroepen, dan legt de wet of de cao in de regel de werkgever op het bewijs te leveren dat de werknemer om een andere reden werd ontslagen ⁽³⁸¹⁾. Levert de werkgever dat bewijs niet, dan schendt hij het ontslagverbod en is hij aan de werknemer een bijzondere vergoeding verschuldigd, in de regel gelijk aan 6 maanden loon, maar soms ook minder of meer ⁽³⁸²⁾.

Dergelijke ontslagverboden bestaan bij zwangerschap ⁽³⁸³⁾, de aanvraag en de opnemning van vaderschapsverlof ⁽³⁸⁴⁾, adoptieverlof ⁽³⁸⁵⁾, ouderschapsverlof ⁽³⁸⁶⁾, loopbaanonderbreking of tijdskrediet ⁽³⁸⁷⁾, betaald educatief verlof ⁽³⁸⁸⁾, een kandidatuur voor zgn. kleine politieke mandaten ⁽³⁸⁹⁾, de indiening van een klacht of het instellen van een rechtsvordering die betrekking heeft op de gelijke behandeling van man of

(380) Een uitzondering is het ontslagverbod wegens moederschap, waarbij de ontslagredenen op vraag van de werknemster moet worden meegegeeld (art. 40, tweede lid, tweede zin, Arbeidswet).

(381) In sommige gevallen moet de werknemer voor de omkering van de bewijslast voorafgaandelijk zelf iets doen of bewijzen, nl. feiten aanvoeren die het bestaan kunnen doen vermoeden van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria (art. 28 Antidiscriminatiewet, art. 33 Genderwet en art. 30 Wet Racisme en Xenofobie) of van geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk (art. 32 *undecies* Wet Welzijn Werknemers). Dergelijke verschuiving van de bewijslast is ook terug te vinden in de Cao nr. 109: zie nr. 129.

(382) Zie over dit alles W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, nrs. 737 e.v.

(383) Art. 40 Arbeidswet. Een gelijkaardig ontslagverbod geldt bij de omzetting van moederschapverlof in vaderschapsverlof.

(384) Art. 30, § 4 Arbeidsovereenkomstenwet.

(385) Art. 30ter, § 4 Arbeidsovereenkomstenwet.

(386) Art. 15 Cao nr. 64.

(387) Art. 101 herstellwet 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen.

(388) Art. 118 herstellwet 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen.

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

vrouw⁽³⁹⁰⁾ of op geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk⁽³⁹¹⁾, de optekening van opmerkingen in het register dat daartoe ter beschikking moet worden gelegd bij een geplande aanpassing van het arbeidsreglement als gevolg van de toepassing van een flexibele arbeidsregeling of een verlenging van de referentieperiode ter bepaling van de inhaalrust bij overwerk⁽³⁹²⁾, het gebruik, aansluitend op de vermindering van arbeidsprestaties in het kader van loopbaanonderbreking, van het recht over te gaan naar een deeltijdse arbeidsovereenkomst met dezelfde arbeidstijdregeling als op de werknemer van toepassing was tijdens de periode van vermindering van de arbeidsprestaties⁽³⁹³⁾ of het bestaan van de mogelijkheid dat de werknemer die nachtarbeid verricht, vraagt over te stappen van nacht- naar dagarbeid⁽³⁹⁴⁾.

Ook de wettelijke ontslagbescherming van preventieadviseurs en die van vakbondsafgevaardigden die voorkomt in cao's gesloten in uitvoering van de Cao nr. 5, zijn van dit type. Zij voorzien ook in een ontslagprocedure, waarvan de miskenning los van de ontslagreden al aanleiding kan geven tot het verschuldigd zijn van de forfaitaire vergoeding.

Ten slotte zijn er ook nog een aantal cao's, vooral sectorale, die ontslagbeperkingen of -procedures voorschrijven.

2. *Outsiders en insiders en een verbod tot ontslag om bepaalde redenen*

a. Outsiders

i. Volledige en gedeeltelijk *outsiders*

149. *Outsiders*, d.w.z. personen die zich niet op de hoofdstukken III en IV van de Cao nr. 109 kunnen beroepen wanneer zij worden ontslagen⁽³⁹⁵⁾, kunnen uiteraard de hier bedoelde ontslagverboden en -beperkingen inroepen in de mate dat zij onder het toepassingsgebied van die regelingen vallen.

Volledige *outsiders*, d.w.z. werknemers die zich op grond van de Cao nr. 109 noch op het recht de ontslagreden te kennen kunnen beroepen, noch schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag kunnen krijgen, zijn de arbeidscontractanten van de publieke sector, de werknemers ontslagen tijdens de eerste 6 maanden van de tewerkstelling en de werknemers tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomsten voor uitzendarbeid of met een overeenkomst voor tewerkstelling van studenten en de werknemers ten aanzien van wie structureel of tijdelijk maar een korte opzeggingstermijn moet worden in acht genomen⁽³⁹⁶⁾. Nog volledige *outsiders* zijn de werknemers die worden ontslagen met het oog op SWT, wegens het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd, bij sluiting van de onderneming, collectief of meervoudig ontslag⁽³⁹⁷⁾.

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

(391) Art. 32*terdecies* Wet Welzijn Werknemers.

(392) Art. 12 Arbeidsreglementenwet.

(393) Art. 107*bis*, § 2 herstelwet 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen.

(394) Art. 9, § 3 wet 17 februari 1997 betreffende de nachtarbeid.

(395) Zie nr. 145.

(396) Zie de nrs. 15 t.e.m. 27.

(397) Zie de nrs. 29-35.

Volledig uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 gesloten zijn ten slotte ook de werknemers ten aanzien van wie niet een bijzondere ontslagprocedure moet worden in acht genomen, meer bepaald preventieadviseurs en vakbondsafgevaardigden⁽³⁹⁸⁾. Ook de werknemers die zich alleen op de in hoofdstuk V (artikel 11) van de cao uitgewerkte “geconventionaliseerde” figuur van willekeurig ontslag kunnen beroepen, beschouw ik hier als volledige *outsiders*⁽³⁹⁹⁾.

Partiële *outsiders* t.a.v. de Cao nr. 109 zijn de werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd, die zich enkel kunnen beroepen op het recht de ontslagreden te kennen⁽⁴⁰⁰⁾ en de werknemers ontslagen wegens dringende reden, die op grond van die cao enkel aanspraak kunnen maken op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag⁽⁴⁰¹⁾. Wanneer die *outsiders* op grond van een wet of een cao beschermd worden tegen een ontslag om welbepaalde redenen, dan heeft die gedeeltelijke uitsluiting voor hen weinig of geen praktische gevolgen: tenzij in hoogst onwaarschijnlijke gevallen zullen zij hoe dan ook kennis krijgen van de ontslagreden die de werkgever inroept in het kader van de procedure die zij tegen hem zullen inleiden, hetzij op basis van het ontslagverbod of de ontslagbescherming, hetzij op grond van hoofdstuk IV, schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, van de Cao nr. 109. Daarom wordt aan hen geen aandacht meer besteed in wat volgt.

150. Alle *outsiders* kunnen zich in voorkomend geval op de ontslagverboden of -bepalingen van wetten en andere cao's dan de Cao nr. 109 beroepen.

ii. Bewijsregeling voor outsiders

151. De bewijsregeling die geldt bij de wettelijke of collectief-conventionele verboden tot ontslag wegens bepaalde redenen, voorziet doorgaans⁽⁴⁰²⁾ in een omkering van de bewijslast: het is de werkgever die moet bewijzen dat de werknemer werd ontslagen om een reden die vreemd is aan de beschermde hoedanigheid of situatie.

Dat is voor de werknemer gunstiger dan de bewijsregeling van de Cao nr. 109, die, althans bij een correcte mededeling van de ontslagreden door de werkgever, de bewijslast “verdeelt”⁽⁴⁰³⁾ of die, wanneer de werknemer aan wie de ontslagreden niet spontaan werd meegedeeld, niet tijdig en correct om mededeling daarvan heeft gevraagd, de bewijslast minstens voor een deel (“elementen die wijzen op”) op de werknemer legt⁽⁴⁰⁴⁾.

Voor de werkgever weegt het bewijs minder zwaar als het erom te doen is uit te maken of hij een verbod tot ontslag wegens een bepaalde reden heeft miskend, dan in de

(398) Zie nr. 36. De (kandidaat-)personeelsafgevaardigden vallen onder een ander soort ontslagverbod dat behandeld wordt in de nrs. 163 e.v.

(399) Zie vn. 379. Zij komen afzonderlijk aan bod in nr. 169.

(400) Zie nr. 52.

(401) Zie de nrs. 29 e.v.

(402) Dat is niet het geval bij het ontslag van preventieadviseurs of dat van vakbondsafgevaardigden dat valt onder regels die de bepalingen van de Cao nr. 5 in dat verband overnemen.

(403) Art. 10, eerste gedachtestreepje Cao nr. 109.

(404) Art. 10, derde gedachtestreepje Cao nr. 109.

context van de Cao nr. 109: in het eerste geval volstaat dat hij bewijst dat hij tot ontslag is overgegaan wegens om het even welk motief dat vreemd is aan de hoedanigheid of de situatie van de werknemer die de ontslagbescherming meebrengt, in het tweede geval moet hij een ontslagreden bewijzen die een legitiem verband vertoont met de persoon of het gedrag van de werknemer of ingegeven is door aanvaardbare bedrijfsgebonden redenen.

152. Wanneer de betwisting betrekking heeft op het volgen van de voorgeschreven procedure, bv. bij ontslag van preventieadviseurs en vakbondsafgevaardigden, is het de werknemer die de beschermingsvergoeding vordert, die zal moeten bewijzen dat de procedure niet is gevolgd, al moet ook de werkgever dan loyaal aan de bewijsvoering meewerken, meer bepaald door aan te tonen dat hij de procedurevoorschriften wel in acht heeft genomen.

iii. Vergoeding voor outsiders

153. De beschermingsvergoeding van 6 maanden (of 26 weken) loon die in de regel verschuldigd is bij miskenning van een ontslagverbod van het hier besproken type, ligt hoger dan het maximum van de 17 weken loon waarin de Cao nr. 109 voorziet bij kennelijk onredelijk ontslag. De beschermingsvergoeding bij miskenning van het ontslagverbod of de ontslagprocedure die geldt ten aanzien van vakbondsafgevaardigden en preventieadviseurs bedraagt zelfs respectievelijk een, dan wel 2 of 3 jaar loon. De *outsiders* kunnen zich op dit punt dan ook moeilijk benadeeld voelen door de uitsluiting, aangezien *insiders* de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag toch niet kunnen cumuleren met beschermingsvergoeding ⁽⁴⁰⁵⁾.

154. Er zijn echter een aantal gevallen waarin de beschermingsvergoeding maar 3 maanden (of 13 weken) loon bedraagt, met name bij miskenning van het ontslagverbod bij vaderschaps- of adoptieverlof, betaald educatief verlof of de invoering van nieuwe technologieën ⁽⁴⁰⁶⁾. Een werknemer zou zich dan ook financieel benadeeld kunnen voelen door het feit dat hij zich als *outsider* niet op de Cao nr. 109 kan beroepen om tot 17 weken loon als schadevergoeding te vorderen wegens kennelijk onredelijk ontslag. Om uit te maken of en in welk opzicht hier sprake zou kunnen zijn van discriminatie, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de eerste twee ontslagbeschermingen en de laatste twee.

De *outsiders* die recht hebben op een beschermingsvergoeding gelijk aan 3 maanden loon in geval van schending van het ontslagverbod bij vaderschaps- of adoptieverlof, zouden, als men hen niet had uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109, die vergoeding niet hebben kunnen cumuleren met de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag waarin die cao voorziet, omdat de 3 maanden loon op grond van de teksten die de ontslagbescherming invoeren, niet kunnen "*worden samen genoten*" met "*andere vergoedingen die zijn bepaald in het kader van een*

(405) Zie nr. 160.

