

14 januari 2013

Arbeidshof te Gent

Afdeling Gent

tweede kamer

ARBEIDSRECHT –
arbeidsovereenkomst
bediende

A.R. nr. : 2010/AG/376

Rep. nr. 148

AXA BELGIUM NV, met maatschappelijke zetel te 1170 Brussel, Vorstlaan 25, en met ondernemingsnummer 0404.483.367,

appellante,

vertegenwoordigd door mr. Stephanie Raets *loco* mr. Isabelle Quintyn, advocaat te 9000 Gent, Ferdinand Lousbergskaaï 103 - bus 4-5,

TEGEN:

GEMEBEL P. wonende te [REDACTED],

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door de heer Jan Raman, gevolmachtigde, afgevaardigde van een representatieve organisatie van werknemers, met kantoren te 9000 Gent, Poel 7.

Gelet op de stukken van het dossier van de rechtspleging en inzonderheid op het eensluidend verklaarde afschrift van het op tegenspraak gewezen eindvonnis d.d. 2 september 2010 van de vierde kamer van de arbeidsrechtbank te Gent (A.R. nr. 00/163290/A), waarvan geen betekening wordt overgelegd.

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep, op 26 november 2010 neergelegd ter griffie van het arbeidshof te Gent, afdeling Gent.

Gelet op het tussenarrest, op 9 januari 2012 op tegenspraak gewezen door de tweede kamer van het arbeidshof te Gent, afdeling Gent.

1. De feiten

De geïntimeerde werd sinds 23 maart 1993 door de appellante tewerkgesteld als bediende met een mondelinge arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zij fungeerde als schadebeheerder. De geïntimeerde werkte eerst voltijds, vanaf 1 september 2002 deeltijds (4/5 van een voltijdse betrekking, hetzij 28,80/36).

Bij schrijven van 16 juni 2002 liet de geïntimeerde de appellante weten dat zij vanaf 1 september 2002 "tijdskrediet aan 50 %" wou opnemen "gedurende 1 jaar".

Op 20 augustus 2002 bevestigde de appellante hiermee in te stemmen.

De appellante beëindigde de arbeidsovereenkomst op 8 november 2002 op onregelmatige wijze, want zonder opzegging of dringende reden. De geïntimeerde ontving een

gewone opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het loon voor halftijdse prestaties (18/36) gedurende een termijn van 11 maanden.

Bij aangetekend schrijven van 4 augustus 2003 vorderde de vakorganisatie van de geïntimeerde de betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding, berekend op grond van het loon voor 4/5-prestaties.

2. De procedure in eerste aanleg

Bij deurwaardersexploot, betekend op 3 november 2003, werd de appellante gedagvaard om te verschijnen voor de arbeidsrechtbank te Gent, en stelde de geïntimeerde een vordering in tegen de appellante, strekkende tot veroordeling van deze laatste om aan haar te betalen,

- 1) 10.442,71 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding, zijnde het verschil tussen de opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het loon voor 4/5-prestaties gedurende elf maanden en de door de appellante betaalde opzeggingsvergoeding;
- 2) 733,81 euro en 1.049,83 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding, overeenstemmend met de door de appellante niet in de door haar betaalde opzeggingsvergoeding opgenomen loonelementen van groepsverzekering en maaltijdcheques, en zulks voor elf maanden;

beide bedragen te vermeerderen met wettelijke intrest en met gerechtelijke intrest.

Zij vroeg de veroordeling van de appellante tot het betalen van de gerechtskosten.

Ten slotte vroeg zij dat het vonnis voorlopig uitvoerbaar zou verklaard worden ondanks elk verhaal en zonder borgstelling, en met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement.

In haar conclusie, op 10 september 2004 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, vroeg de appellante in hoofddorde dat de vordering ontvankelijk doch ongegrond zou verklaard worden, met verwijzing van de geïntimeerde, in de kosten van het geding. Subsidiair vroeg zij inzonderheid

- dat zij slechts tot betaling van een saldo van 605,55 euro zou veroordeeld worden, zijnde de aanvullende opzeggingsvergoeding "op het voordeel van de patronale premie voor de groepsverzekering";
- dat de geïntimeerde in dit geval zou veroordeeld worden tot de terugbetaling van "het onverschuldigd voordeel die de eenmalige groepsverzekeringspremie van 605,55 euro voor de periode gedekt door de opzeggingsvergoeding" uitmaakte;
- dat het verzoek tot voorlopige tenuitvoerlegging ondanks elk verhaal en zonder borgstelling, en met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement, zou worden afgewezen.

In haar conclusie, op 2 februari 2007 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, verminderde de geïntimeerde haar vordering tot 10.463,32 euro.

In haar conclusie, op 27 september 2007 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, vroeg de appellante in hoofddorde dat de vordering ontvankelijk doch ongegrond

zou verklaard worden, met verwijzing van de geïntimeerde in de kosten van het geding. Subsidiair vroeg zij inzonderheid dat zij slechts tot betaling van een saldo van 646,08 euro zou verschuldigd worden.

In haar conclusie, op 25 februari 2010 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, verminderde de geïntimeerde haar vordering tot 10.255,38 euro. Subsidiair vroeg zij dat een prejudiciële vraag zou gesteld worden aan het Grondwettelijk Hof.

Bij op tegenspraak gewezen eindvonnis van 2 september 2010 werd de vordering toelaatbaar en gedeeltelijk gegrond verklaard. De appellante werd veroordeeld tot het betalen van 10.255,38 euro als aanvullende opzeggingsvergoeding, te vermeerderen met wettelijke intrest en gerechtelijke intrest, met dien verstande dat de loop van de intrest werd geschorst van 10 september 2004 tot 2 februari 2007 en van 27 september 2007 tot 23 december 2009. De appellante werd veroordeeld tot het betalen van de gerechtskosten. Het vonnis werd voorlopig uitvoerbaar verklaard ondanks elk verhaal en zonder borgstelling, en met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement.

De eerste rechter was inzonderheid van oordeel:

- dat de geïntimeerde voorhield dat de opzeggingsvergoeding op het loon voor niet-verminderde prestaties (*in casu* 4/5-prestaties) moest berekend worden;
- dat het Europees Hof van Justitie in zijn arrest Meerts van 22 oktober 2009 uitging van het principe dat een werknemer die ingevolge ouderschapsverlof zijn prestaties deeltijds dan wel voltijds verminderde, zich in een gelijke situatie bevond;
- dat dit principe ook buiten de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof overeind bleef;
- dat er een niet te verantwoorden discriminatie zou zijn tussen een persoon in tijdskrediet waarvan de werkgever tot onregelmatig ontslag overging en wiens opzeggingsvergoeding op een verminderd loon werd berekend, en een persoon die voltijds tijdskrediet nam, wiens opzeggingsvergoeding op het onverminderde loon moest worden berekend;
- dat de Belgische wetgeving richtlijnconform moest uitgelegd worden en dat de opzeggingsvergoeding van de geïntimeerde moest berekend worden op grond van een niet-verminderd loon;
- dat de verschuldigde opzeggingsvergoeding mede berekend moest worden op grond van het voordeel van de hospitalisatieverzekering en de maaltijdcheques, resp. 140,16 euro en 907,37 euro;
- dat de intrest op het nettobedrag moest berekend worden en niet verschuldigd was voor periodes waarin de zaak had "stilgelegen".

3. De procedure in hoger beroep tot aan het tussenarrest

In haar akte van hoger beroep vroeg de appellante dat het arbeidshof het hoger beroep ontvankelijk en gegrond zou verklaren, het bestreden vonnis zou vernietigen en de vordering tot betaling van een aanvullende opzeggingsvergoeding slechts gegrond zou verklaren ten belope van 517,60 euro, één en ander met veroordeling van de geïntimeerde

tot het betalen van alle kosten van het geding.

De appellante achtte zich gegriefd door het bestreden vonnis.

