

**Advies nr. 2021-A/029**  
**van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen**  
**betreffende de wijziging van de reglementering aangaande de jaarlijkse**  
**vakantie**



**INSTITUUT VOOR  
DE GELIJKHEID  
VAN VROUWEN  
EN MANNEN**

## I. Beschrijving van de context

Het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (hierna "het Instituut" genoemd) werd opgericht door de wet van 16 december 2002 en is een orgaan dat onder meer tot taak heeft toe te zien op de naleving van het beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen en alle vormen van ongelijkheid of discriminatie op grond van geslacht te bestrijden.

In die hoedanigheid is het Instituut bevoegd om aanbevelingen en adviezen aan de overheid uit te brengen met het oog op de verbetering van de wet- en regelgeving.

In deze context ontving het Instituut een verzoek om advies betreffende een door de Nationale Arbeidsraad (hierna: "NAR") geformuleerde vraag.

In de Nationale Arbeidsraad bespreken de sociale partners momenteel een wijziging van de regeling aangaande de jaarlijkse vakantie teneinde werkneemsters die hun jaarlijkse vakantie niet hebben kunnen opnemen tijdens het referentiejaar wegens ziekte of zwangerschapsverlof in staat te stellen om deze vakantie op een latere datum op te nemen.

De sociale partners vragen zich af of van het werk verwijderde werkneemsters op dezelfde manier moeten worden behandeld als werkneemsters in moederschapsverlof.

De sociale partners onderstrepen dat *"momenteel voor werkneemsters met zwangerschapsverlof en werkneemsters die hun vakantiedagen niet hebben kunnen opnemen, het vakantiegeld voor de niet opgenomen dagen in december wordt afgetrokken van de RIZIV-uitkering in december. Voor werkneemsters met moederschapsverlof zou deze aftrek verdwijnen en zouden de ongebruikte dagen kunnen worden overgedragen.*

*Voor werkneemsters die van het werk verwijderd zijn, zou de aftrek uiteindelijk kunnen verdwijnen, maar de ongebruikte dagen zouden niet kunnen worden overgedragen.*

*De redenering is dat deze werkneemsters niet ziek zijn en dus perfect in staat zijn om hun vakantie op te nemen tijdens hun verwijdering.*

*Op die manier zou een onderscheid worden gemaakt tussen werkneemsters met zwangerschapsverlof en verwijderde werkneemsters, waarbij deze laatsten minder gunstig zouden worden behandeld, en zelfs minder gunstig dan werkneemsters die hun verlof wegens ziekte niet hebben kunnen opnemen, aangezien zij het recht behouden om het verlof dat niet kon worden opgenomen, over te dragen."*

Daarom willen de partners weten of een dergelijk compromis wettelijk toegestaan zou zijn.

Om te beoordelen of zo'n compromis mogelijk is, moet het Europese en nationale rechtskader (II) betreffende jaarlijkse vakantie (1) en de kwesties in verband met overdracht (2) worden toegelicht en vervolgens worden vergeleken met de verplichtingen inzake moederschapsbescherming en genderdiscriminatie (3).

De studie van het wettelijk kader aangaande deze drie aspecten zal het vervolgens mogelijk maken om de door de sociale partners aan de orde gestelde kwestie op doeltreffende wijze te analyseren (III) en te beoordelen of de voorgenomen maatregel in overeenstemming is met de Richtlijnen 2003/88<sup>1</sup>, 92/85<sup>2</sup> en 2006/54<sup>3</sup> (IV).

---

<sup>1</sup> Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd.

<sup>2</sup> Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG).

<sup>3</sup> Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking).

## II. Wettelijk kader

### 1. Het recht op jaarlijkse vakantie: aard en inhoud van het recht

Het recht van elke werknemer op jaarlijkse vakantie, betaald door de werkgever, is een basisrecht, dat zijn oorsprong vindt in verschillende bepalingen van het internationale mensenrechtenwetgeving en het recht van de Europese Unie, zoals:

- Het Internationaal Verdrag inzake de economische, sociale en culturele rechten<sup>4</sup> ;
- De IAO-verdragen nr. 52 en nr. 132;
- Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie;<sup>5</sup>
- Bovengenoemde Richtlijn nr. 2003/88/EG.

De hoofddoelstelling van de Europese arbeidstijdenwetgeving is om de gezondheid en veiligheid van de werknemers te beschermen. Met betrekking tot deze doelstelling bepaalt Richtlijn 2003/88/EG het volgende: "*De verbetering van de veiligheid, de hygiëne en de gezondheid van de werknemers op het werk is een doelstelling die niet aan overwegingen van zuiver economische aard ondergeschikt mag worden gemaakt*".<sup>6</sup>

Artikel 7, §1 van deze richtlijn bepaalt: "De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie". De bepaling kent geen enkele uitzondering.<sup>7</sup>

Deze jaarlijkse vakantie stelt de werknemer enerzijds in staat om uit te rusten en anderzijds over een periode van ontspanning en vrije tijd te beschikken.<sup>8</sup>

Het Hof verklaarde ook dat deze vakantie niet restrictief mag worden geïnterpreteerde en dat de bevoegde nationale overheden het slechts binnen de uitdrukkelijk door richtlijn 2003/88/EG gestelde grenzen ten uitvoer kunnen leggen.<sup>9</sup>

Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, met name verwijzend naar de internationale rechtsmiddelen<sup>10</sup>, moet het recht van iedere werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon worden beschouwd als een beginsel van het sociaal gemeenschapsrecht van bijzonder belang, waarvan niet kan worden afgeweken en dat door de bevoegde nationale instanties slechts binnen de uitdrukkelijk in de richtlijn gestelde grenzen ten uitvoer kan worden gelegd. Werknemers moeten in beginsel kunnen genieten van een effectieve rusttijd, met het oog een doeltreffende bescherming van hun veiligheid en gezondheid.

*"Het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, dat voor alle werknemers is vastgelegd in artikel 31, lid 2, van het Handvest, is dus, wat het bestaan ervan betreft, zowel dwingend als onvoorwaardelijk."* Deze bepaling van het Handvest volstaat dan ook "*op zich om aan de werknemers een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen doen gelden in een geschil tussen hen en hun werkgever.*"<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> IVESCR, bijz. art. 7: "De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden, die in het bijzonder het volgende waarborgen: (...) d. Rustpauzen, vrije tijd en een redelijke duur van de werktijd en periodieke vakanties met behoud van loon, alsmede behoud van loon op algemeen erkende feestdagen.

<sup>5</sup> Artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt: "Iedere werknemer heeft recht op een beperking van de maximumarbeidsduur en op dagelijkse en wekelijkse rusttijden, alsmede op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon."

