

Aanbeveling

**van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen nr. 2021-R/004
betreffende de berekening van de opzeggingsvergoeding en de bijzondere
beschermingsvergoeding, verschuldigd aan een werknemer of werkneemster
die zijn of haar prestaties tijdelijk heeft verminderd**



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

I. Inleiding

Het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (hierna: Instituut) werd opgericht door de wet van 16 december 2002 en heeft onder andere als opdracht om te waken over de naleving van de wetgeving inzake gendergelijkheid en om elke vorm van discriminatie of ongelijkheid op grond van geslacht en gender te bestrijden.

In deze hoedanigheid is het Instituut bevoegd om aanbevelingen aan de overheid te richten met het oog op het verbeteren van wet- en regelgeving.

II. Context

Het Instituut is bevoegd om, binnen de perken van zijn doel, in rechte op te treden in de rechtsgeschillen waartoe de toepassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, van het hoofdstuk *Vbis* van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij uitvoering van hun werken en van de strafwetten en andere wetten die specifiek tot doel hebben de gelijkheid van vrouwen en mannen te waarborgen, aanleiding kan geven.

In dit verband ontving het Instituut een klacht van een werkneemster die werd ontslagen terwijl zij tijdskrediet opnam om voor een kind jonger dan 8 jaar te zorgen. Gesteund door haar vakbond en het Instituut, betwistte de werkneemster haar ontslag en vorderde zij de beschermingsuitkering voorzien in artikel 21, §4, van CAO nr. 103. Verder stelde zij dat deze vergoeding, evenals de opzeggingsvergoeding berekend zou worden op basis van haar voltijdse bezoldiging.

Het arbeidshof van Bergen had haar in een arrest van 23 november 2018¹ een forfaitaire vergoeding toegekend die gelijk is aan 6 maanden brutoloon, conform CAO nr. 103.

Het arbeidshof was echter van oordeel dat de vergoeding moest worden berekend op basis van het lagere loon op het moment van het ontslag. Om die reden hebben het slachtoffer, haar vakbond en het Instituut cassatieberoep ingesteld met het verzoek om de vergoeding te berekenen op basis van het huidige loon, dat overeenkomt met het loon dat de werkneemster op basis van haar arbeidsovereenkomst zou hebben ontvangen indien zij haar arbeidsprestaties niet tijdelijk had verminderd.

Zelfs indien de regel inzake de vermindering van de vergoeding neutraal is geformuleerd, benadeelt deze volgens het Instituut de werknemers die worden ontslagen wanneer zij hun arbeidsprestaties verminderen ten opzichte van personen die voltijds blijven werken.

Het zijn overwegend vrouwen die minder werken ten voordele van de opvoeding van de kinderen. Indien hun opzeggingsvergoeding berekend wordt op het loon voor de verminderde arbeidsprestaties, dan is dit volgens het Instituut een vorm van indirecte discriminatie. Indirecte discriminatie ontstaat wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze kan leiden tot een specifiek nadeel voor personen van een bepaald geslacht ten opzichte van andere personen, zonder dat dit gerechtvaardigd kan worden.

In zijn arrest van 22 juni 2020² heeft het Hof van Cassatie het Instituut uiteindelijk in het gelijk gesteld (*zie hieronder*).

III. Europese wetgeving en het begrip indirecte discriminatie

Het beginsel van gelijke beloning voor gelijk of gelijkwaardig werk voor vrouwen en mannen is al sinds enige tijd verankerd in de Europese wetgeving.

¹ ARbh. Bergen, 23 november 2018, *J.T.T.*, p. 23.

² Cass.(3^e k.), 22 juni 2020, AR nr. S.19.0031.N, www.juridat.be.

Artikel 157 VWEU bepaalt het volgende: “1. Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.

2. Onder beloning in de zin van dit artikel dient te worden verstaan het gewone basis of minimumloon of salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt.

Gelijke beloning zonder onderscheid naar kunne houdt in:

a) dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van eenzelfde maatstaf;

b) dat de beloning voor arbeid in tijdloon dezelfde is voor eenzelfde functie.

3. Het Europees Parlement en de Raad nemen volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité maatregelen aan om de toepassing te waarborgen van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep, met inbegrip van het beginsel van gelijke beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid.

4. Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.”

Het begrip beloning moet dan ook in de ruime zin geïnterpreteerd worden. In de onderhavige situatie vormen de opzeggingsvergoeding en de bijzondere beschermingsvergoeding zoals de krachtens CAO nr. 103 verschuldigde vergoeding, een beloning in de zin van artikel 157 VWEU.

Het beginsel van de gelijkheid van vrouwen en mannen op het gebied van de beloning impliceert het verbod van elke directe of indirecte discriminatie op het gebied van beloning: “Voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend, moet directe en indirecte discriminatie op grond van geslacht ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van beloning worden afgeschaft”³.

Indirecte discriminatie wordt erkend door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna : HvJ-EU).⁴

Deze erkenning van indirecte discriminatie vond weerklank in Richtlijn 2006/54/EG betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, waarin het als volgt wordt gedefinieerd: “Art. 2.1.b) « Indirecte discriminatie » : wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. “

Om een indirecte discriminatie vast te stellen, moet dus worden nagegaan of er sprake is van:

- een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze
- waardoor een aanzienlijk groter aantal werknemers van het ene geslacht wordt benadeeld dan van het andere;
- hoewel deze personen zich in een vergelijkbare situatie bevinden.⁵

³ 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, art.4., al. 1.