Zij stelde inzonderheid:

- dat uit artikel 103 van de Sociale Herstelwet van 22 januari 1985 *a contrario* moest afgeleid worden dat de opzeggingsvergoeding in geval van vermindering van de arbeidsprestaties op het verminderde loon moest berekend worden;
- dat bij de toepassing van artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet enkel rekening mocht gehouden worden met het loon dat op het ogenblik van het ontslag verschuldigd was, *in casu* het verminderde loon, zoals het Hof van Cassatie expliciet had geoordeeld;
- dat het Grondwettelijk Hof herhaaldelijk had geoordeeld dat deze regel geen ongelijke behandeling met zich meebracht;
- dat de wetgever dit beginsel expliciet had bevestigd door slechts in geval van ouderschapsverlof een andere regeling in te voeren;
- dat ook het zgn. arrest Meerts slechts op het ouderschapsverlof betrekking had;
- dat de Richtlijn 96/34/EG inzake ouderschapsverlof niet sloeg op een vermindering van de arbeidsprestaties anders dan in het kader van het ouderschapsverlof;
- dat de Richtlijn 97/81/EG inzake deeltijdarbeid wel toepasselijk was doch dat hieruit niet mocht afgeleid worden dat de opzeggingsvergoeding op een onverminderd loon moest berekend worden;
- dat deze Richtlijn enkel een *pro-rata* beginsel poneerde dat werd gerespecteerd door de opzeggingsvergoeding waarop een onregelmatig ontslagen werknemer die zijn arbeidsprestaties had gehalveerd recht had, slechts op het verminderde loon te berekenen;
- dat de eerste rechter ten onrechte een opzeggingsvergoeding had toegekend, berekend op het niet-verminderde loon.

In haar conclusie, op 25 februari 2011 ter griffie neergelegd, vroeg de geïntimeerde dat het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond zou verklaard worden. Subsidiair vroeg zij dat een prejudiciële vraag zou gesteld worden aan het Grondwettelijk Hof.

In haar conclusie, op 19 oktober 2011 ter griffie neergelegd, vroeg de geïntimeerde subsidiair dat een prejudiciële vraag zou gesteld worden aan het Europees Hof van Justitie.

4. Het tussenarrest van 9 januari 2012

Bij tussenarrest, op 9 januari 2012 op tegenspraak gewezen door de tweede kamer van het arbeidshof te Gent,

- werd het hoger beroep ontvankelijk verklaard;
- alvorens te oordelen over de gegrondheid van het hoger beroep, werden de debatten ambtshalve heropend en werd gezegd dat de partijen opnieuw in de uiteenzetting van hun middelen en conclusies zouden worden gehoord ter gewone en openbare terechtzitting van de tweede kamer van het arbeidshof te Gent, afdeling Gent, zetelende in haar gewone gehoorzaal in het gerechtsgebouw te 9000 Gent, Savaanstraat 11/201,

tweede verdieping, van maandag twaalf november tweeduizend en twaalf om veertien uur;

- werd gezegd dat de geïntimeerde uiterlijk op 12 maart 2012 haar schriftelijke opmerkingen ter griffie zou neerleggen en aan de appellante zou toezenden;
- werd gezegd dat de appellante uiterlijk op 14 mei 2012 haar schriftelijke opmerkingen ter griffie zou neerleggen en aan de geïntimeerde zou toezenden;
- werd gezegd dat de geïntimeerde uiterlijk op 18 juni 2012 haar schriftelijke opmerkingen ter griffie zou neerleggen en aan de appellante zou toezenden;
- werd gezegd dat de appellante uiterlijk op 3 september 2012 haar schriftelijke opmerkingen ter griffie zou neerleggen en aan de geïntimeerde zou toezenden;
- werd de beslissing nopens de gerechtskosten aangehouden.

Het arbeidshof oordeelde als volgt:

"(1.) De aard van de arbeidsovereenkomst

De eerste rechter heeft terecht geoordeeld dat de "vermindering van de arbeidsprestaties in de vorm van een vermindering van de arbeidsprestaties tot een halftijdse betrekking", waarop een werknemer volgens artikel 3, § 1, 2° van de CAO nr. 77bis van 19 december 2001 van de Nationale Arbeidsraad recht heeft in het kader van het "recht op een tijdscrediet", moest aangezien worden als een gedeeltelijke schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en niet als het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid.

Inderdaad wijzigt noch de in deze bepaling geregelde wijze van vermindering van de arbeidsprestaties, noch deze van dezelfde omvang die aan werknemers van 50 jaar en ouder wordt toegekend (zie art. 9, § 1, 2° van de CAO nr. 77bis), noch de 1/5^{de} loopbaanvermindering (zie art. 6 en 9, § 1, 1° van de CAO nr. 77bis), de aard van de arbeidsovereenkomst waardoor de partijen gebonden zijn, zodat inzonderheid een voltijdse arbeidsovereenkomst niet wordt vervangen door een deeltijdse arbeidsovereenkomst. Dit geldt ook in geval van een vermindering van de arbeidsprestaties die geregeld wordt door de artikelen 102 en 102bis van de Sociale Herstelwet, hetzij in de algemene regeling, hetzij bij wijze van zgn. thematisch verlof (zie in dezelfde zin Arbh. Brussel 4 april 2000, *Soc.Kron.* 2001, 550; Arbh. Gent 10 februari 2006, *RW* 2006-07, 929).

Ten onrechte zou men uit de expliciete verwijzing in artikel 13, § 1, 2° en § 2 van de CAO nr. 77bis naar artikel 11bis van de Arbeidsovereenkomstenwet afleiden dat de partijen, die verplicht zijn een geschrift op te maken dat aan de voorschriften van de voornoemde bepaling voldoet, meteen ook een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid sluiten. Dit was (is) ook niet het geval in de regeling van artikel 102, § 2 van de Sociale Herstelwet, waarvan de voornoemde bepaling van de CAO nr. 77bis slechts een kopie is (en ook de tekst van het nieuwe artikel 105, § 1, tweede lid, tweede zin van de Sociale Herstelwet – dat zelfs niet op *alle* zgn. thematische verloven betrekking heeft – mag niet geacht worden deze draagwijdte te hebben). Artikel 102, § 2 van de Sociale Herstelwet had (heeft) steeds een beperkte draagwijdte gehad en sloeg enkel op het geval waarin de vermindering van de arbeidsprestaties een conventioneel karakter had, *niet* op

het geval waarin zij het gevolg was van een beroep door de werknemer op een cao; *niet* wanneer het om een verlof voor palliatieve zorgen ging, en *niet* wanneer het recht door een koninklijk besluit werd toegekend, in welke gevallen de werknemer van een recht gebruik maakte en de wetgever het vastleggen van een akkoord van de partijen in een geschrift overbodig achtte. Wordt (werd) in de drie voornoemde gevallen het opmaken van een geschrift aldus niet opgelegd, en houdt men voor dat er hier toch een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid gesloten wordt, dan oordeelt men *contra legem* dat dergelijke overeenkomsten kunnen gesloten worden zonder het opmaken van een geschrift, *quod non*.

Dat de verwijzing naar artikel 11*bis* van de Arbeidsovereenkomstenwet in artikel 102, § 2 van de Sociale Herstelwet enkel een toepassing van bepaalde regels *per analogiam* en niet het sluiten van de aldaar bedoelde arbeidsovereenkomst met zich meebrengt, volgt ook uit het feit dat het toepassingsgebied *ratione personae* van de regeling van de onderbreking van de beroepsloopbaan ruimer is dan dat van de personen die door een arbeidsovereenkomst verbonden zijn. Het is ongerijmd ten aanzien van personen die anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst tegen loon en onder gezag arbeid verrichten (zie art. 99, tweede lid Sociale Herstelwet), voor te houden dat zij de in artikel 11*bis* van de Arbeidsovereenkomstenwet bedoelde overeenkomst sluiten.

Wanneer de geïntimeerde *in casu* aanspraak maakte op een halvering van de arbeidsprestaties zoals geregeld in artikel 3, § 1, 2° van deze CAO, dan beriep zij zich op een recht om de uitvoering van de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk te schorsen. Toen de appellante hiermee instemde (en haar instemming was eigenlijk overbodig) vervingen de partijen de ene arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid niet door een andere (bij de overgang van 4/5-werk naar halftijds werk). Nu de arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid (4/5), die voor onbepaalde tijd was gesloten, bleef bestaan, sloten de partijen ook geen nieuwe arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd.

