

Recommandation de
l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes nr 2021-R/004
concernant le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de
protection spéciale, due à un travailleur ou une travailleuse qui a réduit
temporairement ses prestations



**INSTITUT
POUR L'ÉGALITÉ
DES FEMMES
ET DES HOMMES**

I. Introduction

Créé par la loi du 16 décembre 2002, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après l'Institut) est un organisme qui a entre autres pour mission de veiller au respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes et de combattre toute forme d'inégalité ou de discrimination fondée sur le sexe.

En cette qualité, l'Institut est habilité à adresser des recommandations et des avis aux pouvoirs publics en vue de l'amélioration des lois et réglementations.

II. Contexte

L'Institut est habilité à agir en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, du chapitre *Vbis* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et des lois pénales et autres lois qui ont spécifiquement pour objet la garantie de l'égalité des femmes et des hommes.

Dans ce contexte, l'Institut a reçu la plainte d'une travailleuse licenciée alors qu'elle bénéficiait d'un crédit-temps pour prendre soin d'un enfant de moins de 8 ans. Soutenue par son syndicat et l'Institut, la travailleuse a contesté son licenciement et a réclamé l'indemnité de protection prévue à l'article à l'article 21, §4, de la Convention Collective de travail n°103. Elle réclamait en outre que cette indemnité, ainsi que l'indemnité compensatoire de préavis, soient calculées sur la base de sa rémunération à temps plein.

La Cour du travail de Mons, dans un arrêt du 23 novembre 2018¹, avait accordé à cette dernière une indemnité forfaitaire équivalent à 6 mois de rémunération brute, conformément à la Convention collective de travail n°103.

Cependant, la Cour du travail a estimé que l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de protection devaient être calculées sur la base de la rémunération réduite perçue au moment du licenciement. C'est dans ce cadre que la victime, son syndicat et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ont introduit un pourvoi en cassation pour demander que les indemnités soient calculées sur la base de la rémunération courante, correspondant à la rémunération dont la travailleuse aurait bénéficié sur la base de son contrat de travail si elle n'avait pas réduit temporairement ses prestations de travail.

En effet, selon l'Institut, même si la règle concernant la réduction de l'indemnité est formulée de manière neutre, elle désavantage les personnes qui sont licenciées lorsqu'elles utilisent des formules de réduction temporaire des prestations de travail par rapport à des personnes qui maintiennent une activité à temps plein.

La plupart d'entre eux sont des femmes qui travaillent moins pour élever leurs enfants. Si leur indemnité de départ est calculée sur le salaire correspondant à la réduction des performances professionnelles, il s'agit – selon l'Institut – d'une forme de discrimination indirecte. Une discrimination indirecte est la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe déterminé, sans que cela puisse se justifier.

Dans son arrêt du 22 juin 2020, la Cour de cassation² a finalement donné raison à l'Institut (voir *infra*).

¹ C.Trav. Mons, 23 novembre 2018, *J.T.T.*, p. 23.

² Cass.(3^e ch.), 22 juin 2020, RG n° S.19.0031.N, www.juridat.be.

III. Droit européen et notion de discrimination indirecte

Le droit européen pose depuis longtemps le principe de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de valeur égale.

L'article 157 TFUE prescrit que : « 1. *Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.*

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, adoptent des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle. »

Par conséquent, la notion de rémunération doit être interprétée dans un sens large. Dans la situation qui nous occupe, l'indemnité compensatoire de préavis et les indemnités de protection spéciales comme l'indemnité due en application de la CCT n°103 constituent de la rémunération au sens de l'article 157 TFUE.

Le principe d'égalité entre les femmes et les hommes en matière de rémunération implique l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte en matière de rémunération : « *Pour un même travail ou pour un travail auquel est attribuée une valeur égale, la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est éliminée dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération* »³.

La discrimination indirecte est reconnue par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.⁴

Cette reconnaissance de la discrimination indirecte a trouvé un écho dans la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, dite « directive refonte » où elle est définie comme

³ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, art.4., al. 1.

⁴ C.J.C.E, 31 mars 1981, *Jenkins*, C-96/80 ; C.J.C.E, 13 mai 1986, *Bilka*, C-170/84.

suit : « Art. 2.1.b) « *Discrimination indirecte* » : la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires. ».

Afin d'identifier une discrimination indirecte, il y a donc lieu de vérifier l'existence :

- d'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre
- qui désavantage un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe par rapport à un autre ;
- alors que ces personnes se trouvent dans une situation comparable.⁵

Ensuite, si la personne qui met en place la disposition, la mesure ou la pratique apparemment neutre souhaite démontrer qu'il n'y a pas discrimination, il lui appartiendra de démontrer que l'usage de la mesure est justifié par un but légitime et que les moyens mis en œuvre afin d'atteindre ce but sont appropriés et nécessaires, c'est-à-dire proportionnés.

