

Rechtspraak 2014 in vogelvlucht

Isabelle Van Hiel

Assistente arbeidsrecht, Vakgroep Criminologie, Strafrecht en Sociaal Recht

Naar jaarlijkse traditie volgt hieronder een overzicht van de meest markante Belgische en Europese rechtspraak van het afgelopen jaar.

I. Arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers

Zowel het Hof van Cassatie als het Grondwettelijk Hof werden in 2014 geconfronteerd met geschillen over de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers. De voordelen van de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers worden immers alleen toegekend aan handelsvertegenwoordigers die het beroep op bestendige en hoofdzakelijke wijze uitoefenen. Het is de werknemer die zich wil beroepen op de bijzondere voorschriften van de arbeidsovereenkomstenwet voor handelsvertegenwoordigers, die moet bewijzen dat de handelsvertegenwoordiging het voornaamste voorwerp van zijn arbeidsovereenkomst heeft uitgemaakt. Vraag die aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd is of hij het in artikel 4 tweede lid van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalde vermoeden daarvoor kan inroepen. Het arbeidshof te Antwerpen had in de lijn van de meerderheidsrechtspraak¹ geoordeeld dat artikel 4 enkel betrekking had op het bestaan van de voor een arbeidsovereenkomst kenmerkende gezagsverhouding en dus niet nuttig kon worden ingeroepen. Het arrest werd in cassatie bevestigd. Het Hof² stelde dat de bepalingen van titel IV van de arbeidsovereenkomstenwet, alsmede uit de wetsgeschiedenis volgt dat artikel 4, tweede lid, met het oog op het voorkomen van misbruiken, een vermoeden instelt dat de tussenpersoon die voor een opdrachtgever een activiteit van handelsvertegenwoordiging uitoefent, niet als zelfstandige maar als werknemer is tewerkgesteld. Het vermoeden slaat derhalve alleen op het bestaan van de voor een arbeidsovereenkomst kenmerkende gezagsverhouding, zodat hij derhalve zelf moet bewijzen dat zijn overeenkomst de handelsvertegenwoordiging als voornaamste voorwerp heeft.

Dat de werknemers die occasioneel cliënteel opsporen en bezoeken, niet kunnen genieten van de voordelen van de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers, en vooral van de toekenning van een uitwinningvergoeding bij ontslag, leidde ook tot een prejudiciële vraag aan Grondwettelijk Hof³. Het Hof achtte het echter onderscheid verantwoord. Volgens het Hof berust het in het geding zijnde verschil in behandeling op een objectief criterium, namelijk het feit of de werknemer die het beroep van handelsvertegenwoordiger uitoefent zijn klanten al dan niet bezoekt, en het feit of dat hij dat beroep al dan niet op bestendige wijze uitoefent. In zoverre de wetgever de handelsvertegenwoordigers wil beschermen tegen een tendens die beoogt hen aan de arbeidswetgeving te onttrekken, streeft hij een wettig doel na. Het verschil in behandeling is pertinent ten opzichte van dat doel, vermits de tendens zich enkel voordeed ten aanzien van de handelsvertegenwoordigers, en niet ten aanzien van andere beroepen, en vermits die andere beroepen reeds de bescherming van andere wetgeving genoten. Het was ook niet onevenredig zijn ten aanzien van het nagestreefde doel. De werknemer die niet op bestendige wijze het beroep van handelsvertegenwoordiger uitoefent, maar die er af en toe klanten bezoekt, kan immers wel aanspraak maken op het

¹ Arbrh. Antwerpen 13 februari 2004, *JTT* 2004, 361; Arbh. Brussel 23 oktober 2009, *JTT* 2010, afl. 1057, 36; Arbh. Brussel 3 september 2010, *JTT* 2010, afl. 1089, 77.

² Cass. 5 mei 2014, S.12.0036.N, www.juridat.be; *JTT* 2014, afl. 1194, 316.

³ GwH 10 juli 2014, nr. 101/2014, www.const-court.be; *JLMB* 2014, afl. 35, 1652, noot F. KEFER.

commissieloon van artikel 90, evenals de opzeggingstermijnen of -vergoedingen die worden voorzien in hoofdstuk IV van de arbeidsovereenkomstenwet.

II. Opzegging

A. Opzegging met vrijstelling van prestaties

2014 en begin 2015 brachten veel rechtspraak over de gevolgen van een vrijstelling van arbeidsprestaties gedurende de opzeggingstermijn. Reeds lang wordt aanvaard dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzeggingstermijn in onderling akkoord kan worden geschorst. De arbeidsovereenkomst wordt dan beëindigd bij het einde van de opzeggingstermijn⁴ waardoor de verjaringstermijn op dat ogenblik begint te lopen en niet op het ogenblik van de vrijstelling van prestaties⁵. Anders is het wanneer de schorsing niet in onderlinge overeenstemming gebeurt. Het niet verschaffen van werk maakt in dat geval een eenzijdige wijziging van een essentiële arbeidsvoorwaarde uit. Sommige rechtspraak leidde daaruit af dat de arbeidsovereenkomst ~~in dat geval~~ onmiddellijk wordt beëindigd waardoor de verjaringstermijn ook onmiddellijk begint te lopen⁶. Het Hof van Cassatie⁷ schepte begin 2015 duidelijkheid. Volgens het Hof eindigt de arbeidsovereenkomst in geval van vrijstelling van prestaties niet op ogenblik van vrijstelling van prestaties, zodat de verjaringstermijn op dat ogenblik begint te lopen, zoals het arbeidshof van Brussel had beslist. Hoewel de vrijstelling van prestaties waarover eenzijdig wordt beslist door de werkgever een eenzijdige wijziging van een essentiële arbeidsvoorwaarde kan uitmaken die beschouwd kan worden als een ontslag, hoeft de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet noodzakelijk plaats te vinden op het ogenblik van de wijziging. De gevolgen voor de arbeidsovereenkomst zijn immers afhankelijk van de houding van de werknemer. Deze heeft verschillende opties. Hij kan de werkgever laten weten dat hij de arbeidsovereenkomst als beëindigd beschouwd, in welk geval de arbeidsovereenkomst op dat ogenblik eindigt. Hij kan ook de arbeidsovereenkomst voorlopig verder zetten onder de nieuwe voorwaarden en de werkgever aanmanen de overeengekomen arbeidsvoorwaarden te herstellen binnen een bepaalde termijn, op straffe van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In die hypothese vindt de beëindiging plaats bij afloop van de termijn. Tenslotte, kan hij ook afzien van het inroepen van de verbreking van de overeenkomst en dan blijft deze bestaan tot ze op een andere manier eindigt.

Lagere rechtspraak boog zich ook over de gevolgen van een vrijstelling van prestaties in samenhang met een absolute of relatieve nietigheid van de opzegging. In een eerste zaak was tussen werkgever en werknemer een vrijstelling van prestaties gedurende de opzeggingstermijn overeengekomen. De werkgever had echter nagelaten de opzeggingsbrief via aangetekend schrijven of deurwaardersexploot ter kennis te brengen aan de werknemer. Volgens artikel 37, § 1, vierde lid van de arbeidsovereenkomstenwet gebeurde de kennisgeving van de opzegging dus onregelmatig en was de opzegging absoluut nietig. Toch oordeelt het arbeidshof van Brussel⁸ dat ook in deze situatie de overeenkomst tot vrijstelling van prestaties niet de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst inhoudt. De afstand van het recht om onmiddellijk ontslag in te roepen, houdt immers geen afstand in van

⁴ Arbh. Brussel 3 februari 1981, *JTT* 1981, 145.

⁵ Arbh. Antwerpen 20 november 1984, *Soc. Kron.* 1985, 155.

⁶ W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, 2351 ev.

⁷ Cass. 19 januari 2015, AR S.12.0140.F/1, www.juridat.be.

⁸ Arbh. Brussel 3 februari 2015, AR 2013/AB/1222, www.juridat.be.

het recht om de absolute nietigheid van het ontslag in te roepen⁹, terwijl de uitvoering van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzeggingstermijn door de vrijstelling van prestaties slechts gedeeltelijk wordt geschorst. In een andere zaak stelde de werkgever de werknemer eenzijdig vrij van prestaties, maar werd de opzeggingstermijn niet vermeld in de opzeggingsbrief. Het arbeidshof van Brussel¹⁰ meende in dit geval dat de relatieve nietigheid van de opzegging de geldigheid van het ontslag niet aantast, zodat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk was beëindigd, ongeacht de vrijstelling van prestaties. Wanneer de opzegging nietig is, bevat het ontslag immers geen geldige tijdsbepaling, zodat de arbeidsovereenkomst in beginsel onmiddellijk is beëindigd¹¹.