(2.) De berekening van de opzeggingsvergoeding

(2.1.) De eerste rechter, hierin bijgetreden door de geïntimeerde, oordeelde dat de opzeggingsvergoeding waarop de geïntimeerde aanspraak kan maken, dient berekend te worden met inachtneming van het loon dat de geïntimeerde zou verdiend hebben wanneer zij haar arbeidsprestaties *niet* zou hebben gehalveerd. De appellante is het daar niet mee eens: volgens haar kan enkel het loon voor de halftijdse prestaties in aanmerking komen. Dat bij het bepalen van de duur van de in acht te nemen opzeggings*termijn* het niet-verminderde loon in aanmerking komt, staat niet ter discussie. Als men de logica volgt van het arrest van het Hof van Cassatie van 11 december 2006 (*JTT* 2007, 86, noot Fr.-X. HORION), dat zich hiervoor enkel steunt op artikel 103 van de Sociale Herstelwet, is dit nochtans niet zo evident vermits deze bepaling *niet* toepasselijk is op de vermindering van de arbeidsprestaties krachtens de CAO nr. 77*bis* van de Nationale Arbeidsraad (zie ook T. VAN DE CALSEYDE, "Lopend loon' en 'voordelen verworven krachtens de overeenkomst' volgens recente Belgische en Europese rechtspraak", *Or.* 2010, (37) 45; vgl. Cass. 7 juni 2010, nr. S.09.0079.N, onuitg.).

(2.2.) Hoewel dit niet de meest aangewezen oplossing voor het hem voorgelegde geschil was, heeft het Hof van Cassatie in zijn voornoemde arrest van 11 december 2006, met verwijzing naar het voornoemde artikel 103 van de Sociale Herstelwet, geoordeeld dat de opzeggingsvergoeding waarop een onregelmatig ontslagen werknemer recht had, die zijn arbeidsprestaties had verminderd krachtens artikel 102 van de Sociale Herstelwet, diende berekend te worden op het verminderde loon. Bij de invoering van de regeling van de loopbaanonderbreking heeft de wetgever in elk geval onvoldoende oog gehad voor de gehanteerde rechtsfiguren en inzonderheid voor het onderscheid tussen een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid en een gedeeltelijke schorsing van de uitvoering van een arbeidsovereenkomst, vandaar de bepaling van artikel 103 van de Sociale Herstelwet die, wanneer men haar *a contrario* uitlegt, afbreuk doet aan de regel dat een opzeggingsvergoeding ook bij ontslag in een periode van gedeeltelijke schorsing op het onverminderde loon moet worden berekend. De kwestie is bij de aanpassing van de Sociale Herstelwet aan de inwerkingtreding van de cao nr. 77bis helemaal niet ter sprake gekomen (artikel 103 van de Sociale Herstelwet werd zelfs geen andere plaats in de wet toebedeeld). Nu de wetgever bij de invoering van artikel 105, § 3 van de Sociale Herstelwet door artikel 90, 2° van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, waardoor de wet werd aangepast aan de leer van het arrest *Meerts* (zie verder), zijn standpunt kennelijk heeft bevestigd, er – op zijn minst misleid door een onjuiste voorstelling van zaken in de memorie van toelichting (zie *Parl. St. Kamer*, 2009-10, nr. 2299/1, 61) - opnieuw van uitgaande dat een vermindering van de arbeidsprestaties het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid impliceerde, en diezelfde wetgever uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat een berekening op het onverminderde loon enkel in geval van ouderschapsverlof hoefde, bij uitsluiting van de andere zgn. thematische verloven en de vermindering van de arbeidsprestaties in het kader van de cao nr. 77bis, is het arbeidshof bereid aan te nemen dat dit daadwerkelijk het volgehouden standpunt van de wetgever is, ook al betekent dit dat niet de logische gevolgen worden getrokken uit het hanteren van een rechtsfiguur als de gedeeltelijke schorsing en ook al betekent dit dat op ernstige wijze afbreuk wordt gedaan aan de ontslagbescherming die wordt geboden aan de werknemer die gebruik maakt van zijn recht om de arbeidsprestaties te verminderen (buiten het geval van ouderschapsverlof), nu een werkgever er in vele gevallen een financieel belang bij kan hebben om een werknemer precies te ontslaan *nadat* hij zijn arbeidsprestaties heeft verminderd, en dit ondanks het verschuldigd zijn van een bijzondere ontslagvergoeding (die volgens het Hof van Cassatie eveneens op het verminderde loon moet berekend worden).

Er moet worden op gewezen dat de voornoemde uitlegging van artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet grondwetsconform werd geacht door het Grondwettelijk Hof (zie GwH 13 maart 2008, nr. 51/2008, *JTT* 2008, 149; GwH 8 mei 2008, nr. 77/2008, *BS* 26 juni 2008) zodat het zinloos is dit Hof nogmaals over dit punt te ondervragen.

(2.3.) De geïntimeerde zoekt inzonderheid steun voor haar stelling in de wijze van berekening van de opzeggingsvergoeding, geldend in geval van ontslag tijdens een periode van vermindering van de arbeidsprestaties, die kadert in het ouderschapsverlof, inzonderheid geregeld door het KB van 29 oktober 1997 tot invoering van een recht op

ouderschapsverlof in het kader van de onderbreking van de beroepsloopbaan, genomen in uitvoering van artikel 105, § 1 van de Sociale Herstelwet. Zij stelt dat, waar in dit geval met het niet-verminderde loon rekening moet worden gehouden, één en ander ook het geval moet zijn in andere gevallen van vermindering van de arbeidsprestaties, inzonderheid deze in artikel 3, § 1, 2° van de CAO nr. 77bis van de Nationale Arbeidsraad.

Het Hof van Cassatie had in zijn arrest *Meerts* van 25 februari 2008 (*JTT* 2008, 152) aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag gesteld over de verenigbaarheid van zijn interpretatie, volgens dewelke bij het begroten van de opzeggingsvergoeding enkel met het verminderde loon rekening diende gehouden te worden, met clause 2, punten 4 tot en met 7 van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, gevoegd bij de Richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof. Het Hof van Justitie heeft op 22 oktober 2009 zijn arrest gewezen (zaak C-116/08, *NjW* 2009, 764, noot I.P., *Soc.Kron.* 2010, 361, noot E. CLAEYS, *JTT* 2010, 52, noot P. JOASSART).

Het Hof verklaarde voor recht:

"Clause 2, punten 6 en 7, van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, gesloten op 14 december 1995, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 96/34/EG van de Raad van 3 juni 1996 betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/75/EG van de Raad van 15 december 1997, moet aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staat dat, wanneer een werkgever de arbeidsovereenkomst van een voor onbepaalde tijd voltijds in dienst genomen werknemer tijdens diens deeltijds ouderschapsverlof zonder dringende reden of zonder inachtneming van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijn eenzijdig beëindigt, de aan de werknemer te betalen vergoeding wordt bepaald op basis van het verminderde loon dat hij ontvangt op het tijdstip van het ontslag".

Essentieel zijn de volgende overwegingen in het arrest (met cursivering van het arbeidshof):

"38. In het licht daarvan bepaalt clause 2, punt 6, van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof dat de op de datum van ingang van het ouderschapsverlof door de werknemer verworven rechten of rechten in wording ongewijzigd behouden blijven tot het einde van dat verlof.

39. Zowel uit de formulering van clause 2, punt 6, als uit de context ervan, blijkt dat die bepaling tot doel heeft het verlies of de beperking te voorkomen van de uit de arbeidsverhouding voortvloeiende verworven rechten of rechten in wording, waarop de werknemer op de datum van ingang van het ouderschapsverlof aanspraak kan maken, en te verzekeren dat hij zich, na afloop van het verlof, wat deze rechten betreft, in dezelfde situatie bevindt als die waarin hij zich bevond voorafgaand aan dit verlof (zie in die zin arrest van 16 juli 2009, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*, C-537/07, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 39). (...)

43. Uit de in de punten 35 tot en met 37 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte doelstellingen van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof blijkt dat het begrip „verworven rechten of rechten in wording” in de zin van clause 2, punt 6, van de raamovereenkomst *alle rechten en voordelen in geld of in natura omvat die direct of indirect uit de arbeidsverhouding voortvloeien en waarop de werknemer jegens de werkgever aanspraak kan maken op de datum van ingang van het ouderschapsverlof*.

44. *Tot die rechten en voordelen behoren alle rechten en voordelen die verband houden met de arbeidsvoorwaarden*, zoals het recht van een voltijds werknemer die deeltijds ouderschapsverlof geniet, om, in geval van eenzijdige beëindiging door de werkgever van een overeenkomst voor onbepaalde tijd, een opzeggingstermijn te krijgen, waarvan de duur afhangt van de anciënniteit van de werknemer in de onderneming en die tot doel heeft de zoektocht naar een nieuwe betrekking te vergemakkelijken.

45. Clausule 2, punt 7, van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof verwijst naar de lidstaten en/of de sociale partners voor de vaststelling van de regeling die gedurende het ouderschapsverlof op de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding van toepassing is, daaronder begrepen de mate waarin de werknemer, tijdens die periode, rechten blijft verwerven ten opzichte van de werkgever. Een teleologische en systematische uitlegging leidt tot de zienswijze dat die verwijzing niet afdoet aan punt 6 van die clausule, waarin het heet dat "de op de datum van ingang van het ouderschapsverlof door de werknemer verworven rechten of rechten in wording ongewijzigd behouden [blijven] tot het einde van het ouderschapsverlof".