<sup>6</sup> Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, overweging 4.

<sup>7</sup> Arrest in zaak C-173/99, op.cit., punten 41-43; arrest in gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, op.cit., punt 24; arrest in zaak C-78/11, op.cit., punt 16. Zie ook het arrest in zaak C-124/05, op.cit., punt 34. In zijn arrest in de gevoegde zaken C-131/04 en C-257/04, op. cit. punt 52, voegde het Hof hieraan toe dat van dit recht niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.

<sup>8</sup> Arrest in gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, op.cit., punt 25; zaak C-277/08, op.cit., punt 21; zaak C-486/08, op.cit., punt 30; zaak C-214/10, op.cit., punt 31; en zaak C-277/08, op.cit. punt 31; arrest in zaak C-78/11, op.cit., punt 19; arrest in zaak C-194/12, op.cit., punt 18; arrest in zaak C-178/15, op.cit., punt 23; arrest in zaak C-341/15, op.cit., punt 34.

<sup>9</sup> Arrest in zaak C-173/99, op.cit. punt 43; zaak C-342/01, op.cit. punt 29; arrest in gevoegde zaken C-131/04 en C-257/04, op.cit. punt 48; arrest in zaak C-277/08, op.cit. punt 18; arrest in zaak C-155/10, op.cit. punt 17; arrest in zaak C-341/15, op.cit. punt 19.

<sup>10</sup> Arrest Grote kamer C-350/06 en C-520/06, bijz. § 38. Arrest C-414/16, Egenberger, 17.04.2018, EU:C:2018:257, bijz. § 75.

<sup>11</sup> Arrest C-684/16, 06.11.2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV tegen Tetsuji Shimizu, EU:C:2018:874

## **2. Overdracht van het recht op jaarlijkse vakantie**

Wanneer werknemers de voorziene jaarlijkse vakantie niet kunnen opnemen wegens een andere verlofperiode die onverenigbaar is - en waarvan het doel verschilt van dat van de jaarlijkse vakantie waarop zij recht hebben (bijvoorbeeld ziekteverlof, moederschapsverlof, enz.) - dan kunnen ze hun vakantie op een ander tijdstip opnemen, zo nodig buiten de overeenkomstige referentieperiode.<sup>12</sup> Volgens het Hof "*doet het positieve effect van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer zich immers weliswaar ten volle gevoelen wanneer deze vakantie in het daartoe voorziene jaar, te weten het lopende jaar, wordt genomen, maar boet deze rusttijd niet aan belang in wanneer hij in een volgende periode wordt genomen*".<sup>13</sup>

Het recht om verlof over te dragen is echter niet onbeperkt.<sup>14</sup> De nationale wetgever kan namelijk voorwaarden stellen aan de uitoefening van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, met inbegrip van de voorwaarden voor de overdracht ervan buiten de overeenkomstige referentieperiode.

Bovendien kan de nationale wetgever ook bepalen dat het recht op jaarlijkse vakantie vervalt aan het einde van een referentieperiode of van een overdrachtsperiode, maar alleen indien de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van zijn recht gebruik te maken. Bijgevolg kan niet worden bepaald dat het recht op jaarlijkse vakantie vervalt aan het einde van de referentieperiode en van elke overdrachtsperiode wanneer de werknemer gedurende deze perioden of een gedeelte daarvan met ziekteverlof is geweest en dus geen gebruik heeft kunnen maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

### **2.1. Rechtspraak met betrekking tot overdracht wegens ziekte**

In tegenstelling tot het recht op zwangerschaps- en moederschapsverlof zijn het recht op ziekteverlof en de wijze waarop dit recht wordt uitgeoefend niet door de EU-wetgeving geregeld. In het geval van samenloop van vakantieverlof en ziekteverlof, wanneer de doeleinden van het verlof verschillend zijn, zijn er echter grenzen vastgesteld in de nationale wetgeving.

In zijn arrest Pereda<sup>15</sup> (dat betrekking had op een personeelslid dat als gevolg van een arbeidsongeval arbeidsongeschikt was geworden en zijn jaarlijkse vakantie niet kon opnemen) heeft het Hof geoordeeld dat de werknemer "*na zijn herstel zijn vakantie kan nemen op andere data dan de aanvankelijk vastgestelde, ongeacht of het desbetreffende kalenderjaar al dan niet is verstreken*".

Bijgevolg moet een werknemer die tijdens de gehele of een gedeelte van de in de nationale wetgeving vastgestelde referentieperiode met ziekteverlof is - en die dus zijn jaarlijkse vakantie niet heeft kunnen opnemen - uitstel krijgen om van dit recht gebruik te kunnen maken.<sup>16</sup> Dit uitstel kan zo nodig buiten de referentieperiode voor het jaarlijks vakantieverlof worden vastgesteld.<sup>17</sup> Hoewel het Hof stelt dat "*het positieve effect van dit verlof op de veiligheid en de gezondheid van de werknemer zich ten volle doet gevoelen wanneer dit verlof in het daartoe voorziene jaar, te weten het lopende jaar, wordt genomen*", is het niettemin van oordeel dat "*Deze rusttijd echter niet aan belang inboet wanneer hij in een volgende periode wordt genomen*".<sup>18</sup>

De mogelijkheid om jaarlijkse vakantie over te dragen moet ook worden opengesteld voor werknemers die tijdens een periode van geplande jaarlijkse vakantie met ziekteverlof zijn, ongeacht of het ziekteverlof vóór of tijdens de jaarlijkse vakantie met behoud van loon is ingegaan.<sup>19</sup> Het Hof voorziet echter in een uitzondering: de overdrachtsperiode kan worden beperkt voor werknemers met langdurig ziekteverlof.

Het recht op overdracht van jaarlijks vakantieverlof is dus beperkt tot situaties waarin de werknemer niet in staat is geweest om dit recht daadwerkelijk uit te oefenen.

---

<sup>12</sup> Arrest in zaak C-194/12, op. cit.

<sup>13</sup> Arrest in zaak C-178/15, op.cit., punt 33; zie ook arrest in zaak C-124/05, op.cit., punt 30; arrest in gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, op.cit., punt 30; arrest in zaak C-277/08, op.cit., punt 24

<sup>14</sup> Arrest in zaak C-214/10, op. cit.

<sup>15</sup> HvJ-EU, 10 september 2009, C- 277/08

<sup>16</sup> Arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., points 43 et 55; arrêt dans l'affaire C-277/08, op. cit., point 19

<sup>17</sup> Arrest in zaak C-78/11, op.cit., punt 23; arrest in zaak C-277/08, op.cit., punt 23.