⁴ HvJ-EU, 31 maart 1981, *Jenkins*, C-96/80 ; HvJ-EU, 13 mei 1986, *Bilka*, C-170/84.

⁵ FRA, «Manuel de droit européen en matière de non-discrimination», ed. 2018, p.59.

Bijkomend, indien degene die de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatregel of handelwijze invoert, wil aantonen dat er geen sprake is van discriminatie, dan moet hij of zij aantonen dat het gebruik van de maatregel wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en dat de middelen die worden gebruikt om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn, d.w.z. proportioneel.

In de nationale wetgeving definieert artikel 5, 8°, van de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de zogenaamde Genderwet, indirecte discriminatie als “*indirect onderscheid op grond van het geslacht dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II*”. Indirect onderscheid moet verstaan worden als “*de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen*”⁶. “*Elk indirect onderscheid op grond van geslacht vormt een indirecte discriminatie, tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die aan de grondslag ligt van het indirecte onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.*”⁷

Volgens artikel 33 van de Genderwet zijn de feiten die aanleiding geven tot een vermoeden van indirecte discriminatie onder meer:

“*1° algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid; of*

2° het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of

3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt”.

IV. Analyse

Sinds enkele jaren worden vraagtekens geplaatst bij de basis voor de berekening van de vergoeding die verschuldigd is aan een werkne(e)m(st)er die zijn of haar prestaties heeft verminderd. De belangrijkste vraag is of voor de berekening van deze vergoedingen (compenserende opzeggingsvergoeding en bijzondere beschermingstoelage) rekening moet worden gehouden met het werkelijke deeltijds loon dan wel met het loon waarop de werkne(e)m(st)er recht had vóór de tijdelijke vermindering van zijn/haar prestaties.

De analyse van het Instituut zal uit vier delen bestaan. Het Instituut zal het volgens de wetgeving en de rechtspraak van de hoven en rechtbanken toepasselijke beginsel (1), de afwijkingen van dit beginsel (2) en de recente ontwikkelingen in de rechtspraak (3) analyseren, teneinde daaruit bepaalde lessen te trekken (4).

1. Principe

1.1. De wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten

Krachtens artikel 39, §1 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, is de compenserende opzeggingsvergoeding gelijke aan “*het lopend loon dat overeenstemt hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn*”⁸.

Naast de opzeggingsvergoeding kunnen ook andere vergoedingen worden toegekend, zoals bijvoorbeeld:

- Een bijzondere beschermingsvergoeding (ouderschapsverlof/tijdskrediet);
- Een vergoeding wegens discriminerend ontslag;
- Een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

⁶ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen *B.S.*, 30 mei 2007, art. 5, 7°.

⁷ Wet van 10 mei 2007, *op.cit.*, art. 15.

⁸ Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *B.S.*, 22 augustus 1978, art. 39, §1.

Volgens de rechtspraak wordt onder "lopend loon" verstaan de bezoldiging die de werkn(e)em(st)er krachtens de arbeidsovereenkomst verschuldigd is op het tijdstip van de verbreking ervan.⁹

Voor werkn(e)em(st)ers die hun prestaties tijdelijk verminderen in het kader van een tijdskrediet, geeft de wetgeving echter niet expliciet aan wat de basis voor de berekening van de vergoeding zal zijn. Er wordt immers niet uitdrukkelijk aangegeven of er rekening moet worden gehouden met het loon waarop de werkn(e)em(st)er recht zou hebben gehad, onafhankelijk van een eventuele vermindering van zijn of haar arbeidsprestaties (= volledig loon), dan wel met het loon dat hem/haar daadwerkelijk toekomt in het kader van de tijdelijke vermindering van zijn of haar prestaties (= verminderd loon).

1.2. Arrest van het Hof van Cassatie van 11 december 2006

Er zijn twee standpunten terug te vinden bij de hoven en rechtbanken. De ene leer verdedigt de berekening van de opzeggingsvergoeding op basis van het lager loon dat verschuldigd was door de verminderde arbeidsprestaties. Hiertegenover staat de leer die meent dat de vergoeding berekend moet worden op het loon dat verschuldigd zou zijn geweest indien de arbeidsprestaties niet werden verminderd.¹⁰

Deze tegenstelling in de rechtspraak heeft het Hof van Cassatie ertoe gebracht een beslissing te nemen. In een arrest van 11 december 2006¹¹ "oordeelt het Hof dat bij de berekening van de vergoeding rekening moet worden gehouden met de bezoldiging waarop de werknemer daadwerkelijk recht heeft op het tijdstip van de beëindiging van de overeenkomst, dat wil zeggen de bezoldiging die verschuldigd is voor verminderde prestaties".¹² Bovendien was het Hof van oordeel "dat het logisch is dat een eventuele beschermingsvergoeding op dezelfde wijze wordt berekend als de opzeggingsvergoeding, d.w.z. op basis van de daadwerkelijke bezoldiging voor verminderde prestaties".¹³

Dit arrest legde uiteindelijk vast wat jarenlang als het principe werd beschouwd. Bijgevolg werden de vergoedingen in geval van een tijdelijke vermindering van de prestaties gedurende lange tijd berekend op basis van de verminderde prestaties.

Er gingen echter stemmen op die het niet eens waren met deze stellingname van het Hof van Cassatie.¹⁴

2. Uitzonderingen

Er zijn twee uitzonderingen op het beginsel van de berekening van de vergoedingen (=opzeggingsvergoeding en beschermingsvergoeding) op basis van het verminderde loon. In het geval van ouderschapsverlof en thematisch verlof voor palliatieve zorg moet het volledige loon in aanmerking worden genomen.