46. *Dit geheel van rechten en voordelen zou in gevaar komen indien, in geval van niet-naleving van de wettelijk bepaalde opzeggingstermijn bij een ontslag tijdens een deeltijds ouderschapsverlof, een voltijds in dienst genomen werknemer geen aanspraak meer zou kunnen maken op de vaststelling van de hem verschuldigde ontslagvergoeding op basis van het met zijn arbeidsovereenkomst overeenstemmende loon.*

47. Zoals de advocaat-generaal in de punten 54 en 55 van haar conclusie heeft verklaard, *zou een nationale wettelijke regeling op grond waarvan de uit de arbeidsverhouding voortvloeiende rechten in geval van ouderschapsverlof zouden worden beperkt, de werknemer ervan kunnen weerhouden een dergelijk verlof te nemen, en de werkgever ertoe kunnen aanzetten eerder werknemers met ouderschapsverlof te ontslaan dan andere werknemers. Dat zou regelrecht indruisen tegen de doelstelling van de raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, die onder meer ertoe strekt het beroeps- en gezinsleven beter te kunnen combineren."*

De voornoemde punten van clausule 2 luiden als volgt:

"6. De op de datum van ingang van het ouderschapsverlof door de werknemer verworven rechten of rechten in wording blijven ongewijzigd behouden tot het einde van het ouderschapsverlof. Na afloop van het ouderschapsverlof zijn deze rechten, met inbegrip van de uit de wetgeving, collectieve overeenkomsten of nationale gebruiken voortvloeiende veranderingen, van toepassing.

7. De lidstaten en/of de sociale partners stellen de regeling vast die gedurende het ouderschapsverlof op de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding van toepassing is."

(2.4.) De Belgische rechter dient artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet richtlijnconform te interpreteren (I. GOVAERE, "De (door-)werking van het EG-recht in het nationaal recht: een rag- of octopuseffect?", in X, *De invloed van het Europees recht op het Belgisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, (1) 28-31, nrs. 50-55; K. LENAERTS en D. ARTS, *Europees procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1999, 181-185, nrs. 214-220; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen Deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 165-168, nr. 63; P. VAN NUFFEL, "Doorwerking van Europees Gemeenschapsrecht in de Belgische rechtsorde", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (337) 352-360, nrs. 25-35). Dit betekent dat er geen enkele twijfel meer over kon bestaan dat de opzeggingsvergoeding van een werknemer die zijn arbeidsprestaties verminderde in het kader van een ouderschapsverlof, *altijd al* op het niet-verminderde loon moest worden berekend. Het Hof van Cassatie heeft in zijn eindarrest van 15 februari 2010 in de zaak *Meerts* (nr. S.07.0027.N, Arr.Cass. 2010, 436) de Belgische wet dan ook op deze wijze uitgelegd. Artikel 90, 2° van de wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen (BS 31 december 2010), dat in artikel 105 van de Sociale Herstelwet een nieuwe § 3 heeft ingevoerd waarvan de tekst luidt: "Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd gedurende een periode van vermindering van arbeidsprestaties in het kader van een ouderschapsverlof genomen in toepassing van deze afdeling,

wordt onder "lopend loon" in de zin van artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten begrepen het loon dat de werknemer krachtens zijn arbeidsovereenkomst zou hebben verdiend indien hij zijn arbeidsprestaties niet had verminderd", is hiervan enkel maar de bevestiging.

Waar bijgevolg ondubbelzinnig vaststond dat, enkel al op grond van het Europees recht, een berekening van de opzeggingsvergoeding van de tijdens een periode van ouderschapsverlof – met verminderde arbeidsprestaties – onregelmatig ontslagen werknemer, op grond van het niet-verminderde loon verplicht was, rees natuurlijk de vraag of dit ook niet het geval moest zijn in alle andere gevallen van vermindering van de arbeidsprestaties, in het kader van een ander zgn. thematisch verlof (*in casu* niet relevant) dan wel in het kader van de CAO nr. 77bis van de Nationale Arbeidsraad.

Waar het arrest duidelijk stelde dat een lagere opzeggingsvergoeding verworven rechten en rechten in wording zou aantasten en dat dit de werknemer ervan zou kunnen weerhouden aanspraak te maken op zijn rechten (en de werkgever ertoe zou kunnen aanzetten de betrokkene te ontslaan), gelden deze overwegingen vanzelfsprekend ook in geval van een vermindering van de arbeidsprestaties, anders dan in het kader van het ouderschapsverlof, zodat een ongelijke behandeling van deze gelijke situaties een schending van het gelijkheidsbeginsel kon betekenen (vgl. E. CLAEYS, "De ontslagvergoeding van een werknemer in deeltijds ouderschapsverlof wordt berekend op basis van het voltijdse loon", noot H.v.J. 22 oktober 2009, *Soc.Kron.* 2010, (353) 355; T. VAN DE CALSEYDE, "'Lopend loon' en 'voordelen verworven krachtens de overeenkomst' volgens recente Belgische en Europese rechtspraak", *Or.* 2010, (37) 52; W. VANDEPUTTE, "Knelpunten bij het bepalen van de opzeggingstermijn en de opzeggingsvergoeding voor bedienden. Brengen het Hof van Cassatie, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie licht in de duisternis?", *RW* 2009-10, (1282) 1304).

Het Grondwettelijk Hof werd hieromtrent herhaaldelijk ondervraagd. Welnu, in zijn voorsnog onuitgegeven arresten van 10 november 2011 (nrs. 165/2011 en 167/2011) en van 15 december 2011 (nr. 191/2011) heeft dit Hof geoordeeld dat een verschillende behandeling van de werknemer die zijn arbeidsprestaties verminderde in het kader van het ouderschapsverlof, en de werknemer die zijn arbeidsprestaties verminderde in een andere regeling, géén schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel impliceerde. Het is dus zinloos opnieuw een vraag in die zin te stellen, zoals de geïntimeerde suggereert.

(2.5.) De geïntimeerde stelt dat een berekening van de haar toekomstige opzeggingsvergoeding op een onverminderd loon zich ook opdringt vanuit een interpretatie van artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet die conform is aan Richtlijn 97/81/EG van de Raad betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid (omgezet door de wet van 5 maart 2002 betreffende het beginsel van non-discriminatie ten gunste van deeltijdswerkers, *BS* 13 maart 2002).

Zoals hierboven onder 5.2.2.1 werd gesteld, leidt de vermindering van de arbeidsprestaties *niet* tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid. Kan artikel 39, § 1 van de Arbeidsovereenkomstenwet dan ook niet geïnterpreteerd worden in het licht van de bepalingen van de voornoemde wet van 5 maart 2002, dan is het niet

uitgesloten dat het begrip deeltijdarbeid dat in de voornoemde Richtlijn wordt gehanteerd, ook zou slaan op een vermindering van de arbeidsprestaties in het kader van de Belgische regelingen inzake onderbreking van de beroepsloopbaan. Artikel 3.1 van de Richtlijn definieert "deeltijdwerker" inderdaad als "een werknemer wiens normale arbeidsduur, berekend op weekbasis of als gemiddelde over een werkperiode van maximaal een jaar, minder is dan die van een vergelijkbare voltijdwerker". Dit is ook het geval voor een werknemer die zijn arbeidsprestaties vermindert, zij het dat het "minder" werken hier niet het gevolg is van een initiële wilsovereenstemming tussen de partijen doch van de werking van een welbepaalde schorsingsgrond, hetzij na een nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen, hetzij ingevolge de wil van de werknemer alléén.

Wanneer ook de appellante er geen probleem mee heeft om de situatie waarin de partijen verkeerden, onder de toepassing van de Richtlijn te brengen, is dit natuurlijk het gevolg van het feit dat zij de vermindering van de arbeidsprestaties als een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid kwalificeert, ten onrechte.

Het arbeidshof van zijn kant zou gehouden zijn aan het Europees Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen alvorens zomaar aan te nemen dat een gedeeltelijke schorsing leidt tot de bescherming die de Richtlijn heeft willen verlenen.

Het is echter zinloos zo'n vraag te stellen wanneer de geïntimeerde uit deze interpretatie geen voordeel zou kunnen halen. En dat laatste lijkt inderdaad het geval te zijn.