B. Opzegging voor begin van uitvoering arbeidsovereenkomst met proefbeding

Het artikel 81, § 1 van de arbeidsovereenkomstenwet werd ondertussen afgeschaft door de invoering van het eenheidsstatuut, maar onlangs maakte het Hof van Cassatie een einde aan een jarenlange discussie over de toepassing ervan. Krachtens dit artikel, kon de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd zonder dringende reden niet eenzijdig worden beëindigd dan met inachtneming van een opzeggingstermijn van zeven dagen. Wanneer dergelijke opzegging tijdens de eerste maand werd gegeven, had de beëindiging ten vroegste uitwerking op de laatste dag van deze maand. Niets verhinderde dat de arbeidsovereenkomst werd opgezegd voor elk begin van uitvoering. Welke opzeggingstermijn in dat geval in acht moest worden genomen, was echter minder duidelijk. Sommigen pasten artikel 81 van de arbeidsovereenkomstenwet toe op deze situatie¹², terwijl anderen stelden dat artikel 82 moest worden gevolgd¹³. Rechtspraak¹⁴ die artikel 81 toepaste, beriep zich vaak op het cassatiearrest van 2000¹⁵. Andere rechtspraak¹⁶ achtte dit arrest niet relevant, vermits het alleen betrekking had op de opzeg door een werknemer tijdens de proeftijd, van een arbeidsovereenkomst waarvan de uitvoering geschorst was door ziekte. Deze rechtspraak greep terug naar het cassatiearrest van 26 september 1994¹⁷ dat de mogelijkheid tot opzegging van een arbeidsovereenkomst waarvan de uitvoering nog niet is aangevangen, erkende. Het arbeidshof van Brussel wiens arrest aanleiding gaf tot cassatie, behoorde tot de tweede strekking. Die

⁹ Cass. 30 mei 2005, *JTT* 2005, 378; Cass. 25 april 2005, *JTT* 2005, 381 en Cass. 11 april 2005, *JTT* 2005, 382; Cass. 28 januari 2008, *JTT* 2008, 239.

¹⁰ Arbh. Brussel 1 april 2014, AR nr. 2012/AB/1192, www.juridat.be.

¹¹ Cass. 25 april 2005, *NjW* 2005, 1026, noot G. DE MAESENEIRE en T. BECKERS.

¹² L. DEAR en S. GILSON, "Le droit de démission. Quelques questions controversées" in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail – Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 139; G. HELIN, "Verbreking vòòr het begin van uitvoering", *Or.* 1980, 53-56; W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, 736.

¹³ F. HENDRICKX, "Opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bedienden vòòr uitvoering", *Or.* 1995, 137; I. PLETS, "Beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor het begin van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en tijdens de opzeggingstermijn", *TSR* 1998, 565; S. ROGER, "Verbreking van een arbeidsovereenkomst vòòr uitvoering en proefbeding: welke wetsbepaling regelt de opzegging?", *JTT* 2013, afl. 1167, 382; M. VRANKEN, "Opzegging van de arbeidsovereenkomst vòòr het begin van uitvoering", *Or.* 1985, 143.

¹⁴ Arbh. Brussel 20 januari 1993, *JTT* 1993, 348; Arbh. Antwerpen 17 februari 1998, *JTT* 1999, 157; Arbh. Gent (afd. Brugge) 15 maart 2006, *Soc. Kron.* 2009, afl. 5, 250; Arbh. Brussel 10 maart 2010, *JTT* 2010, afl. 1068, 218; Arbrb. Mechelen 25 maart 1986, *JTT* 1987, 259; Arbrb. Brussel 31 januari 1994, *Soc. Kron.* 1995, 234, noot; Arbrb. Kortrijk 25 maart 1997, *TWVR* 1998, 174.

¹⁵ Cass. 11 december 2000, *RW* 2001-02, 308.

¹⁶ Arbh. Gent 12 juni 2013, *JTT* 2013, afl. 1167, 381, zie ook Arbh. Brussel 12 december 1989, *Soc. Kron.* 1990, 263.

¹⁷ Cass. 26 september 1994, *JTT* 1994, 472.

werd nu in cassatie bevestigd. Volgens het Hof¹⁸ beletten de bepalingen van artikel 81 van de arbeidsovereenkomstenwet niet dat vóór het begin van de uitvoering van de proeftermijn een opzegging wordt gegeven met een opzeggingstermijn die in de regel moet in acht genomen worden overeenkomstig artikel 82 van de arbeidsovereenkomstenwet. Zij laten evenwel niet toe de arbeidsovereenkomst vóór het begin van de uitvoering van de proeftermijn te beëindigen met inachtneming van de in artikel 81 bepaalde verkorte opzeggingstermijn.

C. Mogelijkheid van concurrentie bij concurrentiebeding

Artikel 65, § 1 van de arbeidsovereenkomstenwet omschrijft het concurrentiebeding als het beding waarbij de werknemer de verbintenis aangaat bij zijn vertrek uit de onderneming geen soortgelijke activiteiten uit te oefenen, hetzij door zelf een onderneming uit te baten, hetzij door in dienst te treden bij een concurrerende werkgever waardoor hij de mogelijkheid heeft de onderneming die hij heeft verlaten, nadeel te berokkenen door de kennis die eigen is aan die onderneming en die hij op industrieel of op handelsgebied in die onderneming heeft verworven, voor zichzelf of ten voordele van een concurrerende onderneming aan te wenden. Het arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, leidde uit deze bepaling af dat het concurrentiebeding geen uitwerking kan hebben als de gewezen werknemer bij een niet-concurrerende firma is gaan werken, alwaar hij de opgedane kennis niet kon aanwenden en dus niet de mogelijkheid had zijn vroegere werkgever te benadelen. Eerder had het arbeidshof van Brussel¹⁹ in dezelfde lijn gemeend dat het aan de rechter toekomt aan na te gaan of de gewezen werknemer de mogelijkheid heeft om de kennis, eigen aan de onderneming, die hij op industrieel of op handelsgebied heeft verworven, te gebruiken op een wijze dat hij de gewezen werkgever een nadeel berokkent. Deze zienswijze werd echter niet gedeeld door het Hof van Cassatie²⁰ dat oordeelde dat het volstaat het dat de werknemer op het ogenblik van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst de mogelijkheid heeft zijn gewezen werkgever te benadelen door die kennis aan te wenden voor zichzelf of ten voordele van een concurrerende onderneming. Het is derhalve niet vereist dat hij deze kennis op zijn nieuwe arbeidsplaats ook effectief kan aanwenden.

D. Afstand van recht

Een werknemer kan niet stilzwijgend afstand doen van de bescherming van artikel 9, eerste en tweede lid, van de arbeidsovereenkomstenwet, door herhaaldelijk te werken zonder schriftelijke arbeidsovereenkomst. Het Hof van Cassatie²¹ verwierp een cassatieberoep tegen het arrest van het arbeidshof te Brussel dat de afstand van recht had geweigerd. Artikel 9, eerste lid van de arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk voor iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk worden vastgesteld uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt. Volgens het Hof gaat het om een dwingende bepaling die een bescherming biedt ten voordele van de werknemer waaraan hij niet mag verzaken zolang de bestaansreden ervan aanhoudt. Het arrest dat besliste dat de werknemer slechts na de beëindiging van de contractuele relatie afstand had mogen doen van de wettelijke bescherming en dat het feit dat hij tijdens zijn tewerkstelling zonder protesteren blijkt te hebben aanvaard om herhaaldelijk te werken

¹⁸ Cass. 27 januari 2014, AR S.12.0108.N, www.juridat.be; *JTT* 2014, afl. 1191, 271; *Soc. Kron.* 2014, afl. 3, 155.

¹⁹ Arbh. Brussel 4 april 2009, *JTT* 2009, afl. 1048, 381.

²⁰ Cass. 5 mei 2014, S.12.0058.N, www.juridat.be; *JTT* 2014, afl. 1198, 396, noot.

²¹ Cass. 8 september 2014, AR S.13.0116.F, www.juridat.be; *JTT* 2014, afl. 1203, 477, noot.

zonder schriftelijke arbeidsovereenkomst, niet kan beschouwd worden als een impliciete afstand om zich te beroepen op artikel 9, eerste en tweede lid²².

