



Conseil de l'Égalité des Chances entre Hommes et Femmes
Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen
Rat für Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen

**ADVIES NR. 117 VAN 14 NOVEMBER 2008 VAN DE RAAD VAN DE GELIJKE KANSEN
VOOR MANNEN EN VROUWEN MET BETREKKING TOT HET VOORSTEL VAN
RICHTLIJN TOT WIJZIGING VAN DE RICHTLIJN 92/85/EEG INZAKE DE
MOEDERSCHAPSBESCHERMING VAN WERKNEEMSTERS, GOEDGEKEURD DOOR
DE RAAD OP 12 JUNI 2009**

ADVIES NR. 117 VAN 14 NOVEMBER 2008 VAN HET BUREAU VAN DE RAAD VAN DE GELIJKE KANSEN VOOR MANNEN EN VROUWEN MET BETREKKING TOT HET VOORSTEL VAN RICHTLIJN TOT WIJZIGING VAN DE RICHTLIJN 92/85/EEG INZAKE DE MOEDERSCHAPSBESCHERMING VAN WERKNEEMSTERS, GOEDGEKEURD DOOR DE RAAD OP 12 JUNI 2009

1. RECHTVAARDIGING

In oktober 2008 heeft de Europese commissie een geheel van voorstellen bekendgemaakt met het oog op het verbeteren van de combinatie van het gezinsleven met de beroepsactiviteit. Twee ervan betreffen amendementen van de gemeenschapswetgeving. Het ene beoogt de vervanging van de richtlijn 86/613/EEG inzake de gelijke behandeling van zelfstandigen, het andere het amenderen van de richtlijn 92/85/EEG inzake de moederschapsbescherming van werknemers.

De Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen heeft sinds zijn oprichting de grootste aandacht voor de kwestie van de combinatie (cf. zijn adviezen nrs. 1 en 87). Hij toont dus dezelfde belangstelling voor het geheel van de voorstellen die de Europese Commissie formuleert. Rekening houdend met de kalender van de Europese instellingen meent hij evenwel prioritair te moeten bijdragen aan het bestuderen van twee voorstellen van richtlijnen. Dit advies op eigen initiatief betreft de bescherming van het moederschap. Zijn advies nr. 118 behandelt de gelijkheid tussen zelfstandigen.

2. ALGEMENE BENADERING

2.1. Het artikel 17 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen bepaalt dat de regels ter bescherming van de zwangerschap en het moederschap geen afwijking van het beginsel van de gelijkheid van vrouwen en mannen zijn, maar een voorwaarde voor de verwezenlijking ervan. De bepaling werd hernomen uit de wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, waar ze werd ingevoegd op aanbeveling van de Raad.

Dientengevolge kan de Raad enkel zijn goedkeuring uitspreken over het initiatief dat gericht is op het verbeteren van de wettelijke bescherming van het moederschap; hij onderstreept evenwel dat een dergelijke intentie niet kan worden losgekoppeld van twee andere essentiële overwegingen.

2.2. Allereerst kunnen het onthaal van een kind in het gezin (na de geboorte evenzeer als na de adoptie ervan) en de zorgen die het vereist niet enkel ten laste van de moeder blijven. Het belang van de samenleving in zijn geheel vereist dat er geen enkele inspanning wordt gespaard om het gebruik van het vaderschapsverlof aan te moedigen, alsook het gebruik van ouderschapsverlof door elk van de ouders.

In deze twee domeinen beroept de Europese Gemeenschap zich voorlopig op het Europees sociaal overleg. Niets belet echter de lidstaten om onverwijld hun eigen voorzieningen te versterken.

Zo herinnert de Raad eraan dat de Belgische vaderschapsverlofregeling niet in overeenstemming is met de richtlijn 2006/54/EG inzake de gelijkheid tussen mannen en vrouwen in arbeid en beroep ("herschikking"), omdat de gebruikers van het verlof niet beschermd zijn tegen ontslag noch tegen andere negatieve gevolgen voor hun loopbaan. Daarnaast ziet de Raad, gezien de evolutie van het burgerlijk recht en de maatschappelijke gewoonten, niet wat belet om het verlof te openen voor de "persoon met wie de moeder als koppel samenleeft", zoals dat reeds het geval is in bepaalde overheidsdiensten.