Artikel 4.1 van de Richtlijn stelt als beginsel dat deeltijdwerkers met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden niet minder gunstig mogen behandeld worden dan vergelijkbare voltijdwerkers, louter op grond van het feit dat zij deeltijds werkzaam zijn, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is. Volgens artikel 4.2 wordt, wanneer zulks passend is, het "*pro rata temporis*"-beginsel toegepast. Artikel 4.4 bepaalt zelfs dat, indien zulks om objectieve redenen gerechtvaardigd is, de lidstaten de toegang tot bepaalde arbeidsvoorwaarden afhankelijk kunnen stellen van een bepaalde arbeidsduur of beloning.

Welnu, het arbeidshof ziet niet in hoe het feit dat de werknemer die zijn arbeidsprestaties vermindert, volgens de wetsinterpretatie waarvan sprake in 5.2.1.2, slechts een opzeggingsvergoeding krijgt overeenstemmend met het verminderde loon, daar waar een voltijds werkend werknemer een opzeggingsvergoeding ontvangt overeenstemmend met het onverminderde loon, voor hem een minder gunstige behandeling zou impliceren nu dit gewoon de toepassing vormt van het *pro rata temporis*-beginsel. Zou de opzeggingsvergoeding van de eerstgenoemde werknemer op het onverminderde loon berekend worden, dan zou hij beter af zijn dan een werknemer die initieel een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid afsloot nu deze laatste in geen geval aanspraak zou kunnen maken op een opzeggingsvergoeding berekend op een hoger loon dan datgene dat hem altijd verschuldigd is geweest.

De geïntimeerde maakt een vergelijking tussen haar situatie en de situatie van de werknemer die de uitvoering van de arbeidsovereenkomst volledig schorst en recht heeft op een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het onverminderde loon. Ten onrechte. Elke werknemer, voltijds of deeltijds, die in het kader van de Sociale Herstelwet (of

de cao nr. 77bis) de uitvoering van de arbeidsovereenkomst volledig schorst, kan in geval van onregelmatig ontslag aanspraak maken op een opzeggingsvergoeding berekend op het onverminderde loon, zoals elke werknemer, voltijds of deeltijds, die in hetzelfde kader zijn arbeidsprestaties vermindert, volgens de wetsinterpretatie waarvan sprake in 5.2.1.2, aanspraak kan maken op een opzeggingsvergoeding berekend op een verminderd loon.

Wil de geïntimeerde de onderscheiden behandeling tussen een werknemer die de uitvoering van de arbeidsovereenkomst volledig schorst en de werknemer die zijn arbeidsprestaties vermindert (de opzeggingsvergoeding van de eerste wordt op het onverminderde loon berekend, die van de andere op een verminderd loon) op grond van de Richtlijn ter discussie stellen (op grond van het Belgische recht vond het Grondwettelijk Hof hierin geen graten), dan moet zij de eerstgenoemde als een "vergelijkbare voltijdwerker" in de zin van artikel 3.2 van de Richtlijn kunnen bestempelen en dat is hij volgens het arbeidshof *niet* nu het hier zowel om een voltijdse als een deeltijdse werknemer kan gaan (in de zin van de Richtlijn én de Belgische wet). De geïntimeerde maakt in werkelijkheid een vergelijking tussen een werknemer (voltijds of deeltijds) die enkel als gevolg van de (gedeeltelijke) schorsing een "deeltijdwerker" wordt en de werknemer (voltijds of deeltijds) die volgens haar ook ondanks een (volledige) schorsing een "voltijdwerker" blijft. Naar het oordeel van dit hof is het onvoldoende waarschijnlijk dat het Europees Hof van Justitie in haar redenering zou meestappen opdat het arbeidshof ertoe gehouden zou zijn om het Hof ook op dit punt te ondervragen.

(2.6.) Het arbeidshof vraagt zich echter af of de berekening van de opzeggingsvergoeding op grond van een verminderd loon niet in strijd zou kunnen zijn met een andere europeesrechtelijke regeling.

Artikel 157, eerste lid en tweede lid VWEU (tot 1 september 2009 art. 141 EG-Verdrag, nog vroeger art. 119 EEG-Verdrag) luidt immers als volgt:

"Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.

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

Deze regeling raakt de openbare orde zodat haar toepassing door de rechter ambtshalve moet verzekerd worden.

Een opzeggingsvergoeding is "loon" in de zin van deze bepaling (vgl. HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (Seymour Smith en Perez), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN).

De voornoemde bepaling verbiedt ook indirecte discriminatie door de toepassing van een ogenschijnlijk genderneutrale bepaling. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer (aanzienlijk?) meer vrouwelijke dan mannelijke werknemers zouden getroffen worden door de toepassing van de regel dat bij onregelmatig ontslag tijdens een periode van gedeeltelijke schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst op grond van de bepalingen van de cao nr. 77bis van de Nationale Arbeidsraad, de opzeggingsvergoeding slechts op een verminderd loon wordt berekend. Is dat laatste het geval, dan zou er dan slechts geen schending zijn van artikel 157 VWEU wanneer een legitieme doelstelling van sociaal beleid

kan worden ingeroepen voor het bestaan van de genderneutrale bepaling, de middelen ter bereiking van dit doel geschikt zijn en diezelfde middelen ook noodzakelijk zijn (zie o.a. HvJ Bilka, 170/84, 13 mei 1986, Jur. H.v.J. 1986, 1607, concl. M. DARMON; HvJ Rinner-Kühn, nr. 171/88, 13 juli 1989, Jur. H.v.J. 1989, 2743), met dien verstande evenwel dat voor de wetgever een soepeler regeling kan gelden (zie HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (Seymour Smith en Perez), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN; zie C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Brussel, Larcier, 2004, 206-226, nrs. 548-605; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINCK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 98-100, nrs. 235-241 en 166-173, 410-426).

Alvorens dit laatste kan onderzocht worden, dient evident eerst wel vast te staan of en in welke mate méér vrouwelijke dan mannelijke werknemers "getroffen" worden door de bepaling, wat met een statistische vergelijking moet gebeuren (van het aantal mannen en vrouwen die aanspraak maakt op een vermindering van de arbeidsprestaties?). Er kan geen ongelijke behandeling zijn wanneer er geen aanmerkelijk verschil te vinden is, met dien verstande dat een aanhoudend en vrij constant verschil toch problematisch kan zijn (zie. HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (Seymour Smith en Perez), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN), wat *in casu* het ter beschikking stellen van data die van na 2002 dateren, zou kunnen vergen. Doch alvorens de voornoemde beoordeling te kunnen maken, moet de "populatie" bepaald worden die als referentiekader kan dienen

Wanneer een indirecte discriminatie zou worden vastgesteld, rijst de vraag naar de gevolgen hiervan voor de oplossing van het geschil (zie o.a. M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 212-216, nr. 120; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 151-168, nrs. 58-63; P. VAN NUFFEL, "Doorwerking van Europees Gemeenschapsrecht in de Belgische rechtsorde", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 337-375).

Het komt het arbeidshof voor dat de partijen over dit alles dienen te concluderen. Zij zullen daarbij inzonderheid aangeven of het stellen van een prejudiciële vraag nodig of nuttig is.

De debatten worden hiertoe ambtshalve heropend."

5. De procedure na het tussenarrest

In haar conclusie, op 14 juni 2012 ter griffie neergelegd, vraagt de geïntimeerde het arbeidshof

"In te gaan op het verzoek van concludante - gelet op de argumentatie die hoger werd ontwikkeld - en bijgevolg voorafgaandelijk aan een uitspraak door uw Hof, volgende vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie:

1. *Bevinden de werknemers in deeltijds tijdskrediet zich op het vlak van hun ontslagbescherming in een situatie die vergelijkbaar is met die van werknemers die gebruik maken van de stelsels van BEV, politiek verlof of syndicaal verlof?*

2. Kan een indirecte geslachtsdiscriminatie enkel worden bewezen via volledig uitgewerkt statistisch materiaal of kan dit bewijs ook worden afgeleid uit een door eenvoudig statistisch materiaal gecreëerd vermoeden dat door de tegenpartij niet wordt weerlegd?
3. Is er sprake van een indirecte discriminatie wanneer een groep waarvan bijna 2/3^e van de leden vrouw zijn op het vlak van de ontslagbescherming merkkelijk nadeliger wordt behandeld dan een vergelijkbare groep waarvan 2/3^e van de leden man zijn?