(406) Bij een ontslag met miskenning van het ontslagverbod bij vaderschapsverlof (art. 30, § 4, derde lid Arbeidsovereenkomstenwet), adoptieverlof (art. 30ter, § 4, derde lid Arbeidsovereenkomstenwet), betaald educatief verlof (art. 118 Sociale Herstelwet 22 januari 1985) of de invoering van nieuwe technologieën (art. 6 Cao nr. 39).

bijzondere beschermingsprocedure tegen ontslag"⁽⁴⁰⁷⁾. De wettekst spreekt van procedure, wat bepaalde formele vereisten veronderstelt⁽⁴⁰⁸⁾. Voor de concretisering, door de Cao nr. 109, van het recht van de werknemer de ontslagreden te kennen, moet een procedure worden gevolgd, die wordt beschreven in de artikelen 4 tot 6 van de cao. Maar het recht op een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag gaat niet gepaard met een procedure, zodat de *outsiders* hun 3 maanden loon in beginsel met die schadevergoeding zouden kunnen aanvullen, ware het niet dat de Cao nr. 9 zelf de schadevergoeding niet cumuleerbaar verklaart met om het even welke andere beëindigingsvergoeding⁽⁴⁰⁹⁾. De uitsluiting van de *outsiders* heeft hier voor hen dus geen nadelige financiële gevolgen.

De bepalingen die een beschermingsvergoeding gelijk aan 3 maanden loon toekennen in geval van miskening van het ontslagverbod dat geldt bij betaald educatief verlof of bij de invoering van nieuwe technologieën, bevatten geen cumulatieverbod. Maar de *outsiders* die dergelijke vergoeding ontvangen, zouden die bij niet-uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109, om dezelfde reden als de al genoemde *outsiders* niet kunnen cumuleren met een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag: die laatste is immers, zo bepaalt artikel 9, § 3 van de cao, niet cumuleerbaar met een "*andere vergoeding die verschuldigd is door de werkgever naar aanleiding van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst*" wat de beschermingsvergoeding onmiskenbaar is.

iv. Conclusie

155. De conclusie is veel eenvoudiger dan de redeneringen: de beschermingsvergoedingen die wetten of andere cao's dan de Cao nr. 109 toekennen bij miskening van het ontslagverbod dat of de ontslagbeperking die zij bevatten, compenseren voor de werknemers die niet onder het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 vallen, de *outsiders* dus, de financiële gevolgen van de uitsluiting van het recht op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

Ook op het vlak van het bewijs lijden *outsiders* die zich op de ontslagverboden en -beperkingen van wetten en andere cao's dan de Cao nr. 109 kunnen beroepen en niet op die cao, geen nadeel, integendeel.

Men kan in deze context dan ook niet spreken van een verboden of ongeoorloofde discriminatie.

b. Insiders

i. Werknemers-insiders

156. De bescherming tegen ontslag wegens bepaalde redenen waarin bijzondere wetten of cao's voorzien, staat in beginsel ook open voor *insiders*, waarmee, zoals ge-

(407) Art. 30, § 4, vierde lid, en 30ter, § 4, vierde lid Arbeidsovereenkomstenwet.

(408) Zie nr. 40.

(409) Zie nr. 142.

zegt, hier worden bedoeld, de personen die zich kunnen beroepen op de hoofdstukken III en IV van de Cao nr. 109 of op hoofdstuk IV alleen ⁽⁴¹⁰⁾.

157. Wat beide rechten van de Cao nr. 109 betreft, zowel het recht de ontslagreden te vernemen als het recht op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, zijn de volledige *insiders* de werknemers tewerkgesteld in de particuliere sector, niet verbonden door een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd ⁽⁴¹¹⁾ (en dus ook niet door een die valt onder de regels van de uitzendarbeid of voor studenten), die al langer dan 6 maanden in dienst zijn van dezelfde werkgever, die jong of relatief jong zijn (die de pensioen- of SWT-leeftijd nog niet hebben bereikt of voor wie hij nog niet in het verschiet ligt ⁽⁴¹²⁾) en die ontslagen worden buiten de context van een herstructurering (stopzetting van de activiteit, sluiting, collectief of meervoudig ontslag), met inachtneming van de nieuwe opzeggingstermijn van de Wet Eenheidsstatuut (en dus niet met een van de vroegere korte opzeggingstermijnen voor werklieden) of het verschuldigd zijn van een daarmee overeenstemmende opzeggingsvergoeding (bij expliciet of impliciet onregelmatig ontslag) ⁽⁴¹³⁾.

Partiële *insiders* die op grond van de Cao nr. 109 enkel recht hebben op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag (hoofdstuk IV), zijn de werknemers die ontslagen worden om een dringende reden ⁽⁴¹⁴⁾.

Alle *insiders* kunnen zich in beginsel voor hetzelfde ontslag zowel beroepen op het verbod tot ontslag wegens bepaalde redenen dat in een wet of een cao voorkomt, als op het recht op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van de Cao nr. 109. Uit geen van beide richtingen sluit de ene mogelijkheid de andere principieel uit ⁽⁴¹⁵⁾.

ii. Bewijsregeling voor insiders

158. Slaagt de werkgever, wat het verbod tot ontslag wegens een bepaalde reden betreft, erin te bewijzen dat de ontslagreden vreemd is aan de beschermde hoedanigheid of situatie van de werknemer, dan zal die reden doorgaans ook volstaan om het ontslag als niet kennelijk onredelijk te kwalificeren. Inderdaad, de ontslagredenen vreemd aan de beschermde toestand bestaan in de regel in persoonsgebonden (persoonlijke gebreken of tekortkomingen), dan wel bedrijfsgebonden redenen (economische of technische “noodwendigheden”), precies de redenen die de Cao nr. 109 in artikel 8 onrechtstreeks als deugdelijk aanmerkt, zodat een ontslag op die motieven niet kennelijk onredelijk is. Toch hoeft dat niet altijd zo te zijn. Zo kan bv. een werkgever die een zwangere vrouw ontslaat wegens een futiliteit waarvan hij kan bewijzen dat ze helemaal niets te maken heeft met de zwangere toestand van de vrouw, zich

(410) Aan hoofdstuk III moet hier geen aandacht worden besteed: zie nr. 149.

(411) Zie nr. 52.

(412) Of die de werkgever niet ontslaat hoewel zij de leeftijd hebben bereikt waarop hij dat zou kunnen doen met het oog op pensioen of SWT.

(413) Zie de nrs. 15 e.v.

(414) Zie nr. 58.

(415) Het cumulatieverbod haalt dat principe echter onderuit: zie nr. 160.

toch schuldig maken aan kennelijk onredelijk ontslag omdat een normale en redelijke werkgever een werknemer nooit om futiliteiten ontslaat.

Is de werknemer ontslagen om een verboden motief of slaagt de werkgever er niet in het bewijs van een andere reden te leveren, dan heeft de werknemer recht op de beschermingsvergoeding die de wet of de cao die het ontslagverbod invoert, hem toekent. Aangezien men dan moet aannemen dat de werknemer om een verboden motief werd ontslagen, rijst de vraag of dergelijk ontslag ook kennelijk onredelijk is in de zin van de Cao nr. 109. Ook hier is het antwoord: dat kan, maar is niet altijd zo. Het is inderdaad niet ondenkbaar dat een werkgever ontslaat om een reden die verband houdt met de beschermde situatie, maar die tevens van dien aard is dat er toch wel normale en redelijke werkgevers te vinden zijn die om die redenen zouden ontslaan, bv. omdat er nog andere motieven zijn die wel redelijk zijn. Het feit dat de werknemer dan een ontslagverbod schendt, is m.a.w. op zich niet kennelijk onredelijk.

159. De bewijslastregeling van de ontslagbeschermingen buiten de Cao nr. 109 is, gelet op de omkering van de bewijslast, die op de werkgever wordt gelegd, gunstiger dan die van de cao, die dat maar in één welbepaalde hypothese doet ⁽⁴¹⁶⁾.

iii. Vergoeding voor insiders

160. De werknemer zal echter moeten kiezen welke van de twee wegen die principieel voor hem openliggen, hij zal volgen: die van het wettelijk of collectief-conventioneel ontslagverbod, of die van de Cao nr. 109, aangezien hij de beschermingsvergoeding van het eerste niet kan cumuleren met de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van de tweede ⁽⁴¹⁷⁾.

Aangezien de courante beschermingsvergoeding 6 maanden of 26 weken loon bedraagt en dus hoger is dan 17 weken loon schadevergoeding van de Cao nr. 109, die dan nog een maximum is, zal de werknemer in de regel kiezen voor de beschermingsvergoeding, al kan hij natuurlijk in voorkomend geval de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag in ondergeschikte orde vorderen.

In de gevallen waarin de beschermingsvergoeding maar 3 maanden (of 13 weken) loon bedraagt ⁽⁴¹⁸⁾, loopt de werknemer het risico op grond van de Cao nr. 109 minder te krijgen, zodat hij misschien beter in hoofdorde het maximum van de schadevergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag eist. Dat hij op grond van de Cao nr. 109 ook meer dan 13, nl. tot 17 weken loon zou kunnen vorderen en krijgen, maakt het formuleren van de vorderingen er niet eenvoudiger op ⁽⁴¹⁹⁾.

(416) Zie nr. 127.

(417) Zie nr. 142.

(418) Bij een ontslag met miskennis van het ontslagverbod bij vaderschapsverlof (art. 30, § 4, derde lid Arbeidsovereenkomstenwet), adoptieverlof (art. 30ter, § 4, derde lid Arbeidsovereenkomstenwet), betaald educatief verlof (art. 118 Sociale Herstelwet 22 januari 1985) of de invoering van nieuwe technologieën (art. 6 Cao nr. 39).

(419) Al zie ik niet onmiddellijk in waarom de ondergeschikte vordering niet zou kunnen worden gesteld voor zover de hoofdvordering tot een mindere vergoeding zou leiden.

iv. Conclusie

161. Concluderend kan men zeggen dat de rechten die de Cao nr. 109 *insiders* biedt, geen afbreuk doen aan de rechten en mogelijkheden die zij in voorkomend geval kunnen laten gelden op grond van wettelijke of conventionele ontslagbeperkingen of -verboden.

In de meeste gevallen zullen zij er voordeel bij hebben zich op deze laatste te steunen omdat het bedrag van de beschermingsvergoeding die zij toekennen, hoger is dan wat zij kunnen krijgen als schadevergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag op basis van de Cao nr. 109. Maar de werknemer kan altijd het ene in hoofdorde, het andere in ondergeschikte orde vorderen. Wat de werknemer moet bewijzen, zal doorgaans op hetzelfde neerkomen ongeacht de "piste" die hij volgt.

De werknemer kan dan voor de vorderingen gebruik maken van de bewijslastfaciliteiten die respectievelijk de Cao nr. 109 en de andere ontslagbeschermingen bieden.

B. Verbod tot ontslag tenzij wegens bepaalde redenen

1. *Ontslagverbod en schadevergoeding*

162. Het tweede type van ontslagverbod bestaat in een algemeen verbod tot ontslag, tenzij om welbepaalde redenen. Het gaat om de regeling die geldt voor de zgn. beschermde werknemers in de strikte zin van het woord, zijnde personeelsafgevaardigden van en kandidaat-personeelsafgevaardigden voor de ondernemingsraad of het comité voor preventie en bescherming op het werk. Zij mogen maar worden ontslagen om een dringende reden of om bedrijfsgebonden ("economische of technische") redenen⁽⁴²⁰⁾.

De werknemer vooraf in kennis stellen van de ontslagredenen is maar verplicht wanneer het ontslagmotief een dringende reden is: de werkgever die het voornemen heeft een personeelsafgevaardigde of een kandidaat-personeelsafgevaardigde om een dringende reden te ontslaan, moet hem (en de organisatie die hem heeft voorgedragen) hierover inlichten bij een ter post aangetekende brief die verstuurd wordt binnen 3 werkdagen volgend op de dag waarop hij kennis heeft gekregen van het feit dat het ontslag zou rechtvaardigen⁽⁴²¹⁾. Bij een ontslag om bedrijfseigen ("economische of technische") redenen is niet in een dergelijke formele informatieverplichting voorzien, al zal de werkgever die het paritair comité vraagt om de erkenning van de reden of redenen, de betrokken werknemer wel vooraf op de hoogte brengen⁽⁴²²⁾. Zoals bij de ontslagverboden wegens een bepaalde reden is het dus ook hier niet nuttig het te hebben over het recht de ontslagredenen te vernemen dat de Cao nr. 109 de werknemer toekent.