III. Willekeurig ontslag

A. Onderscheid arbeiders/bedienden

Na in 2011 het voor arbeiders ongunstige verschil in opzeggingstermijnen en carenzdag ongrondwettig te hebben verklaard, was het dit jaar de beurt aan de voor arbeiders gunstige regeling inzake willekeurig ontslag. Weinig verrassend werd ook deze door het Grondwettelijk Hof²³ ongrondwettig geacht. Anders beslissen was immers weinig coherent geweest, en bovendien heeft de kwestie sinds de inwerkingtreding van cao nr. 109 aan praktisch belang verloren, zodat het antwoord alleen nog relevant is voor oude geschillen. Al kunnen toch enkele bedenkingen worden gemaakt bij het gemak waarmee het Grondwettelijk Hof de ongrondwettigheid vaststelde in het licht van de feitelijke context van de vraag: het ging immers niet om een bediende die de toepassing van artikel 63 van de arbeidsovereenkomst vorderde, maar om een werkgever die zich tegen de toepassing ervan verzette. Waarschijnlijk wilde het Grondwettelijk Hof ook op dat punt het gelijkheidsbeginsel handhaven. Conclusie was in elk geval dat artikel 63 van de arbeidsovereenkomstenwet in het licht van de eerdere rechtspraak van het Hof niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het op de werkgever die een arbeider ontslaat de bewijslast legt van het niet-willekeurige karakter van dat ontslag en die werkgever verplicht tot de betaling van een vergoeding die overeenstemt met het loon van zes maanden in geval van willekeurig ontslag, terwijl zulks niet het geval is wanneer een werkgever een werknemer ontslaat die het statuut van bediende heeft. Dit geldt ook wanneer de werknemer een opzeggingstermijn geniet die afwijkt van artikel 59 van de in het geding zijnde wet en aanleunt bij de opzeggingstermijn die aan de bediende wordt toegekend. Het Hof herhaalt hierbij dat de wil om een geleidelijke harmonisatie van het statuut van arbeider en dat van bediende te bereiken, thans niet langer verantwoordend dat een dergelijk criterium van onderscheid wordt gehandhaafd, met name wat betreft de beperking van de aanvaardbare motieven van ontslag, de omkering van de bewijslast en de forfaitaire vaststelling van de aanvullende ontslagvergoeding die verschuldigd is in geval van willekeurig ontslag. Niettemin zou de niet-gemoduleerde vaststelling van ongrondwettigheid aanzienlijke rechtsonzekerheid teweegbrengen ten nadele van de arbeiders, terwijl die konden worden ontslagen met inachtneming van de opzeggingstermijnen bepaald in artikel 59 van de in het geding zijnde wet. Hoewel de prejudiciële vragen bevestigend dienen te worden beantwoord, worden de gevolgen van de in het geding zijnde bepaling derhalve gehandhaafd tot 1 april 2014. Of de handhaving ook geldt ten aanzien van arbeiders ontslagen voor 1 april 2014 met hogere dan de in artikel 59 voorziene opzeggingstermijnen, zoals in de zaak die aanleiding gaf tot het geschil, is niet zonneklaar. Hoewel hun opzeggingstermijnen strikt gezien niet wordt bepaald op grond van artikel 59, lijkt ook ten aanzien van deze arbeiders de overweging van arrest nr. 84/2001 van 21 juni 2001 stand te houden dat het willekeurig ontslag hun weliswaar iets betere, maar nog steeds aan die van de bedienden inferieure opzeggingstermijnen moet compenseren.

B. Motieven vermeld in C4

²² Vgl. Afstand van minimumloon in B. DE WOLF en I. VAN HIEL, “Rechtspraak 2012 in een notendop”, *Or.* 2013, afl. 6, 159.

²³ GwH 18 december 2014, nr. 187/2014, www.const-court.be.

In de lijn van de lagere rechtspraak in verband met de private sector²⁴ oordeelde het Hof van Cassatie²⁵ dat ook publieke overheden bij betwisting niet gebonden zijn door de reden tot ontslag opgegeven in het werkloosheidsformulier. Uit artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen dat voorschrijft dat de bestuurshandelingen bedoeld in artikel 1 moeten worden gemotiveerd, kan immers niet worden afgeleid dat, ook al was het ontslag van een contractuele arbeider door dat bestuur gemotiveerd, dat bestuur bij betwisting het bewijs niet kan leveren van het niet willekeurig karakter van het ontslag, niettegenstaande eventuele onregelmatigheden ervan op die grond.

IV. Vermindering van arbeidsprestaties

A. Berekening beschermingsvergoeding bij ontslag tijdens deeltijds ouderschapsverlof

In het arrest *Meerts*²⁶ besliste het Hof van Justitie al dat de ontslagvergoeding bij vermindering van arbeidsprestaties in het kader van ouderschapsverlof berekenen op grond van het verminderde loon een schending van clause 2, punten 4 tot en met 7, van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof uitmaakte. Vorig jaar sprak het Hof zich ook uit over de berekening van de forfaitaire vergoeding van zes maanden loon die de werkgever verschuldigd is bij ontslag tijdens ouderschapsverlof zonder dringende of voldoende reden. Deze wordt overeenkomstig artikel 101 van de sociale herstellwet ook berekend op basis van loon voor verminderde arbeidsprestaties waardoor de bescherming van de werknemer in ouderschapsverlof wordt uitgehold. Volgens het Hof kan de Belgische regeling worden gekwalificeerd als een „nodige maatregel om de werknemers tegen ontslag wegens het aanvragen of opnemen van ouderschapsverlof te beschermen” in de zin van clause 2, punt 4, van de raamovereenkomst. In de lijn van *Meerts* stelt het Hof vast dat een dergelijke beschermingsmaatregel haar nuttige werking grotendeels zou verliezen indien de forfaitaire beschermingsvergoeding waarop een voor onbepaalde duur aangeworven voltijdse werknemer recht heeft bij onwettig ontslag tijdens een deeltijds ouderschapsverlof, wordt bepaald op basis van het verminderde loon dat tijdens zijn deeltijds ouderschapsverlof is betaald. Het gevaar bestaat immers dat deze forfaitaire vergoeding onvoldoende afschrikkende werking heeft om te kunnen verhinderen dat werknemers tijdens hun deeltijds ouderschapsverlof worden ontslagen, wat zou leiden tot een geringere werkzekerheid voor werknemers die ervoor hebben geopteerd deeltijds ouderschapsverlof op te nemen en hun ervan zou weerhouden ouderschapsverlof op te nemen. Zo zou de beschermingsregeling die is ingevoerd bij clause 2, punt 4, van de raamovereenkomst gedeeltelijk worden uitgehold, wat ook zou ingaan tegen de doelstelling van de raamovereenkomst, voor zover deze de mogelijkheid wil bieden om de uitoefening van een beroepsactiviteit en het gezinsleven beter te combineren. Bijgevolg moet wanneer een voor onbepaalde duur aangeworven voltijdse werknemer tijdens zijn deeltijds ouderschapsverlof onwettig is ontslagen, de forfaitaire beschermingsvergoeding worden bepaald op basis van het loon van deze werknemer voor voltijdse arbeidsprestaties.

B. Berekening opzeggingsvergoeding bij vrijwillige deeltijdse werkhervatting

Nadat het Grondwettelijk Hof zich in 2009 al eens had moeten uitspreken over de berekening van de opzeggingsvergoeding bij deeltijdse werkhervatting na arbeidsongeschiktheid, diende

²⁴ W. VAN EECKHOUTTE, *Sociaal Compendium 2013-14*, Mechelen, Kluwer, 2013, 2483 en aldaar geciteerde rechtspraak.

²⁵ Cass. 12 mei 2014, AR S.13.0092.F, www.juridat.be; *JTT* 2014, afl. 1194, 314, noot.

²⁶ HvJ 27 februari 2014, nr. C-588/12, *Lyreco Belgium NV t. Sophie Rogiers*.

het Hof²⁷ dat in 2014 opnieuw te doen. Verschil met het arrest nr. 89/2009²⁸ was dat de deeltijdse werkhervatting in dit geval vrijwillig was, op verzoek van de werknemer en zonder tussenkomst van de adviserend geneesheer van zijn ziekenfonds. Er was ook geen arbeidsovereenkomst opgemaakt die voldeed aan de bij artikel 11bis van de arbeidsovereenkomstenwet gestelde vereisten en de arbeidsduurvermindering vond plaats buiten het wettelijke kader van de sociale herstelwet. De situatie kon derhalve worden onderscheiden van de situatie die aanleiding gaf tot het arrest nr. 89/2009. In dat arrest had het hof geoordeeld dat artikel 39, § 1, van de Arbeidsovereenkomstenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schond indien het in die zin werd geïnterpreteerd dat de arbeidsongeschikte werknemer die met toestemming van de adviserend geneesheer van zijn ziekenfonds het werk gedeeltelijk hervat, slechts recht had op een opzeggingsvergoeding, berekend op basis van het verminderde loon. Redenering was dat de werknemer niet zelf had gekozen voor de deeltijdse tewerkstelling, maar daartoe werd gedwongen door zijn gezondheidstoestand. Wanneer de werknemer echter zijn prestaties op vrijwillige basis beperkt, meent het Hof dat het niet zonder redelijke verantwoording is de opzeggingsvergoeding te berekenen op basis van het verminderde loon.

