



Grondwettelijk Hof

**Arrest nr. 148/2023
van 9 november 2023
Rolnummer : 7887**

In zake : de prejudiciële vraag over artikel 39, § 1, derde lid, van de wet van 3 juli 1978 « betreffende de arbeidsovereenkomsten », gesteld door de Franstalige Arbeidsrechtbank te Brussel.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters P. Nihoul en L. Lavrysen, en de rechters T. Giet, Y. Kherbache, D. Pieters, S. de Bethune en M. Plovie, bijgestaan door de griffier N. Dupont, onder voorzitterschap van voorzitter P. Nihoul,

wijst na beraad het volgende arrest :

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging

Bij vonnis van 7 november 2022, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 14 november 2022, heeft de Franstalige Arbeidsrechtbank te Brussel de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 39, § 1, derde lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, geïnterpreteerd in die zin dat een werknemer wiens lopende loon geheel of gedeeltelijk veranderlijk is, die wordt ontslagen tijdens de periode waarin hij zijn arbeidsprestaties volledig heeft stopgezet als gevolg van werkloosheid wegens overmacht ten gevolge van COVID-19 - terwijl hij per definitie niet ervoor heeft gekozen om in werkloosheid te worden gesteld wegens overmacht ten gevolge van COVID-19, werkloosheid die hem wordt opgelegd (zoals in de gevallen die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van het Grondwettelijk Hof van 28 mei 2009 en van 5 december 2013) - recht heeft op een compenserende opzeggingsvergoeding die is berekend, wat het veranderlijke gedeelte van zijn loon betreft, op basis van het gemiddelde van de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst ongeacht de schorsing van zijn arbeidsovereenkomst als gevolg van werkloosheid wegens overmacht ten gevolge van COVID-19, hetgeen leidt tot een loon waarvan het bedrag beperkt of zelfs nihil is, en bijgevolg tot een compenserende opzeggingsvergoeding waarvan het bedrag beperkt of zelfs nihil is,

de artikelen 10 en 11 van de Grondwet

terwijl :

- zijn situatie verschillend is van die van een werknemer wiens loon geheel of gedeeltelijk veranderlijk is en wiens arbeidsovereenkomst niet werd geschorst gedurende de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst, die ook recht heeft op een compenserende opzeggingsvergoeding berekend op basis van het gemiddelde van de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst, waarbij die gelijke behandeling niet redelijk verantwoord is ?

- zijn situatie zo niet identiek, dan toch vergelijkbaar is met die van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst geheel wordt geschorst om reden dat hij in werkloosheid wordt gesteld wegens overmacht ten gevolge van COVID-19 en die een vast loon heeft, die recht heeft op een compenserende opzeggingsvergoeding berekend op basis van zijn vaste loon en zonder rekening te houden met de schorsing van zijn arbeidsovereenkomst, waarbij dat verschil in behandeling niet redelijk verantwoord is ?

- zijn situatie zo niet identiek, dan toch vergelijkbaar is met die van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst wordt geschorst in geval van een deeltijdse werkhervatting met toestemming van de werkgever en van de adviserend arts van het ziekenfonds en/of in geval van deeltijds verlof voor het verlenen van palliatieve zorg, die in die gevallen recht heeft op een compenserende opzeggingsvergoeding berekend op basis van het loon dat daadwerkelijk aan de werknemer verschuldigd was vóór de gedeeltelijke schorsing van de arbeidsovereenkomst, waarbij het Grondwettelijk Hof in zijn arresten nr. 164/2013 van 5 december 2013 en nr. 89/2009 van 28 mei 2009 heeft onderstreept dat, in die gevallen, de schorsing van de arbeidsovereenkomst wordt opgelegd aan de werknemer, zoals dat het geval is voor een werknemer die de schorsing van zijn arbeidsovereenkomst moet ondergaan wegens overmacht ten gevolge van COVID-19, waarbij dat verschil in behandeling niet redelijk verantwoord is ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- Spyros Gavriilidis, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. M. Duchesne en Mr. O. Moureau, advocaten bij de balie Luik-Hoei;

- de bv « Groupon », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. J. Aubertin, advocaat bij de balie te Brussel;

- de Ministerraad, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. V. Pertry, advocaat bij de balie te Brussel.