<sup>18</sup> Arrest in zaak C-124/05, op.cit., punt 30

<sup>19</sup> Arrest in zaak C-78/11, op.cit., punt 21

## **2.2. Rechtspraak met betrekking tot overdracht wegens moederschapsverlof**

Het moederschapsverlof beoogt enerzijds de bescherming van de biologische gezondheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap en anderzijds de bescherming van de bijzondere relatie tussen de vrouw en haar kind in de periode na de bevalling.<sup>20</sup> Het doel van het moederschapsverlof verschilt dus van dat van het jaarlijks verlof.

Deze interpretatie werd noodzakelijk geacht om "de aan de arbeidsovereenkomst van een werkneemster in geval van zwangerschapsverlof verbonden rechten te garanderen".<sup>21</sup>

Bijgevolg moet een werkneemster "haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen nemen dan gedurende haar zwangerschapsverlof, ook wanneer het zwangerschapsverlof samenvalt met de periode van de jaarlijkse vakantie die algemeen bij bedrijfsakkoord is vastgesteld voor het gehele personeel".<sup>22</sup>

Deze formulering suggereert dat dit een absoluut beginsel is. Dit betekent dat, in tegenstelling tot de situatie bij ziekteverlof, de overdracht van jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet kan worden beperkt. Het Hof heeft er immers op gewezen dat "door het gemeenschapsrecht gewaarborgd verlof geen afbreuk mag doen aan het recht om andere door dit recht gewaarborgde verloven op te nemen".<sup>23</sup> In het licht van de richtlijn die zwangere werkneemsters en werkneemsters na de bevalling of tijdens de borstvoeding<sup>24</sup> wil beschermen, voegt het Hof hieraan toe dat dit niet alleen geldt voor de minimumperiode van vier weken jaarlijkse vakantie met behoud van loon, maar ook voor de in het nationale recht voorziene aanvullende verloven.<sup>25</sup>

## **2.3. Beperkingen op de overdracht van jaarlijkse vakantie**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelt als volgt<sup>26</sup>: "Uit bovengenoemde rechtspraak vloeit weliswaar voort dat een nationale bepaling waarbij een overdrachtsperiode wordt vastgesteld, niet kan voorzien in het verval van het recht van de werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon zonder dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van dit recht gebruik te maken, maar een dergelijke conclusie moet worden genuanceerd in specifieke omstandigheden als die van het hoofdgeding.

*Anders zou een werknemer, zoals verzoeker in het hoofdgeding, die gedurende meerdere opeenvolgende referentieperioden [jaren] arbeidsongeschikt is, het recht hebben om op onbeperkte wijze alle rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon te cumuleren die gedurende de periode van zijn afwezigheid op het werk zijn verworven. Een recht op een dergelijke onbeperkte cumulatie van rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon die gedurende een dergelijke periode van arbeidsongeschiktheid zijn verworven, beantwoordt niet meer aan het doel zelf van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon."*

Dit betekent dat de mogelijkheid voor een werknemer om zijn jaarlijkse vakantierechten op te sparen en over te dragen niet onbeperkt is. Deze beperking bestaat ter bescherming van de werkgever, om "een te grote cumulatie van perioden van afwezigheid van de werknemer en tegen de moeilijkheden die hieruit kunnen voortvloeien voor de arbeidsorganisatie" te vermijden.

De werkgever van zijn kant mag geen te korte periode voor de overdracht van vakantiedagen opleggen.  
<sup>27</sup>

Om te beoordelen of de periode lang genoeg is, stelt het HvJEU de volgende vraag: kan de periode waarover de werknemer beschikt om zijn jaarlijkse vakantie op te nemen, redelijkerwijs worden beschouwd als een periode waarna de jaarlijkse vakantie haar positieve uitwerking als rusttijd verliest?

<sup>20</sup> Arrest in zaak C-342/01, op.cit., punt 32.

<sup>21</sup> Arrêt dans les affaires jointes C-350/06 et C-520/06, op. cit., point 27.

<sup>22</sup> Arrest in zaak C-342/01, op.cit., punt 41.

<sup>23</sup> Arrest in zaak C-342/01, op.cit., punten 32 en 33; arrest in zaak C-519/03, op.cit., punt 33; arrest in gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, op.cit., punt 26; arrest in zaak C-124/05, op.cit., punt 24.

<sup>24</sup> 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (PB L 348 van 28.11.1992, blz. 1).

<sup>25</sup> Arrest in zaak C-342/01, op.cit., punt 45

<sup>26</sup> HvJ-EU, 22 november 2011, C-214/10, zaak KHS, §§ 28-30.

<sup>27</sup> HvJEU, 22 november 2011, C-214/10, zaak KHS, §§ 28-30.

De rechtspraak heeft niet gekwantificeerd wat zij als een redelijke termijn beschouwt, maar echter wel een voorwaarde gesteld: elke periode van overdracht moet de duur van de referentieperiode waarvoor zij is toegekend, wezenlijk overschrijden.

Het Hof heeft erkend dat het recht op cumulatie van tijdens arbeidsongeschiktheid verworven rechten op jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet onbeperkt is.<sup>28</sup> Het Hof oordeelde echter ook dat "elke overdrachtsperiode de duur van de referentieperiode waarvoor zij wordt toegekend, wezenlijk moet overschrijden".<sup>29</sup> Het heeft dus geoordeeld dat een overdrachtsperiode van negen maanden, die korter was dan de referentieperiode waarop zij betrekking had, niet het positieve effect van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon als rustperiode waarborgde en dus niet kon worden gebruikt om te bepalen wanneer het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon vervalt.<sup>30</sup> In plaats daarvan heeft het een overdrachtsperiode van 15 maanden aanvaard.<sup>31</sup>

Zoals hierboven werd opgemerkt, heeft het Hof van Justitie in het kader van het moederschapsverlof geoordeeld dat dit recht absoluut is, zodat de overdracht niet in de tijd kan worden beperkt.

### **3. Wettelijk kader voor de bescherming van het moederschap en gelijke behandeling**

In het Gemeenschapsrecht zijn er twee instrumenten om de bescherming van het moederschap en de gelijke behandeling te waarborgen.

Eenzijds beoogt Richtlijn 92/85 de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de werknemers. Het doel van deze richtlijn is om ervoor te zorgen dat de werkneemster haar beroepsactiviteit uitoefent in een gezonde en veilige omgeving voor zowel haarzelf als haar ongeboren kind.

Anderzijds wil Richtlijn 2006/54/EG de gelijke behandeling van vrouwen en mannen waarborgen. Hij zorgt dus voor de bescherming van vrouwelijke werknemers op de arbeidsmarkt.