Au niveau droit national, l'article 5, 8° de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, dite Loi Genre, définit la discrimination indirecte comme « *toute distinction indirecte fondée sur le sexe, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II de la loi* ». Il faut entendre par distinction indirecte « *la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe déterminé* »⁶. « *Toute distinction indirecte fondée sur le sexe constitue une discrimination indirecte, à moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires.* »⁷

Conformément à l'article 33 de la Loi Genre, les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte sont notamment :

« *1° des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale, ou*
2° l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect, ou
3° du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable ».

IV. Analyse

Depuis plusieurs années, la base du calcul des indemnités, dues à un travailleur qui a réduit temporairement ses prestations pose certains questionnements. La question majeure est de savoir si, pour le calcul de ces indemnités (indemnité compensatoire de préavis et indemnité de protection spéciale), il y a lieu de prendre en considération la rémunération effective à temps partiel ou la rémunération à laquelle le travailleur avait droit avant la réduction temporaire de ses prestations.

L'analyse de l'Institut sera divisée en quatre parties car l'Institut analysera le principe applicable selon la législation et la jurisprudence des Cours et Tribunaux (1), les dérogations à ce principe (2) et, les récentes évolutions jurisprudentielles (3) afin d'en tirer certains enseignements (4).

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

⁶ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, art. 5, 7°.

⁷ Loi du 10 mai 2007, *op.cit.*, art. 15.

1. Principe

1.1. La loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail

En vertu de l'article 39, §1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, l'indemnité compensatoire de préavis (ci-après dénommée « l'ICP ») est « égale à la rémunération en cours correspondant soit à la durée du délai de préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir »⁸.

Outre l'ICP, d'autres indemnités peuvent également être accordées, comme par exemple :

- Une indemnité de protection spéciale (congé parental / crédit-temps) ;
- Une indemnité de licenciement discriminatoire ;
- Une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable.

Par « rémunération en cours », il ressort de la jurisprudence qu'il s'agit de la rémunération qui est due au travailleur en vertu du contrat de travail au moment de la rupture de celui-ci⁹.

Cependant, pour les travailleurs qui réduisent temporairement leurs prestations dans le cadre d'un crédit-temps, la législation n'indique pas explicitement quelle va être la base du calcul des indemnités. En effet, elle ne fait pas valoir de façon explicite s'il y a lieu de prendre en compte la rémunération à laquelle le travailleur aurait eu droit indépendamment de toute réduction des prestations de travail (= la rémunération complète) ou la rémunération qui lui est effectivement due dans le cadre de la réduction temporaire de ses prestations (= la rémunération réduite).

1.2. Arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2006

Du côté des Cours et Tribunaux, il est possible de constater deux prises de position.

Les uns considéraient que l'ICP devait être calculée en prenant en considération la rémunération réduite. *A contrario*, les autres considéraient qu'il y avait lieu de prendre en compte la rémunération complète¹⁰.

Cette opposition jurisprudentielle a amené la Cour de cassation à se prononcer. Dans un arrêt du 11 décembre 2006¹¹, « la Cour jugea que l'indemnité devait être calculée en tenant compte de la rémunération à laquelle le travailleur a effectivement droit au moment de la résiliation du contrat c'est-à-dire celle due pour des prestations réduites »¹². De plus, la Cour a également considéré « en toute logique que l'indemnité de protection éventuellement due devait se calculer de la même manière que l'indemnité de préavis c'est-à-dire sur la base de la rémunération effective pour des prestations réduites »¹³.

Cet arrêt a finalement posé ce qui a été considéré comme le principe durant plusieurs années. Par conséquent, durant longtemps, en cas de réduction temporaire des prestations de travail, les indemnités étaient calculées en tenant compte des prestations réduites.

⁸ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, art. 39, §1^{er}.

⁹ Cass., 24 octobre 2005, *J.T.T.*, 2006, p.183 ; Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p.26 ; Cass. 16 novembre 1992, *J.T.T.*, 1993, p.230 ; Cass. 3 avril 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, pp. 3 à 4.

¹¹ Cass. (3^e ch.), 11 décembre 2006, *J.T.T.*, p.86.

¹² F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 4.

¹³ *Ibidem*.

Cependant, malgré cette prise de position, force est de constater que la décision de la Cour de cassation a fait l'objet de contestations.¹⁴

2. Exceptions

Le principe du calcul des indemnités (= ICP et indemnité de protection) sur la base de la rémunération réduite connaît deux exceptions. En effet, dans le cadre du congé parental et du congé thématique pour prodiguer des soins palliatifs, il y a lieu de prendre en compte la rémunération complète.