Bij beschikking van 20 september 2023 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers T. Giet en S. de Bethune te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij een partij binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 4 oktober 2023 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtzitting werd ingediend, is de zaak op 4 oktober 2023 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil*

Het geschil dat hangende is voor het verwijzende rechtscollege heeft meer bepaald betrekking op het bedrag van de compenserende opzeggingsvergoeding ingevolge het ontslag – waartoe beslist werd in het kader van een herstructurering – van een werknemer die verbonden is door een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur, maar die in werkloosheid werd geplaatst wegens overmacht ten gevolge van de COVID-19-crisis, van april 2020 tot half september 2020. De partijen verschillen van mening over het begrip « lopend loon » dat, overeenkomstig artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 « betreffende de arbeidsovereenkomsten » (hierna : de wet van 3 juli 1978) bepalend is bij de berekening van de opzeggingsvergoeding van een werknemer die een gedeeltelijk variabel loon geniet, zoals te dezen.

Het verwijzende rechtscollege stelt vast dat, bij zijn arrest nr. 89/2009 van 28 mei 2009 (ECLI:BE:GHCC:2009:ARR.089), het Hof heeft geoordeeld dat, bij een deeltijdse werkhervatting met de toestemming van de werkgever en van de adviserend geneesheer van het ziekenfonds, voor de werknemer die gedwongen wordt om deeltijds te werken, rekening diende te worden gehouden met het loon dat hij ontving vóór de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens arbeidsongeschiktheid. Die redenering geldt ook voor de verbreking van een arbeidsovereenkomst tijdens een periode van deeltijds tijdskrediet (arresten nrs. 167/2011, ECLI:BE:GHCC:2011:ARR.167, 191/2011, ECLI:BE:GHCC:2011:ARR.191, en 90/2012, ECLI:BE:GHCC:2012:ARR.90), in geval van deeltijds ouderschapsverlof (HvJ, 22 oktober 2009, C-116/08, *Meerts*, ECLI:EU:C:2009:645) of deeltijds verlof voor het verstrekken van palliatieve zorg (arrest nr. 164/2013 van 5 december 2013, ECLI:BE:GHCC:2013:ARR.164).

Bij artikel 14 van 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 » werd een derde lid ingevoegd in artikel 39 van de wet van 3 juli 1978, dat het lopende loon bepaalt dat in aanmerking moet worden genomen om de opzeggingsvergoeding te berekenen wanneer het loon variabel is. Het verwijzende rechtscollege is van mening dat het antwoord van het Hof noodzakelijk is om te weten met welke periode rekening moet worden gehouden om het bedrag van het variabel loon vast te stellen dat moet worden opgenomen in de berekeningsgrondslag van de opzeggingsvergoeding, en heeft beslist het Hof ambtshalve de hiervoor weergegeven vraag te stellen.

III. *In rechte*

– A –

A.1. De Ministerraad brengt in herinnering dat de in het geding zijnde bepaling werd aangenomen omwille van de rechtszekerheid, teneinde in de rechtspraak de discordanties te verhelpen met betrekking tot de vaststelling van het « lopend loon » dat in aanmerking moet worden genomen om de opzeggingstermijn te berekenen in geval van een gedeeltelijk variabel loon. Die regel legt een methode vast voor de forfaitaire vaststelling van de compenserende opzeggingsvergoeding, met een referentieperiode die is vastgesteld op twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

A.2. Wat de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag betreft, oordeelt de Ministerraad in hoofdorde dat het onderwerp van de prejudiciële vraag moet worden beperkt tot de situatie van een werknemer van wie het loon slechts gedeeltelijk variabel is – zoals in het onderhavige geval –, en dat de vraag geen antwoord behoeft wat het volledige variabel loon betreft. De Ministerraad is ook van mening dat de prejudiciële vraag geen antwoord behoeft omdat zij op een verkeerd uitgangspunt steunt. Het gevolg dat het verwijzende rechtscollege afleidt uit de in het

geding zijnde bepaling, namelijk dat het bedrag van het loon nihil zou zijn en dat zulks bijgevolg ook het geval zou zijn voor dat van de opzeggingsvergoeding, stemt niet overeen met de situatie die aan het verwijzende rechtscollege wordt voorgelegd.

In ondergeschikte orde is de Ministerraad van mening dat de prejudiciële vraag moet worden geherformuleerd teneinde ze te beperken tot de situatie van een gedeeltelijk variabel loon en teneinde te verhinderen dat uit de in het geding zijnde bepaling verkeerde gevolgen worden afgeleid.

A.3.1. Ten gronde oordeelt de Ministerraad dat de prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord.