#### **3.1. De bescherming van het moederschap**

In het Gemeenschapsrecht is de bescherming van het moederschap gebaseerd op hoofdstuk 4 van de Arbeidswet van 16 maart 1971. Deze wet zet de Richtlijn 92/85/EG om.

In het kader van de arbeidsrelatie voorziet Richtlijn 92/85/EG in de bescherming van zwangere vrouwen op verschillende niveaus, namelijk

- Het verbod op blootstelling aan bepaalde agentia;
- Het verbod op nachtarbeid;
- Het moederschapsverlof;
- De bescherming tegen ontslag en de verplichting van de werkgever om preventieve maatregelen te nemen.

In dit geval is het door de sociale partners geformuleerde voorstel niet "problematisch". Daarom zal in het onderstaande alleen worden ingegaan op de werkverwijderingsmaatregelen.

Om te beginnen bepaalt de wet van 16 maart 1971 dat voor elke activiteit die een specifiek risico van blootstelling aan agentia, procédés of arbeidsomstandigheden kan meebrengen, de werkgever de aard, de mate en de duur van deze blootstelling evalueert teneinde ieder risico voor de veiligheid of de gezondheid, alsmede iedere terugslag op de zwangerschap of de lactatie van de werkneemster alsmede de gezondheid van het kind te beoordelen en teneinde vast te stellen welke algemene maatregelen moeten worden genomen.<sup>32</sup>

Wanneer er een risico is vastgesteld, "neemt de werkgever, rekening houdend met het resultaat van de evaluatie één van de volgende maatregelen aangepast aan het geval van de betrokken werkneemster zodat de blootstelling van de werkneemster aan dit risico wordt vermeden :

---

<sup>28</sup> Arrest in zaak C-214/10, op.cit., punten 28-35

<sup>29</sup> Arrest in zaak C-214/10, op.cit., punten 38-40

<sup>30</sup> Arrest in zaak C-337/10, op.cit., punten 41-43; arrest in zaak C-214/10, op.cit., punt 38.

<sup>31</sup> Arrest in zaak C-214/10, op. cit.

<sup>32</sup> Arbeidswet van 16 maart 1971, M.B., 30 maart 1971, art. 41.

1° een tijdelijke aanpassing van de arbeidsomstandigheden of van de risicogebonden werktijden van de betrokken werkneemster;

2° indien een aanpassing van de arbeidsomstandigheden of van de risicogebonden werktijden technisch of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijze niet kan worden verlangd, zorgt de werkgever ervoor dat de betrokken werkneemster andere in haar toestand toelaatbare arbeid kan verrichten;

3° indien overplaatsing technisch of objectief niet mogelijk is of om gegronde redenen redelijkerwijs niet kan worden verlangd, wordt de uitvoering van de arbeidsovereenkomst van de betrokken werkneemster geschorst of wordt de persoon wiens rechtspositie eenvoudig door de overheid is geregeld vrijgesteld van arbeid.”<sup>33</sup>

In alle gevallen, “moeten de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van het behoud van een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering, van de werkneemsters (...) overeenkomstig de nationale wetten en/of praktijken worden gewaarborgd”<sup>34</sup>.

Werkneemsters tijdens de zwangerschap of de lactatie “geen werkzaamheden mogen verrichten waarvan de evaluatie heeft uitgewezen dat zij het risico met zich brengen van een blootstelling aan bepaalde bijzondere gevaarlijke agentia of arbeidsomstandigheden die hun veiligheid of gezondheid in gevaar brengt”<sup>35</sup>.

Vervolgens nemen de Lidstaten “de nodige maatregelen opdat de werkneemsters niet verplicht worden nachtarbeid te verrichten gedurende hun zwangerschap”<sup>36</sup>.

Wat de uitkeringen betreft:

- Artikel 219ter, §1, van het koninklijk besluit van 3 juli 1996 behandelt de uitkering voor de zwangere, bevallen en borstvoeding gevende werkneemsters, die ten gevolge van een maatregel genomen op grond van de artikelen 42 of 43 van de wet van 16 maart 1971, een inkomensverlies lijden, hetzij doordat de werkgever hen taken opdraagt die minder bezoldigd zijn dan hun normale taken, hetzij doordat zij tijdens de toepassing van de maatregel slechts deeltijds tewerkgesteld kunnen blijven.
- Artikel 219ter, lid 2, past hetzelfde mechanisme (ditmaal ook in geval van beroep op artikel 43bis van de wet van 16 maart 1971) toe op een werkneemster die normaal verscheidene bezoldigde activiteiten uitoefent en slechts één of meer, maar niet alle, daarvan moet onderbreken ten gevolge van de maatregel die haar treft. De uitkering wordt dan berekend op basis van 60% van het loon voor de opgeschorte activiteiten, onder voorbehoud van de toepassing van artikel 230, § 1, van hetzelfde koninklijk besluit, dat betrekking heeft op het in aanmerking nemen van de beroepsinkomsten die de betrokkene nog geniet.

Het begrip beroepsinkomen in de zin van artikel 219 ter, §1 en 2, omvat de bezoldiging en alle andere voordelen die met de bezoldigde beroepsactiviteit verband houden (indien zij op jaarbasis worden betaald, worden zij geacht deel uit te maken van het beroepsinkomen voor de vier kwartalen die volgen op het kwartaal waarin zij zijn betaald), alsmede alle sociale voordelen die het gederfde loon compenseren.

Bovendien worden uitkeringen geweigerd voor dagen die gedekt zijn door vakantiegeld

- Artikel 219ter voorziet ook het geval van een werkneemster die van haar betaalde arbeid verwijderd is en haar werkzaamheid als zelfstandige voortzet na de achtste of de zesde week vóór de vermoedelijke datum van de bevalling. In dit geval wordt zij nog steeds als verwijderd beschouwd, maar aangezien het nieuwe "gerationaliseerde" uitkeringspercentage niet van toepassing is na de achtste of de zesde week vóór de vermoedelijke datum van de bevalling, wordt het oude percentage van 60% van het begrensde gemiddelde dagloon, verminderd met 10%, toegepast totdat de werkneemster haar zelfstandige activiteit opschort.

<sup>33</sup> Bovengenoemde wet van 16 maart 1971, art. 42.

<sup>34</sup> Bovengenoemde Richtlijn 92/85/EG, art. 11, 1°.

<sup>35</sup> Bovengenoemde Richtlijn 92/85/EG, overweging 12.

<sup>36</sup> Bovengenoemde Richtlijn 92/85/EG, art. 7, 1°.

### **3.2. Gelijke behandeling**

De wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen zet de Richtlijn 2006/54/EG, de zogenoemde "herschikte" richtlijn, om en vult het moederschapsbeschermingssysteem aan.