2.1. Règle dérogatoire en cas de congé parental

Dans son arrêt *Meerts* du 22 octobre 2009, la CJUE a considéré que « *les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus dans leur état jusqu'à la fin du congé parental.* »¹⁵ Cela recouvre « *l'ensemble des droits et des avantages, en espèces ou en nature, dérivés directement ou indirectement de la relation de travail, auxquels le travailleur peut prétendre à l'égard de l'employeur à la date du début du congé parental* »¹⁶.

La protection des « droits acquis » implique donc que l'ICP soit calculée en tenant compte de la rémunération complète.

Dans ses conclusions, l'avocat général Juliane KOKOTT soulignait également que : « *le fait qu'un travailleur obtienne pendant le congé parental une indemnité de licenciement plus modeste que celle qu'il aurait obtenue auparavant pourrait le dissuader de prendre un congé parental. Cela heurterait la finalité de l'accord-cadre (...). La faculté de prendre un congé parental permet en effet de mieux concilier la vie familiale et la vie professionnelle* ». ¹⁷

Cet arrêt a eu pour conséquence une modification de la législation belge « *afin de garantir la sécurité juridique et la transparence des règles applicables en cas de rupture du contrat de travail sans délai de préavis des travailleurs qui bénéficient d'un congé parental à temps partiel* »¹⁸. En effet, l'article 105,§3 de la loi de redressement du 22 janvier 1985 contenant des dispositions sociales, tel que modifié par l'article 90 de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses dispose désormais que « *lorsqu'il est mis fin au contrat de travail durant une période de réduction des prestations de travail dans le cadre d'un congé parental pris en exécution de la présente section, on entend par "rémunération en cours" au sens de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, la rémunération à laquelle le travailleur aurait eu droit en vertu de son contrat de travail s'il n'avait pas réduit ses prestations* ».

Toutefois, l'arrêt *Meerts* s'est prononcé uniquement sur le congé parental et pas sur les autres formes de diminution du temps de travail. Le raisonnement tenu dans l'arrêt *Meerts* ne pouvait donc pas être totalement extrapolé concernant le crédit-temps.

Cette décision a donc amené à se demander s'il existe une différence de traitement entre les personnes qui réduisent leurs prestations dans le cadre d'un congé parental et celles qui prennent une autre forme de congé thématique ou un crédit-temps dès lors que, pour ces derniers, ce n'est pas la rémunération complète mais la rémunération réduite qui est prise en compte afin de calculer l'ICP.

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, pp. 426-427.

¹⁵ C.J.C.E., 22 octobre 2009, *Meerts*, C-116/08, *J.T.T.*, 2010.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ C.J.C.E., 14 mai 200 (Meerts c. Proost NV), Av. gén. KOKOTT, point 54.

¹⁸ Doc. Parl. Projet de loi du 4 décembre 2009 portant des dispositions diverses, La Chambre des Représentants, 52-2299/001, p.64.

A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle¹⁹ a affirmé qu'il n'y avait pas de différence de traitement. La Cour du travail de Mons²⁰ allait dans le même sens, au motif que « *ces deux congés sont distincts par leurs objectifs ou leurs finalités et sont par ailleurs soumis à des réglementations propres (...)* »²¹.

Cependant, les motifs invoqués par la Cour constitutionnelle et la Cour du travail peuvent en partie être remis en cause. En effet, bien que ces congés soient soumis à des réglementations distinctes, il est possible de soutenir qu'ils disposent d'un objet et d'un contenu commun, à savoir : l'éducation et les soins à donner à un enfant.²²

Enfin dans l'arrêt *Rogiers*²³, la CJUE a confirmé que l'indemnité de protection dans le cadre du congé parental se calcule elle aussi sur la base de la rémunération à temps plein.

2.2. Règle dérogatoire en cas de congé pour soins palliatifs

Dans son arrêt du 5 décembre 2013²⁴, la Cour constitutionnelle considère que, lorsqu'une personne est licenciée pendant la période de réduction des prestations dans le cadre du congé thématique pour prodiguer des soins palliatifs, l'indemnité de congé doit être calculée sur la base de la rémunération à laquelle la personne aurait eu droit si elle n'avait pas réduit ses prestations de travail. La Cour estime que la décision du travailleur ou de la travailleuse de prendre un congé pour soins palliatifs n'est pas volontaire dans la mesure où le travailleur ou la travailleuse réduit ses prestations « *pour des raisons d'humanité et de dignité humaine (...)* ».²⁵ C'est pourquoi, il y a lieu de tenir compte de la rémunération complète.

