RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 71.458/1
71.459/1
van 2 juni 2022

over

- een wetsvoorstel ‘tot wijziging van de arbeidswet van 16 maart 1971, teneinde moeders de mogelijkheid te bieden het facultatief gedeelte van hun postnataal verlof geheel of partieel over te dragen aan hun echtgenoot/echtgenote of partner’ (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1297/001) (71.458/1);

- een wetsvoorstel ‘tot wijziging van de arbeidswet van 16 maart 1971 wat de moederschapsbescherming betreft’ (*Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2629/001) (71.459/1)

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 71.458/1
71.459/1
du 2 juin 2022

sur

- une proposition de loi ‘modifiant la loi du 16 mars 1971 sur le travail, visant à permettre à la mère de céder, totalement ou partiellement, la partie facultative de son congé postnatal’ (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1297/001) (71.458/1);

- une proposition de loi ‘modifiant, en ce qui concerne la protection de la maternité, la loi du 16 mars 1971 sur le travail’ (*Doc. parl.*, Chambre, 2021-2022, n° 55-2629/001) (71.459/1)

‡LW-BEGWHBFAB-HBEFIVT‡

Op 4 mei 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over

- een wetsvoorstel 'tot wijziging van de arbeidswet van 16 maart 1971, teneinde moeders de mogelijkheid te bieden het facultatief gedeelte van hun postnataal verlof geheel of partieel over te dragen aan hun echtgenoot/echtgenote of partner' (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1297/001) (71.458/1);

- een wetsvoorstel 'tot wijziging van de arbeidswet van 16 maart 1971 wat de moederschapsbescherming betreft' (*Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2629/001) (71.459/1).

De voorstellen zijn door de eerste kamer onderzocht op 24 mei 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Githa SCHEPPERS, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Inge VOS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 juni 2022.

*

Le 4 mai 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur

- une proposition de loi 'modifiant la loi du 16 mars 1971 sur le travail, visant à permettre à la mère de céder, totalement ou partiellement, la partie facultative de son congé postnatal' (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1297/001) (71.458/1) ;

- une proposition de loi 'modifiant, en ce qui concerne la protection de la maternité, la loi du 16 mars 1971 sur le travail' (*Doc. parl.*, Chambre, 2021-2022, n° 55-2629/001) (71.459/1).

Les propositions ont été examinées par la première chambre le 24 mai 2022. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge VOS, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Githa SCHEPPERS, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Inge VOS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 2 juin 2022.

*

‡LW-BEGWHBFAB-HBEFIVT‡

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN DE WETSVOORSTELLEN

2. De om advies voorgelegde voorstellen van wet die het voorwerp uitmaken van de adviesaanvragen 71.458/1 en 71.459/1 (zie respectievelijk *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1297/001 en *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2629/001) strekken er beide toe om wijzigingen aan te brengen aan de regeling inzake het moederschapsverlof zoals vervat in artikel 39 van de arbeidswet van 16 maart 1971.

Artikel 2 van het wetsvoorstel 71.458/1 strekt tot invoeging van een nieuw lid, tussen het zevende en achtste lid van artikel 39 van de arbeidswet op grond waarvan de werkneemster ervoor kan kiezen het resterende postnataal verlof na de negende week geheel of gedeeltelijk om te zetten in een verlof voor de werkne(e)m(st)er die haar echtgeno(o)t(e), dan wel haar partner is, op voorwaarde dat hij of zij voldoet aan de voorwaarden als bepaald bij artikel 30, § 2, eerste tot vijfde lid, van de wet van 3 juli 1978 'betreffende de arbeidsovereenkomsten'. Daarbij wordt de Koning gemachtigd om de voorwaarden en de nadere regels van die omzetting te bepalen.

Artikel 2 van het wetsvoorstel 71.459/1 brengt verschillende wijzigingen aan in artikel 39, derde lid, van de arbeidswet, waarbij de vermindering van de verlenging van de postnatale rust in het geval van een vroeggeboorte wordt geschrapt (artikel 2, 1°) en de overige bepalingen een meer flexibele omzetting van postnatale moederschapsrust in postnatale verlofdagen beogen (artikel 2, 2° tot 4°).

ONDERZOEK VAN HET WETSVOORSTEL 71.458/1

Opschrift

3. Er is een gebrek aan overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het opschrift van het wetsvoorstel. Dit moet worden rechtgezet.