Artikel 4 van de wet van 10 mei 2007 bepaalt dat "een direct onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling [, het geven van borstvoeding] [, moederschap, adoptie of medisch begeleide voortplanting] gelijkgesteld wordt met een direct onderscheid op grond van geslacht."<sup>37</sup>

#### **III. Analyse**

##### **1. Richtlijn 2003/88: jaarlijkse vakantie is een absoluut recht en een beginsel van sociaal recht**

Om de vraag van de sociale partners te beantwoorden, dient allereerst de aard van het ingeroepen recht te worden onderzocht. Het uitgangspunt voor de analyse moet derhalve artikel 7, lid 1, van Richtlijn 2003/88/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd zijn, dat het recht van werknemers op jaarlijkse vakantie regelt en het volgende bepaalt: 'De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier weken wordt toegekend [...]'.<sup>38</sup>

Dit artikel legt de Lidstaten een duidelijke en precieze verplichting op. Bovendien gaat het om een verplichting waarvan niet kan worden afgeweken, aangezien artikel 17 van de richtlijn een uitputtende lijst bevat van de bepalingen waarvan de Lidstaten of de sociale partners kunnen afwijken, en artikel 7 niet tot die bepalingen behoort.

##### **2. Conflict tussen jaarlijkse vakantie en moederschapsverlof**

###### **2.1. Uit het oogpunt van Richtlijn 2003/88**

Zoals hierboven gezegd heeft het moederschapsverlof als tweeledig doel de bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap en de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de bevalling.<sup>38</sup>

Bijgevolg "moet een werkneemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode kunnen nemen dan gedurende haar zwangerschapsverlof, ook wanneer het zwangerschapsverlof samenvalt met de periode van de jaarlijkse vakantie die algemeen bij bedrijfsakkoord is vastgesteld voor het gehele personeel".<sup>39</sup>

Het gaat dus om een absoluut beginsel en dit recht kan niet worden ingeperkt, want "een door het gemeenschapsrecht gewaarborgd verlof kan niet afdoen aan het recht om een ander door dit recht gewaarborgd verlof te nemen".<sup>40</sup>

###### **2.2. Uit het oogpunt van Richtlijn 92/85 en Richtlijn 2006/54**

Het moederschapsverlof is een absoluut recht omdat het de werkneemster een minimale rustperiode waarborgt, niet alleen om haar biologische gesteldheid te beschermen, maar ook om haar in staat te stellen voor haar kind te zorgen in de periode na de bevalling. Bovendien zijn de lidstaten verplicht om de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst van de werkneemsters in geval van zwangerschapsverlof te waarborgen.<sup>41</sup>

Richtlijn 76/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, bepaalt in artikel 5, lid 1, dat "de

<sup>37</sup> Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, M.B., 30 mei 2007, Art. 4, §1.

<sup>38</sup> Arrest in zaak C-342/01, op.cit., punt 32.

<sup>39</sup> Arrest in zaak C-342/01, op.cit., punt 41

<sup>40</sup> Arrest in zaak C-342/01, op.cit., punten 32 en 33; arrest in zaak C-519/03, op.cit., punt 33; arrest in gevoegde zaken C-350/06 en C-520/ Richtlijn 92/8/EG 06, op.cit., punt 26; arrest in zaak C-124/05, op.cit., punt 24.

<sup>41</sup> Richtlijn 92/85/EG, op.cit., art. 11, 1°, a).



*toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht". Het Hof heeft aan het belang van dit beginsel herinnerd in zijn arrest Thibault<sup>42</sup>, waar het heeft verklaard dat "Het discriminatieverbod eist, dat de vrouwelijke werknemer wier arbeidsovereenkomst met haar werkgever tijdens haar zwangerschapsverlof doorloopt, niet het voordeel verliest van de arbeidsvoorwaarden die zowel voor vrouwelijke als voor mannelijke werknemers gelden en uit deze arbeidsverhouding voortvloeien."*

Derhalve moet worden geconcludeerd dat de eerbiediging van het recht op jaarlijkse vakantie en van het recht op moederschapsverlof impliceert dat moet worden voorzien in een regeling die het mogelijk maakt om de jaarlijkse vakantie die niet kon worden opgenomen tijdens de referentieperiode wegens moederschapsverlof in een latere periode op te nemen. Deze maatregel is niet alleen in overeenstemming met de Europese rechtspraak in het kader van Richtlijn 2003/88<sup>43</sup>, maar maakt het ook mogelijk te voldoen aan de voorschriften van Richtlijn 92/85.

### **3. Conflict tussen jaarlijkse vakantie en verwijderingsperiode**

Aangezien het om moederschapsgerelateerde verwijderingsmaatregelen gaat, en gezien het feit dat het ontwerpakkoord van de sociale partners ertoe zou leiden dat deze periodes verschillend zouden worden behandeld wat de overdracht van de jaarlijkse vakantie betreft, moet de analyse ook worden uitgevoerd in het licht van de drie bovengenoemde richtlijnen.

#### **3.1. Uit het oogpunt van Richtlijn 2003/88**

Aangezien het recht op jaarlijkse vakantie een absoluut recht is, kan het worden overgedragen om de doeltreffendheid ervan te waarborgen.

Om de vraag van de sociale partners te beantwoorden, is het dus noodzakelijk om te analyseren:

1° of de richtlijn de facto toestaat dat bepaalde werknemers worden uitgesloten van dit recht op overdracht van jaarlijkse vakantie;

2° Of de werkneemster die wegens haar moederschap van het werk verwijderd is, kan worden vergeleken met een werkneemster die arbeidsongeschikt is enerzijds, en met een werkneemster met moederschapsverlof anderzijds.

#### **a. Met betrekking tot de de facto uitsluiting van een categorie werknemers en het doel van het recht op overdracht**

Om te antwoorden op de vraag of werkneemsters die verwijderd zijn op grond van moederschap kunnen worden uitgesloten van het recht op overdracht van jaarlijkse vakantie, moet rekening worden gehouden met een aantal factoren, namelijk:

1° Zoals hierboven onderstreept werd, moeten de Lidstaten krachtens artikel 7 van Richtlijn 2003/88/EG de nodige maatregelen treffen opdat aan alle werknemers jaarlijks een minimumaantal vakantiedagen met behoud van loon wordt toegekend. Artikel 7 van de richtlijn voorziet niet in de bepalingen die artikel 17 (betreffende afwijkingen) van dezelfde richtlijn uitdrukkelijk toestaat om af te wijken voor werkneemsters die wegens zwangerschap of een specifiek risico arbeidsongeschikt of van hun arbeidsplaats verwijderd zijn.