A.3.2. Wat het eerste onderdeel betreft, is de Ministerraad in hoofdorde van mening dat de vergeleken categorieën zich niet in wezenlijk verschillende situaties bevinden aangezien, doordat COVID-19 in heel wat sectoren tot een afname van de economische activiteit heeft geleid, de personen van wie de arbeidsovereenkomst niet werd geschorst vanwege COVID-19 hun variabel loon heel waarschijnlijk hebben zien dalen net zoals de personen van wie de arbeidsovereenkomst wel werd geschorst vanwege COVID-19.

De Ministerraad is in ondergeschikte orde van mening dat met de identieke behandeling een legitiem doel van rechtszekerheid wordt nagestreefd en dat het pertinent is ter zake een algemene regel vast te stellen waarop in geen enkele situatie van variabel loon een uitzondering wordt toegestaan, zonder rekening te houden met de eventuele talrijke gevallen van schorsing van de arbeidsovereenkomst. Die maatregel is niet onevenredig omdat, bij het beheer van de gezondheids crisis in verband met COVID-19, de wetgever in het arbeids- en socialezekerheidsrecht een groot aantal afwijkende maatregelen heeft aangenomen om de werknemers te beschermen. Te dezen zou een afwijking van die uitzonderlijke maatregel des te meer buitenproportioneel zijn omdat de arbeidsovereenkomst gedurende slechts vijf maanden en een half werd geschorst, op een referentieperiode van twaalf maanden.

A.3.3. Wat het tweede onderdeel betreft, is de Ministerraad in hoofdorde van mening dat de vergeleken categorieën zich niet in vergelijkbare situaties bevinden, aangezien de methode voor het bepalen van het loon dat in aanmerking moet worden genomen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding, verschilt naargelang het loon vast is (en dus gemakkelijk te bepalen) of variabel (waarbij een duidelijke en billijke methode vereist).

De Ministerraad is in ondergeschikte orde van mening dat het verschil in behandeling redelijk verantwoord is, aangezien de in het geding zijnde maatregel ertoe strekt de rechtszekerheid te waarborgen door op basis van het gemiddelde van de laatste twaalf maanden, een « forfaitaire » berekeningsregel vast te stellen die enkel betrekking heeft op het variabele gedeelte van het loon. Overigens vallen beide types van berekeningsmethode onder hetzelfde principe, namelijk dat het – vaste of variabele – loon dat « loopt » op het ogenblik van de verbreking van de arbeidsovereenkomst in aanmerking wordt genomen. Ten slotte heeft de wetgever in het arbeids- en socialezekerheidsrecht heel wat afwijkende maatregelen aangenomen om de werknemers te beschermen.

A.3.4. Wat het derde onderdeel betreft, is de Ministerraad in hoofdorde van oordeel dat de vergeleken categorieën zich niet in vergelijkbare situaties bevinden, aangezien de aangehaalde arresten betrekking hebben op een tijdelijke vermindering van het aantal werkuren, en niet op een schorsing van de arbeidsovereenkomst zoals te dezen.

De Ministerraad oordeelt in ondergeschikte orde dat de vergeleken categorieën niet verschillend worden behandeld. Hoewel het Hof in de aangehaalde arresten stelt dat het lopende loon in aanmerking moet worden genomen alsof de werknemer voltijds zou zijn tewerkgesteld, heeft het niet gesteld dat het loon dat van toepassing was vóór de schorsing van de arbeidsovereenkomst als referentie dienen te worden genomen, hetgeen een weerslag zou hebben omdat geen rekening zou worden gehouden met de loonindexeringen van na de wijziging van arbeidsregeling. De werknemers met een variabel loon worden echter behandeld als voltijdse werknemers wat betreft het bepalen van het loon dat in aanmerking moet worden genomen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding.

In nog meer ondergeschikte orde is de Ministerraad van mening dat het verschil in behandeling redelijk verantwoord is door het doel van rechtszekerheid en dat het berust op het type loon dat de werknemer ontvangt. Die maatregel is pertinent omdat hij overeenstemt met de oplossing waarvoor overwegend wordt geopteerd in de rechtspraak, en biedt de grootst mogelijke rechtszekerheid waarbij het tegelijk mogelijk is de werkelijkheid zo dicht mogelijk te benaderen. Zoals reeds werd uiteengezet heeft de wetgever reeds veel afwijkende maatregelen genomen om de werknemers te beschermen tijdens de gezondheids crisis in verband met COVID-19, en kan hem dus niet worden verweten dat hij daarbovenop niet heeft voorzien in een afwijking voor het onderhavige geval.