Verder verzoekt concluyente uw Hof

Vast te stellen dat vrouwen effectief meer dan mannelijke werknemers "getroffen" worden door de toepassing van de regel dat bij onregelmatig ontslag tijdens een periode van gedeeltelijke schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst op grond van de bepalingen van de cao nr. 77 bis van de NAR de opzeggingsvergoeding slechts op een verminderd loon wordt berekend.

Vast te stellen dat aldus het principe van de gelijke beloning van mannen en vrouwen niet gegarandeerd wordt door de Belgische wetgeving.

Gelet op de primauteit van het communautaire recht op elke interne rechtsnorm, aan appellante hetzelfde loon (in casu verbrekingsvergoeding) toe te kennen als de bevoordeelde werknemer, in casu een mannelijke.

Om die reden aan geïntimeerde een verbrekingsvergoeding toe te kennen op basis van de wedde die zij zonder tijdskrediet zou gehad hebben."

Zij stelt inzonderheid:

- dat de vermindering van de prestaties in het kader van "deeltijds tijdskrediet" vergeleken moet worden met deze in andere regelingen, inzonderheid deze inzake betaald educatief verlof, politiek verlof en syndicaal verlof;
- dat het aantal gerechtigden in al deze regelingen relevant is, niet louter het aantal werknemers die onregelmatig ontslagen worden;
- dat de toepassing van artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet leidt tot een zwakkere ontslagbescherming van de werknemers die "deeltijds tijdskrediet" nemen, in vergelijking met de werknemers die ontslagen worden terwijl zij van betaald educatief verlof, politiek verlof of syndicaal verlof genieten;
- dat de vrouwen in de regeling van het tijdskrediet structureel oververtegenwoordigd zijn;
- dat dit in de andere voornoemde regelingen ook het geval is;
- dat de ontslagvergoeding in deze laatste gevallen echter op een onverminderd loon wordt berekend;
- dat deze ongelijkheid moet weggenomen worden door aan de geïntimeerde het haar ontzegde voordeel toe te kennen;
- subsidiair, dat aan het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.

Uit de conclusie die de appellante op 28 augustus 2012 ter griffie heeft neergelegd, blijkt dat zij volhardt.

Zij stelt inzonderheid:

- dat het vaststellen van een indirecte discriminatie impliceert dat bewezen wordt dat er

sprake is van een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen op grond van een geslachtsneutraal criterium, alsook dat die ongelijke behandeling meer vrouwen dan mannen treft of omgekeerd;

- dat aan de hand van statistisch materiaal moet aangetoond worden dat een bepaalde regeling vrouwen feitelijk benadeelt;
- dat de benadeling niet louter theoretisch of potentieel mag zijn;
- dat er geen statistisch materiaal voorhanden is met betrekking tot het aantal vrouwen/mannen dat tijdens een periode van vermindering van de arbeidsprestaties ontslagen werd met betaling van een opzeggingsvergoeding, zodat het niet mogelijk is een referentiekader te bepalen;
- dat de geslachtsneutrale regeling *in casu* inderdaad de regel is dat een werknemer die tijdens een periode van vermindering van de arbeidsprestaties onregelmatig wordt ontslagen, recht heeft op een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het loon voor verminderde prestaties;
- dat er in het aantal mannen en vrouwen die gebruik maakt van de wettelijke regeling inzake tijdskrediet, ten andere geen wezenlijk verschil bestaat;
- dat een verschil van ongeveer 20 % geen aanzienlijk verschil uitmaakt;
- dat, mocht er wél een aanzienlijk verschil zijn, hiervoor dan toch objectieve factoren voorhanden zijn die met de discriminatie geen uitstaans hebben;
- dat, wanneer dit laatste niet het geval mocht zijn, aan de vrouwelijke werknemers slechts dezelfde behandeling zou toekomen als aan de mannelijke werknemers en dat deze laatsten ook maar aanspraak zouden kunnen maken op een opzeggingsvergoeding die op het verminderde loon wordt berekend.

De partijen worden opnieuw gehoord in de uiteenzetting van hun middelen en conclusies ter openbare terechtzitting van 12 november 2012.

6. Bespreking

6.1.1. Het arbeidshof moet vooreerst de vraag beantwoorden of de in het "gedrang" zijnde ogenschijnlijk neutrale wetsbepaling, volgens dewelke bij onregelmatig ontslag door de werkgever tijdens een periode van gedeeltelijke schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst op grond van de bepalingen van de cao nr. 77bis van de Nationale Arbeidsraad, de opzeggingsvergoeding slechts op een verminderd loon wordt berekend, in werkelijkheid een indirecte loondiscriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers met zich meebrengt. Of er een zgn. disproportionele impact is (of was?), moet in drie stappen worden nagegaan (zie C. BAYART en C. DEITEREN, "Direct en indirect onderscheid", in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, Die Keure, 2008, (171) 209-211).

De relevante populatie bestaat, zoals de appellante terecht stelt, uit alle in België tewerkgestelde werknemers die door hun werkgever onregelmatig worden ontslagen tijdens een periode van vermindering van de arbeidsprestaties, met betaling van een opzeggings-

vergoeding berekend op een verminderd loon. De appellante zegt terecht dat er hieromtrent geen statistische gegevens bekend zijn.

Er is in elk geval wél statistisch materiaal voorhanden over het aantal gerechtigden op onderbrekingsuitkeringen in de jaren 2000-2011 in de regeling van de cao nr. 77bis en in die van de Sociale Herstelwet. De partijen verwijzen hiervoor naar een statistiek te vinden op de website van de RVA (zie stuk I/3 van de appellante). Het valt wel te betreuren dat zij geen statistische gegevens hebben verzameld die *niet* gepubliceerd zijn. Het arbeidshof beschikt aldus over geen cijfergegevens die toelaten het aantal gerechtigden op onderbrekingsuitkeringen te onderscheiden naargelang de omvang van de vermindering van de arbeidsprestaties (1/2 of 1/5) of de leeftijd van de gerechtigden (jongere/oudere werknemers), wat een meer verfijnde oordeelsvorming zou hebben toegelaten.

Is aldus wel het totaal aantal mannelijke en vrouwelijke gerechtigden op onderbrekingsuitkeringen in de jaren 2000-2011 in de regeling van de cao nr. 77bis en in de regeling van de Sociale Herstelwet bekend, dan zijn de partijen het er kennelijk impliciet over eens dat het aantal personen dat een beroep op deze wettelijke regelingen doet *zonder* aanspraak te maken op onderbrekingsuitkeringen, statistisch verwaarloosbaar is zodat dit element verder geen rol hoeft te spelen.

Ten onrechte vermelden de partijen enkel de cijfers van de personen die op grond van de cao nr. 77bis hun arbeidsprestaties met de helft of met een vijfde verminderen. Zij verliezen uit het oog dat er in de hele periode van 2000 tot 2011 ook nog werknemers waren die hun arbeidsprestaties op grond van de Sociale Herstelwet hadden verminderd (waarbij het arbeidshof evident diegenen die gebruik maken van een zgn. thematisch verlof, buiten beschouwing laat). Deze regeling bleef immers bij wijze van overgangsmaatregel bestaan voor diegenen die op 1 januari 2002 (of een korte periode ervoor) al van hun rechten gebruik hadden gemaakt (zie art. 22 wet 10 augustus 2001 betreffende de verzoening van werkgelegenheid en kwaliteit van het leven, *BS* 15 september 2001). Welnu, de vermindering van de arbeidsprestaties tot een halftijdse betrekking en de 1/5-loopbaanvermindering in de cao nr. 77bis zijn volstrekt van dezelfde aard als de vermindering van de arbeidsprestaties met de helft of met een vijfde in artikel 102 van de Sociale Herstelwet. Het gaat om eenzelfde wettelijke regeling die om opportuniteitsredenen niet in eenzelfde wettelijke akte behouden is gebleven. Bijgevolg dienen ook de cijfers met betrekking tot de werknemers die van een door de Sociale Herstelwet toegekend recht gebruik hebben gemaakt, in rekening te worden gebracht (het arrest van het Hof van Cassatie van 11 december 2006, dat het vuur aan de lont heeft gestoken, had overigens op deze regeling betrekking).

Welnu, vermits het ontslag er *in casu* in 2002 is gekomen, kunnen moeilijk statistische gegevens relevant zijn die van een latere periode dateren (zij konden immers noch de wetgever noch de werkgever bekend zijn). Het al dan niet discriminerende karakter van de Belgische wet dient overigens te worden beoordeeld op het ogenblik van dit ontslag nu de verhouding mannen/vrouwen na 2002 niet noodzakelijk constant is gebleven en een oordeel over een ontslag in een latere periode dan ook niet noodzakelijk identiek hoeft te zijn

aan datgene dat in de huidige zaak wordt geveld (vgl. HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (Seymour-Smith en Perez), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN, overweging 48).