2° . "Er moet rekening worden gehouden met de beginselen van de Internationale Arbeidsorganisatie ter zake van de organisatie van de arbeidstijd, met inbegrip van de beginselen op het gebied van nachtarbeid."<sup>44</sup> De gemeenschapswetgever streeft dus naar een beschermingsniveau dat vergelijkbaar is met IAO-Verdrag nr. 132<sup>45</sup> en dat in zekere mate zelfs hoger ligt.

<sup>42</sup> Arrest van 30 april 1998, Thibault, C-136/95, Jurispr. blz.. I-2011.

<sup>43</sup> Arrest in zaak C-342/01, op.cit., punten 32 en 33; arrest in zaak C-519/03, op.cit., punt 33; arrest in gevoegde zaken C-350/06 en C-520/06, op.cit., punt 26; arrest in zaak C-124/05, op.cit., punt 24.

<sup>44</sup> Richtlijn 2003/88/EG, reeds aangehaald, overweging 6.

<sup>45</sup> Advocate-generaal Kokott verwijst hier ook naar in voetnoot 8 van haar conclusie van 12 januari 2006 in de zaak Federatie Nederlandse Vakbeweging. Ik ben van oordeel dat de interpretatie van Richtlijn 2003/88 met inachtneming van de essentiële beginselen van IAO-verdrag nr. 132 onontkoombaar is, gezien het recht van de IAO om internationale referentienormen op het

Zo bepaalt artikel 3, lid 1, van dit Verdrag dat "een ieder" op wie dit Verdrag van toepassing is, recht heeft op jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Zoals advocaat-generaal Trstenjak opmerkt: *"Uitzonderingsregelingen die in het nadeel werken van werknemers die wegens ziekte arbeidsongeschikt zijn, zijn in dit verdrag net zo min opgenomen als in artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/88. Hieruit valt af te leiden dat de bescherming die het gemeenschapsrecht voor de werknemers wil garanderen, volgens de wil van de gemeenschapswetgever niet beneden het beschermingsniveau van de arbeidsrechtelijke normen van het internationaal verdragenrecht mag liggen. Het valt nu juist te vrezen dat men beneden dit minimumbeschermingsniveau komt indien een bepaalde categorie werknemers a priori van de toekenning van een sociaal grondrecht wordt uitgesloten."*<sup>46</sup>

3° Door de Lidstaten te verplichten de nodige maatregelen te treffen opdat aan alle werknemers jaarlijks een minimaal aantal vakantiedagen met behoud van loon wordt toegekend, beoogt de richtlijn ook te waarborgen dat de Lidstaten een kader voor dit recht creëren door een reeks organisatorische en procedurele maatregelen in te voeren: planning van de vakantieperiodes, eventuele kennisgeving aan de werkgever van de op te nemen vakantieperiode, oplegging van een minimumperiode waarin moet worden gewerkt alvorens vakantie kan worden opgenomen, enz.<sup>47</sup>

4° Artikel 9 van IAO-Verdrag 132 voorziet in een recht van uitstel voor wat het minimum van 2 weken overschrijft. In het algemeen moet het recht op overdracht dus in alle gevallen nageleefd worden.

Er moet geconcludeerd worden dat het uitsluiten van werknemers die wegens hun moederschap van het werk verwijderd zijn in strijd is met het voorgaande. Door verwijderde werknemers van dit recht uit te sluiten, wordt het door richtlijn 2003/88/EG nagestreefde doel niet bereikt. De werknemers in kwestie worden zo immers ten onrechte gestraft.

**b. In het licht van de vergelijking met de arbeidsongeschikte werknemer en het feit dat de verwijderde werknemer niet arbeidsongeschikt is**

Een werknemer die arbeidsongeschikt is wegens ziekte, kan zijn recht op jaarlijkse vakantie uitstellen, mits de ziekte niet te voorzien is en buiten zijn macht ligt.

Ziekteverlof heeft tot doel om de lichamelijke en psychische integriteit van de werknemer te vrijwaren. Dit verlof stelt de werknemer in staat te herstellen en weer aan het werk te gaan. Ziekteverlof is uitsluitend gericht op herstel en genezing, dat wil zeggen op het te boven komen van een aandoening waarvan de oorzaken overigens buiten de invloedssfeer van de betrokken werknemer liggen.<sup>48</sup> Het verschilt dus van het jaarlijks verlof, waarvan het hoofddoel rust is.

De verwijdering van een werknemer wegens moederschap heeft ook andere doelstellingen dan het jaarlijks verlof en het ziekteverlof. Het doel van de gehele of gedeeltelijke verwijdering is immers het vermijden van een met het moederschap verband houdend risico en niet de verwijdering van de werknemer wegens een aandoening.

Vanuit deze vaststelling kan worden aangenomen dat de door het Hof van Justitie van de Europese Unie ontwikkelde rechtspraak inzake het recht op overdracht in geval van ziekte niet op verwijdering kan worden toegepast, aangezien het in dit geval slechts gaat om een risico voor de gezondheid dat zich niet heeft verwezenlijkt, en dus geen genezing inhoudt.

Deze vaststelling kan echter om verschillende redenen in vraag worden gesteld.

Ten eerste is de periode van werkverwijdering bedoeld om de zwangere vrouw en haar kind te beschermen, net als bij het moederschapsverlof. Aangezien de verwijderingsperiode en het moederschapsverlof gelijkaardige doeleinden hebben, kan worden geoordeeld dat dezelfde regeling inzake de overdracht van jaarlijkse vakantieverloven op hen moet worden toegepast.

---

gebied van het arbeidsrecht vast te leggen. Tegelijkertijd vormt Richtlijn 2003/88 een verdere uitwerking van dit verdrag voor de Gemeenschap (zie Murray, J., *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared*, The Hague, 2001, p. 185).

<sup>46</sup> Conclusie van advocaat-generaal VERICA Trstenjak in zaak C 520/06 Stringer Sabriye Kilic Michael Thwaites Keith Ainsworth Sabba Khan tegen Her Majesty's Revenue and Customs.

<sup>47</sup> Zie de bemerkingsen van de Commissie in de zaak BECTU, die advocaat-generaal Tizzano in zijn conclusie in dezelfde zaak heeft herhaald.

<sup>48</sup> González Ortega, S., "El disfrute efectivo de la vacaciones anuales retribuidas: una cuestión de derecho y de libertad personal, de seguridad en el trabajo y de igualdad", *Revista española de derecho europeo*, nr. 11, 2004, p. 423 e.v.

Ten tweede zijn er geen elementen om te besluiten dat het recht op de minimale jaarlijkse vakantie met behoud van loon gekoppeld is aan de arbeidsgeschiktheid van de werknemer in het referentiejaar of de overdrachtsperiode.

