

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° S.19.0031.F

1. P. S.,

2. INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, dont le siège est établi à Anderlecht, rue Ernest Blérot, 1, inscrit à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0873.091.753,

demandeurs en cassation,

représentés par Maître Jacqueline Oosterbosch, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Liège, rue de Chaudfontaine, 11, où il est fait élection de domicile,

contre

OGEDA, société anonyme, dont le siège est établi à Anderlecht, square Marie Curie, 50 (b^{te} 1/5), inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0453.325.639,

défenderesse en cassation.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 23 novembre 2018 par la cour du travail de Mons.

Le 3 juin 2020, l'avocat général Jean Marie Genicot a déposé des conclusions au greffe.

Le président de section Mireille Delange a fait rapport et l'avocat général Jean Marie Genicot a été entendu en ses conclusions.

II. Les moyens de cassation

Les demandeurs présentent deux moyens, dont le second est libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées

- *article 149 de la Constitution ;*
- *articles 157 et 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) ;*
- *articles 2.1.b) et 4 de la 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 les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ;*
- *articles 5, 1^o, 5^o, 7^o et 8^o, 6, §§ 1^{er}, 5^o, et 2, 2^o, quatrième tiret, 15, 19, 25, § 1^{er}, 32 et 33 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ;*
- *articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt décide (i) que la fixation de l'indemnité compensatoire de préavis calculée sur la base de la rémunération « en cours » de la demanderesse, soit la rémunération proméritée pour son travail à temps réduit dans le cadre du crédit-temps à mi-temps pour prendre soin d'un enfant de moins de huit ans, n'est pas fondée sur une discrimination indirecte basée sur le sexe, (ii) que l'indemnité de protection due à la demanderesse doit elle aussi être calculée sur la base de la rémunération proméritée dans le cadre de son travail à prestations réduites, (iii) dit en conséquence non fondé l'appel principal de la demanderesse et (iv) dit non fondée la demande du demandeur portant sur la discrimination indirecte du licenciement irrégulier de la demanderesse, et le condamne aux dépens de la défenderesse, par tous ses motifs réputés ici intégralement reproduits et spécialement par les motifs que :

« II. Quant à la discrimination indirecte alléguée par [les demandeurs]

II.1. Les principes

L'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne consacre le principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins pour un travail de même valeur, qu'il soit payé à la tâche ou au temps.

L'article 4 de la 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 (refonte) prévoit que, 'pour un même travail ou pour un travail auquel est attribué une valeur égale, la discrimination directe ou indirecte sur le sexe est éliminée dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération'.

L'article 36 de la même directive précise que 'les États membres sont destinataires de la présente directive'.

Une obligation similaire en matière d'égalité de rémunération a été transposée dans la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

L'article 5, 8°, de [cette loi] 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.

Le point 7 du même article précise qu'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'.

L'article 18 de la loi dispose toutefois que :

'§ 1^{er}. Une distinction directe ou indirecte fondée sur le sexe ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination prohibée par la présente loi lorsque cette distinction directe ou indirecte est imposée par ou en vertu d'une loi.

§ 2. Le paragraphe 1^{er} ne préjuge cependant en rien de la conformité des distinctions directes ou indirectes imposées par ou en vertu d'une loi avec la Constitution, le droit de l'Union européenne et le droit international en vigueur en Belgique'.

Les travaux préparatoires précisent à cet égard que 'cet article empêche les conflits entre la présente loi et d'autres législations ou réglementations qui imposent une distinction de traitement sur la base du sexe. En vertu de cet article, une personne ne commet aucune discrimination défendue par la loi si cette personne agit en conformité avec la législation ou la réglementation qui organise la distinction sur la base du sexe. Cette disposition garantit la sécurité juridique. Elle empêche qu'un citoyen doive faire un choix entre les normes qu'il doit respecter (la présente loi anti-discrimination ou la loi qui organise la distinction). Cette disposition d'exception ne porte bien entendu pas préjudice à la possibilité dont dispose la victime d'une discrimination prétendue de faire vérifier la compatibilité de la norme qui organise la distinction sur la base du sexe par rapport au principe constitutionnel d'égalité, qui devra, le cas échéant, être interprété de manière conforme aux directives européennes' (Doc., Ch., 2006-2007, n° 51-2721/001, p. 53).

Ces principes ont été consacrés par la Cour constitutionnelle aux termes d'un arrêt du 12 février 2009 (n° 17/2009).

S'agissant des sanctions, l'article 23, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 dispose que, 'en cas de discrimination, la victime peut réclamer une indemnisation de son

préjudice en application du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle’.

Le paragraphe 2, 2°, de cet article précise que, ‘si la victime réclame l’indemnisation du préjudice moral et matériel qu’elle a subi du fait d’une discrimination dans le cadre des relations de travail, l’indemnisation forfaitaire pour le dommage matériel et moral équivaut à six mois de rémunération brute, à moins que l’employeur ne démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l’absence de discrimination’.