(420) Die dan nog vooraf moeten erkend zijn, respectievelijk door de rechter en door het bevoegde paritair comité (art. 4, § 1 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden).

(421) Art. 4, § 1 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

(422) Als hij dat niet zou doen, kan de beschermde werknemer wegens zijn uitsluiting uit het geheel van de Cao nr. 109 geen "forfaitaire burgerlijke boete" verkrijgen.

2. *Outsiders en insiders en het verbod tot ontslag tenzij wegens bepaalde redenen*

163. De tegen ontslag beschermde personeelsafgevaardigden en kandidaat-personeelsafgevaardigden, zijn per definitie *outsiders*: omdat voor hun ontslag een bijzondere ontslagprocedure moet worden gevolgd, worden zij uitgesloten uit het volledige toepassingsgebied van de Cao nr. 109⁽⁴²³⁾. De ontslagprocedures van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden komen in de plaats van het recht niet om een kennelijk onredelijk motief te worden ontslagen.

De bewijslast rust op de werkgever: hij moet het bewijs leveren van de voor het ontslag ingeroepen “technische en economische redenen” evenals van het feit dat de ontslagbeslissing niet is beïnvloed door het feit dat de werknemer een personeelsafgevaardigde of een kandidaat-personeelsafgevaardigde is of dat zijn kandidatuur ingediend is door een welbepaalde representatieve werknemersorganisatie⁽⁴²⁴⁾. Ook de dringende reden moet de werkgever bewijzen, maar dat met toepassing van het gemeen recht: hij is de eisende partij in de procedure om de dringende reden door de rechter “aangenomen” te zien.

De ruime anciënniteits- en mandaatvergoeding van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden⁽⁴²⁵⁾ ten slotte, die in extreme gevallen samen kunnen oplopen tot 8 jaar loon, komen in de plaats van de eerder beperkte schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van de Cao nr. 109.

164. De bescherming van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden is in alle opzichten zo specifiek en gunstig voor de beschermde werknemer dat zijn volledige uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 geen redelijke bezwaren kan doen rijzen, maar integendeel evident is.

§ 2. *Willekeurig ontslag*

165. De figuur van het willekeurig ontslag zoals zij is uitgewerkt in het Belgisch arbeidsrecht, heeft enkel betrekking op de ontslagredenen en niet op de mededeling van de ontslagredenen. Daarom moeten wij het hier enkel hebben over een toetsing van die figuur aan die van hoofdstuk IV van de Cao nr. 109, het kennelijk onredelijk ontslag, en laten wij hoofdstuk III buiten beschouwing.

A. *Ontslagverbod en schadevergoeding*

166. Sedert de inwerkingtreding van de Cao nr. 109 bestaat de figuur van willekeurig ontslag nog in twee vormen: een wettelijke en een collectief-conventionele.

(423) Zie nr. 36.

(424) Art. 3, § 3 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

(425) Art. 16 en 17 Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden.

1. De wettelijke figuur van willekeurig ontslag

167. Werklieden uit de particuliere sector kunnen zich niet meer op de *wettelijke* figuur van het willekeurig ontslag beroepen, want artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet is afgeschaft⁽⁴²⁶⁾. Dat geldt ook voor bedienden tewerkgesteld in de particuliere sector: zelfs een beroep op het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod kan dat artikel niet terug tot leven wekken⁽⁴²⁷⁾.

168. De wettelijke figuur van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet is wel nog blijven bestaan voor werknemers, formeel gezien enkel voor werklieden, tewerkgesteld in de publieke sector⁽⁴²⁸⁾.

Artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet is inderdaad niet uit de rechtsorde verdwenen doordat het Grondwettelijk Hof die bepaling met ingang van 1 april 2014, datum van inwerkingtreding van de Cao nr. 109, in antwoord op een prejudiciële vraag ongrondwettig verklaarde⁽⁴²⁹⁾. Niet dát is inderdaad het gevolg van een positief antwoord op een prejudiciële vraag naar de grondwettelijkheid van een wettelijke bepaling⁽⁴³⁰⁾.

De ongrondwettigverklaring van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet door het Grondwettelijk Hof heeft wel tot gevolg dat die bepaling vanaf 1 april 2014 niet meer mag worden toegepast in de mate dat zij het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod miskent door een beroep daarop enkel mogelijk te maken voor werklieden. Dat betekent dat ook *bedienden* die met een arbeidsovereenkomst zijn tewerkgesteld in de publieke sector, een vergoeding wegens willekeurig ontslag op basis van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet kunnen eisen, omdat sinds de harmonisering van de opzeggingstermijnen voor werklieden en bedienden de bestaansreden voor de beperking van de figuur van het willekeurig ontslag tot werklieden is weggevallen⁽⁴³¹⁾. Tot dat resultaat komt men op een vrij eenvoudige wijze:

(426) Art. 38, 1° Wet Eenheidsstatuut.

(427) Tenzij men zou aanvaarden dat artikel 38, 1° van de Wet Eenheidsstatuut zelf ongrondwettig is omdat het de wettelijke figuur van het willekeurig ontslag afschaft in de particuliere sector, waarvoor men al erg kronkelend moet gaan redeneren.

(428) Dat blijft zo tot de inwerkingtreding van "een regeling vergelijkbaar" met die van de Cao nr. 109 (art. 38, 2° Wet Eenheidsstatuut). Als men aanneemt dat de Wet Motivering Bestuurshandelingen werkegevers van de publieke sector zou verplichten ontslagen van arbeidscontractanten te motiveren, zou men die wet misschien kunnen beschouwen als een vergelijkbare regeling (zie vn. 46). Maar aangezien artikel 38, 2°, van de Wet Eenheidsstatuut uitgaat van een toekomstige vergelijkbare regeling, is het duidelijk dat de wetgever dat niet zo heeft gezien.

(429) De gevolgen van die wetsbepaling handhaafde het Grondwettelijk Hof slechts tot 1 april 2014. Art. 63 Arbeidsovereenkomstenwet schendt vanaf dan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod (GwH 18 december 2014, nr. 187/2014). Dat is dus het geval voor werknemers van de publieke sector, die niet vallen onder de Cao nr. 119.

(430) P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 379, nr. 819.

(431) In dezelfde zin: S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, "La C.C.T. n° 109 imposable la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions", *Soc.Kron.* 2014, 21. Het Arbitragehof besliste inderdaad dat het ontzeggen aan bedienden van de mogelijkheid van een beroep op artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, geen schending is van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod omdat die figuur de werklieden compenseert voor de kortere opzeggingstermijnen die een werkgever bij hun ontslag in acht moet nemen (Arbitragehof 21 juni 2001, RW 2001-02, noot M. DE VOS).

het onderscheid tussen hand- en hoofdarbeiders bij de bescherming tegen misbruik van het recht te ontslaan wat de motieven betreft, is sinds 1 april 2014 ongrondwettig⁽⁴³²⁾, zodat bij de toepassing van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, het woord “werklieden” ongrondwettig is en dus moet worden geschrapt in de mate dat men daarmee verwijst naar artikel 2 van de wet, die ze omschrijft, werknemers die in hoofdzaak handarbeid verrichten. De bijzin “die in hoofdzaak handarbeid verrichten” is discriminatoir en valt dus weg. Dan blijft alleen “werknemers” over⁽⁴³³⁾. Men moet dus niet eens het – in geval van leemten betwistbare⁽⁴³⁴⁾ – instrument van *levelling up* bovenhalen om te komen tot een gelijke behandeling van werknemers in dienst van publiekrechtelijke werkgevers⁽⁴³⁵⁾. Tot een vergelijkbaar resultaat zou men overigens ook, zonder ongrondwettigheid te moeten invoeren, kunnen komen door aan bedienden in dienst van een publieke werkgever die worden ontslagen wegens een kennelijk onredelijk motief en dus met misbruik van het recht te ontslaan⁽⁴³⁶⁾ en die op die grond een vordering stellen, een schadevergoeding toe te kennen die in de lijn ligt van die waarin de Cao nr. 109 voorziet.

2. De collectief-conventionele figuur van willekeurig ontslag

169. Zoals al werd vermeld, voert artikel 11 van de Cao nr. 109, dat hoofdstuk V van die cao vormt, voor de werklieden die na 1 januari 2014 nog altijd kunnen worden ontslagen met opzeggingstermijnen die korter zijn dan de nieuwe termijnen van de Wet Eenheidsstatuut en op wie de nieuwe motiveringsregelen van de hoofdstukken III en IV van de cao niet van toepassing zijn⁽⁴³⁷⁾, de figuur van willekeurig ontslag in op een wijze die identiek is aan die van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet, zij het voor alle werknemers in de plaats van voor alle werklieden. In de praktijk gaat het echter enkel om werklieden⁽⁴³⁸⁾. Er is dus een ongelijke behandeling op grond van de hoofdzakelijke aard van het werk, intellectueel of manueel.

Zoals hierboven werd uiteengezet, is het echter niet evident artikel 11 van de Cao nr. 109 als nietig te beschouwen als gevolg van nietigheid van de in artikel 2, § 5 opgenomen beperking van het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 tot hoofdstuk V

(432) Zie vn. 429.

(433) Het is aangewezen dan ook de “sleutelartikelen” 2 (de definitie van werkmans) en 47 (“De bepalingen van deze titel gelden voor de arbeidsovereenkomst voor werklieden”) van de Arbeidsovereenkomstenwet ongrondwettig te verklaren omdat anders artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet blijft staan in een titel die betrekking heeft op werklieden, wat een zekere weerstand zou kunnen blijven oproepen om die bepaling op bedienden toe te passen. Zie in die zin L. LENAERTS, “Wie A zegt, moet B zeggen of moet wie A(ieder) zegt, B(ediende) denken?” in E. BOYDENS en R. DE BAERDEMAEKER (eds.), *Justitie: vraagstukken en perspectieven voor morgen*, Limal/Brugge, Anthemis/die Keure, 2013, 209, nr. 27.

(434) V. PERTRY, “De toets aan het gelijkheidsbeginsel van het Grondwettelijk Hof” in M. RIGAUX en A. LATINNE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 9*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 224 e.v.

(435) Zoals men ook niet geconfronteerd wordt met een *levelling down*, wat het geval zou zijn bij een volledige “schrapping” van artikel 63 wegens ongrondwettigheid.

(436) Zie nr. 189.

(437) Art. 2, § 5 Cao nr. 109.

(438) Zie nr. 49

voor de hierboven vermelde werklieden ⁽⁴³⁹⁾. Men mag dan ook aannemen dat de collectief-conventionele figuur van willekeurig ontslag overleeft.

B. Outsiders en insiders en willekeurig ontslag

1. Outsiders

170. *Outsiders*, m.a.w. de personen die uitgesloten zijn uit het toepassingsgebied van de hoofdstukken III en IV van de Cao nr. 109, kunnen zich enkel nog op de wettelijke figuur willekeurig ontslag blijven beroepen in de mate dat die voor hen is blijven bestaan. Dat is het geval voor de contractanten tewerkgesteld in de publieke sector ⁽⁴⁴⁰⁾. Hoewel die bepaling het heeft over werklieden, is zij, naar mijn mening, zowel voor werklieden als bedienden van toepassing, omdat het woord werklieden moet worden geschrapt wegens schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod ⁽⁴⁴¹⁾.