In het arrest Federatie Nederlandse Vakbeweging<sup>49</sup> heeft het Hof dit beginsel bevestigd en verduidelijkt in die zin dat in geval van de cumulatie van verschillende door het gemeenschapsrecht gewaarborgde vakantieperiodes aan het einde van een jaar, de overdracht van de jaarlijkse vakantie of van een deel daarvan naar het volgende jaar onvermijdelijk kan zijn, omdat een door het gemeenschapsrecht gegarandeerde vakantie geen afbreuk kan doen aan het recht om een andere door dit recht gegarandeerde vakantie op te nemen.

Daarnaast baseert het Hof van Justitie dit recht op overdracht op IAO-Verdrag 132 betreffende vakantie met behoud van loon.<sup>50</sup> Bijgevolg kan de bescherming die het gemeenschapsrecht de werknemers wil waarborgen, zoals gewenst door gemeenschapswetgever, niet lager zijn dan het beschermingsniveau dat door de normen van het arbeidsrecht en het internationaal publiek recht wordt geboden. Artikel 9 van het Verdrag voorziet in een recht van uitstel.<sup>51</sup> Bovendien gaat dit Verdrag vergezeld van Aanbeveling nr. 98<sup>52</sup>, waarvan punt 8 luidt: "*Het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon en de duur van deze vakantie mogen niet worden beïnvloed door onderbrekingen ten gevolge van zwangerschap en bevalling, mits de betrokken werkneemster haar werk hervat en haar afwezigheid een bepaalde grens niet overschrijdt.*" De werkverwijdering is echter wel degelijk een oorzaak van de opschorting van de arbeidsovereenkomst en houdt verband met de zwangerschap.

Hoewel een verwijderingsmaatregel niet kan worden gelijkgesteld met moederschapsverlof of ziekteverlof, moet worden geconcludeerd dat er bepaalde gelijkenissen zijn, die de toepassing van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake uitstel naar analogie rechtvaardigen:

- Zowel verwijdering als moederschapsverlof beogen de bescherming van de vrouw;
- Zowel verwijdering als ziekteverlof zijn bedoeld om de fysieke en psychische integriteit van de werkneemsters te beschermen: vrijstelling van de verplichting om voltijds of deeltijds te werken geeft hen de mogelijkheid om hun gezondheid en die van hun ongeborn kind te vrijwaren. In tegenstelling tot de jaarlijkse vakantie, die tot doel heeft om te rusten, afstand te nemen en zich te ontspannen, hebben de verwijdering van het werk en de gehele of gedeeltelijke vrijstelling van arbeid uitsluitend tot doel om de aan de zwangerschap verbonden risico's te voorkomen.

Er is dus geen argument om verwijderde werkneemsters uit te sluiten van het recht om jaarlijkse vakantie over te dragen. Net als bij ziekte staat deze verwijdering los van de wil van de werkneemster. Deze verwijderingsmaatregelen bestaan uit beschermingsmaatregelen in verband met het moederschap die even belangrijk zijn als de jaarlijkse vakantie of het moederschapsverlof.

### **3.2. Conformiteit in het licht van de moederschapsbescherming**

#### **a. Uit het oogpunt van Richtlijn 92/85**

Als uit de resultaten van de evaluatie door de werkgever blijkt dat er een risico bestaat voor de veiligheid of de gezondheid van de zwangere werkneemster of dat er gevolgen zijn voor de zwangerschap, dan moet de werkgever een van de drie maatregelen nemen die in de richtlijn (opgenomen in de wet van 16 maart 1971) worden genoemd.

---

<sup>49</sup> Zaak C-124/05, arrest van 6 april 2006.

<sup>50</sup> Geratificeerd door België op 24 juni 1970.

<sup>51</sup> Artikel 9 luidt als volgt "1. Het ononderbroken gedeelte van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon als vermeld in het tweede lid van artikel 8 van dit Verdrag dient te worden toegekend en opgenomen niet later dan één jaar en de rest van de jaarlijkse vakantie met behoud van loon niet later dan achttien maanden na het einde van het jaar ten aanzien waarvan het recht op vakantie is ontstaan."

2. Een deel van de jaarlijkse vakantie, die een vastgesteld minimum overschrijdt, kan worden uitgesteld met goedkeuring van de betrokken werknemer, tot na de periode vermeld in het eerste lid van dit artikel en tot een nader onmschreven tijdslimiet.

3. Het minimum en de tijdslimiet als vermeld in het tweede lid van dit artikel dienen te worden bepaald door het bevoegde gezag na overleg met de betrokken organisaties van werkgevers en werknemers, of door collectief overleg, of op enigerlei andere wijze in overeenstemming met wat in het betrokken land onder de heersende omstandigheden dienstig of gebruikelijk is."

<sup>52</sup> Aanbeveling over betaalde vakantie, niet geratificeerd door België.

*“Werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie in vele opzichten moeten worden beschouwd als een groep met bijzondere risico’s en dat maatregelen moeten worden getroffen inzake hun gezondheid en veiligheid”<sup>53</sup>. Bovendien is het zo dat “de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie geen afbreuk mag doen aan de plaats van de vrouw op de arbeidsmarkt en evenmin afbreuk mag doen aan de richtlijnen van de Raad op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen”<sup>54</sup>.*

In alle gevallen moeten de aan de arbeidsovereenkomst verbonden rechten, met inbegrip van het behoud van een bezoldiging en/of de toekenning van een adequate uitkering, worden gewaarborgd, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk. Het recht op vakantie is een contractueel recht dat ook wordt gewaarborgd door Richtlijn 2003/88, waarin het als een grondrecht wordt beschouwd. Ook al laat deze bepaling de Lidstaten een zekere beoordelingsmarge bij de vaststelling van de uitvoeringsmodaliteiten, doet deze omstandigheid niets af aan het precieze en onvoorwaardelijke karakter van deze bepaling. De wijze van uitvoering kan op geen enkele wijze afbreuk doen aan de eigenlijke inhoud van het in artikel 11, lid 1, vervatte recht en kan dus het bestaan van dat recht niet conditioneren of de of de draagwijdte ervan inperken.<sup>55</sup>

Bij een gecombineerde lezing van de twee richtlijnen moet ervan worden uitgegaan dat door het niet toestaan van de overdracht van de jaarlijkse vakantie voor verwijderde werkneemsters enkel en alleen omdat het niet gaat om ziekte- of moederschapsverlof, de twee richtlijnen niet worden nageleefd, aangezien een fundamenteel recht wordt geschonden dat van kracht moet blijven, zelfs indien de werkneemster van haar werkpost wordt verwijderd.