Wat betreft het ouderschapsverlof, moet de tendens die de overheid sinds de invoering ervan gevolgd heeft (versoepeling van de gebruiksvoorwaarden, verbetering van de vergoeding) zeker

voortgezet worden. Het is ook belangrijk om een einde te maken aan de steeds opnieuw opduikende discrepanties tussen de privé-sector en de verschillende overheidsdiensten.

- 2.3.** Vervolgens impliceren alle verlofformules, hoe egalitair ook, steeds dat de werkneemster of werknemer zich individueel voor een min of meer lange periode uit de beroepsactiviteit terugtrekt. De structurele oplossing voor de moeilijkheden van de combinatie van werk en privé-leven zit echter in de ontwikkeling van collectieve opvangvoorzieningen, waarvoor de verantwoordelijkheid bij de verschillende overheden berust.

In dit opzicht betekent de goede rangschikking die België behaalt in het verslag van de Commissie aangaande de tenuitvoerlegging van de “doelstellingen van Barcelona met betrekking tot de voorschoolse kinderopvang” een aanmoediging, maar geen eervolle vermelding. Verdere inspanningen blijven noodzakelijk, of het nu gaat over de kwaliteit van de opvang en de arbeidsvoorwaarden (zie in dit verband het advies nr. 42 van de Raad over de aangesloten onthaalmoeders), de opvang van kinderen van schoolgaande leeftijd, maar ook de voorzieningen bestemd voor de andere gezinsleden naast de kinderen.

3. BESTUDERING VAN HET VOORSTEL VAN RICHTLIJN

3.1. Voorbeschouwing

De hierna volgende analyse wil in de eerste plaats aantonen wat de gevolgen zouden zijn van het voorstel op de van kracht zijnde Belgische wetgeving indien het in deze vorm zou worden aangenomen.

De Raad herinnert eraan dat hij in zijn advies nr. 84 van 1 oktober 2004 over de verlopen die combinatie van het privé- en beroepsleven vergemakkelijken, een groot aantal aanbevelingen heeft geformuleerd met het oog op het verbeteren van de moederschapsbeschermingsregeling. Een aantal ervan komen overeen met kwesties die door het voorstel worden aangehaald, de meeste staan er los van.

De Raad meent dat het opstellen en daarna de omzetting van de richtlijn tot wijziging van de richtlijn 92/85/CEE de gelegenheid moet bieden voor een algemene herbestudering van de van kracht zijnde Belgische wetgeving. Hij verzoekt alle overheden om aandacht te willen schenken aan zijn advies nr. 84, waarvan zo goed als alle aspecten actueel blijven.

De Raad onderstreept al onmiddellijk de volgende elementen :

- Niets verklaart waarom België acht jaar later nog steeds geen werk gemaakt heeft van de ratificatie van het Verdrag nr. 183 van de Internationale Arbeidsorganisatie betreffende moederschapsbescherming, dat samenhangt met de richtlijn 92/85/EEG en de problematiek een mondiale draagwijdte geeft;
- Elke wijziging van de algemene sociale wetgeving, al dan niet beantwoordend aan de verplichting tot de omzetting van een richtlijn, impliceert dat elke van de overheden de op zijn statutair personeel van toepassing zijnde regels aanpast. Een voorafgaand overleg van deze overheden is dus onmisbaar om te vermijden dat het aanpassingsproces jaren duurt en tot moeilijkheden leidt voor de betrokken personen.