[1] Aangezien het gaat om wetsvoorstellen, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

‡LW-BEGWHBFAB-HBEFIVT‡

Artikel 2

4.1. Met het wetsvoorstel 71.458/1 beogen de indiensters te bewerkstelligen dat de moeders het facultatief gedeelte van hun postnataal verlof geheel of partieel mogen overdragen aan hun echtgenoot, echtgenote of partner.

Daartoe bepaalt artikel 2 van het wetsvoorstel dat de werkneemster ervoor kan kiezen het resterende postnataal verlof na de negende week geheel of partieel om te zetten in een verlof voor de werkne(e)m(st) er die haar echtgeno(o)t(e), dan wel haar partner is, op voorwaarde dat hij of zij voldoet aan de voorwaarden als bepaald bij artikel 30, § 2, eerste tot vijfde lid, van de wet van 3 juli 1978 'betreffende de arbeidsovereenkomsten'.

Daarbij rijst in de eerste plaats de vraag naar de verantwoording voor het verschil in behandeling tussen werkneemsters die zich op de toepassing van de voorgestelde regeling zullen kunnen beroepen en werkneemsters die dat niet zullen kunnen omdat hun echtgenoot of echtgenote of partner een ander statuut heeft dan dat van werknemer. De verwijzing naar "de werkne(e)m(st)er die haar echtgeno(o)t(e), dan wel haar partner is" en "de voorwaarden als bepaald bij artikel 30, § 2, eerste tot vijfde lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten" lijkt immers een overdracht van het verlof aan een echtgenoot, echtgenote of partner die geen werknemer is, uit te sluiten.

4.2. In de mate dat in de voorgestelde bepaling wordt verwezen naar "de voorwaarden als bepaald bij artikel 30, § 2, eerste tot vijfde lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomstenwet", rijst voorts de vraag of deze verwijzing nog actueel is gelet op de wijziging ervan bij de Programmawet van 20 december 2020.[2] Ook verdient het aanbeveling om, minstens in de toelichting, te verduidelijken welke voorwaarden hiermee precies bedoeld worden.

4.3. De voorgestelde regeling is slechts rudimentair uitgewerkt.

Zo wordt bijvoorbeeld niets geregeld over welk statuut dit verlof heeft in hoofde van de echtgenoot, echtgenote of partner en of dit al dan niet zal meetellen voor de berekening van hun pensioen.

Zo ook rijst de vraag of in voorkomend geval niet evenzeer dient te worden voorzien in een voorafgaande kennisgevingsverplichting ten aanzien van de werkgever van de echtgenoot, echtgenote of partner aan wie de werkneemster haar postnataal verlof beoogt over te dragen.

4.4. Artikel 2 van het wetsvoorstel beoogt een lid in te voegen tussen het zevende en het achtste lid van artikel 39 van de arbeidswet van 16 maart 1971 die luiden als volgt:

> "Vanaf het ogenblik dat de werknemer zijn werkgever in kennis stelt van de omzetting van het moederschapsverlof, mag hij niet door de werkgever worden ontslagen totdat een periode van een maand is verstreken die ingaat op het einde van het verlof, behalve om redenen die vreemd zijn aan dit verlof.

[2] Zie artikel 63 van de Programmawet 20 december 2020, waarbij onder meer tussen het eerste en tweede lid een nieuw lid werd ingevoegd.

‡LW-BEGWHBFAB-HBEFIVT‡

De werkgever draagt de bewijslast van deze redenen."

Aangezien de zinsnede "deze redenen" in het achtste lid verwijst naar het voorgaande zevende lid, is het af te raden om tussen beide leden een nieuw lid in te voegen.

4.5. Het komt de indiensters van het wetsvoorstel dan ook toe om het wetsvoorstel in het licht van het voorgaande aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

ONDERZOEK VAN HET WETSVOORSTEL 71.459/1

Artikel 2

5. Met het wetsvoorstel 71.459/1 beogen de indiensters een meer flexibele opname van de moederschapsrust toe te laten zonder aan de verplichte moederschapsrust te raken. Luidens de toelichting "[zorgt] de bepaling onder 3° (…) ervoor dat er vijf in plaats van twee weken van de verlenging van de postnatale rust omgezet kunnen worden in postnatale verlofdagen. Door deze uitbreiding kan in de meeste gevallen de volledige verlenging van de postnatale rust flexibel worden opgenomen door de werkneemster".