Welnu, in 2002 hadden 13.143 + 7.031, hetzij 20.174 mannelijke werknemers en 64.075 + 9.497, hetzij 73.572 vrouwelijke werknemers van de beide regelingen gebruik gemaakt. Dit levert percentages van 22 % mannen en 78 % vrouwen op.

In 2001 hadden 13.153 mannelijke werknemers en 64.419 vrouwelijke werknemers van de regeling in de Sociale Herstelwet gebruik gemaakt. Dat levert percentages op van 17 % mannen en 83 % vrouwen.

In 2000 hadden 10.278 mannelijke werknemers en 55.689 vrouwelijke werknemers van de regeling in de Sociale Herstelwet gebruik gemaakt. Dat levert percentages op van 16 % mannen en 84 % vrouwen.

Dat deze cijfers betrekking hebben op het aantal gerechtigden, niet op het aantal ontslagen, is zonder belang. Er is immers volstrekt geen reden om aan te nemen dat de verhouding tussen het aantal mannelijke en vrouwelijke werknemers die in deze periode onregelmatig zijn ontslagen (met aanspraak op een verminderde opzeggingsvergoeding) anders zou zijn dan de verhouding tussen het aantal mannelijke en vrouwelijke werknemers die in dezelfde periode van hun recht gebruik hebben gemaakt. Wanneer – wat niet blijkt – het percentage van het aantal ontslagen vrouwen nog hoger zou zijn dan de voornoemde 78 tot 84 procent, dan zou dit zelfs het "aanzienlijke" karakter van het verschil (zie verder) vergroten. Anderzijds zou het belang van het vastgestelde onderscheid wel gerelativeerd worden mocht het aantal ontslagen mannen hoger zijn dan de voornoemde 16 tot 22 procent, doch er is evenmin enige grond om aan te nemen dat dit zo is geweest, laat staan dat er enige plausibele verklaring voor deze hypothese naar voor zou kunnen gebracht worden.

Mede met verwijzing naar de overwegingen 29 en 30 in het arrest Lewark van het Hof van Justitie (arrest van 6 februari 1996, C-457/93, *JTT* 1997, 242) oordeelt het arbeidshof aldus dat de casus kan beoordeeld worden op grond van de door de partijen overgelegde statistische gegevens met betrekking tot het aantal mannelijke/vrouwelijke werknemers die in de jaren 2000-2002 gebruik hebben gemaakt van de rechten die de Sociale Herstelwet en de cao nr. 77bis hen toekenden.

Het gehanteerde statistische materiaal voldoet aan de door het Hof van Justitie gestelde vereisten nu het betrekking heeft op een voldoende groot aantal personen, niet afhankelijk is van toevallige of conjuncturele verschijnselen en voldoende significant is (zie HvJ C-226/98, 6 april 2000 (*Jorgenssen*), *Jur.* 2000, I-2447, overweging 33; HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (Seymour-Smith en Perez), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN, overweging 62).

6.1.2. Is de impact van de in het geding zijnde bepaling op de relevante populatie aldus bepaald, dan moet ook de impact van diezelfde bepaling op een zgn. bevoordeelde groep worden bepaald (zie C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Brussel, Lar-

cier, 2004, 158, nr. 409). Vraag is natuurlijk hoe die is samengesteld. Het arbeidshof oordeelt dat het noodzakelijk om alle in België met een arbeidsovereenkomst tewerkgestelde werknemers moet gaan. Al deze werknemers hebben immers, volgens de algemene regel, in geval van onregelmatig ontslag door hun werkgever overeenkomstig artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet recht op een ontslagvergoeding berekend op het loon waarop zij bij het einde van de arbeidsovereenkomst recht hadden, en zulks ongeacht de aard van deze arbeidsovereenkomst (voltijds of deeltijds) en ongeacht of de uitvoering van de arbeidsovereenkomst op dat ogenblik al dan niet volledig of gedeeltelijk was geschorst. Op deze algemene regel wordt immers enkel een uitzondering gemaakt voor de gedeeltelijke schorsing die kadert in de toepassing van de cao nr. 77bis en de Sociale Herstelwet (minus wel te verstaan de regeling van het ouderschapsverlof) (waarbij dit hof overigens wenst te verwijzen naar Cass. 19 maart 2012, *JTT* 2012, 209, waar het karakter van gedeeltelijke schorsing van de vermindering van de arbeidsprestaties in de Sociale Herstelwet minstens impliciet wordt erkend. Vgl. J. CLESSE en F. KEFER, "Examen de jurisprudence (2002 à 2011). Contrats de travail", *RCJB* 2012, (185) 312, nr. 71).

Het arbeidshof kan de geïntimeerde bijgevolg niet bijtreden waar zij als "bevoordeelde groep" de werknemers kiest die genieten van betaald educatief verlof, politiek verlof en syndicaal verlof, al is het maar omdat het in deze gevallen *niet* om een gedeeltelijke schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst gaat maar om een recurrenente (korte) volledige schorsing. Deze werknemers worden in geval van ontslag niet anders behandeld dan alle andere werknemers die al dan niet tijdens een periode van schorsing worden ontslagen (zie hoger). Alle overwegingen van de geïntimeerde ter zake zijn bijgevolg zonder voorwerp. De enige andere relevante groep ter vergelijking zou samengesteld kunnen zijn uit de andere werknemers die tijdens een periode van gedeeltelijke schorsing worden ontslagen, waarbij het dan gaat om de personen die zich in een regeling van gedeeltelijke arbeid (in de regeling van gebrek aan werk wegens economische oorzaken) bevinden of hun werk na een periode van arbeidsongeschiktheid gedeeltelijk hervatten bij hun eigen werkgever, nu al deze werknemers bij ontslag tijdens de schorsing een opzeggingsvergoeding ontvangen berekend op het onverminderde loon (de in GwH 28 mei 2009 (nr. 89/09), *JTT* 2009, 252, noot, als grondwettig beoordeelde interpretatie is niets anders dan de toepassing van het gemeen recht: zie o.a. Arbh. Brussel 9 november 1983, *Soc.Kron.* 1984, 483; Arbh. Gent 27 maart 1985, *TGR* 1985, 131; Arbh. Brussel 13 mei 1986, *JTT* 1987, 258; J. CLESSE en F. KEFER, "Examen de jurisprudence (2002 à 2011). Contrats de travail", *RCJB* 2012, (185) 311, nr. 71). Over het aantal van deze personen (laat staan over de verdeling over de geslachten) zijn er echter helemaal geen gegevens beschikbaar.

Zijn statistische gegevens over de verhouding tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers die in de *in casu* relevante periode van 2000-2002 onregelmatig werden ontslagen met een onverminderde opzeggingsvergoeding niet voorhanden, dan bestaan er natuurlijk wél cijfers over het aantal tewerkgestelde werknemers. Welnu, het is een algemeen bekend feit (zie hierover J. PETIT, *Sociaal procesrecht*, Brugge, Die Keure, 2007, 30-31, nr. 35; B. SAMYN, "De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak", *P & B* 2009, (3) 13, nr. 33) dat er in de betrokken jaren (en ook nu nog) méér mannelijke dan vrouwelijke

werknemers waren (of dat er niet meer vrouwelijke dan mannelijke werknemers waren). Ook hier is er geen enkel redelijk motief naar voor te schuiven waarom in dezelfde periode het aantal onregelmatig ontslagen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet evenredig zou zijn met het aantal tewerkgestelde mannelijke en vrouwelijke werknemers. Als er al een verschil is, kan het verschil niet betekenisvol zijn.

Ook zonder dat de partijen met de reële cijfers geconfronteerd worden, kan aldus aangenomen worden dat het aantal onregelmatig ontslagen mannelijke werknemers met een onverminderde opzeggingsvergoeding minstens 50 % van het totaal bedraagt.

6.1.3. Rest nog na te gaan of de impact van de in het geding zijnde ogenschijnlijk neutrale wetsbepaling disproportioneel is. Dat is volgens dit hof wel degelijk het geval.