La Cour constitutionnelle crée donc une règle dérogatoire pour le cas du congé pour soins palliatifs sans remettre en cause le calcul sur la base des prestations réduites pour les autres types de réduction temporaire des prestations.

La doctrine a reproché à cet arrêt cette vision étroite et remet en question le critère de différenciation basé sur le caractère volontaire ou non du congé : « *Faut-il considérer que prendre congé pour soigner un proche gravement malade (et nous insistons sur l'adverbe gravement), tels un enfant ou un conjoint ne pourrait relever d'un motif extrinsèque au travailleur..., qu'une telle situation ne s'imposerait jamais à lui en raison de liens affectifs très forts... ? Peut-on toujours parler d'un libre choix du travailleur lorsque, pour une personne gravement malade, les structures d'accueil et les moyens humains (personnel soignant) manquent pour assister au mieux celle-ci et lui prodiguer les soins nécessaires... ? Que penser de l'existence d'un « libre choix » lorsque, par exemple, dans une famille monoparentale, il faut impérativement être présent pour soigner un enfant handicapé gravement... ? Peut-on dès lors affirmer sans ambages que ce congé n'a jamais un caractère « contraignant »... ?! Pourquoi ce « deux poids, deux mesures » ? Sur une échelle des valeurs, assister un proche gravement malade ne se situe-t-il pas sur le même plan qu'être présent auprès d'une personne en soins palliatifs... ? »²⁶.*

Certains auteurs ont également fait ressortir la dimension de genre existante dans la prise de ce type de congé : « *c'est évidemment persister à nier les données sociologiques qui déterminent ces prétendues convenances personnelles, singulièrement la répartition inégale des responsabilités familiales, et donc refuser d'envisager le risque de discrimination indirecte fondée sur le genre (...)* »²⁷

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

²⁰ F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 9 ; C. trav. Mons, 23 novembre 2018, *op. cit.*, p. 23.

²¹ F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 9.

²² F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 10.

²³ C.J.U.E, 27 février 2014, *Rogiers*, C-588/12.

²⁴ C.C., n°164/2013, R.W., 2013-2014.

²⁵ C.C., n°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.

et ont relevé l'arrêt la Cour du travail de Gand²⁸ du 14 janvier 2013 en soulignant que son raisonnement a été confirmé par la Cour de justice dans l'arrêt *Praxair*²⁹ (voir *infra*). Dans cette affaire, la Cour du travail avait jugé qu'une travailleuse licenciée durant son crédit-temps avait droit à une indemnité compensatoire de préavis calculée sur la base de la rémunération qu'elle aurait perçue si elle avait travaillé à temps plein au moment de son licenciement. Constatant que plus de femmes que d'hommes bénéficient d'un crédit-temps selon les statistiques de l'ONEM, la Cour a conclu à une discrimination indirecte fondée sur le sexe.

3. Evolutions jurisprudentielles

3.1. Arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2020

Pour rappel, dans cette affaire à laquelle l'Institut était partie, une travailleuse avait réduit ses prestations à mi-temps dans le cadre d'un crédit-temps afin de prendre soin de son enfant de moins de 8 ans. La travailleuse a été licenciée. Elle a contesté ce licenciement et a, entre autres, réclamé le solde de son indemnité compensatoire de préavis sur la base de la rémunération à temps plein ainsi que le paiement de l'indemnité de protection spéciale prévue par la Convention collective de travail n°103, également sur la base de la rémunération à temps plein.

En effet, la travailleuse, son syndicat et l'Institut considéraient que la prise en considération de la rémunération réduite constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe car les statistiques démontrent que plus de femmes que d'hommes sollicitent ce type de crédit-temps.

Le 23 novembre 2018, la Cour du travail de Mons a conclu à l'absence de discrimination. La Cour du travail a justifié sa décision à l'aide de deux motifs. D'un côté, elle fait valoir que la législation en matière d'interruption vaut tant pour les hommes que pour les femmes. D'un autre côté, elle considère que le fait de se baser sur des statistiques qui démontrent qu'une majorité de femmes réduisent leurs prestations revient à les favoriser, dès lors que les hommes, qui sont moins nombreux, n'auraient pas pu revendiquer une indemnité plus élevée³⁰.

À la suite de cette décision, l'affaire a été portée devant la Cour de cassation. Afin de rendre sa décision, la Cour va se baser sur le raisonnement adopté par la Cour de justice dans l'arrêt *Praxair*³¹.

Cet arrêt concerne le droit français à propos des modalités de calcul de l'indemnité de licenciement et de l'allocation de congé de reclassement versées dans le cadre d'un licenciement pour motif économique lorsque la travailleuse est en situation de congé parental à temps partiel.