II. 2. Application des principes au cas soumis à la cour [du travail]

[La demanderesse], qui ne forme aucune demande d’indemnisation forfaitaire sur la base de l’article 23, § 2, 2°, de la loi du 10 mai 2007, se réfère à l’argumentation développée par [le demandeur].

[Ce dernier] soutient que l’indemnité compensatoire de préavis de [la demanderesse] doit être calculée sur la base de sa rémunération fictive à temps plein, en se fondant principalement sur l’article 157 du Traité, la directive 2006/54/CE ainsi que sur un arrêt du 14 janvier 2013 de la cour du travail de Gand, au risque de créer une discrimination indirecte sur la base du genre si cela n’était pas le cas.

En substance, comme le relève pertinemment [la défenderesse], la loi du 10 mai 2007, l’article 157 du Traité ainsi que la directive 2006/54/CE consacrent le principe de l’égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou un travail de même valeur; ce qui implique que : - la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d’une même unité de mesure ; - la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

Par ailleurs, [le demandeur] entend s’appuyer sur l’enseignement d’un arrêt de la cour du travail de Gand, prononcé le 14 janvier 2013 (Chr. dr. soc., 2014, 292), pour conclure à l’existence d’une discrimination indirecte subie par les travailleuses licenciées alors qu’elles se trouvent en période de crédit-temps à temps partiel.

Le raisonnement adopté par la cour du travail de Gand pour conclure à l’existence d’une discrimination indirecte et reconnaître à une travailleuse, licenciée alors qu’elle bénéficiait d’un crédit-temps à temps partiel, 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 est la suivante : - la cour [du travail] a réalisé une analyse statistique du crédit-temps pour arriver à la constatation que, durant l'année du licenciement de la travailleuse, plus de femmes que d'hommes avaient bénéficié d'un crédit-temps ; elle a conclu qu'il existait une discrimination indirecte fondée sur le sexe qui ne pouvait être justifiée dans la mesure où plus de femmes étaient potentiellement concernées par un licenciement irrégulier en période de crédit-temps ; - pour la cour du travail, la seule manière de réparer cette discrimination était de recourir au 'levelling up' en calculant l'indemnité compensatoire de préavis sur la base de la rémunération à temps plein de la travailleuse, se fondant, pour ce faire, sur l'article 157 du Traité prônant l'égalité de rémunération entre hommes et femmes.

La Cour constitutionnelle, par un arrêt prononcé le 13 mars 2008 (n° 51/2008), a expressément rejeté l'argument déduit de la discrimination entre hommes et femmes, s'agissant du calcul de l'indemnité compensatoire de préavis d'un travailleur qui avait réduit ses prestations de travail, au motif que statistiquement plus de femmes que d'hommes feraient usage de ce droit, estimant que 'ces mesures valaient tout autant pour les femmes que pour les hommes'.

La motivation de la Cour constitutionnelle est la suivante : 'le législateur, par les [articles 39, § 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et 101 de la loi du 22 janvier 1985 de redressement contenant des dispositions sociales], combinés avec l'article 103 de la loi de redressement, vise à rendre l'interruption de carrière suffisamment attrayante, à garantir la sécurité d'emploi des travailleurs concernés et à tempérer les effets, qui peuvent être disproportionnés, d'un licenciement au cours de cette interruption ou en raison de cette interruption. Ces mesures valent tout autant pour les femmes que pour les hommes, afin de leur offrir une protection contre le licenciement à l'occasion de l'interruption de carrière ou durant l'interruption de carrière.

Aux travailleurs qui effectuent des prestations réduites dans le temps, le législateur offre des garanties supplémentaires contre le licenciement aux articles 101 et 103 de la loi de redressement. Il ne peut raisonnablement, en l'espèce, être reproché au législateur de n'avoir pas prévu en outre qu'il fallait se fonder sur la rémunération annuelle de base comme si le travailleur n'avait pas réduit ses

prestations de travail pour fixer l'éventuelle indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de protection' (point B.10.2).

Cette motivation est évidemment transposable à la situation des travailleuses qui prennent un crédit-temps avec motif ('prendre soin d'un enfant de moins de huit ans'), qui est régi, pour ce qui concerne la question litigieuse, par des dispositions identiques à celles qui s'appliquent en matière de réduction des prestations en application des articles 100 et suivants de la loi de redressement.

Par ailleurs, à l'instar du premier juge et de [la défenderesse], le raisonnement adopté par la cour du travail de Gand est critiquable sur la base des éléments suivants : - les statistiques retenues sont imprécises, car elles ne différencient pas les chiffres suivant le type de crédit-temps, de sorte qu'il n'est pas possible d'en conclure que le crédit-temps pour 'soins d'un enfant de moins de huit ans' serait pris plutôt par les travailleurs de l'un ou de l'autre sexe ; - le droit belge assure l'accès au crédit-temps pour tous les travailleurs, tant hommes que femmes, sans distinction de sexe. La décision d'en solliciter le bénéfice n'est pas imposée par la loi mais relève d'un choix personnel du travailleur ; - en jugeant discriminatoire la prise de crédit-temps majoritairement par les femmes, la cour du travail de Gand a créé une possible discrimination à l'égard des hommes : ceux-ci n'auraient-ils pas droit au 'levelling up' décidé par cet arrêt en cas de licenciement pendant une période de réduction de temps de travail dans le cadre d'un crédit-temps ? [Cette cour] n'aurait-elle pas favorisé les femmes au détriment des hommes devenant ainsi victimes de discrimination ? - si tant est qu'il y ait réellement une discrimination, quod non, la loi du 10 mai 2007 ne prévoit aucune sanction de 'levelling up' ; comme déjà indiqué, dans cette hypothèse, la loi sanctionne la discrimination par le paiement d'une indemnité forfaitaire.