Ingevolge de in artikel 2, punten 2° en 3°, van het wetsvoorstel beoogde wijzigingen zal artikel 39, derde lid, derde zin[3], van de arbeidswet van 16 maart 1971 echter luiden als volgt:

> "Wanneer de werkneemster de arbeidsonderbreking na de negende week kan verlengen, kunnen de laatste vijf weken van de postnatale rustperiode op haar verzoek worden omgezet in verlofdagen van postnatale rust."

Zoals de bepaling aldus wordt geherformuleerd en anders dan de indiensters van het wetsvoorstel kennelijk beogen, is de mogelijke omzetting van de moederschapsrust in verlofdagen niet noodzakelijk beperkt tot de verlenging van de postnatale rust, maar zou ook kunnen worden geraakt aan de verplichte moederschapsrust van negen weken na de bevalling vervat in artikel 39, tweede lid, van de arbeidswet. Niet in alle gevallen zal de werkneemster de arbeidsonderbreking na de negende week immers met vijf weken kunnen verlengen. Het verdient dan ook aanbeveling om, wat de mogelijkheid tot omzetting in verlofdagen betreft, te verwijzen naar de periode van de verlenging van de postnatale rust in de plaats van naar de laatste vijf weken van de postnatale rustperiode.

*

[3] De huidige vierde zin wordt de derde zin ingevolge de in artikel 2, 1°, van het wetsvoorstel beoogde schrapping van de tweede zin van het derde lid.

‡LW-BEGWHBFAB-HBEFIVT‡

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique [1] et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DES PROPOSITIONS DE LOI

2. Les propositions de loi soumises pour avis, qui font l'objet des demandes d'avis 71.458/1 et 71.459/1 (voir, respectivement, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-1297/001 et *Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2629/001), visent toutes deux à modifier le régime de congé de maternité, inscrit à l'article 39 de la loi du 16 mars 1971 'sur le travail'.

L'article 2 de la proposition de loi 71.458/1 vise à insérer un nouvel alinéa entre les alinéas 7 et 8 de l'article 39 de la loi sur le travail, permettant à la travailleuse de convertir après la neuvième semaine tout ou partie de son congé postnatal restant en un congé au profit du travailleur/de la travailleuse qui est son conjoint/sa conjointe, son ou sa partenaire, à condition qu'il ou elle satisfasse aux conditions prévues par l'article 30, § 2, alinéas 1er à 5, de la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail'. À cet égard, le Roi est habilité à déterminer les conditions et les modalités de cette conversion.

L'article 2 de la proposition de loi 71.459/1 apporte différentes modifications à l'article 39, alinéa 3, de la loi sur le travail, étant entendu que la réduction du prolongement du repos postnatal en cas de naissance prématurée est supprimée (article 2, 1°), et que les autres dispositions visent une plus grande flexibilité dans la conversion du repos de maternité postnatal en jours de congé de repos postnatal (article 2, 2° à 4°).

EXAMEN DE LA PROPOSITION DE LOI 71.458/1

Intitulé

3. Il y a une discordance entre le texte français et le texte néerlandais de l'intitulé de la proposition de loi. Il convient d'y remédier.

Article 2

4.1. Les auteures de la proposition de loi 71.458/1 entendent faire en sorte que les mères puissent transférer tout ou partie de la part facultative de leur congé postnatal à leur conjoint, conjointe ou partenaire.

[1] S'agissant de propositions de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

‡LW-BEGWHBFAB-HBEFIVT‡

À cet effet, l'article 2 de la proposition de loi prévoit que la travailleuse peut convertir après la neuvième semaine tout ou partie de son congé postnatal restant en un congé au profit du travailleur/de la travailleuse qui est son conjoint/sa conjointe, son ou sa partenaire, à condition qu'il ou elle satisfasse aux conditions prévues par l'article 30, § 2, alinéas 1er à 5, de la loi du 3 juillet 1978 'relative aux contrats de travail'.

À cet égard, la question se pose tout d'abord de la justification de la différence de traitement entre les travailleuses qui pourront invoquer l'application du régime proposé et celles qui ne le pourront pas parce que leur conjoint, conjointe ou partenaire bénéficient d'un autre statut que celui de travailleur. La référence au « travailleur[/à la travailleuse] qui est son conjoint[/sa conjointe], [à] son ou sa partenaire » et aux « conditions prévues par l'article 30, § 2, alinéas 1er à 5, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail » semble en effet exclure un transfert du congé à un conjoint, une conjointe ou un(e) partenaire qui ne soit pas un travailleur.