A.4. Wat de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag betreft, antwoordt de verzoekende partij voor het verwijzende rechtscollege dat het niet de Ministerraad toekomt zich in de plaats te stellen van het verwijzende rechtscollege bij het beoordelen van het nut van de prejudiciële vraag, noch de draagwijdte van de vraag te wijzigen of te laten wijzigen. Het verwijzende rechtscollege heeft overigens geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt met betrekking tot de pertinentie van de prejudiciële vraag voor de oplossing van het geschil. Ten slotte dient het onderzoek van de norm niet noodzakelijk te worden beperkt tot de aspecten van het hangende geschil, aangezien het Hof zich in de eerste plaats uitspreekt over abstracte rechtsvragen.

A.5. Ten gronde onderstreept de betrokken werknemer dat er, vóór de aanneming van de in het geding zijnde bepaling, geen wetsbepaling was die de rechter verplichtte om zich te beperken tot het gemiddelde van de twaalf maanden voorafgaand aan de verbreking van de arbeidsovereenkomst, om het variabel loon van een werknemer te ramen. Het was de bedoeling van om de wetgever, met de in het geding zijnde bepaling, de rechtszekerheid te versterken, maar niet om in een regel te voorzien waarvan nooit zou kunnen worden afgeweken. De betrokken werknemer verzoekt het Hof de prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden.

Zo beschikken de werkgevers die erkend zijn als onderneming in moeilijkheden over de mogelijkheid om de arbeidsduur tijdelijk aan te passen tot een werkweek van vier dagen en de Koning heeft, krachtens de wet van 27 maart 2020 « die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) », uitdrukkelijk bepaald dat voor het lopende loon dat in aanmerking dient te worden genomen bij de berekening van de opzeggingsvergoeding geen rekening moet worden gehouden met de vermindering van de arbeidsduur (artikel 353bis/7/8, ingevoegd in de programmawet van 24 december 2002 bij artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 46 van 26 juni 2020 « tot uitvoering van artikel 5, § 1, 5°, van de wet van 27 maart 2020 die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) tot ondersteuning van de werkgevers en de werknemers »). Op dezelfde wijze heeft de mogelijkheid voor de werkgevers om te voorzien in een individuele vermindering van de prestaties in het kader van een « corona-tijdscrediet » (artikel 5 van het voormelde koninklijk besluit nr. 46) geen weerslag op het lopende loon dat in aanmerking moet worden genomen voor de berekening van de opzeggingsvergoeding (artikel 7 van het voormelde koninklijk besluit nr. 46).

A.6.1. Wat de eerste vergelijking betreft, is de eisende partij voor het verwijzende rechtscollege van mening dat de in het geding zijnde bepaling moet worden geïnterpreteerd in die zin dat het lopende loon waarmee rekening moet worden gehouden, het loon is van de twaalf maanden voorafgaand aan de schorsing van de arbeidsovereenkomst. Die interpretatie laat toe de rechten te waarborgen van de werknemers van wie de arbeidsovereenkomst werd geschorst wegens overmacht ten gevolge van COVID-19.

In de interpretatie die aan het Hof wordt voorgelegd, zou de in het geding zijnde bepaling onevenredige gevolgen hebben omdat zij het bedrag van de opzeggingsvergoeding zou beperken en zelfs tot nul zou herleiden indien de arbeidsovereenkomst in de loop van de twaalf voorafgaande maanden werd geschorst wegens werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19.

A.6.2. Wat de tweede vergelijking betreft, is de eisende partij voor het verwijzende rechtscollege van mening dat de wijze van bezoldiging – vast of variabel – niet toelaat het verschil in behandeling tussen de twee beoogde categorieën van werknemers alsook de onevenredige gevolgen ervan voor het bedrag van de opzeggingsvergoeding te verantwoorden.

A.6.3. Wat de derde vergelijking betreft, herinnert de eisende partij voor het verwijzende rechtscollege eraan dat het Hof zich reeds over het lopend loon heeft uitgesproken in gevallen van een gedeeltelijke schorsing van de arbeidsovereenkomst, en heeft geoordeeld dat bij de berekening van de opzeggingsvergoeding geen rekening moest worden gehouden met de vermindering van de arbeidsprestaties. Die situaties zijn vergelijkbaar met de situatie die thans wordt onderzocht, en de door het Hof vastgestelde discriminatie geldt *a fortiori* voor een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst, buiten zijn wil, volledig werd geschorst wegens overmacht ten gevolge van COVID-19.