Il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de créer de nouvelles sanctions ou de faire œuvre législative en la matière. Le cas échéant, la cour du travail de Gand aurait pu, [elle aurait] dû, poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, ce dont elle s'est abstenue.

Vainement, [le demandeur] argue que 'l'effet de « levelling up » constitue donc la conséquence habituelle d'un constat de discrimination, comme le relève S. Van Drooghenbroeck'. En réalité, le raisonnement de cet auteur se fonde sur un arrêt du

31 juillet 2008 de la Cour constitutionnelle qui énonce que, 'pour ce qui est de l'observation du conseil des ministres selon laquelle la Cour [constitutionnelle] peut constater une lacune législative mais ne peut la combler, c'est au juge a quo qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à [cette] cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution' (arrêt n° 111/2008).

En d'autres termes, 'lorsque la lacune se révèle être un élément d'une loi, dans le contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, et non dans celui du principe constitutionnel de légalité, l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle peut souvent ou parfois être de nature à apporter, dans son dispositif, une règle ou une norme qui sera suffisamment précise pour être appliquée, indépendamment de l'intervention toujours possible du législateur ainsi qu'il vient d'être dit ci-dessus, par le juge, dans le cas d'une question préjudicielle, par le juge et l'administration, dans le cas d'un recours en annulation' (M. Melchior et C. Courtois, 'L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle', J.T., 2008, 676).

Pour que le juge puisse directement appliquer une règle ou une norme visant à combler une lacune jugée discriminatoire, il faut : - une question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle ; - un arrêt de la Cour constitutionnelle constatant une lacune ; - une règle ou une norme suffisamment précise pour pouvoir être appliquée.

Aucune de ces trois conditions n'est réunie. Il n'y a donc pas lieu de retenir la sanction de 'levelling up' à ce stade du litige.

[Le demandeur] invoque, encore, l'application de la convention n° 156 de l'Organisation internationale du travail, tout en admettant qu'elle n'est pas applicable en droit belge.

Elle ne trouve donc pas à s'appliquer et ce, d'autant que sa ratification a eu lieu postérieurement au licenciement de [la demanderesse].

En tout état de cause, l'article 3 de cette convention n° 156 instaure l'égalité effective de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes dans le cadre de leurs responsabilités familiales. Il n'y a pas lieu de considérer que cette égalité est bafouée dès lors que les possibilités de crédit-temps 'pour prendre soin de son enfant

de moins de huit ans' sont réservées tant aux femmes qu'aux hommes et que les règles qui s'y rattachent sont identiques dans les deux cas, ne créant ainsi aucune discrimination de l'un envers l'autre. Le reste relève des choix et libertés individuels.

Tout aussi vainement, [le demandeur] tente de se prévaloir d'un arrêt de la Cour constitutionnelle du 5 décembre 2013 (n° 164/2013) relatif à un congé pour soins palliatifs. Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle a estimé, sur la base d'une comparaison avec le travailleur en incapacité de travail, que l'indemnité compensatoire de préavis d'un travailleur licencié au cours d'un congé pour soins palliatifs devait être calculée sur la base de la rémunération à temps plein dudit travailleur.

Pour aboutir à cette décision, la Cour constitutionnelle a raisonné par analogie en tenant compte des éléments suivants :

- dans le cas d'un congé pour soins palliatifs, le travailleur est amené à devoir prendre ledit congé à cause de la situation de santé d'un proche 'souffrant d'une maladie incurable et se trouvant en phase terminale'. La situation de fin de vie du proche doit s'analyser comme un motif extrinsèque au travailleur. Une telle situation de 'maladie incurable et de fin de vie' n'est pas assimilable à la situation d'un travailleur qui prend un crédit-temps pour prendre soin de son enfant, contrairement à ce qu'affirme [le demandeur]. D'un côté, le travailleur prend congé pour se rendre auprès d'un proche, en fin de vie, qui nécessite des soins palliatifs ; de l'autre, le travailleur souhaite s'occuper de son enfant. La situation n'est pas comparable. Le caractère volontaire du congé reste tout à fait présent en cas de crédit-temps pour prendre soin de son enfant de moins de huit ans par rapport à la situation du congé pour soins palliatifs, qui s'impose au travailleur et qui ne résulte donc évidemment pas d'un choix de vie ;

- le législateur a limité à une durée maximale de deux mois la durée du congé pour soins palliatifs, ce qui est une période particulièrement courte, le crédit-temps pour prendre soin de son enfant de moins de huit ans doit être pris par période de minimum trois ou six mois (article 6, § 1^{er}, 1^o, a), de la convention collective n° 103), soit une période beaucoup plus longue ;

- dans le cas d'un congé pour soins palliatifs, la loi prévoit de façon expresse la suspension du contrat de travail, comme pour le travailleur en incapacité de travail ; ce n'est pas le cas pour le crédit-temps 'pour prendre soin de son enfant de moins de huit ans'.