V. Discriminatie

A. Zwaarlijvigheid als handicap

In 2013 verruimde het Hof van Justitie²⁹ het begrip “handicap” van de richtlijn 2000/78 door te erkennen dat een chronische, niet-aangeboren ziekte een handicap kan uitmaken. Het oogt dan ook niet verwonderlijk dat in 2014 het Hof³⁰ opnieuw werd geconfronteerd met een prejudiciële vraag over de interpretatie van dit begrip, met name of zwaarlijvigheid een handicap kan uitmaken. Vooreerst stelde het Hof dat het Unierecht met betrekking tot arbeid en beroep geen algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van zwaarlijvigheid als dusdanig bevat en dat de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 niet naar analogie kan worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die gebaseerd op de in artikel 1 van deze richtlijn limitatief opgesomde gronden³¹. Evenwel kan zwaarlijvigheid een handicap in de zin van de richtlijn vormen. Het Hof verwees hierbij naar haar vroegere beslissing in *HK Danmark*³² om het begrip „handicap” in de zin van richtlijn 2000/78 op te vatten als een beperking die met name het gevolg is van langdurige lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen. Het is hierbij niet vereist dat het uitoefenen van een beroepsactiviteit onmogelijk is, het volstaat dat het uitoefenen van een beroepsactiviteit wordt belemmerd. Bovendien hangt het begrip „handicap” in de zin van richtlijn 2000/78 hangt niet af van de vraag in welke mate de betrokkene eventueel heeft bijgedragen tot het ontstaan van zijn handicap en veronderstelt het niet de noodzaak aan passende maatregelen, zodat het gebrek aan redelijke aanpassingen niet de afwezigheid van een handicap bewijst. Het Hof besluit dat, hoewel zwaarlijvigheid van

²⁷ GwH 16 oktober 2014, nr. 152/2014, www.const-court.be; RABG 2015, afl. 3, 151, noot D. VAN STRIJTHEM, M. VAN INGELGEM en N. PELICAEN.

²⁸ GwH 28 mei 2009, nr. 89/2009, www.const-court.be; JTT 2009, afl. 1040, 252.

²⁹ HvJ 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11, *Ring en Skouboe Werge*, geciteerd in B. DE WOLF en I. VAN HIEL, “Tijd voor een terugblik op de rechtspraak van 2014!”, *Or.* 2014, afl. 8, 231.

³⁰ HvJ 18 december 2014, nr. C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) tegen Kommunernes Landsforening (KL)*.

³¹ HvJEU 11 juli 2006, C-13/05, *Chacón Navas t. Eurest Colectividades* en HvJEU 17 juli 2008, C-303/06, *Coleman t. Attridge Law en Steve Law*.

³² HvJEU 26 september 2013, C-476/11, *HK Danmark t. Experian* en HvJEU 22 mei 2014, C-356/12, *Glatzel t. Freistaat Bayern*.

nature niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat er sprake is van een beperking en dus als zodanig geen „handicap” vormt in de zin van richtlijn 2000/78, ze het wel kan worden. Dat zal het geval zijn indien zij, gezien de omstandigheden, leidt tot een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels deze persoon kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen, en die beperking langdurig is. Het Hof geeft daarbij het voorbeeld van een werknemer wiens zwaarlijvigheid hem belet volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen als gevolg van een verminderde mobiliteit of van het feit dat zich bij deze persoon ziekteverschijnselen voordoen die hem beletten zijn werk te verrichten of hem belemmeren bij de uitoefening van zijn beroepsactiviteit. Of dat in de zaak die aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag het geval was, wordt overgelaten aan de nationale rechter.

B. Moederschap en ouderschap

In twee arresten van 18 maart 2014³³ besliste het Hof van Justitie dat de wensmoeder die dankzij een draagmoederschapsovereenkomst een kind heeft gekregen, geen recht heeft op zwangerschaps- en bevallingsverlof. Artikel 8 van de richtlijn 92/85 vereist immers dat de werkneemster zwanger is geweest en van het kind bevallen. De weigering van een werkgever om zwangerschaps- en bevallingsverlof of adoptieverlof toe te kennen aan een wensmoeder die een kind heeft gekregen via een draagmoederschapsovereenkomst, maakt ook geen discriminatie op grond van geslacht uit in de zin van artikel 14 e.a. van de richtlijn 2006/5, omdat de wensmoeder niet ongunstiger wordt behandeld dan de wensvader. Wat de toekenning van een aan adoptieverlof gelijkwaardig betaald verlof betreft, stelt het Hof dat krachtens artikel 16 van richtlijn 2006/54 de lidstaten het recht behouden om een afzonderlijk recht op vaderschapsverlof en/of adoptieverlof te erkennen. De richtlijn laat derhalve aan de lidstaten de keuze om adoptieverlof toe te kennen. De voorwaarden voor toepassing van dit verlof vallen, met uitzondering van regels inzake ontslag en terugkeer naar de werkplek, buiten de werkingssfeer van de richtlijn. Volgens het Hof was er ook geen sprake van discriminatie op grond van handicap in zin van richtlijn 2000/78, uitgelegd tegen de achtergrond van het VN-Verdrag. Hoewel er sprake is van een langdurige beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen, belet volgens het hof deze beperking op zich een wensmoeder in beginsel niet om toegang te hebben tot arbeid, te werken of carrière te maken, zodat ze ook op dit vlak niet wordt gediscrimineerd.

Ook werd aan het Hof van Justitie³⁴ gevraagd of een vrouw die ophoudt met werken of het zoeken van werk wegens de fysieke ongemakken die zij ondervindt in een gevorderd stadium van haar zwangerschap en in de periode onmiddellijk na de bevalling, haar status van „werknemer” in de zin van die artikelen verliest. Artikel 7, lid 3, van deze richtlijn preciseert dat een burger van de Unie die niet langer werknemer of zelfstandige is, voor de toepassing van lid 1, sub a, ervan zijn status van werknemer of zelfstandige niettemin behoudt in specifieke gevallen, namelijk wanneer hij als gevolg van ziekte of ongeval tijdelijk arbeidsongeschikt is, wanneer hij zich, in bepaalde omstandigheden, in onvrijwillige werkloosheid bevindt, of wanneer hij, onder bepaalde voorwaarden, met een beroepsopleiding start. Het geval van een vrouw die in een bijzondere situatie verkeert vanwege de fysieke ongemakken die zij ondervindt in een gevorderd stadium van haar zwangerschap en in de

³³ HvJEU 18 maart 2014, nr. C-167/12, *C. D. T. S. T. en HvJEU 18 maart 2014, nr. C-363/12, Z t. A Government department, The Board of management of a community school*; zie ook I. VAN HIEL, “Moederschap vereist zwangerschap en bevalling”, *Juristenkrant* 2014, afl. 288, 4.

³⁴ HvJEU 19 juni 2014, nr. C-507/12, *Jessy Saint Prix t. Secretary of State for Work and Pensions*.

periode onmiddellijk na de bevalling, wordt echter niet uitdrukkelijk geregeld. Het feit dat deze vrouw gedurende enkele maanden niet daadwerkelijk aan de arbeidsmarkt van het gastland heeft deelgenomen, betekent echter in beginsel niet dat zij gedurende die periode niet langer tot die markt behoort, mits zij binnen een redelijke termijn na de bevalling haar werk weer opvat of ander werk vindt.