Au moment des faits, le droit français prévoyait qu'en cas de réduction des prestations de travail dans le cadre d'un congé parental, les indemnités de rupture devaient être calculées en tenant compte, en partie, de la rémunération réduite. La Cour de cassation française a donc interrogé la Cour de justice de l'Union européenne afin de savoir si un tel mode de calcul constitue une discrimination indirecte au regard de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « TFUE »).

Selon la Cour de justice, « *il y a discrimination indirecte en raison du sexe lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe par rapport à l'autre. Une telle mesure n'est compatible avec le principe d'égalité de traitement qu'à la condition que la différence de traitement soit justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* »³².

²⁸ C. Trav. Gand, 14 janvier 2013, N.J.W., 2013/5, n°278, pp. 218-227.

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

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

³¹ C.J., 8 mai 2019, *Praxair*, C-486/18, EU : C : 2019 : 379.

³² C.J., 8 mai 2019, *Praxair*, C-486/18, EU : C : 2019 : 379, point 80.

Par conséquent, la CJUE a estimé que la détermination de l'indemnité de licenciement sur la base de la rémunération perçue lors du congé parental « *désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe par rapport à l'autre* » dès lors que les statistiques nationales démontraient qu'en France, 96 % des travailleurs prenant un congé parental sont des femmes. Le Gouvernement français n'ayant pu faire valoir des facteurs objectivement justifiés par des raisons étrangères à toute discrimination fondée sur le sexe, la CJUE conclut que la réglementation en cause présente une incompatibilité avec le principe énoncé à l'article 157 TFUE³³.

Dans son arrêt du 22 juin 2020, la Cour de cassation va s'appuyer sur cet arrêt *Praxair* afin de rendre sa décision. L'arrêt *Praxair* concerne le congé parental mais peut parfaitement être transposé en l'espèce en ce qu'il ne se fonde pas uniquement sur la directive 96/34 relative au congé parental : il se base également sur l'article 157 TFUE qui interdit les discriminations entre les femmes et les hommes en matière de rémunération. Ce qui est intéressant, c'est que cet article 157 TFUE s'applique à tous les travailleurs, peu importe qu'ils prennent un congé dans le cadre d'un crédit-temps ou un congé parental. Par analogie, le raisonnement qui a été adopté par le Cour de justice dans le cadre de l'arrêt *Praxair* peut être invoqué à l'égard des travailleurs en crédit-temps.

Comme l'a souligné le Ministère public dans ses conclusions, « *au vu des statistiques invoquées par les demandeurs, il apparaît qu'une disposition apparemment neutre en ce qu'elle tend à réduire, sans distinction, la rémunération servant de base de calcul à l'indemnité de licenciement de tout travailleur en congé parental à temps partiel, revient cependant à désavantager spécifiquement les travailleuses et à créer en leur défaveur qualitate qua, une différence de traitement préjudiciable, dès lors que de multiples motifs d'ordre sociétal, familial et organisationnel, tenant précisément à leur statut de femmes et de mères, apparemment toujours dépositaires en priorité de l'éducation de la charge de leurs jeunes enfants, en font le public cible et quasi exclusif de ce crédit-temps* ».

C'est pourquoi, la Cour de cassation décide de casser l'arrêt de la Cour du travail de Mons. Cette dernière aurait dû appliquer le texte mobilisé par l'arrêt *Praxair* pour vérifier si la règle de calcul de l'ICP sur la base de la rémunération réduite est ou non une discrimination indirecte sur la base du sexe.

Bien que la Cour constitutionnelle³⁴ avait considéré peu de temps auparavant qu'il n'était pas discriminatoire, en cas de licenciement d'un travailleur en crédit-temps à temps partiel pour prendre soin d'un enfant de moins de huit ans de se baser sur la rémunération réduite pour le calcul de l'indemnité de préavis, la doctrine estime que l'arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2020 devrait être suivi vu la chronologie des décisions et les fondements invoqués (article 157 TFUE).³⁵ De plus, l'arrêt de la Cour de cassation est suivi par les juridictions de fond (voir ci-après).

3.2. Arrêt de la Cour du travail de Liège du 11 décembre 2020

Dans cette affaire, une travailleuse a également été licenciée alors qu'elle bénéficiait d'un crédit-temps pour prendre soin de son enfant de moins de 8 ans. La travailleuse avait réduit ses prestations à concurrence d'un cinquième de son temps de travail et soutenait que « *la prise en compte de sa rémunération effective réduite pour déterminer le montant de son indemnité de rupture et de son indemnité de protection constituerait une discrimination indirecte fondée sur le sexe* »³⁶.