Compte tenu de ces éléments, il n'y a évidemment pas lieu de transposer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de congé pour soins palliatifs : il en va d'autant plus ainsi que la discrimination soulevée par la Cour constitutionnelle n'a évidemment pas trait à une quelconque discrimination liée au genre.

Enfin, à titre subsidiaire, [le demandeur] demande à la cour [du travail] de poser à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle libellée comme suit :

'Les articles 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et 4 de la directive 2006/54/CE doivent-ils être interprétés en ce sens que, en cas de résiliation unilatérale du contrat moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, durant la période d'interruption de carrière pour un motif lié à l'éducation des enfants, l'indemnité de licenciement due au travailleur doit être déterminée sur la base de la rémunération de base en la calculant comme si le travailleur n'avait pas réduit ses prestations de travail pour le motif lié à l'éducation de son enfant ?'

La cour [du travail] estime inopportun de saisir la Cour de justice et ce, sur la base des considérations suivantes : - les régimes d'interruption de carrière pour un motif lié à l'éducation des enfants', quels qu'ils soient, sont assurés de la même manière en droit belge tant pour les femmes que pour les hommes et le calcul de l'indemnité de préavis en cas de licenciement au cours d'une telle période est réalisé de la même manière, sans distinction de genre. Aucune discrimination fondée sur le sexe ne pourrait dès lors être établie sur cette base. La situation oppose ainsi la situation d'un travailleur qui a réduit ses prestations de travail dans le cadre d'une 'interruption de carrière pour un motif lié à l'éducation des enfants' à celle d'un travailleur qui n'a pas réduit ses prestations dans un tel cadre ; - la question du calcul de l'indemnité compensatoire de préavis en cas de crédit-temps a déjà été tranchée à maintes reprises par la Cour constitutionnelle, tant en ce qui concerne

la question de la base de calcul que de l'éventuelle discrimination. Dans ce dernier cas, la Cour constitutionnelle s'est d'ailleurs précisément référée aux dispositions européennes applicables, pour déclarer qu'il n'y avait aucune discrimination en la matière ; - enfin, la question apparaît trop large dès lors qu'elle vise 'l'interruption de carrière pour un motif lié à l'éducation des enfants' sans autre précision. Ces termes peuvent couvrir tout aussi bien le congé parental sur lequel la Cour de justice s'est déjà prononcée que certains motifs de crédit-temps visés par la convention collective de travail n° 103, tels que la dispensation de soins à un enfant handicapé de moins de vingt et un ans, l'octroi de soins à un enfant mineur gravement malade, qui sont uniquement consacrés en droit belge et pas en droit européen, situation qui exclut de saisir la Cour de justice sur ce point. Il ne s'impose pas, dès lors, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

II.3. Conclusion

Compte tenu des développements qui précèdent, la cour [du travail] considère, à l'instar du premier juge, qu'en versant à [la demanderesse] une indemnité compensatoire de préavis calculée sur la base de sa rémunération en cours, soit la rémunération proméritée pour son travail à temps réduit (crédit-temps à mi-temps pour 'prendre soin d'un enfant de moins de huit ans'), [la défenderesse] a agi conformément aux règles applicables et ne s'est pas rendue coupable de discrimination indirecte basée sur le sexe.

Il y a lieu de déclarer les appels [des demandeurs] non fondés en ce qu'ils excipent à tort d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, partant, de confirmer le jugement du premier juge en ce qu'il déclare les demandes originaires [des demandeurs] non fondées ».

Griefs

L'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prescrit :

« 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. [...]

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre les hommes et les 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 ».

L'article 4 de la directive 2006/54/CE interdit toute discrimination indirecte fondée sur le sexe dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération et, partant, dans le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis ou les indemnités de protection contre le licenciement irrégulier.

La même interdiction est comminée par les articles 6, §§ 1^{er}, 5^o, et 2, 2^o, quatrième tiret, et 15 de la loi du 10 mai 2007 visée au moyen.

L'article 2.1.b) de la directive 2006/54/CE définit la discrimination indirecte comme 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.

L'article 5, 7^o, de la loi du 10 mai 2007 dispose qu'est une 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.

Le 8^o de cette disposition prévoit qu'on entend par discrimination indirecte, la distinction indirecte fondée sur le sexe, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II.

L'article 15, inscrit au titre II, chapitre 2, « Justification des distinctions indirectes », dispose que 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 justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet

objectif soient appropriés et nécessaires.