C. Geslachtsverandering

Het arbeidshof van Brussel³⁵ veroordeelde een werkgever omwille van het discriminatoir ontslag van een transseksuele werknemer. Tijdens zijn arbeidsongeschiktheid was de werknemer van geslacht veranderd. De werkgever die de geslachtsverandering opmerkte enkele dagen voor zijn terugkeer, ontsloeg de werknemer op zijn eerste werkdag met betaling van een opzeggingsvergoeding. Volgens het Hof volstond het feit dat de werkgever niet de bedoeling had de werknemer te ontslaan totdat hij de geslachtsverandering had vastgesteld, om het bewijs te leveren van discriminatie. In de lijn van het arrest P. van het Hof van Justitie³⁶ en in toepassing van artikel 4 § 2 van de genderwet oordeelde het hof dat een persoon ontslaan omwille van haar geslacht of de verandering van haar geslacht een wettelijk verboden discriminatie uitmaakt. Het hof stelde bovendien dat de vergoeding wegens schending van de genderwet mag worden gecumuleerd met de vergoeding voor willekeurig ontslag, omdat beiden een verschillend doel nastreven en een onderscheiden schade vergoeden³⁷.

VI. Personeelsafgevaardigden

A. Ingang termijn voor aanhangig maken geschil bij arbeidsrechtbank

Het Grondwettelijk Hof³⁸ werd gevat met een vraag over de grondwettigheid van artikel 6 van de wet ontslagregeling personeelsafgevaardigden. Het artikel laat voor de personeelsafgevaardigden het aanvangspunt van de termijn van drie werkdagen die erin wordt vastgesteld, lopen vanaf de dag waarop de voorzitter van de arbeidsrechtbank de in artikel 5, § 3, van de wet ontslagregeling personeelsafgevaardigden bedoelde beslissing heeft genomen. De termijn vangt derhalve niet aan op een vaste datum en verschilt van deze die moet in acht genomen bij kandidaat-personeelsafgevaardigden. Het Grondwettelijk Hof hecht veel belang aan de gevolgen van de in artikel 6 vastgestelde termijn. De in het in het geding zijnde artikel 6 vastgestelde termijn is voorgeschreven op straffe van verval³⁹. De overschrijding ervan brengt aldus de niet-ontvankelijkheid met zich mee van de rechtsvordering die is ingesteld door de werkgever die bij zijn wens zou blijven om de betrokken werknemer na afloop van de verzoeningsprocedure te ontslaan om dringende redenen. Rekening houdend met de aard van de procedure, met de korte termijn en met de gevolgen die aan de niet-naleving ervan zijn verbonden, beperkt het feit dat die termijn ingaat op een ogenblik waarop de geadresseerde mogelijk nog geen kennis kan hebben van de inhoud van de beslissing, of zelfs kan zijn verstreken vooraleer die geadresseerde de kennisgeving ervan ontvangt, op onevenredige wijze de rechtszekerheid en het recht van de werkgever op toegang tot een rechter. Die kan immers enkel op het ogenblik waarop die beschikking hem bij gerechtsbrief ter kennis wordt

³⁵ Arbh. Brussel (6e k.) nr. 2011/AB/1054, 2011/AB/1059, 17 februari 2014, *JTT* 2014, afl. 1192, 285; *Soc.Kron.* 2014 (samenvatting), afl. 7, 373, noot J. JACQMAIN.

³⁶ HvJ 30 april 1996, C-13/94, *P t. S en Cornwall County Council*.

³⁷ Vgl. Cass. 20 februari 2012, AR S.100048.F, www.juridat.be.

³⁸ GwH 10 juli 2014, nr. 105/2014, www.const-court.be; *JLMB* 2014, afl. 31, 1471.

³⁹ Cass., 27 februari 1995, *Arr. Cass.*1995, nr.114.

gebracht, namelijk uiterlijk de derde werkdag die volgt op de uitspraak ervan, zoals artikel 5, § 3, laatste lid, van de wet voorschrijft, met zekerheid kennisnemen van de datum waarop de beschikking van de voorzitter van de rechtbank wordt gewezen en van de inhoud ervan, aldus het Hof.

B. Beschermingsvergoeding bij gerechtelijke ontbinding

In de rechtsleer bestaat onenigheid over de vraag of de gerechtelijke ontbinding op vordering van de werknemer moet worden gelijkgesteld met een ontslag in de zin van artikel 2, § 1, lid 2, 2° van de wet ontslagregeling personeelsafgevaardigden, nl. de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer wegens feiten die een reden uitmaken die ten laste van de werkgever kan worden gelegd. Opgeworpen kan immers dat de gerechtelijke ontbinding geen beëindiging door de werkgever c.q. door de werknemer, maar een beëindiging die tot stand komt door de uitspraak van de rechtbank⁴⁰. In een arrest van eind 2013 oordeelde het arbeidshof van Antwerpen⁴¹ evenwel anders. Volgens het arbeidshof moet de gerechtelijke ontbinding op grond van een ernstige contractuele wanprestatie van de werkgever beschouwd worden als een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer wegens feiten die een reden uitmaken die ten laste van de werkgever kan gelegd worden zoals bedoeld in artikel 2, § 1, 2° van de wet ontslagregeling personeelsafgevaardigden. Het arbeidshof besloot dat de werknemer dan ook aanspraak kon maken op de beschermingsvergoeding voorzien in artikel 16 van diezelfde wet.

VII. Arbeidstijd

A. Kwalificatie wachtdiensten als arbeidstijd

In 2011 oordeelde het Hof van Cassatie⁴² dat het loon voor passieve wachtdiensten, tijdens dewelke de werknemer de mogelijke oproepen van de werkgever moet beantwoorden zonder dat hij zich daarbij op een welbepaalde plaats hoeft te bevinden of zijn gebruikelijke arbeidstaken hoeft uit te voeren, niet gelijkwaardig dient te zijn aan dat van de uren werkelijke arbeid. Het arrest gaf echter alleen een antwoord op de vraag of het normaal loon verschuldigd is voor inactieve wachtturen buiten de arbeidsplaats en liet in het midden of inactieve wachtturen buiten de arbeidsplaats al dan niet arbeidstijd uitmaken⁴³. Bepaalde lagere rechtspraak⁴⁴ meende, op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie⁴⁵ en

⁴⁰ D. VOTQUENNE en C. WANTIEZ, *Beschermde werknemers: 10 jaar toepassing van de wet van 19 maart 1991*, Brussel, Larcier, 2001, nr. 11; S. REMOUCHAMPS, “La protection dans le temps. Protection et élections sociales: regards croisés” in H. DECKERS en L. DEAR (eds.), *La protection des représentants du personnel*, Limal, Anthemis, 2011, 117; L. ELIAERTS en I. VAN HIEL, *Beschermde werknemers*, Brussel, Larcier, 2013, 82 en 97; anders V. VANNES, “De openbare orde en de wet van 19 maart 1991” in B. ADRIAENS e.a., *De bescherming van de personeelsvertegenwoordigers in de onderneming*, Brussel, VBO, nr. 25, p. 95; B. MERGITS en I. VAN PUYVELDE, *De bescherming van de (kandidaat-) personeelsafgevaardigden in de ondernemingsraden en comités voor preventie en bescherming op het werk*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1999, 54.

⁴¹ Arbh. Antwerpen 18 december 2013, AR 2012/AA/902, *NB Arbeidsrecht* 2014, afl. 4.

⁴² Cass. 6 juni 2011, S.10.0070.F, www.juridat.be; *JLMB* 2012, afl. 3, 136, noot F. KEFER; *JTT* 2011, afl. 1107, 373, noot K. NEVENS; *RABG* 2011, afl. 15, 1058, noot M. DEMEDTS; *RW* 2011-12, afl. 39, 1714, noot S. BEUTELS; *Soc. Kron.* 2012, afl. 1, 6.

⁴³ B. DE WOLF en I. VAN HIEL, “Wat u moet onthouden van 2011?”, *Or.* 2012, afl. 5, 119.

⁴⁴ Arbh. Luik (afd. Namen) 3 december 2007, *Soc. Kron.* 2009, 36; Arbh. Luik 23 juni 2008, *JTT* 2008, 385.