Afin de rendre sa décision, la Cour du travail va suivre le raisonnement adopté par la Cour de cassation, en vérifiant le principe de non-discrimination sous l'angle du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins, tel que prévu par l'article 157 TFUE³⁷. Elle va donc vérifier

³³ C.J., 8 mai 2019, *Praxair*, C-486/18, EU : C : 2019 : 379, point 82.

³⁴ C.C., n°172/2019, 7 novembre 2019.

³⁵ P. VANHAVERBEKE et 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, novembre 2020, 1, p. 9.

³⁶ C. trav. Liège, 11 décembre 2020, *J.T.T.*, 2020, p. 175.

³⁷ C. trav. Liège, 11 décembre 2020, *op. cit.*, p. 174.

si « un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'une réduction des prestations de travail pour prendre soin de leur enfant jusqu'à l'âge de huit ans »³⁸ et si cette différence de traitement entre les travailleurs féminins et masculins est susceptible d'être justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Dans cet arrêt, une étude de l'ONEM démontre que : « *Bien que la part des hommes croît d'année en année, l'augmentation et le nombre de femmes bénéficiant du système [de crédit-temps avec motifs pour prendre soin d'autrui] sont beaucoup plus importants.* »³⁹

La Cour du travail va donc décider qu'il y a lieu de prendre en compte la rémunération de référence à temps plein afin de calculer les indemnités de rupture et de protection, dues à la travailleuse.

4. Enseignements

L'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2020 et l'arrêt du 11 décembre 2020 de la Cour de travail de Liège indiquent que l'ICP et l'indemnité de protection devraient être calculées « *sur la base d'une rémunération à temps plein en cas de réduction du temps de travail dans le cadre de congé pour lesquels, jusqu'ici, seule la rémunération réduite servait de base de calcul aux indemnités de rupture.* »⁴⁰ Par conséquent, au fil des évolutions jurisprudentielles, l'exception tend à devenir la règle.

La doctrine s'est demandé si le raisonnement suivi dans l'arrêt *Praxair* et par la Cour de cassation pouvait être étendu à l'ensemble des mesures de réduction temporaire de travail pour des motifs de soins.⁴¹ Il en ressort que les femmes sont systématiquement plus nombreuses que les hommes à réduire leur temps de travail et que ce constat persiste dans le temps.⁴²

Cause de réduction temporaire des prestations de travail	Pourcentage de femmes en 2019 ⁴³	Rémunération à prendre en compte
Congé parental	68% en 2017 ⁴⁴	Rémunération à temps plein , conformément : <ul style="list-style-type: none"> - Aux arrêts Meerts et Rogiers précités ; - À l'article 105 de la loi de redressement ; - Vu l'article 105 de la loi de redressement, il n'est pas nécessaire de mobiliser les enseignements de l'arrêt <i>Praxair</i> mais celui-ci vient conforter l'obligation de tenir compte de la rémunération à temps plein.
Congé pour soins palliatifs	70%	Rémunération à temps plein conformément à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n°164/2013 exposé ci-dessus.
Crédit-temps à temps partiel pour s'occuper d'un enfant de moins de huit ans	85%	Malgré l'arrêt de la Cour constitutionnelle n°172/2019, il convient de prendre en compte la rémunération à temps plein conformément : <ul style="list-style-type: none"> - Aux arrêts de la Cour de cassation du 22 juin 2020 et de la Cour du travail de Liège, du 11 décembre 2020 ; - Aux enseignements de l'arrêt <i>Praxair</i>.

³⁸ C. trav. Liège, 11 décembre 2020, *op. cit.*, p. 174.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ A. MECHELYNCK, *op.cit.*, p. 436.

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

⁴² A. MECHELYNCK, *op.cit.*

⁴³ Statistiques récoltées par A. MECHELYNCK, *op.cit.*

⁴⁴ Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, « Etude sur la dimension de genre du congé parental, du crédit-temps et de l'interruption de carrière, Bruxelles, 20218, p.6.

Congé thématique à temps partiel – assistance médicale ⁴⁵	67%	Rémunération à temps partiel selon l'arrêt de la Cour constitutionnelle n°80/2012 mais une application des enseignements de l'arrêt <i>Praxair</i> des arrêts de la Cour de cassation du 22 juin 2020 et de l'arrêt de la Cour du travail de Liège, du 11 décembre 2020 et de l'arrêt de la Cour du travail de Gand du 14 janvier 2013 est possible.
Crédit-temps à temps partiel	<ul style="list-style-type: none"> - Enfant gravement malade : 75% - Membre du ménage ou de la famille gravement malade : 63% - Enfant handicapé : 60% 	Rémunération à temps partiel selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle mais une application des enseignements de l'arrêt <i>Praxair</i> des arrêts de la Cour de cassation du 22 juin 2020 et de l'arrêt de la Cour du travail de Liège, du 11 décembre 2020 et de l'arrêt de la Cour du travail de Gand du 14 janvier 2013 est possible.