L'article 33 de la loi du 10 mai 2007, relatif à la charge de la preuve, dispose que :

« § 1^{er}. Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, l'institut ou l'un des groupements d'intérêt invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination. [...]

§ 3. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement : 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 ».

Il s'en déduit que la présomption de l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, en raison de la situation qui se produit lorsqu'une disposition ou un critère apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe déterminé, peut s'induire de statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie et qu'il incombe alors à la partie adverse de prouver qu'il n'y a pas de discrimination.

Les articles 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et 103bis et 105, § 1^{er}, de la loi du 22 janvier 1985 de redressement contenant des dispositions sociales, en vertu desquels la personne, engagée dans un contrat de travail à temps plein, qui réduit ses prestations de travail pour prendre soin de son enfant de moins de huit ans, conformément à la convention collective de travail n° 103, preste dans le cadre d'un contrat à temps partiel et, lorsqu'elle est licenciée, n'a droit qu'à une indemnité compensatoire de préavis calculée sur la base de sa rémunération « en cours » au moment du congé, soit à la rémunération réduite, entraînent ainsi, sur la base de critères apparemment neutres, une situation désavantageuse pour les personnes de sexe féminin lorsqu'il apparaît que ce type de crédit-temps est massivement utilisé par les femmes.

Le demandeur faisait valoir à cet égard, et, comme le relève l'arrêt, la

demanderesse se référait à cette argumentation, qu'une étude réalisée par l'Office national de l'emploi établit que, « pour l'année 2014, soit celle au cours de laquelle [la demanderesse] a effectivement été licenciée, il faut constater que plus de femmes que d'hommes ont bénéficié d'un crédit-temps (81.010 contre 47.781) » ; qu' « une étude [du demandeur] révèle que, 'lorsqu'on se penche sur les chiffres de réduction du temps de travail pour s'occuper d'un enfant de moins de huit ans, [...] le pourcentage est de 94,77 p.c. pour les femmes contre 5,3 p.c. pour les hommes' » et que, « contrairement à ce qui a été déclaré par le premier juge, ces statistiques sont pertinentes. Elles permettent en effet de constater que, statistiquement, la diminution temporaire du temps de travail impacte plus les femmes que les hommes et que, lorsqu'il s'agit d'une diminution du temps de travail en lien avec la vie privée et plus spécifiquement la vie familiale, encore une fois plus de femmes que d'hommes sont impactées » ; que « le rapport du Conseil supérieur de l'emploi de 2015 [...] mentionne 'la surreprésentation des femmes au sein des travailleurs à temps partiel résulte de facteurs multiples : 1° ce sont toujours davantage les femmes qui prennent en charge les enfants et le ménage. [...] En 2014, près de 400.000 personnes, soit 10,4 p.c. des salariés en Belgique, ont été pendant une période plus ou moins longue de l'année en interruption de carrière, en crédit-temps ou en congé thématique, et ont donc interrompu ou réduit leurs prestations de travail. Les dispositifs continuent à avoir nettement plus de succès auprès des femmes (67,6 p.c. des bénéficiaires) ».

Le demandeur faisait encore valoir qu'aucune preuve de l'absence de discrimination n'était apportée, pas plus qu'une justification par un objectif légitime que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ; que la légitimité doit s'apprécier au regard du but de la mesure de diminution du temps de travail ; qu'en n'ouvrant pas la même couverture, en ce qui concerne le calcul de l'indemnité, à un travailleur en interruption de carrière lorsque celle-ci est opérée à titre temporaire et pour un motif énuméré par la réglementation, l'État membre prend une mesure disproportionnée qui met le travailleur dans une situation totalement déséquilibrée » et il demandait que soit posée à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle.

Il s'ensuit que :

Première branche**Premier rameau**

L'arrêt, s'il doit être lu en ce sens qu'en considérant que, « à l'instar du premier juge et de [la défenderesse], le raisonnement adopté par la cour du travail de Gand est critiquable sur la base des éléments suivants : les statistiques retenues sont imprécises, car elles ne différencient pas les chiffres suivant le type de crédit-temps, de sorte qu'il n'est pas possible d'en conclure que le crédit-temps pour 'soin d'un enfant de moins de huit ans' serait pris plutôt par les travailleurs de l'un ou de l'autre sexe », il décide que les demandeurs ne faisaient pas valoir de statistiques différenciant les chiffres suivant les types de crédit-temps et relatives au crédit-temps pour prendre soin d'un enfant de moins de huit ans, omet de lire dans les conclusions du demandeur un élément qui s'y trouve et méconnaît, partant, la foi qui leur est due (violation des articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil).