2.1. Afwijkende regel in geval van ouderschapsverlof

In het arrest Meerts van 22 oktober 2009 oordeelde het HvJ-EU dat "de op de datum van ingang van het ouderschapsverlof door de werknemer verworven rechten of rechten in wording ongewijzigd behouden blijven tot het einde van het ouderschapsverlof."¹⁵ Dit omvat "alle rechten en voordelen in

⁹ Cass., 24 oktober 2005, *J.T.T.*, 2006, p.183 ; Cass., 3 februari 2003, *J.T.T.*, 2003, p.26 ; Cass. 16 november 1992, *J.T.T.*, 1993, p.230 ; Cass. 3 april 1978, *J.T.T.*, 1978, p.175.

¹⁰ F. VERBRUGGE, "Réduction temporaire des prestations de travail et calcul de l'indemnité de préavis. Situation actuelle et réflexions critiques", *Or.*, 2020/8, p. 3 tot 4.

¹¹ Cass. (3^{de} kamer), 11 december 2006, *J.T.T.*, p.86.

¹² F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 4.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ A. MECHELYNCK, "L'impact de l'égalité entre les femmes et les hommes sur le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis en cas de réduction des prestations de travail pour prendre soin d'autrui", *J.T.T.*, 2020, p. 426-427.

¹⁵ HVJ-EU, 22 oktober 2009, *Meerts*, C-116/08, *J.T.T.*, 2010.

geld of in natura die direct of indirect uit de arbeidsverhouding voortvloeien en waarop de werknemer jegens de werkgever aanspraak kan maken op de datum van ingang van het ouderschapsverlof."¹⁶

De bescherming van "verworven rechten" impliceert bijgevolg dat bij de berekening van de opzeggingsvergoeding rekening moet worden gehouden met de volledige beloning.

Advocaat-generaal Juliane KOKOTT benadrukte in haar conclusies ook het volgende: *"dat een werknemer een lagere opzeggingsvergoeding tijdens het ouderschapsverlof ontvangt dan het bedrag waarop hij vóór de ingang van het ouderschapsverlof recht had, kan de werknemer ervan weerhouden ouderschapsverlof te nemen. Dit gaat in tegen (...) doel van de raamovereenkomst. Doordat voor ouderschapsverlof kan worden gekozen, kunnen beroeps- en gezinsleven namelijk beter worden gecombineerd."*¹⁷

Dit arrest heeft tot een wijziging van de Belgische wetgeving geleid *"om de rechtszekerheid en de transparantie te waarborgen van de regels die gelden bij ontslag zonder opzeggingstermijn van werknemers die deeltijds ouderschapsverlof genieten."*¹⁸ Artikel 105, §3 van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen, zoals gewijzigd bij artikel 90 van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, bepaalt nu immers dat *"wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd gedurende een periode van vermindering van arbeidsprestaties in het kader van een ouderschapsverlof genomen in toepassing van deze afdeling, wordt onder "lopend loon" in de zin van artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten begrepen het loon dat de werknemer krachtens zijn arbeidsovereenkomst zou hebben verdiend indien hij zijn arbeidsprestaties niet had verminderd"*.

In het arrest *Meerts* is echter alleen uitspraak gedaan over ouderschapsverlof en niet over andere vormen van arbeidstijdverkorting. De redenering in het arrest *Meerts* kon dus niet volledig worden geëxtrapoleerd met betrekking tot het tijdskrediet.

Dit besluit deed dan ook de vraag rijzen of er een verschil in behandeling bestaat tussen personen die hun prestaties verminderen in het kader van ouderschapsverlof en personen die een andere vorm van thematisch verlof of tijdskrediet opnemen, aangezien voor deze laatsten niet de volledige maar de verminderde bezoldiging als basis wordt gebruikt voor de berekening van de opzeggingsvergoeding .

Het Grondwettelijk Hof¹⁹ heeft herhaaldelijk geoordeeld dat er geen verschil in behandeling is. Het Arbeidshof van Bergen²⁰ was het hiermee eens en verklaarde dat *"deze twee soorten verlof verschillend zijn wat hun doelstellingen of doeleinden betreft en onderworpen zijn aan hun eigen regelgeving (...)"*²¹

De motieven van het Grondwettelijk Hof en het Arbeidshof kunnen echter gedeeltelijk in vraag worden gesteld. Hoewel deze verlopen aan verschillende regelingen zijn onderworpen, kan immers worden gesteld dat ze een gemeenschappelijk doel en een gemeenschappelijke inhoud hebben, namelijk: de opvoeding van en de zorg voor een kind.²²

Ten slotte bevestigde het HvJ-EU in het arrest *Rogiers* dat de beschermingsvergoeding in het kader van ouderschapsverlof ook wordt berekend op basis van het voltijds loon.²³

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ HvJ-EU, 14 mei 2009 (Christel Meerts tegen Proost NV), Advocaat-generaal KOKOTT, punt 54.

¹⁸ Parl. Doc. wetsontwerp houdende diverse bepalingen, Kamer van Volksvertegenwoordigers, 52-2299/001, p.64.

¹⁹ F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 9 ; C.C., n°165/2011, 10 november 2001, Orientations, 2012, n°6, p. 28 ; G.H., nr. 167/2011, 10 november 2011, *J.T.T.*, 2012, p.145 ; G.H., nr. 191/2011, 15 décembre 2011 ; G.H., nr. 90/2012, 12 juli 2012; G.H., n°172/2019, 7 november 2019.

²⁰ F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 9 ; Arbn. Bergen, 23 november 2018, *op. cit.*, p. 23.