Werknemers die op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst zijn van werkgevers van publiek recht, kunnen dus aanspraak maken op een vergoeding wegens willekeurig ontslag gelijk aan 6 maanden loon wanneer zij worden ontslagen zonder een legitieme persoons- of een bedrijfsgebonden reden. Vanzelfsprekend kan en moet daarbij nog altijd “gebruik worden gemaakt” van de rechtspraak ⁽⁴⁴²⁾ en de doctrine rond artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

171. De collectief-conventionele figuur willekeurig ontslag kan volgens de tekst van artikel 11 enkel worden ingeroepen door de werknemers die (alleen) onder hoofdstuk V van de Cao nr. 109 vallen. Volgens de termen van artikel 11 gaat het om de werknemers voor wie structureel of tijdelijk een kortere opzeggingstermijn van toepassing blijft in vergelijking met de nieuwe opzeggingstermijnen ingevoerd door de Wet Eenheidsstatuut. Die werknemers worden m.a.w. uitgesloten uit het toepassingsgebied van de overige hoofdstukken van de Cao nr. 109, reden waarom zij in deze tekst als *outsiders* worden gekwalificeerd ⁽⁴⁴³⁾.

2. Insiders

172. Werknemers die zich bij hun ontslag kunnen beroepen op de bepalingen van de hoofdstukken III en IV van de Cao nr. 109, *insiders* dus, kunnen de wettelijke figuur van het willekeurig ontslag niet inroepen: artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet heeft voor hen opgehouden van toepassing te zijn sinds 1 april 2014, datum van de inwerkingtreding van de Cao nr. 109 ⁽⁴⁴⁴⁾.

(439) Zie nr. 50.

(440) Art. 38, 2° Wet Eenheidsstatuut.

(441) Zie nr. 168.

(442) Meer bepaald van de leer van het cassatiearrest van 22 november 2014: zie nr. 113.

(443) Zie vn. 379.

(444) Art. 38, 1° Wet Eenheidsstatuut.

Op de collectief-conventionele figuur willekeurig ontslag van artikel 11 van de Cao nr. 109 kunnen die werknemers zich evenmin beroepen, omdat hoofdstuk V van die cao, waarvan artikel 11 de enige bepaling is, op hen van toepassing is.

3. Conclusie

173. De figuur van het willekeurig ontslag overleeft zowel in een wettelijke als in een nieuwe, collectief-conventionele vorm. Dat bevoordeligt de beperkte groepen van werknemers die zich daarop kunnen beroepen (respectievelijk arbeidscontractanten in de publieke sector en werklieden met verkorte opzeggingstermijnen in de particuliere sector) ten aanzien van de overige werknemers (alle werknemers van de particuliere sector voor wie de nieuwe opzeggingstermijnen van de Wet Eenheidsstatuut gelden). Maar het ligt juridisch niet voor de hand die ongelijke behandeling aan te vechten en ongedaan te maken.

§ 3. Ontslag wegens dringende reden

A. *Recht op kennis van de ontslagreden en bescherming tegen ontslag om onaanvaardbare redenen*

174. De figuur van het ontslag om dringende reden behoeft geen nadere toelichting. Zij bevat zowel een recht van de werknemer de ontslagreden te vernemen, als de vereiste van een aanvaardbaar ontslagmotief.

Wanneer de bescherming die artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet de werknemer biedt, wordt miskend, m.a.w. wanneer de werknemer niet met toepassing van alle vereisten van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet om dringende reden wordt ontslagen, heeft hij recht op een beëindigingsvergoeding aangezien hij onregelmatig werd ontslagen. Die vergoeding dekt alle materiële en morele schade die veroorzaakt wordt door het onregelmatig ontslag⁽⁴⁴⁵⁾.

Als een ontslag dat formeel wordt gegeven wegens dringende reden, onregelmatig is omdat het motief voor het ontslag geen bewezen reden is die de professionele samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt, dan wordt de morele schade die de werknemer daardoor lijdt, vergoed door de opzeggingsvergoeding. Maar als de ontslagreden *bovendien* het ontslag kennelijk onredelijk maakt, bv. omdat hij volledig verzonnen is, kan de werknemer voor de (morele) schade die hij lijdt als gevolg van het feit dat de werkgever ook is tekortgekomen aan de verplichting zijn recht tot ontslag uit te oefenen zoals een normale en redelijke werkgever doet, een afzonderlijke vergoeding vorderen⁽⁴⁴⁶⁾.

(445) Cass. 7 mei 2001, *JTT* 2001, 410, noot C. WANTIEZ.

(446) Zie voor voorbeelden in de rechtspraak die bij een ontslag dat formeel werd gegeven als ontslag wegens dringende reden ook een vergoeding voor rechtsmisbruik toekennen: W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 4487.

B. Outsiders en insiders en ontslag wegens dringende reden

1. Werknemers ontslagen wegens dringende reden en kennisneming van de ontslagredenen

175. Partiële *outsiders*, namelijk uitgesloten van de toepassing van titel III van de Cao nr. 109, zijn alle werknemers die worden ontslagen wegens dringende reden⁽⁴⁴⁷⁾. Zij kunnen enkel terugvallen op de kennisgevingsverplichting van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet⁽⁴⁴⁸⁾.

De wettelijke kennisgevingsverplichting van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet is inhoudelijk strenger dan die welke de werkgever in acht moet nemen als hij gevolg wil geven aan het verzoek van de werknemer de ontslagredenen te kennen zoals de Cao nr. 109 hem toestaat: in beide gevallen moeten weliswaar de concrete ontslagredenen worden meegedeeld, maar bij toepassing van de regels van de cao is er wat meer speelruimte⁽⁴⁴⁹⁾. De werknemer die ontslagen wordt wegens dringende reden, lijdt dus geen nadeel door de uitsluiting uit de toepassing van hoofdstuk III van de cao.

176. Schending van de kennisgevingsverplichting van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet maakt van een ontslag om dringende reden een onregelmatig ontslag, dat recht geeft op een beëindigingsvergoeding. Aangezien de minimale opzeggingstermijn in acht te nemen door de werkgever 2 weken is⁽⁴⁵⁰⁾, is het bedrag daarvan altijd minstens gelijk aan de “forfaitaire burgerlijke boete” van 2 weken loon die de Cao nr. 109 toekent bij het niet, niet tijdig of niet correct honoreren van het recht van de werknemer de ontslagredenen te kennen.

Maar de beëindigingsvergoeding vergoedt in voorkomend geval ook een miskenning van het inhoudelijke verbod dat artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet de werkgever oplegt, nl. een verbod een werknemer op staande voet zonder vergoeding te ontslaan als hij geen zware fout beging die de beroepsmatige samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt.

Wanneer na het ontslag van een werknemer wegens dringende reden, van de ontslagredenen niet binnen 3 werkdagen voldoende precies en op de wettelijk voorgeschreven wijze (aangetekende brief, deurwaardersexploot of overhandiging van een geschrift tegen ontvangstbewijs) aan de werknemer kennis is gegeven en de werkelijke ontslagredenen een kennelijk onredelijk motief blijkt te zijn, heeft de werknemer als gedeeltelijke *outsider* geen recht op de “forfaitaire burgerlijke boete” – ook niet al heeft hij om de ontslagredenen gevraagd en die niet gekregen – maar enkel op een beëindigingsvergoeding voor het (in dubbel opzicht: geen regelmatige kennisgeving, geen dringende reden) onregelmatig ontslag en een schadevergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag. Een volledige *insider* wiens arbeidsovereenkomst op staande voet zonder enige reden in te roepen of achteraf mee te delen en dus onregelmatig wordt beëindigd om, naar later blijkt, hetzelfde kennelijk onredelijk motief, heeft (gesteld dat hij om mededeling van de ontslagredenen heeft gevraagd, maar de werkgever

(447) Zie nr. 51.

(448) Zie nr. 51.

(449) Zie nr. 73.

(450) Art. 37/2, § 1 Arbeidsovereenkomstenwet.

daarop niet is ingegaan) recht op de "forfaitaire burgerlijke boete" voor de miskenning van zijn recht de ontslagreden te kennen en een vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag (voor het "onheuse" van de ontslagreden), evenals op een beëindigingsvergoeding (voor de onregelmatigheid van het ontslag). De *outsider* heeft m.a.w. geen recht op een afzonderlijke vergoeding voor de miskenning van het recht de ontslagreden te vernemen, de *insider* wel.

Toch kan men hier niet van discriminatie spreken. Niet omdat een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang onregelmatig wordt beëindigd, zich niet in dezelfde situatie bevindt als een werknemer die wordt ontslagen wegens dringende reden, noch omdat een werknemer die wordt ontslagen om een motief dat ten volle beantwoordt aan het begrip dringende reden, ook aanspraak kan maken op een volle beëindigingsvergoeding, die veel hoger kan liggen dan de 2 weken loon van de "forfaitaire burgerlijke boete" als de werkgever maar een kleine formele fout begaat bij de kennisgeving van de ontslagreden, die hij bv. met een gewone brief doet, wat de ontstentenis van een afzonderlijke vergoeding voor de niet-mededeling van de ontslagreden *in globo* compenseert. Wel omdat het om een drogredenering gaat. Een werknemer die om dringende reden wordt ontslagen, waarbij de werkgever nalaat of weigert hem de ontslagreden mee te delen, is niet ontslagen om een dringende reden, maar het voorwerp van een onregelmatig ontslag. Hij is dan ook geen *out* maar een *insider* m.b.t. hoofdstuk III van de Cao nr. 109 en kan in voorkomend geval (verzuim of weigering van de werkgever de ontslagreden mee te delen zoals voorgeschreven door artikel 5 van de cao) aanspraak maken op de "forfaitaire burgerlijke vergoeding" die artikel 7, § 1 toekent.

177. Dat ontslagen wegens dringende reden uitgesloten zijn uit het toepassingsgebied van hoofdstuk III van de Cao nr. 109, dat een algemeen recht van de werknemer kennis te krijgen van de ontslagreden concretiseert, hoeft dan ook al met al niet te verbazen en lijkt niet onverantwoord ⁽⁴⁵¹⁾.

2. *Werknemers ontslagen om dringende reden en kennelijk onredelijk ontslag*

a. *Outsiders*

178. Werknemers ontslagen om dringende reden die zich niet op hoofdstuk IV van de Cao nr. 109 kunnen beroepen en dus m.b.t. het recht op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag *outsiders* zijn, zijn in eerste instantie zij die volledig uit het toepassingsgebied van de hoofdstukken III en IV van de Cao nr. 109 zijn gesloten (de arbeidscontractanten van de publieke sector, de werknemers ontslagen tijdens de eerste 6 maanden van de tewerkstelling, de werknemers tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid of met een overeenkomst voor tewerkstelling van studenten, de werknemers ten aanzien van wie structureel of tijdelijk maar een korte opzeggingstermijn moet worden in acht genomen, de werknemers die worden ontslagen met het oog op SWT, wegens het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd, bij sluiting van de onderneming, collectief of meervoudig ontslag, de werknemers ten aanzien van wie een bijzondere ontslagprocedure moet worden in

(451) Zie nr. 51.

acht genomen, waaronder vooral preventieadviseurs en vakbondsafgevaardigden, evenals de werknemers die zich alleen op de in hoofdstuk V van de cao uitgewerkte "geconventionaliseerde" figuur van willekeurig ontslag kunnen beroepen⁽⁴⁵²⁾. Partiële *outsiders* t.a.v. deel IV van de Cao nr. 109 zijn de werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling: als zij wegens dringende reden worden ontslagen, kunnen zij zich ook niet beroepen op het recht de ontslagreden te kennen⁽⁴⁵³⁾. Moeten die werknemers zich tekortgedaan voelen?

179. Het antwoord is ontkennend. Een "geldig" motief voor ontslag wegens dringende reden is altijd een aanvaardbare reden die het ontslag niet kennelijk onredelijk ontslag maakt⁽⁴⁵⁴⁾.

b. Insiders

180. Andere werknemers ontslagen om een dringende reden zijn *insiders*: als zij tewerkgesteld zijn in de particuliere sector, verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (en dus o.m. niet door een die valt onder de regels van de uitzendarbeid of voor studenten) en al langer dan 6 maanden in dienst zijn van dezelfde werkgever, vallen zij onder hoofdstuk III van de Cao nr. 109⁽⁴⁵⁵⁾. Die werknemers kunnen zich dus in principe wel op de Cao nr. 109 beroepen om schadevergoeding te eisen bij kennelijk onredelijk ontslag.