Second rameau

S'il doit être lu en ce sens qu'il fonde sa décision qu'il n'y a pas de discrimination basée sur le sexe sur l'absence de présomption résultant d'une situation défavorable des femmes en raison de l'usage du crédit-temps pour s'occuper d'un enfant de moins de huit ans, il ne rencontre par aucune considération les conclusions du demandeur prises dans la présente cause, faisant valoir qu'il résulte des statistiques publiées par [lui] que, pour la réduction du temps de travail pour s'occuper d'un enfant de moins de huit ans, « le pourcentage est de 94,77 p.c. pour les femmes contre 5,3 p.c. pour les hommes » et n'est, partant, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

Seconde branche

Il se déduit des dispositions visées en tête du moyen, à l'exception des articles 149 de la Constitution et 1319, 1320 et 1322 du Code civil, que, tant en vertu de l'article 157 du Traité et de la directive 2006/54/CE que de la loi du 10 mai 2007, le juge national doit examiner si des dispositions ou des critères apparemment neutres sur lesquels sont établis des éléments de la rémunération, et partant de l'indemnité de préavis ou d'une indemnité de protection contre le licenciement irrégulier, n'entraînent pas des situations désavantageant les individus d'un sexe par rapport à celles d'un autre. Le juge national est tenu d'interpréter le droit national à la lumière du droit européen (C.J.U.E, 13 novembre 1990, Marleasing, C-129/94 ; 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, 14/183, § 26).

La vérification de l'existence ou de l'absence de discrimination indirecte implique la comparaison des situations réellement observées et non la simple constatation que la disposition ou le critère vise théoriquement tous les travailleurs sans distinction de sexe.

Le demandeur faisait valoir, en substance, qu'en ce qui concerne l'application des dispositions de l'article 157 du Traité et de la directive 2006/54/CE, comme pour toutes autres dispositions européennes directement applicables, le juge national chargé de les appliquer a l'obligation d'assurer le plein effet des règles qu'elles édictent « en laissant au besoin inappliquée, de sa propre initiative, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à se demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci » (C.J.U.E, 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77) et postulait ainsi que soit écartée l'application des dispositions nationales selon lesquelles, en cas de réduction des prestations de travail pour s'occuper d'un enfant de moins de huit ans, les indemnités compensatoires de préavis et de protection contre le licenciement sont calculées sur la base de la rémunération perçue pour les prestations ainsi réduites et non sur la base de la rémunération qui aurait été perçue si les prestations n'avaient pas été réduites pour ce motif.

L'arrêt, qui considère que « le droit belge assure l'accès au crédit-temps pour tous les travailleurs, tant les hommes que les femmes, sans distinction de sexe ; que la décision d'en solliciter le bénéfice n'est pas imposée par la loi mais relève d'un choix personnel ; [que], si tant est qu'il y ait discrimination, [...] la loi du 10

mai 2007 ne prévoit aucune sanction de 'levelling up' ; [qu'il] n'appartient pas au pouvoir judiciaire de créer de nouvelles sanctions ni de faire œuvre législative en la matière ; [...] que, pour que le juge puisse appliquer directement une règle ou une norme visant à combler une lacune jugée discriminatoire, il faut : - une question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle ; - un arrêt de la Cour constitutionnelle constatant une lacune ; - une règle ou une norme suffisamment précise pour pouvoir être appliquée ; qu' aucune de ces trois conditions n'est réunie », et qui s'abstient d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne aux motifs que « les régimes d' 'interruption de carrière pour un motif lié à l'éducation des enfants', quels qu'ils soient, sont assurés de la même manière en droit belge tant pour les femmes que pour les hommes et que le calcul de l'indemnité de préavis en cas de licenciement au cours d'une telle période est réalisé de la même manière, sans distinction de genre ; qu'aucune discrimination fondée sur le sexe ne pourrait dès lors être établie sur cette base » ; que « la Cour constitutionnelle s'est d'ailleurs référée aux dispositions européennes applicables en la matière pour déclarer qu'il n'y avait aucune discrimination en la matière » et que la question préjudicielle suggérée apparaît « trop large » dès lors qu'elle vise tous les types de crédit-temps pour s'occuper d'un enfant, « qui sont uniquement consacrés en droit belge et pas en droit européen, situation qui exclut de saisir la Cour de justice sur ce point »,

a) ne rencontre par aucune considération le moyen déduit de ce que les articles 157 du Traité et 4 de la directive 2006/54/CE enjoignent au juge national d'écarter l'application des dispositions du droit national créant une discrimination indirecte à l'égard de l'un des sexes quant au calcul des éléments de rémunération que sont les indemnités de préavis et de protection contre le licenciement pendant la réduction des prestations de travail pour prendre soin d'un enfant de moins de huit ans et n'est, partant, pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution) ;

b) s'il a, par les considérations ci-dessus rappelées, décidé que ces dispositions européennes n'imposaient pas l'écartement de l'application, dans l'hypothèse ici envisagée, de la notion de « rémunération en cours » au sens de l'article 39 de la loi sur les contrats de travail et de l'article 105, § 1^{er}, de la loi de redressement, il viole toutes les dispositions visées au moyen à l'exception des

articles 149 de la Constitution et 1319, 1320 et 1322 du Code civil.

En vertu de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, lorsqu'une question sur l'interprétation des traités est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnels de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice.