²¹ F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 9.

²² F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 10.

²³ HvJ-EU, 27 februari 2014, *Rogiers*, C-588/12.

2.2. Afwijkende regel in geval van palliatief verlof

In diens arrest van 5 december 2013²⁴ oordeelt het Grondwettelijk Hof dat wanneer een persoon wordt ontslagen tijdens de periode van verminderde prestaties in het kader van thematisch verlof voor palliatieve zorg, de ontslagvergoeding moet worden berekend op basis van het loon waarop de persoon recht zou hebben gehad indien hij of zij zijn of haar arbeidsprestaties niet zou hebben verminderd. Het Hof is van oordeel dat de beslissing van de werkne(e)m(st)er om palliatief verlof wegens op te nemen niet vrijwillig is, aangezien de werkne(e)m(st)er zijn/haar prestaties vermindert "om redenen van menselijkheid en menselijke waardigheid (...)".²⁵ Daarom moet het volledige loon in aanmerking worden genomen.

Het Grondwettelijk Hof creëert dus een afwijkende regel voor palliatief verlof, zonder daarbij de berekening op basis van verminderde prestaties voor andere types van tijdelijke vermindering van prestaties in vraag te stellen.

Deze uitspraak werd bekritiseerd wegens de enge visie en het differentiatie criterium op basis van het vrijwillige of onvrijwillige karakter van het verlof werd in vraag gesteld: *"Moet men ervan uitgaan dat verlof opnemen om voor een ernstig ziek familielid te zorgen (en wij benadrukken het bijwoord ernstig), zoals een kind of een echtgenoot, niet gebaseerd kan zijn op een motief dat extrinsiek is aan de werknemer..., dat een dergelijke situatie nooit aan hem of haar zou worden opgelegd vanwege zeer sterke emotionele banden...? Kan men nog van de vrije keuze van een werknemer spreken wanneer de opvangstructuren en de menselijke hulpbronnen (verplegend personeel) ontbreken om de best mogelijke bijstand en de nodige verzorging te verlenen voor een ernstig zieke ...? Hoe zit het met het bestaan van een "vrije keuze" wanneer, bijvoorbeeld, in een eenoudergezin, het absoluut noodzakelijk is aanwezig te zijn om voor een zwaar gehandicapt kind te zorgen...? Kunnen we dan zonder aarzeling stellen dat dit verlof nooit "dwingend" is? Waarom deze "dubbele standaard"? Op een schaal van waarden, is het bijstaan van een ernstig ziek familielid niet van hetzelfde niveau als aanwezig zijn bij een persoon in palliatieve zorg?"*²⁶

Sommige auteurs hebben ook gewezen op de genderdimensie bij het opnemen van dit soort verlof: *"Het is kennelijk volhardend in het ontkennen van de sociologische gegevens die bepalend zijn voor deze zogenaamde persoonlijke gemakken, in het bijzonder de ongelijke verdeling van gezinsverantwoordelijkheden, en dus weigeren rekening te houden met het risico van indirecte discriminatie op grond van geslacht (...)"*²⁷ en verwezen naar het arrest van het arbeidshof van Gent²⁸ van 14 januari 2013, waarbij werd onderstreept dat de redenering van dat hof werd bevestigd door het Hof van Justitie in het *Praxair*-arrest (zie hieronder).²⁹ In die zaak had het arbeidshof geoordeeld dat een werkneemster die tijdens haar tijdskrediet was ontslagen, recht had op een compenserende opzegvergoeding, berekend op basis van het loon dat zij zou hebben ontvangen indien zij op het tijdstip van haar ontslag voltijds had gewerkt. Het hof stelde vast dat volgens de statistieken van de RVA meer vrouwen dan mannen gebruik maken van tijdskrediet, en besloot dat er sprake van een indirecte discriminatie op grond van geslacht.

²⁴ G.H., nr. 164/2013, R.W., 2013-2014.

²⁵ G.H., nr. 164/2013, *ibidem*, p.1230.

²⁶ F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 12.

²⁷ J. JACQMAIN, « Prestations réduites et indemnités de licenciement : Pénélope inlassable », *Chr.D.S.*, 2014, 06, p. 317 ; J. JACQMAIN, « Observations sous C. Trav. Bruxelles, 5 avril 2018 », *Chr.D.S.*, 2019, 01, p. 16.

²⁸ Arbh. Gent, 14 januari 2013, N.J.W., 2013/5, nr. 278, p. 218-227.

²⁹ C.J., 8 mai 2019, *Praxair*, C-486/18.

3. Evoluties in de rechtspraak

3.1. Arrest van het Hof van Cassatie van 22 juni 2020

In deze zaak, waarin het Instituut burgerlijke partij was, had een werkneemster haar prestaties halftijds verminderd in het kader van een tijdskrediet om voor haar kind van jonger dan 8 jaar te zorgen. De werkneemster werd ontslagen. Ze vocht het ontslag aan en vorderde onder meer het saldo van haar compenserende opzeggingsvergoeding op basis van een voltijds loon en de betaling van de bijzondere beschermingsvergoeding voorzien in de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 103, eveneens op basis van een voltijds loon.

De werkneemster, haar vakbond en het Instituut waren immers van mening dat het verminderde loon als basis nemen voor de berekening een indirecte discriminatie op grond van geslacht vormde, aangezien de statistieken aantonen dat meer vrouwen dan mannen een beroep doen op dit type tijdskrediet.