A.7.1. De Ministerraad antwoordt dat het onderzoek van het Hof dient te worden beperkt tot de schorsing van een arbeidsovereenkomst wegens tijdelijke werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19.

In werkelijkheid bekritiseert de betrokken werknemer het feit dat een afwijkende regeling in dat geval ontbreekt. De regeling van forfaitaire berekening waarin de in het geding zijnde bepaling voorziet, is echter evenwichtig en wordt toegepast wanneer de arbeidsovereenkomst wordt verbroken door de werkgever of door de

werknemer. Een volledig variabel loon is ten slotte louter hypothetisch omdat het minimaal het minimumloon zou moeten waarborgen, en het is niet van toepassing op het onderhavige geval.

A.7.2. De Ministerraad verzoekt het Hof, indien het zou oordelen dat de prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord, de gevolgen van de in het geding zijnde bepaling te handhaven tot twee jaar na de uitspraak van het arrest.

Zo is de in het geding zijnde bepaling aangenomen in het kader van de hervorming betreffende het « eenheidsstatuut », die werd doorgevoerd naar aanleiding van het arrest nr. 125/2011 van 7 juli 2011 (ECLI:BE:GHCC:2011:ARR.125), en streeft zij rechtszekerheid na. Een niet gemoduleerde vaststelling van ongrondwettigheid zou een terugkeer inhouden naar de situatie van rechtsonzekerheid van vóór de aanneming van de in het geding zijnde bepaling. Bovendien zou het in die zaak gewezen arrest talrijke vragen doen rijzen met betrekking tot andere mogelijke schorsingsgronden van een arbeidsovereenkomst. Het zou derhalve aangewezen zijn de wetgever een termijn te laten om, met inachtneming van de lering van het arrest van het Hof, een nieuwe bepaling uit te werken waarmee rechtszekerheid kan worden gewaarborgd en daarbij rekening te houden met het feit dat de in het geding zijnde bepaling is aangenomen in overeenstemming met de sociale partners en dat de Regering in lopende zaken zal zijn vanaf het jaar 2024.

A.8. De werkgever, verwerende partij voor het verwijzende rechtscollege, preciseert dat al zijn werknemers tijdelijk werkloos zijn gesteld voor de periode van april 2020 tot half september 2020, zodat er tussen haar werknemers geen verschil in behandeling bestaat.

Vervolgens werden haar activiteiten die verbonden zijn aan vrije tijd, welzijn en winkelen het zwaarst getroffen door de gezondheidscrisis in verband met COVID-19. De compenserende opzeggingsvergoeding, die als loon geldt, blijkt hoger te zijn dan het variabel loon dat de betrokken werknemer in feite zou hebben ontvangen indien hij effectief had gewerkt tijdens zijn opzeggingstermijn.

Ten slotte zou de situatie niet verschillend geweest zijn indien de werknemer niet tijdelijk werkloos was gesteld wegens overmacht ten gevolge van COVID-19 omdat hij, zelfs indien hij in de betrokken periode zou hebben gewerkt, geen variabel loon zou hebben ontvangen doordat alle sectoren waarin de werkgever actief is, stil lagen.

– B –

B.1.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op de bestaanbaarheid van artikel 39, § 1, derde lid, van de wet van 3 juli 1978 « betreffende de arbeidsovereenkomsten » (hierna : de wet van 3 juli 1978), met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.1.2. Zoals het werd gewijzigd bij 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 » (hierna : de wet van 26 december 2013), bepaalt artikel 39, § 1, van de wet van 3 juli 1978 :

« Is de overeenkomst voor onbepaalde tijd gesloten, dan is de partij die de overeenkomst beëindigt zonder dringende reden of zonder inachtneming van de opzeggingstermijn vastgesteld in de artikelen 37/2, 37/5, 37/6 en 37/11, gehouden de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan het lopend loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn. De vergoeding is

nochtans steeds gelijk aan het lopend loon dat overeenstemt met de duur van de opzeggingstermijn, wanneer de opzegging uitgaat van de werkgever en met miskennis van het bepaalde in artikel 40 van de arbeidswet van 16 maart 1971.

De opzeggingsvergoeding behelst niet alleen het lopende loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst.