Maar, zoals al gezegd, een regelmatig gegeven en terecht, m.a.w. een echt, ontslag wegens dringende reden, kan nooit kennelijk onredelijk zijn⁽⁴⁵⁶⁾. Het *insider* zijn t.a.v. hoofdstuk IV van de Cao nr. 109, m.a.w. de principiële mogelijkheid kennelijk onredelijk ontslag in te roepen, zal bij een ontslag wegens dringende reden waarbij alle voorschriften van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet in acht worden genomen, dan ook geen nuttig resultaat kunnen opleveren: de ontslagen werknemer kan geen schadevergoeding krijgen wegens kennelijk onredelijk ontslag, zoals hij overigens ook geen recht heeft op een opzeggingsvergoeding.

(452) Zie nr. 149 en de verwijzingen aldaar.

(453) Zie nr. 52. Maar het omgekeerde is niet het geval: niet elke aanvaardbare ontslagreden is een dringende reden.

(454) Zie nr. 105.

(455) De overige uitsluitingen hebben niets te zien met een ontslag wegens dringende reden, nl. ontslagen worden met het oog op pensioen of SWT, ontslagen worden buiten de context van een herstructurering (stopzetting van de activiteit, sluiting, collectief of meervoudig ontslag) of met inachtneming van een van de nieuwe opzeggingstermijnen van de Wet Eenheidsstatuut of recht hebben op een daarmee overeenstemmende opzeggingsvergoeding.

(456) Zie nr. 104. Een ontslag dat formeel wordt gegeven als een ontslag wegens dringende reden, maar dat in werkelijkheid niet is wegens de miskennis van een vormelijk voorschrift of de ontstentenis van de vereiste weerslag op de professionele samenwerking tussen de partijen, kan dat wel, maar dan hebben wij niet meer te maken met een ontslag om dringende reden, maar met een onregelmatig ontslag: zie nr. 58.

c. Conclusie

181. Werknemers die regelmatig, d.i. niet alleen vormelijk, maar ook inhoudelijk in overeenstemming met de voorschriften van artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet, ontslagen worden om dringende redenen, kunnen geen aanspraak maken op een "forfaitaire burgerlijke boete" als zij geen, niet-tijdig of niet-correct mededeling krijgen van de (dringende) reden voor ontslag, noch op een vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag wat de ontslagmotieven betreft. Het eerste is een gevolg van hun uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109, het tweede van het feit dat een echte dringende reden altijd een aanneembare reden is voor het ontslag. Maar in geen van de twee gevallen vormt de uitsluiting een probleem.

§ 4. Misbruik van het recht te ontslaan

A. *Rechtsmisbruik bij ontslag uitgaande van de werkgever en sanctie*

182. De generieke gemeenrechtelijke formulering van rechtsmisbruik toegepast op het recht tot ontslag van de werkgever houdt in dat hij zich daaraan schuldig maakt wanneer hij dat recht gebruikt op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van wat een normale en redelijke werkgever in dezelfde omstandigheden zou doen ⁽⁴⁵⁷⁾. De gemeenrechtelijke verplichting te goeder trouw te handelen, vormt de grondslag van de figuur van het rechtsmisbruik ⁽⁴⁵⁸⁾.

De vereiste kennelijke overschrijding van de redelijke grenzen kan zowel betrekking hebben op de niet-mededeling van de redenen voor het ontslag als op die redenen zelf.

183. Bij rechtsmisbruik kan, algemeen gesproken, een passende sanctie worden uitgesproken. Maar bij misbruik van het recht te ontslaan bestaat die niet in een herstel van de dienstbetrekking ⁽⁴⁵⁹⁾, maar in een vergoeding voor de door het rechtsmisbruik geleden schade die te onderscheiden is van die veroorzaakt door het ontslag zelf. Hoewel het correct is te zeggen dat zowel de materiële als de morele schade wordt vergoed die een werknemer lijdt als gevolg van het rechtsmisbruik, is de schade in essentie toch moreel ⁽⁴⁶⁰⁾. Omdat die niet precies kan worden geraamd, wordt in de regel een vergoeding naar billijkheid gevorderd en toegekend.

B. *Outsiders en insiders*

1. *Outsiders*

184. Een werknemer die wordt ontslagen, kan zich altijd beroepen op de gemeenrechtelijke goedetrouwverplichting van de werkgever als contractpartij en dus in voorkomend geval rechtsmisbruik inroepen. Specifieke arbeidsrechtelijke regels

(457) Zie nr. 102.

(458) P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Brussel, Bruylant, 2014, 243, nr. 222.

(459) Zie nr. 93.

(460) Zie de nrs. 85 en 140.

daaromtrent doen daaraan geen afbreuk, tenzij die regels dat zouden uitsluiten. Dat laatste mag, want de gemeenrechtelijke algemene beginselen raken niet de openbare orde ⁽⁴⁶¹⁾. M.a.w. het is niet omdat een werknemer het recht heeft zich te beroepen op de wettelijke figuur van het willekeurig ontslag of op de ontslagmotiveringsvoorschriften van de Cao nr. 109 of van een andere rechtsbron, dat hij om die enkele redenen geen beroep meer zou kunnen doen op de gemeenrechtelijke figuur van het rechtsmisbruik.

Voor volledige *outsiders*, m.a.w. de werknemers die volledig uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 vallen en zich ook niet kunnen beroepen op de wettelijke figuur van het willekeurig ontslag ⁽⁴⁶²⁾, is het inroepen van rechtsmisbruik overigens het enige juridische instrument waarover zij beschikken m.b.t. de ontslagmotivering buiten de specifiek geregelde gevallen zoals het ontslag wegens dringende redenen en de ontslagbeschermingen.

a. Recht de ontslagredenen te kennen

185. Volledig uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Cao nr. 109 – dus ook van het recht de concrete ontslagredenen te vernemen – zijn de arbeidscontractanten van de publieke sector, de werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid of door een overeenkomst voor tewerkstelling van studenten, de werknemers ontslagen met het oog op SWT of wegens het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd, bij stopzetting van de activiteit, sluiting van de onderneming, collectief of meervoudig ontslag en de werknemers bij het ontslag van wie een bijzondere ontslagprocedure bestaat ⁽⁴⁶³⁾. Zij zijn de volledige *outsiders*.

De werknemers, in werkelijkheid de werklieden, voor wie na de inwerkingtreding van de Wet Eenheidsstatuut structureel of tijdelijk kortere opzeggingstermijnen van toepassing blijven en voor wie alleen de in hoofdstuk V van de Cao nr. 109 hernomen regeling van willekeurig ontslag geldt, zijn eveneens *outsiders* wat betreft het recht de concrete redenen te kennen die tot het ontslag heeft geleid, die immers het voorwerp uitmaakt van hoofdstuk III van de Cao ⁽⁴⁶⁴⁾. En dat geldt eveneens voor de werknemers die worden ontslagen wegens dringende redenen ⁽⁴⁶⁵⁾.

186. Kunnen de voornoemde *outsiders* het instrument van het rechtsmisbruik hanteleren om aanspraken te doen gelden m.b.t. de kennisneming van de ontslagredenen? Ik denk van wel, althans in sommige gevallen.

Kan men, gelet op de internationale en de Belgische juridische context, ervan uitgaan dat werkgevers die tot ontslag overgaan, nog altijd niet gehouden zijn spontaan de ontslagredenen mee te delen ⁽⁴⁶⁶⁾, dat lijkt wel het geval als een werknemer daarom rede-

(461) P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Brussel, Bruylant, 2014, 26, nr. 17.

(462) Die nog is blijven bestaan: zie nr. 197.

(463) Zie de nrs. 15 e.v.

(464) Zie nr. 45.

(465) Zie nr. 51.

(466) Zie hierover uitgebreid L. DEAR en S. GILSON, "L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 164 e.v.

lijkerwijs verzoekt. Het respect ⁽⁴⁶⁷⁾ dat de werkgever aan de werknemer verschuldigd is en de goedetrouwverplichting die op alle contractpartijen rust ⁽⁴⁶⁸⁾, brengen dat met zich ⁽⁴⁶⁹⁾. Niemand zal ontkennen dat het manifest onbehoorlijk zou zijn dat een werkgever een werknemer die hem vraagt waarom hij werd ontslagen, een antwoord zal geven als “daarom” of “dat zijn uw zaken niet” of dat een werkgever weigert aan een werknemer die daarop aandringt, mee te delen om welke beweerde tekortkomingen hij werd ontslagen ⁽⁴⁷⁰⁾. Weigeren op een vraag tot mededeling van de ontslagreden over te gaan, lijkt wel niet kennelijk onredelijk wanneer de werknemer perfect weet waarom hij werd ontslagen, bijvoorbeeld na verschillende ingebrekestellingen met waarschuwing voor een ontslag, of wanneer de werkgever goede redenen heeft om op de vraag van de werknemer niet in te gaan, bijvoorbeeld omdat dit te kwetsend zou zijn voor de werknemer of zijn gezin.

Een werknemer heeft met andere woorden de Cao nr. 109 niet altijd nodig: in de regel mag hij hoe dan ook de legitieme verwachting hebben dat zijn werkgever hem op verzoek de reden meedeelt waarom hij werd ontslagen.

187. Ten aanzien van gedeeltelijke *outsiders* die de werknemers zijn die worden ontslagen wegens dringende redenen omdat zij uit het toepassingsgebied van hoofdstuk III worden gesloten, mag men aannemen dat de kennisgevingsverplichtingen waarin artikel 35 van de Arbeidsovereenkomstenwet voorziet, in de plaats komen van de gemeenrechtelijke aanspraken die een werknemer zou kunnen laten gelden op het vlak van de kennisneming van de ontslagreden. In die mate lijkt artikel 35 een beroep op het gemeen recht overbodig te maken of zelfs uit te sluiten ⁽⁴⁷¹⁾.

Met betrekking tot de schadevergoeding mag men ook hier niet de redeneerfout maken waarop hierboven al de aandacht werd gevestigd: een werknemer die om dringende redenen wordt ontslagen zonder dat de ontslagreden hem, zelfs na verzoek, wordt meegedeeld, verliest niet het recht daarvoor naast de beëindigingsvergoeding de “forfaitaire burgerlijke boete” gelijk aan 2 weken loon te krijgen omdat hij een *outsider* zou zijn t.a.v. hoofdstuk III van de Cao nr. 109: hij is een *insider* en kan wel ook op de “boete” aanspraak maken ⁽⁴⁷²⁾.

(467) “Eerbied en achting” zegt artikel 16 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

(468) Art. 1134 BW.

(469) In dezelfde zin: S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, “La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions”, *Soc.Kron.* 2014, 145. Enigszins in die richting gaat ook de rechtspraak die van rechtsmisbruik spreekt en daarvoor schadevergoeding toekent wanneer publiek-rechtelijke werkgevers, als men aanneemt dat zij de Wet Motivering Bestuurshandelingen zouden moeten naleven, voor een ontslag geen motief opgeven, bv. Arbrb. Luik 13 januari 2006, *JTT* 2007, 251; Arbh. Brussel 30 mei 2006, *Soc.Kron.*2007, 522.

(470) Het gaat hier zelfs om een grondrecht: zie nr. 3. Sommigen gaan nog een stap verder en noemen ook kennelijk onredelijk de weigering de werknemer te *horen* die om een tekortkoming werd ontslagen. Zij koppelen daaraan ook het recht van verdediging: L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 203. Zie hierover ook nr. 7.

(471) Zie nr. 184.

(472) Zie nr. 176.

b. Schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

i. Outsiders

188. *Outsiders* m.b.t. hoofdstuk IV van de Cao nr. 109 zijn in de eerste plaats de werknemers die volledig uit het toepassingsgebied van de cao zijn gesloten, hetzij vanwege hun rechtspositie (werkgever van publiek recht, nog niet langer dan 6 maanden in dienst, arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid of voor tewerkstelling van studenten), hetzij wegens de omstandigheden waarin het ontslag gebeurt (met het oog op SWT of pensioen, dan wel in het kader van welbepaalde vormen van herstructurering), hetzij omdat voor hun ontslag een bijzondere procedure bestaat.