Op 23 november 2018 concludeerde het arbeidshof van Bergen dat er geen sprake was van discriminatie. Het arbeidshof motiveerde zijn beslissing op twee gronden. Enerzijds betoogde het dat de wetgeving inzake loopbaanonderbreking zowel op mannen als op vrouwen van toepassing is. Anderzijds was het hof van mening dat het zich baseren op statistieken waaruit blijkt dat vrouwen de meerderheid vormen van degenen die hun prestaties verminderen, neerkomt op het bevoordelen van vrouwen, aangezien mannen, die minder talrijk zijn, geen hogere vergoeding zouden hebben kunnen eisen.³⁰

Na deze beslissing werd de zaak aanhangig gemaakt bij het Hof van Cassatie. Bij zijn beslissing baseert het Hof zich op de redenering van Hof van Justitie in het arrest *Praxair*.³¹

Dit arrest heeft betrekking op de Franse wetgeving betreffende de berekening van de ontslagvergoeding en de outplacementvergoeding in het kader van een ontslag om economische redenen wanneer de werkneemster deeltijds ouderschapsverlof opneemt.

Op het moment van de feiten bepaalde de Franse wet dat in geval van vermindering van prestaties in het kader van ouderschapsverlof gedeeltelijk rekening moest worden gehouden met het verminderde loon bij de berekening van de ontslagvergoeding. Het Franse Hof van Cassatie heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie dan ook de vraag voorgelegd of een dergelijke berekeningswijze een indirecte discriminatie vormt in de zin van artikel 157 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna VWEU).

Volgens het Hof van Justitie is er sprake van indirecte discriminatie op grond van geslacht "*wanneer de toepassing van een nationale maatregel, al is deze op neutrale wijze geformuleerd, in feite een groter aantal werknemers van het ene geslacht dan van het andere benadeelt. Een dergelijke maatregel is alleen verenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling wanneer het verschil in behandeling tussen de twee categorieën van werknemers gerechtvaardigd is door objectieve factoren die niets met discriminatie op grond van geslacht van doen hebben*".³²

Daarop heeft het HvJ-EU geoordeeld dat de bepaling van de ontslagvergoeding op basis van het tijdens het ouderschapsverlof ontvangen loon "*in feite een groter aantal werknemers van het ene geslacht dan van het andere benadeelt*" aangezien uit de nationale statistieken is gebleken dat in Frankrijk 96% van de werknemers die ouderschapsverlof nemen, vrouwen zijn. Aangezien de Franse regering geen factoren heeft kunnen aanvoeren die objectief gerechtvaardigd zijn om redenen die geen verband

³⁰ C. BEDORET, « Crédit-temps : vers l'égalité salariale femme-homme ? », *B.S.J.*, 2020-2, p. 3.

³¹ HvJ., 8 mei 2019, *Praxair*, C-486/18, EU : C : 2019 : 379.

³² HvJ., 8 mei 2019, *Praxair*, C-486/18, EU : C : 2019 : 379, punt 80.

houden met discriminatie op grond van geslacht, concludeert het HvJ-EU dat de regelgeving in kwestie indruist tegen het in artikel 157 VWEU vastgelegde beginsel".³³

In zijn arrest van 22 juni 2020 baseert het Belgische Hof van Cassatie zich op dit *Praxair*-arrest om tot een beslissing te komen. Het arrest *Praxair* heeft betrekking op ouderschapsverlof, maar kan perfect op het onderhavige geval worden toegepast, aangezien het niet enkel op richtlijn 96/34 betreffende ouderschapsverlof gebaseerd is, maar ook op artikel 157 VWEU, dat discriminatie tussen vrouwen en mannen met betrekking tot de beloning verbiedt. Interessant is dat artikel 157 VWEU van toepassing is op alle werkne(e)m(st)ers, ongeacht of zij tijdskrediet of ouderschapsverlof opnemen. Naar analogie kan de redenering van het Hof van Justitie in het *Praxair*-arrest worden aangevoerd met betrekking tot werkne(e)m(st)ers die tijdskrediet opnemen.

Zoals het openbaar ministerie in zijn conclusies heeft opgemerkt, *"blijkt uit de door verzoekers aangevoerde statistieken dat een bepaling die schijnbaar neutraal is in die zin dat zij ertoe strekt de vergoeding die als grondslag dient voor de berekening van de ontslagvergoeding van elke werknemer die deeltijds ouderschapsverlof neemt, zonder onderscheid te verminderen, echter neerkomt op het specifiek benadelen van vrouwelijke werknemers en het creëren van een voor hen nadelig verschil in behandeling, aangezien er tal van redenen van maatschappelijke, familiale en organisatorische aard zijn, die juist verband houden met hun status als vrouwen en moeders, die kennelijk altijd als eerste moeten instaan zijn voor de opvoeding van hun jonge kinderen, waardoor zij de bijna exclusieve doelgroep van dit tijdskrediet vormen"*.

Daarom besloot het Hof van Cassatie om het arrest van het arbeidshof van Bergen te vernietigen. Het hof had de tekst uit het *Praxair*-arrest moeten toepassen om na te gaan of de regel voor de berekening van de opzeggingsvergoeding op basis van het verminderde loon al dan niet een indirecte discriminatie op grond van geslacht uitmaakt.

Hoewel het Grondwettelijk Hof³⁴ kort voordien had geoordeeld dat het niet discriminerend was om bij het ontslag van een werkne(e)m(st)er in deeltijds tijdskrediet om voor een kind jonger dan acht jaar te zorgen, de berekening van de opzeggingsvergoeding te baseren op het verminderde loon, is de rechtsleer van oordeel dat het arrest van het Hof van Cassatie van 22 juni 2020 moet gevolgd worden, gelet op de chronologie van de beslissingen en de ingeroepen motivering (artikel 157 VWEU).³⁵ Bovendien wordt het arrest van het Hof van Cassatie gevolgd door de rechtbanken van eerste aanleg (zie hieronder).