4.2. Dans la mesure où la disposition proposée renvoie aux « conditions prévues par l'article 30, § 2, alinéas 1er à 5, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », la question se pose en outre de savoir si cette référence est encore d'actualité, eu égard à sa modification par la loi-programme du 20 décembre 2020 [2]. Il est également recommandé d'indiquer, à tout le moins dans les développements, quelles conditions sont ainsi précisément visées.

4.3. Le régime proposé n'a été élaboré que de façon rudimentaire.

Ainsi, par exemple, rien n'est réglé quant au statut de ce congé dans le chef du conjoint, de la conjointe ou du/de la partenaire, et il n'est pas non plus prévu si cette mesure sera prise en compte ou non dans le calcul de leur pension.

La question se pose également de savoir si, le cas échéant, il ne faut pas tout autant prévoir une obligation de notification préalable à l'égard de l'employeur du conjoint, de la conjointe ou du/de la partenaire à qui la travailleuse entend transférer son congé postnatal.

4.4. L'article 2 de la proposition de loi vise à insérer un alinéa entre les alinéas 7 et 8 de l'article 39 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, qui s'énoncent comme suit :

> « À partir du moment où le travailleur informe son employeur de la conversion du congé de maternité, le travailleur ne peut être licencié par l'employeur jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois prenant cours à la fin du congé, sauf pour des motifs étrangers à ce congé.
>
> La charge de la preuve de ces motifs incombe à l'employeur ».

Dès lors que le segment de phrase « ces motifs », à l'alinéa 8, renvoie à l'alinéa 7 qui le précède, il est déconseillé d'insérer un nouvel alinéa entre ces deux alinéas.

[2] Voir l'article 63 de la loi-programme du 20 décembre 2020, qui a, entre autres, inséré un nouvel alinéa entre les alinéas 1er et 2.

‡LW-BEGWHBFAB-HBEFIVT‡

4.5. Il revient par conséquent aux auteures de la proposition de loi de réexaminer cette dernière au regard de ce qui précède.

EXAMEN DE LA PROPOSITION DE LOI 71.459/1

Article 2

5. Les auteurs de la proposition de loi 71.459/1 visent à permettre une plus grande flexibilité dans la prise du repos de maternité sans toucher au repos de maternité obligatoire. Selon les développements, « [l]e 3° prévoit que cinq semaines de la prolongation de la période de repos postnatal, au lieu de deux, peuvent être converties en jours de congé de repos postnatal. Cette extension permettra dans la majorité des cas à la travailleuse de prendre l'intégralité de la prolongation de la période de repos postnatal de manière flexible ».

Consécutivement aux modifications visées à l'article 2, 2° et 3°, de la proposition de loi, l'article 39, alinéa 3, troisième phrase [3], de la loi du 16 mars 1971 sur le travail s'énoncera toutefois comme suit :

> « Lorsque la travailleuse peut prolonger l'interruption de travail après la neuvième semaine, les cinq dernières semaines de la période de repos postnatal peuvent être converties à sa demande en jours de congé de repos postnatal ».

Telle que la disposition est donc reformulée, et contrairement à ce que visent manifestement les auteures de la proposition de loi, la conversion éventuelle du repos de maternité en jours de congé n'est pas nécessairement limitée à la prolongation du repos postnatal, mais il pourrait également être touché au repos de maternité obligatoire de neuf semaines après l'accouchement, prévu à l'article 39, alinéa 2, de la loi sur le travail. En effet, la travailleuse ne pourra pas, dans tous les cas, prolonger de cinq semaines l'interruption de travail à l'issue de la neuvième semaine. Il est par conséquent recommandé, en ce qui concerne la possibilité de conversion en jours de congé, de faire référence à la période de prolongation du repos postnatal plutôt qu'aux cinq dernières semaines de la période de repos postnatal.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER — DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES — Marnix VAN DAMME

[3] L'actuelle quatrième phrase devient la troisième phrase à la suite de la suppression de la deuxième phrase de l'alinéa 3, visée à l'article 2, 1°, de la proposition de loi.

‡LW-BEGWHBFAB-HBEFIVT‡