Il s'impose dès lors de poser à la Cour de justice la question préjudicielle suivante :

Les articles 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et 4 de la directive 2006/54/CE 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 (refonte) doivent-ils être interprétés en ce sens qu'en cas de résiliation unilatérale du contrat d'un travailleur engagé à temps plein et à durée indéterminée qui a réduit ses prestations de travail pour donner des soins à son enfant de moins de huit ans conformément au droit national, l'indemnité compensatoire de préavis due à ce travailleur doit être déterminée sur la base de la rémunération du contrat initial et interdisent que cette indemnité soit déterminée sur la base de la rémunération réduite qu'il percevait lorsque le licenciement intervient ?

III. La décision de la Cour

Sur le second moyen :

Quant à la seconde branche :

1. Aux termes de l'article 157, § 1^{er}, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 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.

Conformément au paragraphe 2, 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.

2. Dans l'arrêt C-486/18, *Praxair MRC*, rendu le 8 mai 2019, points 70 à 72, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé qu'il ressort de la jurisprudence de cette cour que la notion de « rémunération », au sens de cet article, doit être interprétée dans un sens large ; qu'elle comprend, notamment, tous les avantages en espèces ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient consentis, fût-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, que ce soit en vertu d'un contrat de travail, de dispositions législatives ou à titre volontaire ; qu'en outre, la circonstance que certaines prestations soient versées après la cessation de la relation de travail n'exclut pas qu'elles puissent avoir un caractère de rémunération au sens de cette disposition (arrêts du 6 décembre 2012, *Dittrich e.a.*, C-124/11, C-125/11 et C-143/11, point 35, ainsi que du 19 septembre 2018, *Bedi*, C-312/17, point 33) ; que, s'agissant des indemnités octroyées par l'employeur au travailleur à l'occasion de son licenciement, celles-ci constituent une forme de rémunération différée, à laquelle le travailleur a droit en raison de son emploi, mais qui lui est versée au moment de la cessation de la relation de travail, dans le but de faciliter son adaptation aux circonstances nouvelles résultant de celle-ci (arrêts du 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, point 13, et du 19 septembre 2018, *Bedi*, C-312/17, point 35).

Il ressort manifestement de cet arrêt que l'indemnité compensatoire de préavis due, en vertu de l'article 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, au travailleur engagé pour une durée indéterminée en cas de licenciement sans motif grave ni préavis constitue une rémunération au sens de l'article 157 du Traité.

3. Dans l'arrêt C-588/12, *Lyreco Belgium*, du 27 février 2014, points 43 à 45, la Cour de justice a jugé, pour conclure que cette indemnité figure parmi les « droits acquis ou en cours d'acquisition » auxquels le travailleur peut prétendre

lorsqu'il entame un congé parental, visés par l'article 2, point 6, de l'accord-cadre sur le congé parental, conclu le 14 décembre 1995, qui figure en annexe à la directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, que l'indemnité forfaitaire de protection en cas de résiliation unilatérale par l'employeur, sans motif grave ou suffisant, du contrat d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée et à temps plein et bénéficiant d'un congé parental, est versée au travailleur en raison de l'emploi qu'il a occupé (voir, par analogie, arrêts du 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89, points 10 et 11 ; du 9 février 1999, *Seymour-Smith et Perez*, C-167/97, points 23 à 28, ainsi que du 22 octobre 2009, *Meerts*, C-116/08, point 44), de sorte qu'elle fait partie des droits et 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.

L'indemnité forfaitaire de protection revenant à la demanderesse est due, en vertu de l'article 21, § 4, de la convention collective n° 103 instaurant un système de crédit-temps, de diminution de carrière et d'emplois de fin de carrière, conclue le 27 juin 2012 au sein du Conseil national du travail et rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 août 2012, et de l'article 101 de la loi du 22 janvier 1985 de redressement contenant des dispositions sociales, au travailleur engagé pour une durée indéterminée et à temps plein, dont les prestations de travail sont réduites en application des dispositions de cette convention collective de travail et de cette loi, qui est licencié sans motif grave ou suffisant ; le motif suffisant est celui dont la nature et l'origine sont étrangères à la réduction des prestations.

Il ressort manifestement des arrêts précités que cette indemnité de protection, payée par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier, constitue de la rémunération au sens de l'article 157 du Traité.

4. Dans l'arrêt *Praxair MRC* précité, la Cour de justice de l'Union européenne a examiné une réglementation nationale octroyant à certains travailleurs salariés une indemnité de licenciement, calculée en fonction de la rémunération dont le salarié bénéficiait pendant les derniers mois précédant le licenciement.

Elle a rappelé, au point 73, que, selon une jurisprudence constante, une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations

comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes (arrêts du 13 février 1996, *Gillespie e.a.*, C-342/93, ainsi que du 14 juillet 2016, *Ornano*, C-335/15, point 39). Elle a considéré, aux points 77 et 78, que, s'agissant d'un travailleur engagé dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein qui bénéficie d'un congé parental à temps partiel, la résiliation unilatérale par l'employeur doit être regardée comme portant sur le contrat de travail à temps plein. Par conséquent, s'agissant du droit à des prestations telles que l'indemnité de licenciement, la situation d'un travailleur en congé parental à temps partiel, au regard de telle prestation, est comparable à celle d'un travailleur à temps plein dans le cadre de l'article 157 du Traité.