3.2. Arrest van het arbeidshof van Luik van 11 december 2020

In deze zaak werd een werkneemster eveneens ontslagen terwijl zij tijdskrediet genoot om voor haar kind van jonger dan 8 jaar te zorgen. De werkneemster had haar prestaties tot een vijfde teruggeschroefd en betoogde dat *"het in aanmerking nemen van haar verminderde feitelijke loon bij de bepaling van het bedrag van haar verbrekingsvergoeding en beschermingsvergoeding een indirecte discriminatie op grond van geslacht zou uitmaken"*.³⁶

Bij de uitspraak volgde de arbeidshof de redenering van het Hof van Cassatie, door het non-discriminatiebeginsel te toetsen aan het beginsel van de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers, zoals bepaald in artikel 157 VWEU.³⁷ Daarbij werd na nagaan of *"een aanzienlijk groter aantal vrouwen dan mannen ervoor kiest de arbeidstijd te verminderen om voor hun kind tot acht jaar*

³³ HvJ., 8 mei 2019, *Praxair*, C-486/18, EU : C : 2019 : 379, punt 82.

³⁴ G.H., n°172/2019, 7 november 2019.

³⁵ P. VANHAVERBEKE en L.MIDOL, "L'indemnité compensatoire de préavis en cas de crédit-temps pour prendre soin d'un enfant de moins de 8 ans doit-elle se calculer sur la base d'une rémunération à temps plein ? La Cour de cassation fait-elle volte-face ? », Bulletin juridique et social, 659, november 2020, 1, p. 9.

³⁶ Arbh. Luik, 11 december 2020, *J.T.T.*, 2020, p. 175.

³⁷ Arbh. Luik, 11 december 2020, *op. cit.*, p. 174.

te zorgen"³⁸ en of dit verschil in behandeling tussen vrouwelijke en mannelijke werknemers kan worden gerechtvaardigd door objectieve factoren die geen enkel verband houden met enige discriminatie op grond van geslacht.

In dit arrest blijkt uit een studie van de RVA: "*Hoewel het aandeel van de mannen van jaar tot jaar toeneemt, is de toename en het aantal van de vrouwen die gebruikmaken van het stelsel [van tijdskrediet met motief voor het verlenen van bijstand of verzorging aan anderen] veel groter*".³⁹

Het arbeidshof beslist dan ook dat het voltijdse referentieloon in aanmerking moet worden genomen voor de berekening van de aan de werkneemster verschuldigde opzeggings- en beschermingsvergoeding.

4. Lessen

Volgens het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2020 en het arrest van 11 december 2020 van het arbeidshof van Luik moeten de opzeggingsvergoeding en de beschermingsvergoeding berekend worden "*op basis van een voltijds loon in geval van vermindering van de prestaties in het kader van verlof waarvoor tot op heden enkel het verminderde loon als basis diende voor de berekening van de opzeggingsvergoedingen*".⁴⁰ Naarmate de rechtspraak evolueert, wordt de uitzondering dus de regel.

De doctrine heeft zich afgevraagd of de redenering die in het *Praxair*-arrest en door het Hof van Cassatie wordt gevolgd, kon worden uitgebreid tot alle maatregelen van tijdelijke arbeidsduurvermindering om zorgredenen.⁴¹ Het blijkt dat vrouwen systematisch meer dan mannen geneigd zijn hun arbeidsduur te verminderen en dat die vaststelling in de loop van de tijd van kracht blijft.⁴²

Reden voor tijdelijke vermindering van de arbeidsprestaties	Percentage vrouwen in 2019 ⁴³	In aanmerking te nemen loon
Ouderschapsverlof	68% in 2017 ⁴⁴	Voltijds loon , overeenkomstig: <ul style="list-style-type: none"> - De voornoemde arresten Meerts en Rogiers; - Artikel 105 van de herstelwet; - Gelet op artikel 105 van de herstelwet is het niet nodig lering te trekken uit het <i>Praxair</i>-arrest, maar het versterkt wel de verplichting om rekening te houden met het voltijds loon.
Palliatief verlof	70%	Voltijds loon , overeenkomstig het hierboven uiteengezette arrest nr. 164/2013 van het Grondwettelijk Hof.
Deeltijds tijdskrediet voor de zorg voor een kind jonger dan acht jaar	85%	In weerwil van het arrest nr. 172/2019 van het Grondwettelijk Hof moet het voltijds loon in aanmerking worden genomen, overeenkomstig:

³⁸ Arbh. Luik, 11 december 2020, *op. cit.*, p. 174.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ A. MECHELYNCK, *op.cit.*, p. 436.

⁴¹ A. MECHELYNCK, *op.cit.*; P. VANHAVERBEKE en L.MIDOL., *op. cit.*, p.9.

⁴² A. MECHELYNCK, *op.cit.*

⁴³ Statistieken verzameld door A. MECHELYNCK, *op.cit.*

⁴⁴ Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, "De genderdimensie in ouderschapsverlof, tijdskrediet en loopbaanonderbreking", Brussel, 2018, p.6.