Wanneer het lopend loon of de voordelen verworven krachtens de overeenkomst geheel of gedeeltelijk veranderlijk zijn, wordt voor het veranderlijke gedeelte het gemiddelde genomen van de twaalf voorafgaande maanden of, in voorkomend, geval het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was.

Voor de werknemers die forfaitair worden betaald, wordt het weekloon dat nodig is om de opzeggingsvergoeding te berekenen, verkregen door het maandloon te vermenigvuldigen met drie en te delen door dertien ».

B.2. Krachtens de artikelen 37 en 39 van de wet van 3 juli 1978 kunnen arbeidsovereenkomsten die voor onbepaalde tijd zijn gesloten, eenzijdig worden beëindigd door middel van een opzeggingstermijn, of, bij ontstentenis daarvan, door middel van een compenserende opzeggingsvergoeding, het ontslag om dringende reden buiten beschouwing gelaten.

Met artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 beoogt de wetgever de gevolgen van een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst enigszins af te zwakken, door de opzegging in beginsel afhankelijk te stellen van een zekere opzeggingstermijn of, bij ontstentenis daarvan, van de betaling van een compenserende opzeggingsvergoeding.

De duur van de opzeggingstermijn wordt geregeld in de artikelen 37/1 en volgende van de wet van 3 juli 1978. Krachtens artikel 39, § 1, van die wet moet de compenserende opzeggingsvergoeding worden bepaald aan de hand van het « lopende loon » op het ogenblik van de kennisgeving van de opzegging, dat in beginsel overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn. Artikel 39, § 1, tweede lid, preciseert dat de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopende loon behelst maar ook alle voordelen verworven krachtens de overeenkomst. Artikel 39, § 1, derde lid, geeft de gedetailleerde berekeningsmethode voor de compenserende opzeggingsvergoeding wanneer het lopende loon of de krachtens de overeenkomst verworven voordelen geheel of gedeeltelijk variabel zijn : voor het variabele gedeelte dient rekening te houden met het gemiddelde van de twaalf voorafgaande maanden of, in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was.

B.3. Het derde lid van artikel 39, § 1, van de wet van 3 juli 1978 werd ingevoegd bij artikel 14 van de wet van 26 december 2013, teneinde de regels voor de berekening van de grondslag van de opzeggingsvergoeding te verduidelijken in geval van een variabel loon.

In de parlementaire voorbereiding word in dat verband uiteengezet :

« Wat betreft artikel 14, 2°, hebben de aanpassingen aangebracht in artikel 39 van de wet als enig doel om in dit artikel de principes van artikel 86/4 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten te integreren. De principes voor de bepaling van de basis van de ontslagvergoeding worden niet gewijzigd, onder voorbehoud van de preciseringen aangebracht door de regels die nu vervat liggen in artikel 86/4.

Artikel 39 voorziet actueel dat de opzeggingsvergoeding moet worden berekend rekening houdende met het loon en de voordelen waarop de werknemer recht heeft op het ogenblik van de kennisgeving van het ontslag. Aangezien het bedrag van die voordelen met zekerheid moet worden bepaald op het ogenblik van het ontslag, bestaat één van de meest rechtszekere methodes erin om te refereren naar het laatste bedrag dat verschuldigd was in de twaalf maanden die het ontslag voorafgingen.

Er wordt in artikel 39 gepreciseerd dat, wanneer het loon en/of de voordelen verworven krachtens de overeenkomst geheel of gedeeltelijk variabel zijn, er voor de berekening van het bedrag dat moet worden opgenomen in de berekeningsbasis van de opzeggingsvergoeding, rekening moet worden gehouden met het gemiddelde van die lonen en/of voordelen waarvan het recht op betaling eisbaar is in de twaalf maanden die het ontslag voorafgaan. Wanneer bijvoorbeeld elke drie maanden een bonus verschuldigd is aan de werknemers waarvan het bedrag variabel is, zal men aldus het gemiddelde van de twaalf maanden die het ontslag voorafgaan, in rekening nemen » (*Parl. St.*, Kamer, 2013-2014, DOC 53-3144/001, p. 19).

B.4. De prejudiciële vraag houdt verband met de interpretatie van het begrip « lopend loon » en van de berekeningswijze van de compenserende opzeggingsvergoeding in geval van ontslag van een werknemer wiens loon geheel of gedeeltelijke variabel is maar wiens arbeidsovereenkomst geheel is geschorst wegens tijdelijke werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19, van april 2020 tot half september 2020.