Daarbij komen ook nog zij die wel onder de Cao nr. 109 vallen, maar niet m.b.t. hoofdstuk IV “Kennelijk onredelijk ontslag”, met name de werknemers met structureel of tijdelijk behoud van de vroegere korte opzeggingstermijnen, die enkel onder hoofdstuk V vallen ⁽⁴⁷³⁾, en de werknemers tewerkgesteld op basis van een arbeidsovereenkomst met een tijdsbepaling, omdat de definitie van kennelijk onredelijk ontslag enkel gewaagt van werknemers verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ⁽⁴⁷⁴⁾.

ii. Bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag voor *outsiders*

189. De figuur van het rechtsmisbruik biedt bij uitstek werknemers op wie de Cao nr. 109 of hoofdstuk IV van die cao niet van toepassing is, bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. Zoals de Cao nr. 109 voorziet in een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, kan een werknemer die wordt ontslagen zonder wettig motief, maar zich niet kan beroepen op die cao, aanspraak maken op een schadevergoeding op grond van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek: dergelijk ontslag miskent de regels van de goede trouw, die ook gelden bij het einde van een overeenkomst, en gaat kennelijk de grenzen te buiten van wat een normaal en redelijk werkgever doet ⁽⁴⁷⁵⁾. Zoals al werd gezegd, leunt de figuur van het kennelijk onredelijk ontslag van de Cao nr. 109 aan bij de omschrijving van rechtsmisbruik wegens de onslagredenen ⁽⁴⁷⁶⁾. Men kan de term “kennelijk onredelijk ontslag” dan ook gebruiken voor misbruik van het recht van de werkgever te ontslaan op grond van de onslagredenen. Veel alternatieven zijn er trouwens niet: willekeurig ontslag is gebonden aan de wettelijke figuur van artikel 63 van de Arbeidsovereenkomstenwet en aan die van artikel 11 van de Cao nr. 109 en misbruik van ontslagrecht omvat naast kennelijk onredelijk ontslagen (wegens de onslagmotieven) ook ontslagen die op rechtsmisbruik neerkomen vanwege de wijze, het tijdstip, de omstandigheden enz. waarop of waarin zij gebeurden ⁽⁴⁷⁷⁾.

(473) Zie de nrs. 15 e.v. Dat zij een beroep kunnen doen op de “geconventionaliseerde” figuur van willekeurig ontslag waarvan sprake in artikel 11 van de Cao nr. 109, doet daaraan geen afbreuk: zie nr. 193.

(474) Zie nr. 52.

(475) Zie nr. 117.

(476) Zie nr. 129.

(477) Zie de nrs. 47 en 107.

De criteria die moeten worden gehanteerd om uit te maken of een ontslag met toepassing van rechtsmisbruik wegens het motief kennelijk onredelijk is, zijn dan ook eigenlijk grotendeels dezelfde als die van artikel 8 van de Cao nr. 109: die cao-bepaling doet niets anders dan omschrijven wat ten aanzien van de ontslagmotieven kennelijk onredelijk is. Wel is het zo dat de toevoeging “nooit” in de bijzin “*en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever*” meebrengt dat de rechter die zich in het kader van de Cao nr. 109 moet uitspreken over de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is vanwege de motieven waarop het steunt, over een wat engere beoordelingsmarge beschikt dan wanneer hij over dezelfde vraag moet beslissen met toepassing van het gemeen recht. Er is toch wel een nuanceverschil tussen “wat een voorzichtig en zorgvuldig werkgever *in de regel niet zal doen*”⁽⁴⁷⁸⁾ en “wat een normale en redelijke werkgever *nooit zal doen*”. In ieder geval biedt de wat ruimere benadering bij de toepassing van het gemeen recht, een zekere compensatie aan de werknemers die uit de boot van de Cao nr. 109 vallen en zich geconfronteerd zien met de moeilijkheden op het vlak van de bewijsregeling en de schadebegroting van het gemeen recht.

De omstandigheden spelen in elk geval een belangrijke rol⁽⁴⁷⁹⁾. Kunnen bv. werknemers ontslagen tijdens de eerste 6 maanden van tewerkstelling, die zoals uitzendkrachten en studenten, *outsiders* zijn t.a.v. de Cao nr. 109, schadevergoeding vorderen voor kennelijk onredelijk ontslag in de algemene betekenis van die term, de invulling van wat de goede trouw op het vlak van de ontslagmotieven eist en wat dus misbruik van recht is, zal voor hen wat anders zijn dan wanneer het gaat om een werknemer die al heel lang is tewerkgesteld⁽⁴⁸⁰⁾. Zo kan men zich bv. indenken dat het ontslag van een minder dan 6 maanden tewerkgestelde werknemer, een uitzendkracht of een student voldoende wordt gemotiveerd door de reden “niet echt voldoen aan de verwachtingen”. Een ontslag van dezelfde *outsiders* zonder opgave van enige reden en gepaard gaande met een botte weigering dat te doen van de werkgever, die daarbij de schouders ophaalt, is echter wel manifest onbehoorlijk en kan met de toekenning van een schadevergoeding worden bestraft⁽⁴⁸¹⁾.

190. De werknemer die met een beroep op het gemeen recht schadevergoeding vordert wegens kennelijk onredelijk ontslag, kan geen gebruik maken van de bewijslastregeling van de Cao nr. 109. Hij zal dus altijd zelf het rechtsmisbruik moeten bewijzen.

(478) Zie nr. 102.

(479) Zie 119.

(480) Dat in de gevallen waarin hoofdstuk IV van de Cao nr. 109 niet van toepassing is, het recht van de werkgever te ontslaan, discretionair zou zijn, is echter onjuist, zoals terecht wordt opgemerkt door L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 206-207.

(481) Het is dus paradoxaal te zeggen dat iedereen het erover eens is dat zonder de Cao nr. 109 “*sauf abus de droit, le travailleur licencié ne pouvait exiger que l’employeur lui revèle la raison de sa décision*” (L. DEAR en S. GILSON, “L’obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable” in F. KÉFER (dir.), *L’harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 166). In de meeste gevallen is m.i. de weigering desgevraagd enige reden mee te delen, zonder meer kennelijk onredelijk en dus misbruik van recht. Elders erkennen de voormelde auteurs overigens zelf: “*On ne peut pas, au 21^e siècle, licencier quelqu’un sans lui dire pourquoi*” (p. 171).

iii. Vergoedingsregeling voor outsiders

191. De *outsider* die n.a.v. een kennelijk onredelijk ontslag zijn toevlucht moet nemen tot de figuur van het misbruik van ontslagrecht, kan geen gebruik maken van de forfaitaire schadebegroting waarin de Cao nr. 109 voorziet: minimaal 3, maximaal 17 weken loon. Hij zal dus de omvang van de schade moeten “bewijzen”, wat in werkelijkheid erop neerkomt dat hij de rechter ervan zal moeten overtuigen dat hij zware morele schade heeft geleden, zodat die naar billijkheid een hoog bedrag toekent ⁽⁴⁸²⁾.

192. Of *outsiders* een vergoeding wegens rechtsmisbruik bestaande in een kennelijk onredelijk ontslag kunnen cumuleren met een beschermingsvergoeding, is een moeilijke vraag, tenzij natuurlijk in de gevallen waarin er een expliciete *cumulatieregeling* bestaat ⁽⁴⁸³⁾.

Is de beschermingsvergoeding verschuldigd wegens de *inhoudelijke* miskenning van een ontslagverbod of -beperking, dan zal cumulatie niet kunnen wanneer die miskenning het ontslag los van het ontslagverbod ook kennelijk onredelijk maakt vanwege het ontslagmotief. Een manifeste inbreuk op een ontslagverbod die meteen ook het ontslag kennelijk onredelijk maakt (bv. het ontslag van een werkneemster uitgerekend en enkel omdat ze zwanger is) blijft een inbreuk op het ontslagverbod, waarvan de schade volledig wordt vergoed door de beschermingsvergoeding: de inbreuk op het ontslagverbod en die op het verbod van rechtsmisbruik zijn in wezen dezelfde en dat geldt ook voor de schade die door “beide inbreuken” wordt veroorzaakt. In het gegeven voorbeeld blijkt dat duidelijk uit het feit dat het (Herziene) Europees Sociaal Handvest moederschap los van elke ontslagbescherming een schoolvoorbeeld noemt van een “ongeldig” ontslagmotief ⁽⁴⁸⁴⁾. De rechtsgrond voor niet-cumulatie in dat geval is gewoon *lex specialis generalibus derogat*: als twee normen eenzelfde aangelegenheid regelen, dan primeert de specifieke regeling op de algemene. Wat de vergoeding wegens willekeurig ontslag betreft, is een uitdrukkelijk cumulatieverbod in die zin terug te vinden in artikel 63, vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet en artikel 11, vierde lid, van de Cao nr. 109, althans wat betreft een aantal ontslagbeschermingen ⁽⁴⁸⁵⁾.

Op zich is een miskenning van een ontslagbescherming echter geen misbruik van ontslagrecht. Het kan dan ook dat de inhoudelijke miskenning van een ontslagverbod niet gelijkstaat met een ontslag dat kennelijk de grenzen te buiten gaat van wat een normaal en voorzichtig persoon in dezelfde omstandigheden zou doen ⁽⁴⁸⁶⁾. In dat geval is de werkgever natuurlijk geen vergoeding wegens rechtsmisbruik verschuldigd: er was geen rechtsmisbruik, enkel een inbreuk op het ontslagverbod.

(482) Zie nr. 183.

(483) Die gevallen worden hier ook niet besproken. Wat volgt is enkel een algemene benadering van de problematiek.

(484) Zie nr. 119.

(485) Die wegens moederschap, die van de Wet Ontslagregeling Personeelsafgevaardigden en die wegens betaald educatief verlof. Wat echter dan bepaalde rechters ertoe beweegt de vergoeding wel cumuleerbaar te verklaren met andere, niet-vermelde beschermingsvergoedingen... (zie W. VAN EECK-HOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 4470).

(486) Zie voor een voorbeeld bij miskenning van het ontslagverbod bij overgang van onderneming nr. 119.

Een soortgelijke redenering kan worden gevolgd als de beschermingsvergoeding aan een werknemer alleen al verschuldigd is wegens miskennen van de procedure of andere *vormvoorschriften* die de werkgever bij zijn ontslag had moeten volgen, zodat zelfs niet moet worden nagegaan of ook het inhoudelijke ontslagverbod werd miskend. De beschermingsvergoeding bestraft dan enkel de inbreuk op de procedurele voorschriften. Als een onderzoek “ten overvloede” van het ontslagmotief tot de conclusie leidt dat ook het materiële ontslagverbod werd geschonden, dan is geen tweede beschermingsvergoeding verschuldigd: uit de toepasselijke bepalingen blijkt dat maar één vergoeding verschuldigd is. Maar komt het ontslagmotief erop neer dat de werkgever misbruik heeft gemaakt van zijn recht te ontslaan⁽⁴⁸⁷⁾, wat niet altijd het geval is, dan kan hij ook worden veroordeeld tot betaling van een afzonderlijke schadevergoeding daarvoor. In dat geval zijn er immers twee “inbreuken”: een op de procedurevoorschriften en een op het verbod van rechtsmisbruik. M.a.w. ook de beschermingsvergoeding die verschuldigd is wegens miskennen van de procedurele regels van een ontslagbescherming kan soms niet, soms wel worden samengevoegd met een schadevergoeding die wegens rechtsmisbruik vanwege het ontslagmotief wordt toegekend⁽⁴⁸⁸⁾.

(487) En uiteraard ook als het rechtsmisbruik zou te vinden zijn in de wijze, het tijdstip of de omstandigheden van het ontslag.

(488) Een voorbeeld. Een vakbondsafgevaardigde bij wiens ontslag een door een cao voorgeschreven procedure identiek aan die van de Cao nr. 5 moet worden gevolgd, wordt ontslagen. De werkelijke reden bestaat in omstandigheden waaraan hij volkomen vreemd is en die eigenlijk een fout uitmaken van de werkgever (nemen wij bv. aan dat de gedelegeerd bestuurder op hem verliefd is geraakt en hij haar avances afwijst).