⁴⁵ HvJ 9 september 2003, nr. C-151/02, *Jaeger*; HvJ 26 juni 2001, nr. C-173/99, *BECTU* en HvJ 3 oktober 2000, nr. C-303/98, *Simap*.

tegen oudere cassatierechtspraak⁴⁶ in, dat inactieve wachtturen geen arbeidstijd uitmaakten. In een opmerkelijk arrest sluit het Hof van Cassatie⁴⁷ zich aan bij deze rechtspraak, waaronder ook het gecasseerde arrest van het arbeidshof te Brussel. Het hof geeft hierbij een nieuwe invulling aan artikel 19, tweede lid van de arbeidswet dat onder arbeidsduur de tijd verstaat gedurende welke het personeel ter beschikking is van de werkgever. Periodes van wachtdienst waarbij de werknemer permanent bereikbaar moet zijn om een gebeurlijke oproep van de werkgever te kunnen beantwoorden, maar waarbij de fysieke aanwezigheid op de arbeidsplaats niet vereist is, zijn volgens het hof geen arbeidstijd in de zin van artikel 19 van de arbeidswet. De omstandigheid dat de bewegingsvrijheid van de werknemer tijdens de wachtdienst beperkt is omdat hij binnen een bepaalde straal van de arbeidsplaats moet verblijven om die binnen een bepaalde tijd te kunnen bereiken, doet daaraan niet af. Het Hof brengt haar rechtspraak derhalve in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Met S. DE GROOF zou daar kunnen worden tegen ingebracht dat de definitie van arbeidstijd in de arbeidswet ruimer is dan deze van de richtlijn: waar de eerste uitgaat van beschikbaarheid, steunt de tweede op aanwezigheid⁴⁸. Dit verschil bracht het arbeidshof van Gent⁴⁹ ertoe niet-actieve wachtdiensten toch als arbeidstijd te kwalificeren, zij het met de mogelijkheid om daarvoor in een lagere verloning te voorzien.

B. Financiële vergoeding voor niet-opname jaarlijkse vakantie

Na enkele baanbrekende arresten de voorbije jaren, bracht 2014 weinig vermeldenswaardigs op dit vlak. Een uitzondering vormde een arrest waarin het Hof van Justitie⁵⁰ zich boog over de vraag of nabestaanden aanspraak kunnen maken op een financiële vergoeding voor de niet-opgenomen vakantiedagen van de overledene. In *Schultz-Hoff*⁵¹ was eerder geoordeeld dat de werknemer op grond van artikel 7, tweede lid van de richtlijn 2003/88, wanneer de arbeidsverhouding is geëindigd en het daadwerkelijk opnemen van jaarlijkse vakantie met behoud van loon derhalve niet langer mogelijk is, recht heeft op een financiële vergoeding. Volgens het Hof moest deze verplichting zich uitstrekken tot de betaling van een vergoeding aan de nabestaanden van de werknemer. Indien de verplichting tot betaling van het loon voor jaarlijkse vakantie ophield te bestaan bij beëindiging van de arbeidsverhouding door het overlijden van de werknemer, zou dit immers tot gevolg hebben dat een toevallige omstandigheid, waarover noch de werknemer noch de werkgever controle heeft, leidt tot het totale verlies met terugwerkende kracht van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zelf, zoals neergelegd in artikel 7 van richtlijn 2003/88. Het recht op vergoeding mocht bovendien niet worden afhankelijk gemaakt van een voorafgaande aanvraag.

C. Dagcontracten bij uitzendarbeid

Het Hof van Cassatie⁵² beantwoordde de vraag of een uitzendarbeider tewerkgesteld met dagcontracten moet worden beschouwd als een deeltijdse of voltijdse werknemer voor de arbeidsongevallenwet. Het arbeidshof te Gent had de uitzendarbeider beschouwd als een

⁴⁶ Cass. 30 januari 1984, AR 4105.

⁴⁷ Cass. 10 maart 2014, S.13.0029.N, www.juridat.be; *NjW* 2014, afl. 305, 546, noot S. DE GROOF; *RABG* 2014, afl. 13, 863, noot M. DEMEDTS

⁴⁸ S. DE GROOF, “Definitie ‘arbeidsduur’”, noot onder Cass. 10 maart 2014, *NjW* 2014, afl. 305, 547.

⁴⁹ Arbh. Gent 23 november 2011, AR 2010/AG/256, NB 2012/5, *onuitg.*, geciteerd in B. DE WOLF en I. VAN HIEL, “Rechtspraak 2012 in een notendop”, *Or.* 2013, afl. 6, 158.

⁵⁰ HvJ 12 juni 2014, nr. C-118/13, *Gülray Bollacke / K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG*.

⁵¹ HvJEU 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06, *Gerhard Schultz-Hoff t. Deutsche Rentenversicherung Bund en Stringer e.a. t. Her Majesty's Revenue and Customs*.

⁵² Cass. 10 maart 2014, S.12.0094.N, www.juridat.be; *JTT* 2014, afl. 1189, 239.

voltijdse werknemer, een interpretatie door het Hof werd gevolgd. Volgens het hof volgt uit artikel 9, 1° en 10 van het koninklijk besluit van 10 juni 2001 tot eenvormige definiëring van begrippen met betrekking tot arbeidstijdgegevens ten behoeve van de sociale zekerheid, evenals artikel 19, eerste lid, van de arbeidswet dat voor de toepassing van de arbeidsongevallenwet een werknemer als voltijdse werknemer moet worden beschouwd indien hij op de dag van het ongeval verbonden is door een dagcontract, waarbij de contractuele arbeidsduur is bepaald op acht uren.

VIII. Loon

A. Loon voor niet-gewerkte uren

Voor het arbeidshof van Brussel⁵³ vorderde een werknemer de betaling van loon voor de uren die contractueel overeengekomen waren, maar waarop hij door zijn werkgever niet was tewerkgesteld. In de lijn van de rechtsleer⁵⁴ oordeelde het hof dat, op grond van het arbeidsrechtelijk loonbegrip geen loon kan worden toegekend voor niet-gewerkte uren. Vermits loon de tegenprestatie is voor arbeid die ter uitvoering van een arbeidsovereenkomst is verricht, ontstaat het recht op loon door het verrichten van arbeid⁵⁵. Gevolg is dat, behoudens wettelijke of contractuele regeling, de werknemer geen aanspraak heeft op loon gedurende de periode waarin hij, zelfs door toedoen van de werkgever geen arbeid verricht⁵⁶. De werknemer die minder is tewerkgesteld dan overeengekomen, kan alleen een schadevergoeding wegens contractuele tekortkoming vorderen⁵⁷. Daar de werknemer dit niet had gedaan, kon hij derhalve geen aanspraak op vergoeding maken.

B. Promotionele kortingsbonnen

Aan het Hof van Cassatie⁵⁸ werd gevraagd in welke mate promotionele kortingsbonnen meetellen voor de bepaling van het jaarloon. Zoals het arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, waartegen cassatie werd ingesteld, stelt het hof dat het jaarloon dat moet worden in acht genomen voor het bepalen van de opzeggingstermijn van artikel 82, § 2 en § 3, van de arbeidsovereenkomstenwet, naast het lopend loon ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst behelst. Onder voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst dienen te worden begrepen de bijzondere voordelen waarop de werknemer naast het lopend loon gerechtigd is als tegenprestatie voor de door hem ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst verrichte arbeid. Promotionele kortingsbonnen, die door de werkgever aan de werknemer worden toegekend als tegenprestatie voor door deze laatste verrichte prestaties en die onder bepaalde voorwaarden geldig zijn bij eventuele toekomstige aankopen van goederen door de werknemer, bieden deze laatste een kans op een voordeel. In welke mate die kans op een voordeel concreet becijferbaar is als loon, dient door de rechter in feite te worden beoordeeld.

C. Loon waarop sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd

⁵³ Arbh. Brussel (5^{de} k.) 17 februari 2014, *JTT* 2014, afl. 1191, 275.

⁵⁴ J. MOERMAN, “Loon: de tegenprestatie van werkelijk verrichte arbeid?”, *Or.* 2011, afl. 8, 237-242.

⁵⁵ Vgl. Cass. 11 september 1995, *JTT* 1995, 433; Cass. 18 september 2000, *JTT* 2000, 499.

⁵⁶ Vgl. Cass. 24 december 1979, *RW* 1980-81, 410; Cass. 16 maart 1992, *RW* 1992-93 (verkort), 401; Cass. 26 april 1993, *RW* 1993-94, 507.

⁵⁷ Vgl. Arbh. Hasselt 12 juli 1995, *Soc. Kron.* 1997, 454.

⁵⁸ Cass. 24 februari 2014, S.11.0078.N, www.juridat.be; *JTT* 2014, afl. 1192, 277.