Krachtens artikel 26, eerste lid, van de wet van 3 juli 1978 hebben door overmacht ontstane gebeurtenissen niet de beëindiging van de overeenkomst tot gevolg wanneer zij slechts tijdelijk de uitvoering van de overeenkomst schorsen. Met toepassing van die bepaling is bij artikel 11 van het bijzonderemachtenbesluit nr. 37 van 24 juni 2020 « tot uitvoering van [de] artikelen 2 en 5 van de wet van 27 maart 2020 die machtiging verleent aan de Koning om maatregelen te nemen in de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (II) tot ondersteuning

van de werknemers » de regeling van de tijdelijke werkloosheid ingesteld wanneer de werkgever zich ten aanzien van zijn werknemer beroept op de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst wegens een situatie van tijdelijke overmacht die het gevolg is van de COVID-19-epidemie.

Het Hof beperkt zijn onderzoek tot dergelijke situatie.

B.5.1. Aan het Hof wordt gevraagd of de in het geding zijnde bepaling bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet van de in het geding zijnde bepaling, geïnterpreteerd in die zin dat « een werknemer wiens lopende loon geheel of gedeeltelijk veranderlijk is, die wordt ontslagen tijdens de periode waarin hij zijn arbeidsprestaties volledig heeft stopgezet wegens werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19 [...] recht heeft op een compenserende opzeggingsvergoeding die is berekend, wat het variabele gedeelte van zijn loon betreft, op basis van het gemiddelde van de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst ongeacht de schorsing van zijn arbeidsovereenkomst als gevolg van werkloosheid wegens overmacht ten gevolge van COVID-19, hetgeen leidt tot een loon waarvan het bedrag beperkt of zelfs nihil is, en bijgevolg tot een compenserende opzeggingsvergoeding waarvan het bedrag beperkt of zelfs nihil is ».

B.5.2. Het verwijzende rechtscollege verzoekt het Hof om de situatie van een werknemer wiens lopende loon geheel of gedeeltelijk veranderlijk is, die wordt ontslagen tijdens de periode waarin hij zijn arbeidsprestaties volledig heeft stopgezet als gevolg van werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19, te vergelijken met :

- de situatie van een werknemer wiens loon geheel of gedeeltelijk veranderlijk is en wiens arbeidsovereenkomst niet werd geschorst gedurende de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst, die ook recht heeft op een compenserende opzeggingsvergoeding berekend op basis van het gemiddelde van de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst;

- de situatie van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst geheel wordt geschorst om reden dat hij in werkloosheid wordt gesteld wegens overmacht ten gevolge van COVID-19 en

die een vast loon heeft, die recht heeft op een compenserende opzeggingsvergoeding berekend op basis van zijn vaste loon en zonder rekening te houden met de schorsing van zijn arbeidsovereenkomst, en

- de situatie van een werknemer wiens arbeidsovereenkomst wordt geschorst in geval van een deeltijdse werkhervatting met toestemming van de werkgever en van de adviserend arts van het ziekenfonds en/of in geval van deeltijds verlof voor het verlenen van palliatieve zorg, die in die gevallen recht heeft op een compenserende opzeggingsvergoeding berekend op basis van het loon dat daadwerkelijk aan de werknemer verschuldigd was vóór de gedeeltelijke schorsing van de arbeidsovereenkomst, zoals het Hof heeft geoordeeld bij zijn arresten nr. 164/2013 van 5 december 2013 (ECLI:BE:GHCC:2013:ARR.164) en nr. 89/2009 van 28 mei 2009 (ECLI:BE:GHCC:2009:ARR.089).

B.6. De Ministerraad werpt in hoofdorde op dat de prejudiciële vraag geen antwoord behoeft. Ze zou immers berusten op een kennelijk verkeerde lezing van de in het geding zijnde bepaling.

B.7. Het staat in de regel aan het verwijzende rechtscollege de bepalingen te interpreteren die het toepast, onder voorbehoud van een kennelijk verkeerde lezing ervan.

B.8.1. De in het geding zijnde bepaling « voert een regel in voor de berekening van het loon en van de voordelen waarop de werknemer recht heeft op het ogenblik van het ontslag wanneer die voordelen en dat loon veranderlijk zijn » (Cass., 6 mei 2019, S.17.0085.F, ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190506.2).