Pour l'Institut, il serait judicieux d'apporter une solution unique dans la législation plutôt que de demander aux juges de vérifier au cas par cas de vérifier l'existence d'une discrimination indirecte. En effet, il est indéniable que les femmes sont les principales utilisatrices des régimes de réduction temporaire des prestations et cela suffit à créer « *une forte présomption de discrimination indirecte fondée sur le sexe lorsque des dispositions légales traitent défavorablement les travailleurs qui ne sont pas occupés à temps plein* »⁴⁶.

C'est pourquoi l'Institut estime que la législation actuelle doit être adaptée afin de mentionner expressément que la rémunération complète doit servir de base au calcul des indemnités.

Inscrire la base de calcul dans la législation permet d'assurer la sécurité juridique et la transparence des règles applicables, comme ce fut le cas après l'arrêt *Meerts* précité, il est nécessaire de consacrer dans la législation les évolutions jurisprudentielles constatées dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 5 décembre 2013 concernant le congé pour soins palliatifs et l'arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2020 concernant le crédit-temps pour s'occuper d'un enfant de moins de huit ans.

L'Institut estime que des enseignements doivent être tirés non seulement en ce qui concerne le congé pour soins palliatifs et le crédit-temps pour prendre soin d'un enfant de moins de huit ans mais également pour toutes les autres formes de crédit-temps, à tout le moins lorsqu'il est statistiquement prouvé qu'une majorité de femmes l'utilise.

L'Institut vise notamment les formes de crédit-temps avec motif visées par la Convention collective de travail n°103 : crédit-temps pour l'assistance ou l'octroi de soins à un membre du ménage ou de la famille gravement malade, pour l'octroi de soins prodigués à leur enfant handicapé jusqu'à l'âge de 21

⁴⁵ Réduction des prestations de travail pour l'assistance à un membre du ménage gravement malade, en application de l'arrêté royal du 10 août 1998 instaurant un droit à l'interruption de carrière pour l'assistance ou l'octroi de soins à un membre du ménage ou de la famille gravement malade.

⁴⁶ Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, « Le travail à temps partiel – situation et implications en droit du travail et en matière de sécurité sociale », 1998.

ans et pour l'assistance ou l'octroi de soins à leur enfant mineur gravement malade ou à un enfant mineur gravement malade considéré comme membre du ménage.

Premièrement, il convient de garantir l'égalité des femmes et des hommes sur le plan professionnel. S'il n'est pas contesté que l'écart entre les femmes et les hommes se réduit progressivement, force est de constater, qu'actuellement, une majorité de femmes réduisent leurs prestations afin de s'occuper de l'éducation de leurs enfants. En effet, il ressort des statistiques de l'ONEM que « *ce sont davantage les femmes qui prennent les régimes de crédit-temps, de congé thématique ou de l'interruption de carrière. En février 2021 il s'agit de 153.163 allocataires féminins (64,4 %) contre 84.723 allocataires masculins (35,6 %).* »⁴⁷ Il convient donc de tirer les conséquences de l'arrêt *Praxair* dans tous les dispositifs de réduction temporaire du temps de travail visant à promouvoir la conciliation entre la vie de famille et le travail.

En outre, indiquer clairement que la rémunération complète doit être prise en compte permettra d'éviter tout risque de discrimination à rebours à l'égard des travailleurs. Il est peu probable qu'un juge appelé à trancher la situation d'un homme licencié alors qu'il bénéficiait d'une mesure de réduction temporaire du temps de travail prenne une décision discriminatoire dès lors que le droit national doit être interprété « *à la lumière du droit de l'Union de façon à s'y conformer* »⁴⁸. Néanmoins, une consécration législative permet d'appliquer le mode de calcul basé sur la rémunération à temps plein avec certitude aussi bien aux femmes qu'aux hommes.

Deuxièmement, des indemnités plus importantes peuvent avoir un effet dissuasif contre les licenciements irréguliers qui trouvent leur cause dans la prise de congé pour raisons familiales et donc renforcer la sécurité de l'emploi des travailleurs et des travailleuses concernées. Comme le souligne la doctrine, « *un employeur peu scrupuleux décèlera rapidement l'avantage qu'il peut tirer d'une situation où le caractère irrégulier du licenciement entraînera le versement d'une indemnité de protection calculée non pas sur une rémunération fictive à temps plein mais sur la base de la rémunération acquise pour les prestations réduites* »⁴⁹.