Eerste hypothese: de procedure wordt gevolgd (voorafgaande verwittiging van de vakbondsafvaardiging en van de vakbond, welke laatste niet weigert de geldigheid van het voorgenomen ontslag te aanvaarden). De vakbondsafgevaardigde kan dan geen beschermingsvergoeding vorderen, want, zo nemen wij met de vakbond aan, de ontslagmotieven zijn vreemd aan de uitoefening van zijn mandaat. Maar de vakbondsafgevaardigde kan dan vanzelfsprekend nog een vergoeding wegens misbruik van ontslagrecht vorderen. Dat het sectorale ontslagverbod inhoudelijk werd nageleefd, heeft geen belang voor het recht op die laatste vergoeding.

Tweede hypothese: de procedure is niet gevolgd (om te beginnen is de voorafgaande verwittiging al niet gebeurd). Vanzelfsprekend kan de vakbondsafgevaardigde dan én de forfaitaire vergoeding voor het niet-naleven van de procedure vorderen én een vergoeding voor misbruik van ontslagrecht. Dat het ontslagverbod inhoudelijk werd nageleefd (de vakbondsafgevaardigde werd niet ontslagen om redenen eigen aan de uitoefening van zijn mandaat), heeft geen belang voor het recht op een van of op beide vergoedingen.

Derde hypothese: de procedure wordt gevolgd (te starten met de voorafgaande verwittiging), maar de vakbond weigert tijdig de geldigheid van het ontslag te aanvaarden, waarna de vakbondsafgevaardigde, die toch wordt ontslagen, in een procedure de forfaitaire beschermingsvergoeding vordert en krijgt waarin de cao voorziet, omdat de rechtbank van oordeel is dat het toch maar de contacten tussen hem en de gedelegeerd bestuurder zijn die de problemen hebben opgeleverd en dat die in dit geval eigen waren aan de uitoefening van zijn mandaat als vakbondsafgevaardigde. Ook dan lijkt de vakbondsafgevaardigde nog een vergoeding voor misbruik van ontslagrecht te kunnen krijgen: de “wraak” voor de afwijzing van de gedelegeerd bestuurder die aan de basis ligt van het ontslag van de vakbondsafgevaardigde, staat los van (de uitoefening van) zijn mandaat, hoewel zij er zonder dat mandaat niet zou zijn gekomen, en wordt dan ook niet vergoed door de beschermingsvergoeding.

2. *Insiders*

193. *Insiders* zijn personen die zich op de Cao nr. 109 of een deel daarvan kunnen beroepen.

a. Het recht de ontslagreden te kennen

194. *Insiders* m.b.t. het door de Cao nr. 109 geconcretiseerde recht de ontslagreden te kennen zijn de werknemers die niet volledig uit het toepassingsgebied van die cao zijn gesloten, noch uit dat van hoofdstuk III daarvan. Het gaat om de werknemers van de particuliere sector, met uitsluiting van de uitzendkrachten en de studenten, die al minstens 6 maanden tewerkgesteld zijn, niet worden ontslagen om in het stelsel van werkloosheid met bedrijfstoeslag te stappen of om met pensioen te gaan, noch in het kader van een herstructurering (sluiting, collectief of meervoudig ontslag) of om een dringende reden, ten aanzien van wier ontslag geen bijzondere procedure bestaat⁽⁴⁸⁹⁾ en die niet behoren tot de categorie van de werklieden voor wie na de inwerkingtreding van de Wet Eenheidsstatuut structureel of tijdelijk kortere opzeggingstermijnen van toepassing blijven⁽⁴⁹⁰⁾.

195. Dat een beroep op de figuur van het rechtsmisbruik om mededeling te krijgen van de ontslagreden (of schadevergoeding in geval van weigering) mogelijk is bij het ontslag van *outsiders* is evidentier⁽⁴⁹¹⁾ dan dat ook *insiders* dat zouden kunnen. Toch is ook dat laatste het geval. Zoals gezegd, zou men enkel tot een andere conclusie kunnen komen als Cao nr. 109 dat zou uitsluiten⁽⁴⁹²⁾. Maar dat doet de cao niet. Weliswaar staat onder artikel 7 van de cao geen commentaar die vergelijkbaar is met die onder artikel 9, volgens welke in plaats van de forfaitaire schadevergoeding gelijk aan 3 tot 17 weken loon ook vergoeding kan gevorderd worden van de reële schade overeenkomstig het Burgerlijk Wetboek. Maar die commentaar, evenals de verwijzing, in algemene termen, naar de “burgerrechtelijke theorie van het rechtsmisbruik” in het verslag voorafgaand aan de cao wijzen erop dat de Cao nr. 109 in haar geheel geen afbreuk heeft willen doen aan de mogelijkheden die het gemeen recht biedt.

Het gemeen recht zal overigens in bepaalde gevallen de enige uitweg zijn, bijvoorbeeld wanneer een *insider* de termijn die de cao vooropzet om de ontslagreden te vragen⁽⁴⁹³⁾ heeft laten verstrijken.

196. Vanzelfsprekend kunnen *insiders* bij een vordering op grond van rechtsmisbruik geen beroep doen op de bepalingen van de Cao nr. 109, bijvoorbeeld wat de termijn en de vormvoorschriften betreft die de werkgever moet naleven om in te gaan op een vraag van de werknemer de ontslagreden mee te delen of wat betreft de forfaitaire “burgerlijke boete” waarin de cao voorziet bij miskennis van de mededelingsverplichting. Wat dit laatste betreft, maakt de weg van het rechtsmisbruik, eventueel

(489) Zie de nrs. 15 e.v. en nr. 51.

(490) Zie nr. 45.

(491) Zie nr. 186.

(492) Zie nr. 184.

(493) Zie nr. 63.

in hoofddorde bewandeld, het misschien mogelijk dat wie de “forfaitaire burgerlijke boete” gelijk aan 2 weken loon te schamel vindt ⁽⁴⁹⁴⁾, meer krijgt.

b. Recht op schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag

197. Voor de arbeidscontractanten in de publieke sector, ten aanzien van wie de wettelijke figuur van het willekeurig ontslag blijft bestaan in afwachting van een eigen regeling ⁽⁴⁹⁵⁾ en voor de werknemers ten aanzien van wie, althans volgens de teksten, alleen de in hoofdstuk V (artikel 11) van de Cao nr. 109 “geconventionaliseerde” regeling van willekeurig ontslag geldt, nl. de werklieden voor wie na de inwerkingtreding van de Wet Eenheidsstatuut structureel of tijdelijk kortere opzeggingstermijnen van toepassing blijven ⁽⁴⁹⁶⁾, is de vraag of zij zich ook op misbruik van ontslagrecht kunnen beroepen, niet nieuw. In de rechtspraak en rechtsleer werd al – terecht – aangenomen dat de mogelijkheid zich te beroepen op de (wettelijke, maar waarom zou dat ook niet gelden voor de “geconventionaliseerde”?) figuur van het willekeurig ontslag, een beroep op misbruik van het recht te ontslaan niet uitsluit ⁽⁴⁹⁷⁾.

Men ziet dan ook niet in waarom andere *insiders*, m.a.w. werknemers die zich bevinden in een situatie waarin zij op grond van de Cao nr. 109 een forfaitaire schadevergoeding van 3 tot 17 weken loon zouden kunnen vorderen, niet ook via de figuur van het rechtsmisbruik schadevergoeding zouden kunnen eisen als zij om een kennelijk onredelijk motief worden ontslagen. De cao zegt het overigens met zoveel woorden in het voorafgaand verslag en in de commentaar onder artikel 9.

198. Maar ook hier moet de werknemer consequent zijn: voor zijn vordering op grond van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek kan hij niet de forfaitaire schadebegroting (althans in minimum en maximum) van de Cao nr. 109 gebruiken, noch gebruik maken van de bewijsregeling waarin die voorziet ⁽⁴⁹⁸⁾.

Of een werknemer die op basis van de Cao nr. 109 schadevergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag kan vorderen, er belang bij heeft een eis te stellen op grond van misbruik van het recht te ontslaan, hangt af van de omstandigheden. Enerzijds zou de rechter vlugger tot rechtsmisbruik kunnen besluiten dan tot kennelijk onredelijk ontslag ⁽⁴⁹⁹⁾. Anderzijds vergemakkelijkt de Cao nr. 109 in bepaalde situaties de bewijslast voor de werknemer, zeker op het vlak van de omvang van de schade, die de cao immers forfaitair bepaalt, zij het enkel wat het minimum en wat het maximum betreft. Maar dan moet weer voor ogen worden gehouden dat sommige werknemers (bedienden) met toepassing van het gemeen recht al veel forsere schadevergoedingen hebben gekregen dan het maximum van 17 weken loon van de Cao nr. 109 ⁽⁵⁰⁰⁾.

(494) Zie vn. 217.

(495) Zie nr. 170.

(496) Zie nr. 47.

(497) W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 4436.

(498) Dat kan natuurlijk wel wanneer hij op grond van de cao een afzonderlijke, bijkomende vordering stelt, hetzij in hoofd-, hetzij in ondergeschikte orde.

(499) Zie nr. 191.

(500) Zie W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 4487.

Afdeling 2. Ontslag uitgaande van de werknemer

199. Voor de volledigheid overloop ik nog even de motiveringsaspecten bij ontslagneming door de werknemer. Dit plaatje is natuurlijk veel eenvoudiger: het beperkt zich tot ontslag wegens dringende reden en de figuur van misbruik van het recht ontslag te nemen, aangezien voor de werknemers geen verboden tot ontslagneming bestaan ⁽⁵⁰¹⁾ en de figuur van het willekeurig ontslag enkel geldt voor ontslagen uitgaande van de werkgever.

§ 1. Ontslag wegens dringende reden

200. De werknemer die ontslag neemt wegens dringende reden, moet dezelfde kennisgevingsverplichting van de ontslagredenen naleven als de werkgever die op staande voet ontslaat om een zware fout.

Nadere toelichting daarbij is daarom overbodig, des te meer aangezien werknemers in de praktijk zelden ontslag nemen wegens een dringende reden omdat zij in dezelfde situatie meestal impliciet ontslag kunnen invoeren, wat hun recht geeft op een ontslagvergoeding.

§ 2. Misbruik van het recht tot ontslagneming

201. Wanneer arbeidsrechtelijke normen het hebben over de motieven voor ontslag, hebben zij altijd betrekking op ontslag uitgaande van de werkgever. Zo luidt het officiële opschrift van het IAO-verdrag betreffende het ontslag "*Convention concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur*" ⁽⁵⁰²⁾, handelt artikel 24 van het (Herziene) Europees Sociaal Handvest enkel over ontslag uitgaande van de werkgever, beschermt artikel 30 het Handvest van 12 december 2007 van de grondrechten van de Europese Unie enkel de werknemer bij kennelijk onredelijk ontslag ⁽⁵⁰³⁾, zoals de Cao nr. 109 alleen rechten invoert voor de werknemer.

202. Niettemin is het niet onzinnig zich af te vragen of ook de werkgever geen recht heeft op kennisneming van de motieven waarom een werknemer ontslag neemt, al spreekt het vanzelf dat daaromtrent in de praktijk veel minder problemen rijzen, zoals ook blijkt uit het feit dat daaromtrent geen rechtspraak bekend is.

Voor het antwoord op die vraag mag men niet uit het oog verliezen dat hier geen sprake kan zijn van een sociaal grondrecht. Sociale grondrechten beogen enkel de be-

(501) Op het ontslagverbod van artikel 6 van de Wet Prestaties Algemeen Belang na. Overeenkomsten op grond waarvan een werknemer zich ertoe verbindt gedurende een bepaalde tijd geen ontslag te nemen, zijn nietig met toepassing van artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet en de "vaste" beginperiode van de proeftijd is met die figuur verdwenen. Het scholingsbeding is door artikel 22bis van de Arbeidsovereenkomstenwet uitgerekend zo geregeld, dat het niet op een beperking van het recht tot ontslagneming neerkomt.

(502) C158.

(503) In de bijlage bij het handvest wordt gezegd: "1. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder de term 'ontslag' verstaan de beëindiging van de arbeidsverhouding op initiatief van de werkgever."

scherming van werknemers. Al zijn werkgevers, ook wanneer het over de beëindiging van dienstbetrekkingen op initiatief van de werknemer gaat, zeker niet rechteloos, hun belangen en rechten wegen minder zwaar door dan die van werknemers.