Het blijkt dat in de jaren 2000-2002 een "wezenlijk groter" aantal vrouwen van de regeling gebruik heeft gemaakt (zie bijv. HvJ C-226/98, 6 april 2000 (*Jorgenssen*), *Jur.* 2000, I-2447, overwegingen 29 en 30; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Brussel, Larcier, 2004, 161, nr. 416) en dat, gelet op wat voorafgaat, moet worden aangenomen dat, nu dit de in aanmerking te nemen populatie is, ook een "wezenlijk groter" aantal vrouwen onregelmatig werd ontslagen met betaling van een opzeggingsvergoeding berekend op een verminderd loon. De zgn. "benadeelde groep" bestond voor 78 tot 84 procent uit vrouwen terwijl de zgn. "bevoordeelde groep" (die dus wél recht hadden op een onverminderde opzeggingsvergoeding) hoogstens 50 % uit vrouwen bestond (en allicht uit heel wat minder). Zou men percentages van 78 tot 84 op zichzelf nog niet voldoende significant achten, dan is er *in casu* in elk geval sprake van een aanhoudend en constant verschil (zie. HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (Seymour-Smith en Perez), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN).

De benadeling is niet louter theoretisch doch "feitelijk". De appellante zal niet ontkennen dat in de relevante periode daadwerkelijk ontslagen zijn gevallen (de huidige zaak is er een van). Dat de hierbij ontslagen vrouwelijke werknemers werden benadeeld, blijkt uit wat voorafgaat.

6.2. Kan er voor de wettelijke regeling waarvan vaststaat dat zij een aanzienlijk groter aantal vrouwen treft (of trof), een "legitieme doelstelling van sociaal beleid" vanwege de wetgever worden ingeroepen, waarbij, in het bevestigende geval nog moet blijken dat die doelstelling niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht en dat de wetgever redelijkerwijs mocht oordelen dat de gekozen middelen geschikt waren ter bereiking van dát doel (zie HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (Seymour-Smith en Perez), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN)?

Het arbeidshof ziet in het geheel niet in waar die "legitieme doelstelling van sociaal beleid" ontdekt zou kunnen worden (de partijen zijn overigens wel zeer summier in hun overwegingen ter zake – de appellante mogelijk omdat zij niet had verwacht dat dit hof "zover zou komen"). Er is geen enkele redelijke verantwoording te vinden voor de uitzonderlijke situatie waarin de werknemers zich bevinden die hun arbeidsprestaties verminde-

ren in het kader van de Sociale Herstelwet (en dan nog niet als het om ouderschapsverlof gaat) of de CAO nr. 77bis, die als enigen géén recht hebben op een ontslagvergoeding berekend op het loon waarop zij op het ogenblik van het ontslag recht hebben voor de overeengekomen prestaties (dus zonder acht te slaan op de schorsing), dit in tegenstelling - het weze herhaald - tot alle andere werknemers, waaronder zij die tijdens een periode van volledige of gedeeltelijke schorsing worden ontslagen, én de deeltijdse werknemers, voor wie de ontslagvergoeding wél steeds berekend wordt op het loon dat op het ogenblik van het ontslag verschuldigd is voor de overeengekomen prestaties.

Hierbij komt nog dat de motieven van het Hof van Justitie in zijn arrest van 25 februari 2008 (zie nr. 4, onder 2.3) als zou de berekening van de opzeggingsvergoeding op een verminderd loon, de werknemer ertoe kunnen aanzetten om géén gebruik te maken van de regeling, hier *mutatis mutandis* gelden (het arbeidshof wijst erop dat ook de werknemer die niet echt een vrije keuze heeft bij het nemen van verlof, zoals in geval van verlof voor het verlenen van bijstand aan een zwaar ziek gezins- en familielid, door de huidige wettelijke regeling getroffen wordt, zoals blijkt uit GwH 28 juni 2012 (nr. 80/2012), BS 23 augustus 2012). Wanneer de werknemer er rekening moet mee houden dat zijn werkgever die hem tijdens de periode van vermindering van de arbeidsprestaties ontslaat, dit op een "goedkope" wijze kan doen, dan kan dit hem ervan weerhouden van zijn rechten gebruik te maken (*a fortiori* wanneer hij zich realiseert dat het onregelmatig ontslag de werkgever zelfs met betaling van de bijzondere ontslagvergoeding in sommige gevallen nog voordeliger uitkomt dan wanneer het ontslag voor of na de periode van schorsing ware gegeven). Deze vaststelling ondergraaft de wettelijke bescherming van de werknemer en tast het legitiem karakter van de wettelijke regeling aan (zie ook nr. 4, onder 2.2).

6.3. Nu de door de appellante toegepaste wetsbepaling in 2002 in strijd blijkt te zijn geweest met artikel 157 VWEU, rijst de vraag naar de gevolgen van deze vaststelling. De partijen blijven hierover zeer stil.

De vastgestelde onwettigheid – bestaande in een te laag loon voor een vrouwelijke werknemer – kan niet anders verholpen worden dan door een "levelling-up" (zie HvJ C-33/89, 27 juni 1990 (*Kowalska*), JTT 1991, 127; HvJ C-184/89, 7 februari 1991 (*Nimz*), JTT 1991, 346; HvJ C-167/07, 9 februari 1999 (*Seymour-Smith en Perez*), *Soc.Kron.* 1999, 371, noot J. JACQMAIN; Cass. 27 januari 1994, *Soc.Kron.* 1994, 75, noot J. JACQMAIN; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Brussel, Larcier, 2004, 355-356, nr. 1004; M. DE VOS, *Loon naar Belgisch arbeidsovereenkomstenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 214-215, nr. 120; zie ook W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 162-164, nr. 62; P. VAN NUFFEL, "Doorwerking van Europees Gemeenschapsrecht in de Belgische rechtsorde", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (337) 361-368).

Dat betekent dat de werknemer die tijdens een periode van vermindering van de arbeidsprestaties in de zin van de cao nr. 77bis, weze het in de vorm van een halvering

van de arbeidsprestaties, weze het in de vorm van een 1/5-loopbaanvermindering, door zijn werkgever in 2002 onregelmatig werd ontslagen, aanspraak kan maken op een opzeggingsvergoeding berekend op het loon dat hij zou ontvangen hebben wanneer de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst niet ware geschorst.

Dit heeft tot gevolg dat de geïntimeerde aanspraak kan maken op de door haar gevorderde en door de eerste rechter – op geheel andere gronden – toegekende opzeggingsvergoeding overeenstemmend met het loon voor onverminderde prestaties.

6.4. Zijn de partijen het eens dat de appellante een opzeggingstermijn van elf maanden in acht had moeten nemen, dan is er wel betwisting over het jaarloon bij het einde van de arbeidsovereenkomst.

De eerste rechter heeft terecht ook het bedrag van de werkgeversbijdrage in de hospitalisatieverzekering en de maaltijdcheques die verschuldigd zouden zijn geweest ware er geen vermindering van de arbeidsprestaties geweest, in rekening gebracht. Wat dit laatste voordeel betreft, moet gesteld worden dat *alle* loonvoordelen in aanmerking komen, zonder acht te slaan op de vermindering van de arbeidsprestaties (wat *in casu* maaltijdcheques voor 4/5 van 231 dagen impliceert).

De eerste rechter heeft de verschuldigde aanvullende opzeggingsvergoeding correct op de gevorderde 10.255,38 euro bepaald.

Het hoger beroep is ongegrond.

* * *

HET ARBEIDSHOF.

Gelet op de bovenstaande gronden.

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken en inzonderheid op artikel 24.

Recht doende op tegenspraak.

Alle andere en strijdige conclusies verwerpende.

Verklaart het hoger beroep ongegrond.

Bevestigt het op tegenspraak gewezen eindvonnis d.d. 2 september 2010 van de vierde kamer van de arbeidsrechtbank te Gent (A.R. nr. 00/163290/A) in al zijn onderdelen.

Veroordeelt de appellante in overeenstemming met artikel 1017, eerste lid Ger. W. tot het betalen van de kosten van de procedure in hoger beroep.

Bepaalt de nog te vereffenen gerechtskosten als volgt:

- **aan de zijde van de appellante (zoals opgegeven):**
rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 687,50 euro;
- **aan de zijde van de geïntimeerde:**
niet te begroten bij gebrek aan omstandige opgave.

Aldus gewezen door het arbeidshof te Gent, zetelend te Gent, tweede kamer, samengesteld uit kamervoorzitter Jan Herman, voorzitter, Els Rutten, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werkgever, Eric Vertenten, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werknemer-bediende, en in openbare terechtzitting van **maandag veertien januari tweeduizend dertien** uitgesproken door de voorzitter, met bijstand van Johan Vermeren, griffier.

(w.g.) J. Vermeren - E. Vertenten - E. Rutten - J. Herman