Het verwijzende rechtscollege is van oordeel dat het « lopende loon » waarvan sprake is in artikel 39, § 1, van de wet van 3 juli 1978, overeenkomstig het derde lid van die bepaling, wat het variabele gedeelte van dat loon betreft, wordt vastgesteld op basis van het gemiddelde van de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ongeacht de volledige schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19.

Voor de vaststelling van de opzeggingsvergoeding wordt in beginsel uitgegaan van het loon waarop de werknemer als tegenprestatie voor zijn arbeid recht heeft op het ogenblik van de kennisgeving van de opzegging.

In de door het verwijzende rechtscollege in de prejudiciële vraag gegeven interpretatie van artikel 39, § 1, derde lid, van de wet van 3 juli 1978, zou dan, teneinde de opzeggingsvergoeding te bepalen op basis van het gemiddelde van de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst rekening worden gehouden, met een periode waarin de werknemer geen recht had op een al dan niet veranderlijk loon als tegenprestatie voor zijn arbeid, aangezien de uitvoering van de arbeidsovereenkomst van die werknemer volledig was geschorst wegens tijdelijke werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19.

Wanneer de uitvoering van de arbeidsovereenkomst volledig wordt geschorst wegens tijdelijke werkloosheid door overmacht, is het loon als tegenprestatie voor de arbeid immers niet meer verschuldigd door de werkgever (artikel 20, 3^o, van de wet van 3 juli 1978).

B.8.2. Zo oordeelde het Hof dat, wanneer het ontslag plaatsvindt in de periode waarin de werknemer met toepassing van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen zijn arbeidsprestaties volledig heeft geschorst, het « ‘ lopende loon ’ enkel [kan] worden begrepen als de bezoldiging die hij vóór de schorsing van de overeenkomst ontving. Zo niet zou hij geen enkele opzeggingsvergoeding kunnen ontvangen en zou hem elke bescherming in geval van ontslag worden ontzegd » (zie het arrest nr. 119/2001 van 10 oktober 2001, ECLI:BE:GHCC:2001:ARR.119, B.4.2; nr. 51/2008 van 13 maart 2008, ECLI:BE:GHCC:2008:ARR.051, B.4.1, derde alinea).

Een soortgelijke redenering gaat op wanneer het ontslag plaatsvindt na de periode waarin de werknemer met een veranderlijk loon zijn arbeidsprestaties volledig heeft stopgezet wegens tijdelijke werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19, maar de twaalf maanden voorafgaand aan de opzegging die periode omvatten. Zoals het verwijzende rechtscollege vaststelt, zou, in dat geval, die berekeningswijze leiden tot een loon waarvan het bedrag beperkt is en bijgevolg tot een compenserende opzeggingsvergoeding waarvan het bedrag ook beperkt is, omdat zij wordt berekend op basis van een periode waarin geen loon verschuldigd was door de werkgever.

B.9. Het Hof stelt in dat verband vast dat het laatste deel van artikel 39, § 1, derde lid, van de wet van 3 juli 1978 bepaalt dat, om het veranderlijk gedeelte van het « lopend loon » te bepalen, het gemiddelde wordt genomen van de twaalf voorafgaande maanden « of, in voorkomend geval, het gedeelte van die twaalf maanden tijdens hetwelk de werknemer in dienst was ».

Dat laatste deel laat aldus toe de periode waarin geen loon verschuldigd was door de werkgever bij gebrek aan arbeidsprestaties, met inbegrip van de periode waarin de arbeidsovereenkomst volledig werd geschorst wegens werkloosheid door overmacht ten gevolge van COVID-19, uit te sluiten van de twaalf maanden op basis waarvan het gemiddelde loon wordt vastgesteld voor de berekening van de opzeggingsvergoeding.

Daaruit volgt dat te dezen het veranderlijke gedeelte van het « lopende loon » moet worden bepaald op basis van het gemiddelde van het loon in de loop van de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waarbij die periode van twaalf maanden wordt verminderd met de vijf en een halve maand waarin de werknemer in tijdelijke werkloosheid werd gesteld wegens overmacht ten gevolge van COVID-19.

B.10. Gelet op het voorgaande berust de prejudiciële vraag op een verkeerde lezing.

B.11. De prejudiciële vraag behoeft geen antwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Rekening houdend met hetgeen in B.9 is vermeld, heeft de prejudiciële vraag geen antwoord.

Aldus gewezen in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 9 november 2023.

De griffier,

De voorzitter,

N. Dupont

P. Nihoul