Het recht op jaarlijkse vakantie is dus een contractueel recht (artikel 11 van Richtlijn 92/85), dat bovendien een absoluut en fundamenteel recht is dat, om het door Richtlijn 2003/88 gestelde doel te bereiken, in natura moet worden uitgeoefend. Bijgevolg vormt de niet-erkenning van het recht van de verwijderde werkneemster om haar jaarlijkse vakantie over te dragen een schending van artikel 11, lid 1, van richtlijn 92/85, gelezen in samenhang met richtlijn 2003/88.

#### **b. Conformiteit in het licht van Richtlijn 2006/54**

*“Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt duidelijk dat de ongunstige behandeling van een vrouw die verband houdt met zwangerschap of moederschap een directe discriminatie op grond van geslacht vormt. Een dergelijke behandeling moet daarom uitdrukkelijk onder deze richtlijn vallen.”<sup>56</sup>*

Een directe discriminatie op grond van geslacht kan niet worden gerechtvaardigd. Bij de vaststelling van een moederschapsgerelateerde ongunstige behandeling moet er dus van worden uitgegaan dat het om een verboden discriminatie gaat.

Het Hof heeft systematisch erkend dat het uit vanuit het oogpunt van de gelijke behandeling legitiem is om een vrouw tijdens de zwangerschap en het moederschap op grond van haar biologische gesteldheid te beschermen, en maatregelen ter bescherming van het moederschap te voorzien als middel om een daadwerkelijke gelijkheid van mannen en vrouwen tot stand te brengen.

Het Hof van Justitie heeft benadrukt dat aangezien zwangerschap, moederschap en borstvoeding alleen betrekking kan hebben op vrouwen, de negatieve gevolgen ervan voor hun loon of arbeidsvoorwaarden een directe discriminatie kunnen vormen.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Voornoemde Richtlijn 92/85/EG, overweging nr. 8.

<sup>54</sup> Voornoemde Richtlijn 92/85/EG, overweging nr. 9.

<sup>55</sup> Zie de arresten Parviainen, reeds aangehaald, punt 55, en, wat artikel 10 van Richtlijn 92/85 betreft, zaak C-438/99 Jiménez Melgar [2001] ECR I-6915, punten 33 en 34; zie ook, naar analogie, zaak C-397/01 tot C-403/01 Pfeiffer e.a. [2004] ECR I-8835, punt 105, en zaak C-268/06 Impact [2008] ECR I-2483, punt 67.

<sup>56</sup> Voornoemde Richtlijn 2006/54/EG, overweging 23.

<sup>57</sup> Arresten Dekker, C-177/88 van 8.11.1990; Habermann-Beltermann, C-421/92 van 5.5.1994; Webb, C-32/93 van 14.7.1994; Gillespie, C-342/93 van 13.2.1995.

In zijn advies nr. 10<sup>58</sup> merkte de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen met betrekking tot de jaarlijkse vakantie het volgende op "*Hetzelfde probleem doet zich voor<sup>59</sup>, zij het minder frequent, in verband met de periode van verwijdering van de gewone taken tijdens de zwangerschaps- of lactatieperiode wanneer zij niet door de werkgever wordt vergoed. De Raad beveelt aan dat alle overheden de noodzakelijke maatregelen zouden nemen, zonet zullen de betrokken werknemers de negatieve gevolgen ondervinden van een situatie die enkel de vrouwen kan treffen, hetgeen een discriminatie zou betekenen welke is verboden door de richtlijn 76/207 en de wet van 4 augustus 1971*".

Geen overdracht toestaan in het kader van deze zwangerschapsgerelateerde verwijderingsmaatregelen vormt een directe discriminatie, aangezien alleen vrouwen met deze situatie te maken kunnen krijgen. Aangezien deze discriminatie niet kan worden gerechtvaardigd, is de maatregel in strijd met het beginsel van de gelijkheid van vrouwen en mannen.

#### **IV. Conclusies**

In het licht van alle bovenvermelde elementen kan het voorlegde voorstel niet gevalideerd worden.

Ten eerste is het voorstel in strijd met Richtlijn 2003/88. Enerzijds sluit het de facto alle verwijderde werknemers uit van het recht op overdracht van jaarlijkse vakantie. Anderzijds houdt het geen rekening met de aard van de jaarlijkse vakantie als een fundamenteel en absoluut recht, dat in de praktijk moet worden gewaarborgd en in natura moet worden afgedwongen wanneer de onmogelijkheid om tijdens de referentieperiode vakantie te nemen verband houdt met een gebeurtenis buiten de wil van werknemer.

Ten tweede is het voorstel in strijd met artikel 11 van Richtlijn 92/85, dat bepaalt dat in alle gevallen de rechten verbonden aan de arbeidsovereenkomst moeten worden gewaarborgd, met inbegrip van het behoud van loon en/of het genot van een passende uitkering, overeenkomstig de nationale wetgeving en/of praktijk. Jaarlijkse vakantie is een contractueel recht, dat overeenkomstig Richtlijn 2003/88 in natura moet kunnen worden vervuld.

Bovendien zou een verwijderde werknemer anders worden behandeld dan een werknemer met moederschapsverlof wat het recht op overdracht van jaarlijkse vakantie betreft, terwijl het moederschapsverlof en de verwijderingsmaatregel een gelijkaardig doel hebben: de bescherming van de vrouw en haar ongeboren kind.

Ten slotte bestaat de kans dat zwangere vrouwen, door hen ongunstig te behandelen wegens hun zwangerschap, direct worden gediscrimineerd op grond van geslacht. Directe discriminatie kan nooit gerechtvaardigd worden.

De te vinden oplossing moet daarom een recht op overdracht van jaarlijkse vakantie bevatten voor vrouwen die volledig van hun werk verwijderd worden, of gedeeltelijk, bijvoorbeeld op grond van één functie. Dit recht op overdracht kan echter worden aangepast worden in het licht van de verwijderingsmaatregel:

- Indien de verwijdering slechts voor één functie geldt, zou er een recht op overdracht van jaarlijkse vakantie kunnen zijn in verhouding tot de in die functie gewerkte tijd.
- De duur van de overdrachtstermijn zou kunnen worden beperkt: de verwijderingsmaatregel is namelijk in beginsel geen absoluut recht, zodat er een overdracht zonder beperking in de tijd zou kunnen zijn. Overeenkomstig de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie en IAO-Verdrag 132 zou de limiet voor de overdracht tussen 15 en 18 maanden kunnen liggen.

---

<sup>58</sup> Advies nr. 10 van 24 mei 1996 van de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen betreffende de moederschapsbescherming: leemten en discriminaties die in de wetgeving blijven voortbestaan.

<sup>59</sup> De gelijkstelling van het moederschapsverlof met een door de werkgever betaalde periode met het oog op de berekening van het vakantiegeld.