		<ul style="list-style-type: none"> - De arresten van het Hof van Cassatie van 22 juni 2020 en van het arbeidshof van Luik van 11 december 2020; - De lessen van het <i>Praxair</i>-arrest.
Deeltijds thematisch verlof - medische bijstand ⁴⁵	67%	Deeltijds loon , overeenkomstig arrest nr. 80/2012 van het Grondwettelijk Hof, maar toepassing van de lessen van het <i>Praxair</i> -arrest, de arresten van het Hof van Cassatie van 22 juni 2020, het arrest van het arbeidshof van Luik van 11 december 2020 en het arrest van het arbeidshof van Gent van 14 januari 2013 is mogelijk.
Deeltijds tijdskrediet	<ul style="list-style-type: none"> - Ernstig ziek kind: 75% - Ernstig ziek gezins- of familielid: 63% - Gehandicapt kind: 60% 	Deeltijds loon volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, maar een toepassing van de lessen van het arrest Praxair, de arresten van het Hof van Cassatie van 22 juni 2020, het arrest van het arbeidshof van Luik van 11 december 2020 en het arrest van het arbeidshof van Gent van 14 januari 2013 is mogelijk.

Het Instituut ijvert voor het opnemen van één enkele oplossing voor alle vormen van tijdskrediet/thematische verloven in plaats van rechters te vragen...plaats van rechters te vragen om geval per geval na te gaan of er sprake is van indirecte discriminatie. Het valt immers niet te ontkennen dat vrouwen de voornaamste gebruikers zijn van stelsels van tijdelijke verminderde prestaties en dit volstaat om "*een sterk vermoeden van indirecte discriminatie op grond van geslacht te doen ontstaan wanneer wettelijke bepalingen werknemers die niet voltijds werken ongunstig behandelen*".⁴⁶

Daarom is het Instituut van mening dat de huidige wetgeving moet worden aangepast om expliciet te stipuleren dat het volledige loon de basis moet zijn voor de berekening van de vergoedingen.

Door de basis voor de berekening vast te leggen in de wetgeving, worden de rechtszekerheid en de transparantie van de toepasselijke regels gewaarborgd. Zoals na het voornoemde arrest *Meerts*, moeten de evoluties in de rechtspraak in het arrest van het Grondwettelijk Hof van 5 december 2013 betreffende palliatief verlof en het arrest van het Hof van Cassatie van 22 juni 2020 betreffende tijdskrediet voor de verzorging van een kind van jonger dan acht jaar, in de wetgeving worden verankerd.

Het Instituut is van mening dat niet alleen lessen moeten worden getrokken betreffende palliatief verlof en tijdskrediet voor de zorg voor een kind jonger dan acht jaar, maar ook voor alle andere vormen van tijdskrediet, in ieder geval wanneer statistisch is aangetoond dat een meerderheid van vrouwen er gebruik van maakt.

Het Instituut doelt met name op de in collectieve arbeidsovereenkomst nr. 103 bedoelde vormen van tijdskrediet met motief: tijdskrediet voor de verzorging van een ernstig ziek lid van het huishouden of familielid, voor de verzorging van hun gehandicapt kind tot de leeftijd van 21 jaar, en voor de verzorging van hun ernstig ziek minderjarig kind of van een ernstig ziek minderjarig kind dat als lid van het huishouden wordt beschouwd.

⁴⁵ Vermindering van de arbeidsprestaties voor de bijstand aan een ernstig ziek gezins- of familielid, in toepassing van het koninklijk besluit van 10 augustus 1998 tot invoering van een recht op loopbaanonderbreking voor bijstand of verzorging van een zwaar ziek gezins- of familielid.

⁴⁶ Raad van de Gelijke kansen voor mannen en vrouwen, 'Le travail à temps partiel – situation et implications en droit du travail et en matière de sécurité sociale', 1998.

In de eerste plaats moet de gelijkheid van vrouwen en mannen op professioneel gebied worden gewaarborgd. Hoewel niet wordt betwist dat de kloof tussen vrouwen en mannen steeds kleiner wordt, moet worden vastgesteld dat een meerderheid van de vrouwen momenteel voor arbeidsduurvermindering kiezen om voor hun kinderen te zorgen. Uit de statistieken van de RVA blijkt in feite dat "vooral vrouwen tijdskrediet, thematisch verlof of loopbaanonderbreking nemen. In februari 2021 ging het om 153.163 vrouwelijke uitkeringstrekkers (64,4%) tegenover 84.723 mannelijke (35,6%)."⁴⁷ De gevolgen van het Praxair-arrest moeten dus worden doorgetrokken in alle regelingen voor tijdelijke arbeidsduurvermindering die bedoeld zijn om de combinatie van gezinsleven en werk te bevorderen.

Door duidelijk te maken dat het volledige loon in aanmerking moet worden genomen, wordt bovendien elk risico van een ongewenste discriminatie van mannelijke werknemers vermeden. Het is weinig waarschijnlijk dat een rechter die zich moet uitspreken over de situatie van een man die ontslagen werd tijdens een tijdelijke arbeidsduurvermindering, een discriminerende beslissing zou nemen, aangezien het nationale recht moet worden uitgelegd "in het licht van de wetgeving van de Unie, zodat het daarmee in overeenstemming is".⁴⁸ Niettemin maakt een wettelijke bekrachtiging het mogelijk om de berekening op basis van het voltijds loon met zekerheid toe te passen op zowel vrouwen als mannen.