Elle a rappelé encore, aux points 79 et 80, que, selon une jurisprudence constante de cette cour, le principe d'égalité des rémunérations consacré à l'article 157 du Traité s'oppose non seulement à l'application de dispositions qui établissent des discriminations directement fondées sur le sexe, mais également à l'application de dispositions qui maintiennent des différences de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins en application de critères non fondés sur le sexe, dès lors que ces différences de traitement ne peuvent s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (arrêts du 15 décembre 1994, *Helmig e.a.*, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 et C-78/93, point 20, ainsi que du 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, point 40). Plus précisément, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice qu'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 entre les deux catégories de travailleurs qu'elle engendre soit justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (arrêt du 17 juillet 2014, *Leone*, C-173/13, point 41 et jurisprudence citée).

Elle a considéré, au point 81, qu'il résulte de l'application de la réglementation nationale en cause, qui est formulée de façon neutre, que, lorsqu'un travailleur engagé à durée indéterminée et à temps plein est licencié au moment où il bénéficie d'un congé parental à temps partiel, ce travailleur est désavantagé par rapport à un travailleur qui est licencié pendant qu'il est en activité à temps plein

dans la mesure où, pour le travailleur en congé parental à temps partiel, l'indemnité de licenciement est déterminée au moins en partie sur la base de la rémunération réduite qu'il perçoit au moment de son licenciement.

Elle a jugé, aux points 82 et 83, que, lorsqu'un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier d'un congé parental à temps partiel, une telle réglementation nationale n'est compatible avec le principe d'égalité de traitement qu'à la condition que la différence de traitement entre les travailleurs féminins et les travailleurs masculins ainsi engendrée soit, le cas échéant, susceptible d'être justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

5. L'arrêt attaqué constate que la défenderesse a licencié la demanderesse, employée pour une durée indéterminée et à temps plein, au moment où cette dernière avait réduit ses prestations à mi-temps pour trois ans dans le cadre d'un crédit-temps pour le motif, prévu à l'article 4, § 1^{er}, 1^o, de la convention collective n° 103, de prendre soin de son enfant jusqu'à l'âge de huit ans. Il décide que la défenderesse doit payer à la demanderesse les indemnités compensatoire de préavis et de protection contre le licenciement en matière de crédit-temps, prévues respectivement par les articles 39 de la loi du 3 juillet 1978, 21, § 4, de la convention collective n° 103, et 101 et 103 de la loi de redressement.

Il considère, sans être critiqué, que, en principe, lorsque les prestations à temps plein sont réduites, la rémunération en cours, sur la base de laquelle sont calculées ces indemnités de préavis et de protection, est la rémunération correspondant aux prestations réduites.

Il ressort manifestement de l'arrêt *Praxis MCR* précité que la règle, qui imposerait de calculer les indemnités de préavis et de protection contre le licenciement sur la rémunération correspondant aux prestations réduites, n'est compatible avec l'article 157 du Traité, lorsqu'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, qu'à la condition que la différence de traitement entre les travailleurs féminins et les travailleurs masculins ainsi engendrée soit susceptible d'être justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

En considérant que la règle de calcul des indemnités de préavis et de protection, précitée, ne constitue pas une discrimination indirecte sur la base du sexe, au motif que les dispositions légales en cause et, de manière générale, les règles relatives à la réduction des prestations de travail dans le cadre d'un crédit-temps pour prendre soin d'un enfant de moins de huit ans valent tout autant pour les femmes que pour les hommes, que la décision de solliciter un crédit-temps pour ce motif « relève d'un choix personnel du travailleur » et que « [juger] discriminatoire la prise de crédit-temps majoritairement par les femmes [crée] une possible discrimination à l'égard des hommes », sans vérifier si, comme l'affirmaient les demandeurs, un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes choisissent de bénéficier de la réduction des prestations de travail pour ce motif et si la différence de traitement entre les travailleurs féminins et les travailleurs masculins qui serait ainsi engendrée est susceptible d'être justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, l'arrêt attaqué viole l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Et il n'y a lieu d'examiner ni le premier moyen ni la première branche du second moyen, qui ne sauraient entraîner une cassation plus étendue.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il décide que la défenderesse doit payer à la demanderesse l'indemnité forfaitaire de protection contre le licenciement prévue par l'article 21, § 4, de la convention collective n° 103 et qu'il rejette la demande portant sur la discrimination indirecte prohibée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour du travail de Liège.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, président, les présidents de section Koen Mestdagh et Mireille Delange, les conseillers Antoine Lievens et Eric de Formanoir, et prononcé en audience publique du vingt-deux juin deux mille vingt par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Jean Marie Genicot, avec l'assistance du greffier Lutgarde Body.

L. Body

E. de Formanoir

A. Lievens

M. Delange

K. Mestdagh

Chr. Storck