Twee cassatiearresten behandelen de vraag of de toekenning van een bepaalde vergoeding moet worden beschouwd als loon waarop sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd is. In het eerste geval ging het om een vergoeding betaald aan uitvoerend kunstenaars voor de overdracht van vermogensrechten. In een arrest van 15 september 2014⁵⁹, verbreekt het hof een arrest van het arbeidshof van Gent dat de vergoeding niet als loon had beschouwd. Eerder had ook de arbeidsrechtbank van Leuven⁶⁰, in een geschil omtrent de berekening van de opzeggingsvergoeding, beslist dat de vergoeding voor overdracht van auteursrechten haar oorsprong niet vindt in de arbeidsovereenkomst en dus geen loon uitmaakt. Het Hof volgt deze zienswijze echter niet. Het stelt dat de vergoeding voor overdracht van vermogensrechten moet worden beschouwd als een tegenprestatie voor de overdracht van rechten met betrekking tot een in uitvoering van de arbeidsovereenkomst geleverde prestatie. Die vergoeding is bijgevolg, in de regel, een voordeel waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van zijn werkgever en maakt aldus deel uit van het loon op basis waarvan krachtens artikel 14 RSZ-wet en artikel 23 van de algemene beginselenwet sociale zekerheid de sociale zekerheidsbijdragen berekend worden. Deze artikelen verwijzen naar artikel 2 van de loonbeschermingswet dat onder “loon” het loon in geld en de in geld waardeerbare voordelen verstaat waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever.

Het tweede cassatiearrest⁶¹ betrof de vraag of sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd zijn op een beperkte vergoeding betaald aan vrijwilligers, door een vzw met commerciële activiteiten. Het cassatieberoep was gericht tegen een arrest van het arbeidshof te Brussel na verwijzing door het cassatiearrest van 18 oktober 2010⁶². Het arbeidshof had de toekenning van aankoopbonnen aan vrijwilligers/leden van een “niet-zuivere” vzw niet als aan sociale zekerheidsbijdragen onderworpen loon beschouwd, terwijl dit overeenkomstig artikel 17quinquies van het uitvoeringsbesluit bij de RSZ-wet evenwel een vereiste is om aan de toepassing van de RSZ-wet te worden onttrokken. Volgens het hof was het winstgevend doel van verweerster in rechte geen voldoende element om te oordelen dat het om een tewerkstelling in het kader van een arbeidsovereenkomst zou gaan en moest de beweegreden in hoofde van de vrijwilliger om met verweerster samen te werken het uitgangspunt zijn om te bepalen of er sprake was van arbeid in de zin van de arbeidsovereenkomstenwet. Het Hof van Cassatie maakte duidelijk dat de omvang van de vergoeding noch de intentie van de betrokkene enige invloed hebben op de kwalificatie van een tewerkstelling als arbeid. Krachtens de artikelen 2 en 3 van de arbeidsovereenkomstenwet is de arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt tegen loon, onder het gezag van de werkgever, arbeid te verrichten. Als arbeid in de zin van de arbeidsovereenkomstenwet dient te worden aangezien, de arbeid die een werknemer die zich daartoe bij overeenkomst heeft verbonden, tegen loon en onder het gezag van een werkgever verricht, onverschillig of het overeengekomen loon beperkt is en onverschillig of die arbeid wordt verricht als vrijetijdsbesteding, zonder het oogmerk een inkomen te verwerven.

D. Opleggen van minimumlonen in openbare aanbestedingen

⁵⁹ Cass. 15 september 2014, AR S.12.006.N, www.juridat.be; JTT 2015, afl. 1205, 6.

⁶⁰ Arbrb. Leuven 24 oktober 2013, AR 13/4772, *NB Arbeidsrecht* 2014, afl. 1.

⁶¹ Cass. 10 maart 2014, S.12.0103.N, www.juridat.be; JTT 2014, afl. 1188, 220; *NjW* 2014, afl. 305, 547, noot P. PECINOVSKY.

⁶² Cass. 18 oktober 2010, S.10.0023.N, www.juridat.be; JTT 2011, afl. 1086, 22; *RABG* 2011, afl. 15, 1019, noot K. NEVENS; *Soc. Kron.* 2013, afl. 1, 48, noot; zie ook B. DE WOLF en I. VAN HIEL, “Tien lessen uit de rechtspraak van 2010”, *Or.* 2011, afl. 5, 130.

Het Hof van Justitie⁶³ bevestigde haar eerder in *Rüffert*⁶⁴ ingenomen standpunt met betrekking tot het opnemen van sociale clausules in openbare aanbestedingen. Verschil was hier dat de inschrijver die zich tegen de toepassing van de Duitse minimumlonen verzette, niet de intentie had om de overheidsopdracht uit te voeren door werknemers van zijn onderaannemer, een in Polen gevestigde 100 %-dochteronderneming, op Duits grondgebied ter beschikking te stellen, maar ze volledig in het thuisland tewerk te stellen. Gevolg was dat richtlijn 96/71 die aan de orde was in *Rüffert*, niet van toepassing was. De overheidsopdracht viel wel onder de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 die in artikel 26 sociale clausules toestaat, evenwel mits zij „verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht”. Het hof herhaalt dat een minimumloon dat op grond van een nationale wettelijke regeling wordt opgelegd aan de onderaannemers van een inschrijver die in een andere lidstaat dan die van de aanbestedende dienst zijn gevestigd, waar de minimumlonen lager zijn, een bijkomende economische last vormt die de levering van hun diensten in de ontvangende lidstaat kan verhinderen, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, zodat het gaat om een beperking in de zin van artikel 56 VWEU. Hoewel een dergelijke nationale maatregel in beginsel gerechtvaardigd kan zijn door het doel de werknemers te beschermen, door te verzekeren dat de werknemers een passend loon ontvangen, om „sociale dumping” te vermijden en tegelijkertijd te voorkomen dat concurrerende ondernemingen die hun werknemers een passend loon betalen, zouden worden afgestraft, wordt deze regeling *in casu* om puur economische redenen als onevenredig beschouwd. Volgens het hof gaat ze namelijk verder dan wat nodig is ter bereiking van het doel om de werknemers te beschermen. Ze schrijft in een dergelijke situatie immers een vast minimumloon voor dat overeenstemt met het loon dat vereist is om de werknemers van de lidstaat van de aanbestedende dienst een passend loon te verzekeren, gelet op de kosten van levensonderhoud in die lidstaat, maar staat niet in verhouding tot de kosten van levensonderhoud in de lidstaat waarin de prestaties ter uitvoering van de betrokken overheidsopdracht zullen worden verricht, en de in die lidstaat gevestigde onderaannemers dus de mogelijkheid ontnemt om een concurrentievoordeel te halen uit de bestaande loonverschillen. Ook brengen de werknemers de stabiliteit van het Duitse socialezekerheidsstelsel niet in gevaar, vermits ze er geen toegang toe hebben.

IX. Collectief arbeidsrecht

A. Cao's voor (schijn)zelfstandigen

Naar Nederlands cao-recht kunnen vakbonden cao's sluiten zowel voor werknemers als voor zelfstandigen. In deze context werd het Hof van Justitie⁶⁵ gevraagd of het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat de bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen – leden van een van de aangesloten werknemersorganisaties – die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever, buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt. Hoewel het Hof moest erkennen de aan de orde zijnde overeenkomst een zuiver interne situatie betrof zonder invloed op de tussenstaatse handel, en artikel 101 VWEU bijgevolg niet van toepassing was, achtte het zich toch bevoegd om de gestelde vragen te beantwoorden. Het Hof oordeelde dat het recht van de Unie aldus

⁶³ HvJ 18 september 2014, nr. C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH / Stadt Dortmund*; JTT 2015, afl. 1206, 17, noot M. MORSA.

⁶⁴ HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*; *Juristenkrant* 2008 (weergave F. DORSSEMONT), afl. 169, 3.

⁶⁵ HvJEU 4 december 2014, nr. C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media t. Staat der Nederlanden*; zie ook V. PERTRY en S. GOOVAERTS, “Cao's voor zelfstandigen moeten mededingingsrecht respecteren”, *Juristenkrant* 2015, afl. 305, 16.

moet worden uitgelegd dat de bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst zoals die in het hoofdgeding, die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen – leden van een van de aangesloten werknemersorganisaties – die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever, slechts buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt indien die dienstverleners „schijnzelfstandigen” zijn, dat wil zeggen dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers. Het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om te verifiëren of dit het geval is.