Une reconnaissance légale du mode de calcul basé sur la rémunération à temps plein irait donc dans le sens d'une meilleure application de la Convention OIT n°156 sur les travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités familiales qui est entrée en vigueur en Belgique le 10 avril 2016 et qui dispose : « *En vue d'instaurer l'égalité effective de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes, chaque Membre doit, parmi ses objectifs de politique nationale, viser à permettre aux personnes ayant des responsabilités familiales qui occupent ou désirent occuper un emploi d'exercer leur droit de l'occuper ou de l'obtenir sans faire l'objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales* ».

Enfin, consacrer explicitement le principe du calcul sur la base de la rémunération à temps plein s'inscrit dans l'obligation de transposition de la directive 2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants⁵⁰. Cette directive, dont la transposition est en cours en Belgique⁵¹, fixe des exigences minimales en matière de congé de paternité, de congé parental et de congé d'aidant, ainsi qu'en matière de formules souples de travail pour les travailleurs qui sont parents ou les aidants. L'objectif est de faciliter la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale pour ces parents et aidants, et ce afin de contribuer aux objectifs définis par le traité en matière

⁴⁷ [Chiffres Interruption de carrière, congés thématiques et crédit-temps - février 2021 | Documentation | ONEM](#)

⁴⁸ 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 », *op.cit.*, p. 436.

⁴⁹ F. VERBRUGGE, *op.cit.*, p. 10.

⁵⁰ Directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil

⁵¹ La transposition doit être assurée pour le 2 août 2022, conformément à l'article 20 de la directive (UE) 2019/1158.

d'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le marché du travail et d'égalité de traitement sur le lieu de travail.⁵²

L'article 10.1 de la directive prévoit le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition et l'article 11 exige que les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire tout traitement moins favorable des travailleurs au motif qu'ils ont demandé ou ont pris un congé ou une formule souple de travail. Ces dispositions doivent être interprétées à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice. A cet égard, l'article 105 de la loi du 22 janvier 1985 permet de se conformer à la directive pour ce qui concerne le congé parental mais il convient de transposer la directive concernant les autres types de congé, notamment concernant le congé pour soins.

V. Recommandations

En conclusion, l'Institut formule les recommandations suivantes :

- Adapter la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail concernant le mode de calcul de l'indemnité de protection pour tous les autres types de réduction temporaire des prestations de travail, tel que le crédit-temps pour prendre soin d'un enfant de moins de 8 ans, de sorte qu'elle indique de façon explicite la rémunération à prendre en compte pour ledit calcul. Plus précisément, insérer un paragraphe 4 à l'article 39 de la loi qui dispose que :

« Lorsqu'il est mis fin au contrat de travail durant une période de réduction des prestations de travail dans le cadre d'un crédit-temps ou d'un congé parental, et pour autant que cette modification n'ait pas été conclue pour une durée indéterminée, on entend par « rémunération en cours » au sens du paragraphe 1^{er}, la rémunération à laquelle le travailleur aurait eu droit en vertu de son contrat de travail s'il n'avait pas réduit ses prestations. » ;

- Adapter la loi de redressement contenant des dispositions sociales du 22 janvier 1985, de façon à insérer un nouvel article 103sexies qui indique que :

« Lorsqu'il est mis fin au contrat de travail durant une période de réduction des prestations de travail dans le cadre d'un crédit-temps pris en exécution de la présente section, et pour autant que cette réduction des prestations de travail n'ait pas été convenue pour une durée indéterminée, on entend par " rémunération en cours " au sens de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, la rémunération à laquelle le travailleur aurait droit en vertu de son contrat de travail s'il n'avait pas réduit ses prestations. » ;

- Adapter la Convention collective de travail n°103 du 27 juin 2012, conclue au sein du Conseil national du Travail, instaurant un système de crédit-temps, de diminution de carrière et d'emplois de fin de carrière, de façon à insérer un § 5 à l'article 21 de la CCT prévoyant que :

« Lorsqu'il est mis fin au contrat de travail durant une période de réduction des prestations de travail dans le cadre d'un crédit-temps visé à l'article 4, §1^{er}, et pour autant que cette réduction des prestations de travail n'ait pas été convenue pour une durée indéterminée, on entend par " rémunération en cours " au sens de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, la rémunération à laquelle le travailleur aurait droit en vertu de son contrat de travail s'il n'avait pas réduit ses prestations. » ;

⁵² Considérant n°16 de la directive (UE) 2019/1158.

- **Poursuivre le travail d'analyse de la conformité des dispositions belges avec la directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants.**