Ten tweede kunnen hogere vergoedingen een ontradend effect hebben tegen onrechtmatig ontslag op grond van verlof om familiale redenen en zo de werkzekerheid van de betrokken werknemers vergroten. Zoals de doctrine onderstreept, "zal een weinig scrupuleuze werkgever snel het voordeel inzien van een situatie waarin het onregelmatige karakter van het ontslag zal leiden tot de betaling van een beschermingsvergoeding die niet wordt berekend op basis van een fictief voltijds loon, maar op basis van het loon voor de verminderde prestaties".⁴⁹

Een wettelijke erkenning van de berekeningsmethode op basis van het voltijds loon zou dus leiden tot een betere toepassing van IAO-Verdrag nr. 156 (mannelijke en vrouwelijke werknemers: werknemers met gezinsverantwoordelijkheid), dat op 10 april 2016 in België in werking is getreden en dat stelt: "Teneinde werkelijke gelijkheid van kansen voor en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke arbeiders te bewerkstelligen, stelt ieder Lid zich in zijn nationale beleid ten doel personen met gezinsverantwoordelijkheid, die een betrekking vervullen of wensen te vervullen, in staat te stellen hun recht om zulks te doen uit te oefenen, zonder aan discriminatie te worden blootgesteld en, voor zover mogelijk, zonder dat de verantwoordelijkheid ten aanzien van hun werk in botsing komt met hun gezinsverantwoordelijkheid."

Ten slotte is het expliciet vastleggen van het principe van de berekening op basis van het voltijds loon in lijn met de verplichting om Richtlijn 2019/1158 van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers⁵⁰ om te zetten. Deze richtlijn wordt momenteel in België omgezet⁵¹, en legt minimale vereisten vast aangaande geboorteverlof, ouderschapsverlof en mantelzorgverlof, alsook inzake flexibele werkregelingen voor werknemers die ouders of mantelzorgers zijn. Het doel is om de combinatie van werk en gezinsleven te vergemakkelijken voor deze ouders en mantelzorgers, en zo bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag inzake gelijke kansen voor mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt en gelijke behandeling op het werk.⁵²

Artikel 10.1 van de richtlijn voorziet in de handhaving van verworven of in opbouw zijnde rechten en artikel 11 verplicht de lidstaten om de nodige maatregelen te nemen om een minder gunstige

⁴⁷ [Cijfers Loopbaanonderbreking, thematische verloven en tijdskrediet - februari 2021 | Documentatie | RVA](#)

⁴⁸ A. MECHELYNCK, "impact de l'égalité entre les femmes et les hommes sur le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis en cas de réduction des prestations de travail pour prendre soin d'autrui", *op.cit.*, p. 436.

⁴⁹ F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 10.

⁵⁰ Richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad

⁵¹ De omzetting moet uiterlijk op 2 augustus 2022 gewaarborgd zijn, conform artikel 20 van Richtlijn (EU) 2019/1158.

⁵² Overweging 16 van Richtlijn (EU) 2019/1158.

behandeling van werknemers te verbieden op grond van het feit dat zij om verlof of om een flexibele arbeidsregeling hebben gevraagd of deze hebben opgenomen. Deze bepalingen moeten worden uitgelegd in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie. In dit verband maakt artikel 105 van de wet van 22 januari 1985 het mogelijk om de richtlijn na te leven wat het ouderschapsverlof betreft, maar de richtlijn moet nog worden omgezet wat de andere vormen van verlof betreft, met name het zorgverlof.

V. Aanbevelingen

Tot besluit formuleert het Instituut de volgende aanbevelingen:

- **Aanpassing van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten met betrekking tot de berekeningswijze van de beschermingsvergoeding voor alle andere vormen van tijdelijke arbeidsduurvermindering, zoals tijdskrediet voor de zorg een kind jonger dan 8 jaar, zodat uitdrukkelijk wordt aangegeven welk loon in aanmerking moet worden genomen voor deze berekening. Meer bepaald, in artikel 39 van de wet een lid 4 invoegen dat als volgt luidt:**

"Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd tijdens een periode van verminderde arbeidsprestaties in het kader van tijdskrediet of ouderschapsverlof en voor zover deze wijziging van de arbeidsvoorwaarden niet voor onbepaalde tijd werd gesloten wordt onder "lopend loon" in de zin van lid 1 verstaan de bezoldiging waarop de werknemer uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst recht zou hebben gehad indien hij zijn prestaties niet had verminderd.";

- **Aanpassing van de herstellwet houdende sociale bepalingen van 22 januari 1985, door de invoering van een nieuw artikel 103sexies dat bepaalt dat:**

"Wanneer een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd tijdens een periode van verminderde arbeidsprestaties in het kader van een tijdskrediet opgenomen in uitvoering van deze afdeling en voor zover deze vermindering van de arbeidsprestaties niet voor onbepaalde tijd werd gesloten, wordt onder "lopend loon" in de zin van artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten verstaan het loon waarop de werknemer recht zou hebben op grond van zijn arbeidsovereenkomst indien hij zijn prestaties niet had verminderd.";

- **De collectieve arbeidsovereenkomst nr. 103 van 27 juni 2012, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, tot invoering van een stelsel van tijdskrediet, loopbaanvermindering en landingsbanen, aan te passen door in artikel 21 van de CAO een §5 in te voegen, die bepaalt dat:**

"Wanneer een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd tijdens een periode van verminderde arbeidsprestaties in het kader van een tijdskrediet als bedoeld in artikel 4, §1, en voor zover deze vermindering van de arbeidsprestaties niet voor onbepaalde tijd werd gesloten, wordt onder "lopend loon" in de zin van artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten verstaan het loon waarop de werknemer recht zou hebben op grond van zijn arbeidsovereenkomst indien hij zijn arbeidsprestaties niet had verminderd." ;

- **De analyse van de overeenstemming van de Belgische bepalingen met Richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en verzorgers voortzetten.**