B. Overgang van onderneming en nawerking

De overnemer moet de in de cao bepaalde arbeidsvoorwaarden blijven respecteren na de overgang, ook al is de cao opgezegd voor de overgang. Dat volgt uit een beslissing van het Hof van Justitie van de EU⁶⁶. Kern van de discussie was de vraag of nawerkende cao-bepalingen “in een cao vastgestelde arbeidsvoorwaarden” uitmaken die de verkrijger krachtens artikel 3, lid 3, van de richtlijn 2001/23 “in dezelfde mate” moet handhaven als de vervreemder, en dit “tot op het tijdstip waarop de cao wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere cao in werking treedt of wordt toegepast”. Volgens het Hof werd artikel 3, lid 3, bewust niet geformuleerd als een verplichting tot het behoud van de cao, om rekening te houden met de diversiteit aan cao-regelingen binnen de unie. Wel verplicht het de in de cao bepaalde arbeidsvoorwaarden te handhaven, ongeacht hun oorsprong en de techniek die wordt gebruikt om die arbeidsvoorwaarden van toepassing te maken op de betrokkenen. In dit verband is het voldoende dat de voorwaarden in een cao zijn vastgelegd en de vervreemder en de overgegangene werknemers daadwerkelijk binden. Dat de nawerking van de cao het gevolg is van een wettelijke bepaling maakt niet dat ze buiten de werkingssfeer van artikel 3, lid 3, valt. Nawerking beoogt in het belang van de werknemers een plotselinge breuk te vermijden van het rechtskader dat wordt gevormd door de cao die de arbeidsbetrekking beheerst. Zou ze buiten de werkingssfeer van artikel 3, lid 3, vallen, dan zou de overdrager de werking van artikel 3, lid 3, kunnen uitschakelen door de cao te beëindigen voor de overgang en daardoor het effect veroorzaken dat het artikel net wil voorkomen. Het Hof toetst nog of deze interpretatie het evenwicht tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger niet in gedrang brengt⁶⁷, maar wijst dit af omdat de nawerking *in casu* beperkt bleef tot de reeds in dienst zijnde werknemers, en de mogelijkheid blijft om een nieuwe cao of individuele arbeidsovereenkomsten te sluiten.

C. Uitsluiting gesubsidieerde werknemers van vertegenwoordiging

In een Franse zaak oordeelde het Hof van Justitie⁶⁸ dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/14 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale bepaling als artikel L. 1111-3 van de code du travail die, in het kader van de vaststelling van de minimumaantallen werknemers die wettelijk zijn vereist voor de oprichting van personeelsvertegenwoordigende organen, gesubsidieerde werknemers van de berekening van het personeelsbestand uitsluit. Aangezien richtlijn 2002/14 bepaalt welke personen bij deze

⁶⁶ HvJEU 11 september 2014, nr. C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund t. Wirtschaftskammer Österreich – Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmen*; zie ook I. VAN HIEL, “Cao blijft nawerken bij overname”, *Juristenkrant* 2014, afl. 297, 4.

⁶⁷ Vgl. HvJEU 18 juli 2013, C-426/11, *Alemo-Herron e.a. t. Parkwood Leisure*.

⁶⁸ HvJEU 15 januari 2014, nr. C-176/12, *Association de médiation sociale t. Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône en Confédération générale du travail (CGT)*.

berekening in aanmerking moeten worden genomen, is het de lidstaten niet toegestaan een bepaalde categorie van personen die oorspronkelijk voor deze berekening in aanmerking kwam daarvan uit te sluiten. Hoewel de richtlijn de lidstaten niet voorschrijft op welke wijze zij de werknemers die binnen de werkingssfeer ervan vallen bij de berekening van de minimumaantallen werknemers moeten meetellen, schrijft zij immers wel voor dat zij deze werknemers moeten meetellen⁶⁹. Hoewel de bepaling aan alle voorwaarden voor rechtstreekse werking voldoet, kan ze volgens vaste rechtspraak niet als zodanig kan worden toegepast in gedingen tussen uitsluitend particulieren⁷⁰. Hetzelfde geldt voor artikel 27 van het Handvest, met als opschrift „Het recht op informatie en raadpleging van de werknemers binnen de onderneming”, dat bepaalt dat de werknemers, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien, de zekerheid moeten hebben dat zij op verschillende niveaus worden geïnformeerd en geraadpleegd. Volgens het Hof blijkt uit de bewoordingen van artikel 27 van het Handvest immers duidelijk dat dit artikel pas zijn volle werking verkrijgt nadat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften, zodat de niet met richtlijn 2002/14 overeenstemmende nationale bepaling buiten toepassing moet worden gelaten. De partij die is benadeeld doordat het nationale recht niet met het recht van de Unie strookt, kan zich echter beroepen op *Francovich* om in voorkomend geval vergoeding van de geleden schade te verkrijgen.

D. Recht van militairen om vakbonden op te richten

In twee arresten⁷¹ diende het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te beslissen over de vrijheid van vakvereniging van militairen. Hoewel het Hof al geconfronteerd werd met geschillen in verband met de oprichting van vakbonden bij politiediensten, was het de eerste keer dat het zich moest uitspreken over de specifieke situatie van het leger. Volgens het Hof sluit de vrijheid van vakvereniging van artikel 11 van het EVRM geen enkel beroep uit van haar toepassingsgebied. Hoewel het artikel “wettelijke beperkingen” toelaat, moeten deze strikt worden geïnterpreteerd en beperkt worden tot de uitvoering van het recht en mogen ze derhalve geen afbreuk doen aan de essentie ervan. Bovendien moet worden aangetoond dat ze voorgeschreven zijn bij wet, een wettig doel nastreven en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Hoewel het Hof de specifieke aard van het leger erkende, kon dat laatste element volgens het Hof niet worden aangetoond. Een puur verbod om vakbonden op te richten en er bij aan te sluiten kon derhalve niet worden opgelegd, en ook het recht om in rechte op te treden moest worden gewaarborgd. Opvallend is dat het arrest geen onderscheid maakt tussen politiediensten en leger, iets wat in het verleden in de *case law* van het Europees Comité voor Sociale Rechten wel gebeurde⁷².

E. Stakingsrecht

De vakbonden boekten vorig jaar opnieuw een overwinning in hun strijd tegen het gebruik van eenzijdige verzoekschriften tegen stakingsposten. Het Hof van Cassatie⁷³ bevestigde een arrest van het hof van beroep van Antwerpen⁷⁴ dat geoordeeld had dat een procedure in

⁶⁹ HvJEU 18 januari 2007, C-385/05, *Confédération générale du travail t. Premier ministre en Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*.

⁷⁰ HvJEU 19 januari 2010, C-555/07, *Kücükdeveci t. Swedex*.

⁷¹ EHRM, appl. nr. 10609/10, *Matelly v. France* en EHRM, appl. nr. 32191/09, *ADEFDROMIL v. France*.

⁷² ECSR, nr. 101/2013, *European Council of Police Trade Unions (CESP) t. France*.

⁷³ Cass. 8 december 2014, AR C.12.0468.N/1, www.juridat.be; NjW 2014, afl. 317, 161, noot P. PECINOVSKY.

⁷⁴ Antwerpen 29 juni 2012, 2012/AR/1867 en 2012/EV/40, *Crown*.

verband met het plaatsen van stakingsposten niet bij eenzijdig verzoekschrift mocht worden ingesteld en verder zonder tegenspraak mocht worden behandeld. Het Hof stelde dat het hof van beroep haar beslissing dat er geen volstrekte noodzakelijkheid aanwezig was naar recht had verantwoord door te beslissen dat de gevraagde maatregelen ook na een normaal tegensprekelijk debat nog nuttig, na dagvaarding met verkorting van termijn van verschijning hadden kunnen worden opgelegd; dat enkele zeker door de eiseressen gekende deelnemers konden gedagvaard worden, zodat de kortgedingrechter tegensprekelijk en dus beter ingelicht kon oordelen over de in het kader van een sociaal conflict ten opzichte van “eenieder” gevraagde maatregelen; en dat een “verrassingseffect” in dit geschil, gelet op de aard van de gevraagde maatregelen niet nodig was.

Daarnaast velde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ook twee arresten in verband met het stakingsrecht. In een eerste zaak⁷⁵ stonden de beperkingen opgelegd aan stakingen door Britse recht centraal. Vaak veroordeeld door de controleorganen van de IAO en het ESH, maakten deze beperkingen in verband met het organiseren van een “ballot” en solidariteitsstakingen toch verrassend geen schending van artikel 11 van het EVRM uit. Een onvoorwaardelijk stakingsverbod opgelegd aan de Oekraïense werknemers tewerkgesteld in de sector van het personenvervoer, achtte het Hof echter niet verantwoord⁷⁶.

⁷⁵ EHRM 8 april 2014, nr. 31045/10, *RMT t. UK*.

⁷⁶ EHRM 2 oktober 2014, nr. 48408/12, *Veniamin Tymoshenko e.a. t. Oekraïne*.