Toch kan een werkgever die wordt geconfronteerd met een ontslag uitgaande van een van zijn werknemers, er een legitiem belang bij hebben de reden voor dat ontslag te kennen, zodat hij die dan ook aan de werknemer vraagt. Ik denk dat in de meeste gevallen een weigering van de werknemer aan dergelijke vragen gevolg te geven of de opgave van een vage reden, niet kennelijk onredelijk is. Anders dan een werkgever, mag een werknemer aan zijn werkgever zeggen dat hij "zomaar" ontslag neemt, omdat hij daar zin in heeft, of "voor de afwisseling": het gaat uiteindelijk, anders dan in de omgekeerde situatie, om een persoonlijke bevrijding van een arbeidsverhouding die gekenmerkt wordt door ondergeschikt verband. Het simpele feit niet langer in dienst te willen zijn, is m.a.w. in de regel een legitiem motief voor ontslagneming.

Alleen in uitzonderlijke gevallen lijkt op het vlak van de mededeling van de motieven sprake te kunnen zijn van misbruik door de werknemer van zijn recht tot ontslagneming. Ik denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een werknemer op een, de jarenlange optimale samenwerking en een royaal beloningspakket in acht genomen, voor de werkgever totaal onbegrijpelijke manier zijn ontslag aankondigt, halsstarrig weigert te antwoorden op de vraag van de werknemer waarom hij zoiets doet en dan zomaar een al lang voorbereide overstap maakt naar de belangrijkste concurrent van de werkgever, die door zijn onwetendheid omtrent de ontslagredenen geen enkele voorzorg heeft kunnen nemen. Toch lijkt het zelfs in dergelijk geval erg onwaarschijnlijk dat de werkgever van de werknemer in rechte schadevergoeding zal vorderen voor het loutere feit van de niet-mededeling van de gevraagde reden voor de ontslagneming. Hij zal dat eerder doen op grond van de wijze waarop de werknemer is opgestapt in haar geheel.

De motieven zelf die een werknemer ertoe bewegen ontslag te nemen, zullen zijn ontslagneming in de regel niet abusief maken. Zelfs "aan verandering toe" zijn, wat voor de werkgever een onaanvaardbaar ontslagmotief is, is het dat niet voor de werknemer. Zelfs de bedoeling na de ontslagneming de werkgever te beconcurreren, is geen rechtsmisbruik, zelfs niet als het wordt genomen met het oog op de schending van een geldig concurrentiebeding: in dat laatste geval begaat de werknemer natuurlijk wel een fout en kan de werkgever van de werknemer schadevergoeding vorderen, maar diens ontslagneming is daarom nog niet per definitie kennelijk onredelijk: veel werknemers zullen zwichten voor een werkaanbieding van een concurrent die zich bereid verklaart met de glimlach de procedurekosten en de schadevergoeding te dragen die de schending van het concurrentiebeding zou kunnen meebrengen. Dergelijke voorvallen behoren nu eenmaal voor de werkgever tot de helaasheid van de dingen. Het verbaast dan ook niet dat de gevallen van misbruik van ontslagrecht door de werknemer die in de rechtspraak bekend zijn, geen betrekking hebben op de ontslagmotieven, maar op het tijdstip of de omstandigheden van de ontslagneming⁽⁵⁰⁴⁾.

(504) Zie voor een paar voorbeelden W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2015-16*, Mechelen, Kluwer, 2015, nr. 3986.

CONCLUSIE

203. Aan de auteurs die al over de nieuwe regels over de motivering van ontslagen hebben geschreven en naar wie ik in deze tekst doorgaans alleen heb verwezen als ik het niet met hen eens ben, wil ik ter afsluiting een eresaluut brengen door hun conclusies en praktische tips m.b.t. de Cao nr. 109 te hernemen, deze keer in de mate dat ik het wel met hen eens ben. Op grond van wat voorafgaat, zijn dat de volgende:

- het ware beter geweest dat de wetgever, in plaats van de hete aardappel door te schuiven naar de sociale partners, zelf een regeling had uitgewerkt, die dan ook de werknemers uit de publieke sector in haar toepassingsgebied had kunnen sluiten en meteen een einde had kunnen maken aan de aanslepende en contra-productieve discussie over de vraag of het ontslag van een arbeidscontractant door een publiekrechtelijke werkgever gemotiveerd moet zijn ⁽⁵⁰⁵⁾;
- zoals de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de publieke sector zullen ook andere uitsluitingen tot problemen leiden ⁽⁵⁰⁶⁾;
- het is jammer dat de Cao nr. 109 in plaats van de talrijke al bestaande motiveringsregelingen te harmoniseren – alleen een wet zou dat overigens hebben gekund – een zoveelste aanvulling is boven op al wat op dat vlak al bestaat ⁽⁵⁰⁷⁾;
- betere formuleringen hadden veel van wat al over de Cao nr. 109 werd geschreven evenals (veel van) dit geschrift overbodig gemaakt ⁽⁵⁰⁸⁾ en ze hadden ook de rechtbanken ontlast van veel geschillen die gemakkelijk te voorkomen waren ⁽⁵⁰⁹⁾;
- werkgevers zullen meer geneigd zijn van iedere werknemer een dossier aan te leggen en bij te houden om desgevraagd de ontslagredenen te kunnen bewijzen ⁽⁵¹⁰⁾, wat men een pervers gevolg van de Cao nr. 109 zou kunnen noemen ⁽⁵¹¹⁾;

(505) H. DECKERS en P. JOASSART, "Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d'indemnités" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 296; L. DEAR en S. GILSON, "L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 240; G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, "CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 138.

(506) G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, "CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 138.

(507) H. DECKERS en P. JOASSART, "Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d'indemnités" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 296.

(508) D. DEJONGHE en K. DECRUYENAERE, "Ontslagmotivering en bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag. De CAO nr. 109 als sluitstuk van het nieuwe ontslagrecht", *Or.* 2014, afl. 4, 105; L. DEAR en S. GILSON, "L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 240; G. DEVILLE en P. GEEREBAERT, "CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 138.

(509) H. DECKERS en P. JOASSART, "Le droit à la motivation du licenciement: règles de formes et cumul d'indemnités" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 296.

(510) S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, "La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions", *Soc.Kron.* 2014, 149, die wijzen op de problemen die dergelijk dossier zou kunnen opleveren op het vlak van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer; P. SICHEN, "Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag" in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 50.

(511) L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, "La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014", *JT* 2014, afl. 6565, 389, nr. 58.

- een pervers gevolg zou ook kunnen voortvloeien uit de het recht van de werknemer om de ontslagreden te verzoeken: nieuwe werkgevers zullen wellicht meer dan vroeger aan sollicitanten vragen waarom zij bij vroegere werkgevers werden ontslagen en als zij antwoorden dat zij niet om schriftelijke mededeling van de ontslagreden hebben gevraagd, zal dat verdacht overkomen⁽⁵¹²⁾;
- langs de andere kant zullen werkgevers zich hopelijk vooraf meer beraden over de motieven van een ontslag dat zij overwegen en de deugdelijkheid daarvan⁽⁵¹³⁾;
- de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van maximaal 17 weken loon ligt laag als men die vergelijkt met het "tarief" van 6 maanden loon dat doorgaans wordt gehanteerd als forfaitaire vergoeding bij schending van ontslagverboden en -beperkingen⁽⁵¹⁴⁾, wat procederen om die vergoeding alleen zal ontmoedigen⁽⁵¹⁵⁾.

Zelf voeg ik aan deze kritische opmerkingen toe dat de stellers van de Cao nr. 109 een hele reeks potentiële twistpunten hebben gecreëerd door de schadevergoeding voor het verzuim tijdig en correct gevolg te geven aan een rechtsgeldig verzoek van de werknemer om de ontslagreden te kennen, te kwalificeren als een burgerlijke boete⁽⁵¹⁶⁾. Zij hadden dat beter niet gedaan en van een schadevergoeding gesproken. Regels worden gemaakt om problemen op te lossen, niet om er nieuwe te creëren.

Wat ik niet deel, is de mening van sommigen dat de Cao nr. 109 de werkgevers had moeten verplichten zelfs zonder een verzoek van de werknemer het motief op te geven van elk ontslag en zelfs een hoorplicht had moeten invoeren bij elk ontslag dat aan een fout van de werknemer wordt toegeschreven⁽⁵¹⁷⁾. Ik denk dat daardoor vooral bijkomende formele verplichtingen zouden zijn gecreëerd die de administratieve lasten van de werkgever nog maar eens zouden verzwaren en waarvan kan worden betwijfeld of zij wel altijd efficiënt en in het voordeel van de werknemer zijn. Het niet-invoeren van een algemene verplichting ter zake voorzien van een "forfaitaire burgerlijke boete" of schadevergoeding belet overigens niet dat het niet-mededelen van de reden of het niet vooraf horen van de werknemer in bepaalde gevallen als een tekort-

(512) S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, "La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions", *Soc.Kron.* 2014, 150.

(513) L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, "La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014", *JT* 2014, afl. 6565, 389, nr. 59.

(514) L. DEAR en S. GILSON, "L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 241; S. GÉRARD, A.-V. MICHAUX en E. CRABEELS, "La C.C.T. n° 109 imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable: une première lecture et – déjà – de nombreuses questions", *Soc.Kron.* 2014, 150.

(515) P. SICHEN, "Over de uitgestelde, facultatieve plicht tot formele motivering van het ontslag en het kennelijk onredelijk ontslag" in DEPARTEMENT PERMANENTE VORMING VAN DE ORDE VAN ADVOCATEN VAN DE BALIE VAN KORTRIJK (ed.), *Sociaal en arbeidsrecht. Vormingsprogramma 2014*, Gent, Larcier, 2014, 51. Menen dat er desondanks juist meer zal worden geprocedeerd: L. PELTZER en E. PLASSCHAERT, "La motivation du licenciement des travailleurs: nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014", *JT* 2014, afl. 6565, 389, nr. 57.

(516) Zie de nrs. 82 en 83.

(517) L. DEAR en S. GILSON, "L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable" in F. KÉFER (dir.), *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Limal, Anthemis, 2014, 241.

koming van de werkgever kan worden beschouwd of hem kan worden aangerekend, bv. wanneer de werknemer, die de reden niet kende en niet werd gehoord, achteraf een heel plausibele verantwoording bewijst voor wat hem wordt verweten. In dat geval had een zorgvuldiger gedrag van de werkgever het ontslag kunnen voorkomen, waaruit dan de passende conclusies kunnen worden getrokken, bv. in de vorm van een (bijkomende) schadevergoeding.

Dat het bedrag daarvan dan niet vooraf gekend is en ruimte laat voor uiteenlopende invullingen, is juist, maar naar mijn oordeel is dat eerder een pluspunt: niet iedere situatie verdient op dezelfde manier te worden behandeld. Daarom ben ik het ook niet eens met de kritiek dat de cao beter in een vaste forfaitaire schadevergoeding had voorzien in plaats van de rechters ruimte voor appreciatie te geven binnen een vork van 3 tot 17 weken loon⁽⁵¹⁸⁾. In het midden gelaten of dat minimum en maximum niet beter op een ander bedrag had worden bepaald, ruimte laten voor nuancering en differentiëring lijkt mij in beginsel een goede zaak in het recht.

Dat de sociale partners, zoals zij zelf zeggen in het verslag vóór de Cao nr. 109 m.b.t. het recht van de werknemer de ontslagredenen te kennen, hebben willen vermijden "*dat de werkgevers een te formalistisch kader opgedrongen wordt*", is dus een van de positieve aspecten van de cao. Maar veel belangrijker is dat zij door het concretiseren van dat recht en de introductie van een positiefrechtelijke figuur van kennelijk onredelijk ontslag het Belgisch ontslagrecht kennelijk beter heeft gemaakt.

(518) G. DEVILLE en P. GEERBAERT, "CAO nr. 109: een gemotiveerde analyse", *Soc.Kron.* 2014, 138.