3.2. Analyse van de artikels

Eerste artikel

1. *Nieuw artikel 8 van de richtlijn 92/85*

- §1: De verlenging van de minimale duur van het verlof tot 18 weken is het aspect van het voorstel waarop de media het meest overvloedig commentaar hebben geleverd. In België zou dit een verlenging met 3 weken van de normale duur betekenen.
- §2: De verdeling van het verlof tussen pre- en postnataal creëert geen moeilijkheid.
- §3: De verlenging van het verlof in geval van een latere bevalling is geregeld in België.
- §4: De Belgische wetgeving voorziet verlengingen van de pre- en postnatale moederschapsrust in geval van meervoudige zwangerschap en hospitalisatie van de pasgeborene. In het licht van het voorstel van richtlijn lijkt het verlies van 7 dagen verplicht prenataal verlof bij voortijdige geboorte daarentegen niet verdedigbaar.

Bovendien kent de Belgische wetgeving geen enkele aanvulling op het verlof toe in geval van de geboorte van een gehandicapt kind dat geen hospitalisatie vereist. Een aanpassing van het artikel 39 van de arbeidswet van 16 maart 1971 lijkt noodzakelijk, aangezien de commentaar bij de artikels aandringt op de noodzaak om de moeder te helpen bij het omgaan met de stress die verband houdt met de geboorte van een prematuur, ziek of gehandicapt kind.

- §5: De weerslag op het moederschapsverlof van een zwangerschapsgebonden arbeidsongeschiktheid ligt bijzonder delicaat in België. Momenteel stelt de algemene regeling (wet van 16 maart 1971 en gecoördineerde wet van 14 juli 1994) immers geen enkele dag van arbeidsongeschiktheid, om welke reden dan ook, gelijk met een gewerkte dag die recht geeft op een verlenging van de postnatale moederschapsrust. De statutaire reglementeringen van bepaalde overheidsdiensten benaderen de kwestie daarentegen anders (overdracht van niet-zwangerschapsgebonden afwezigheden, of integendeel verlenging van het moederschapsverlof in geval van zwangerschapsgebonden ziekte).

Op het eerste gezicht riskeert de door de Europese Commissie voorgestelde oplossing geschillen uit te lokken over het bewijs dat de arbeidsongeschiktheid daadwerkelijk zwangerschapsgebonden is.

De Raad beveelt aan om de hele problematiek opnieuw te bestuderen. Met name de hypothese van de tijdelijke arbeidsongeschiktheid door een arbeidsongeval vereist een verschillende behandeling van de “privé-levengerelateerde” arbeidsongeschiktheid.

2. *Nieuw artikel 10 van de richtlijn 92/85*

- §1. Het artikel 40 van de wet van 16 maart 1971 volstaat om zwangerschapsgebonden ontslag te verbieden. Rekening houdend met het arrest *Paquay*, C-460/06, zou het echter beter zijn om ook de handelingen die aan het ontslag voorafgaan, te vermelden.
- §2. Het voorstel verlengt de verplichting voor de werkgever om de werkneemster schriftelijk op de hoogte te stellen van de redenen van ontslag tot 6 maanden na het moederschapsverlof. Deze formulering werpt twee vragen op:

- Ten eerste beoogt de tekst het moederschapsverlof “bedoeld in artikel 8, §1”, dit wil zeggen zonder de verlengingen waarvan sprake is in artikel 8, §4 (hierboven). Loopt de periode van 6 maanden vanaf het einde van het “normale” verlof van 18 weken, of vanaf het eventueel verlengde verlof ?
- Vervolgens beoogt deze bepaling, volgens de memorie van toelichting, geen wijziging van de regels inzake collectief of individueel ontslag. §3 (hieronder) vereist echter dat de bescherming van toepassing is in geval van onrechtmatig ontslag “krachtens §§ 1 en 2”. Zou het artikel 40 van de wet van 16 maart dus enkel moeten gewijzigd worden om de periode tijdens welke de werkgever de redenen van ontslag dient voor te leggen naar 6 maanden na het einde van het verlof te brengen, of zou de toepassing van de sancties voor onrechtmatig ontslag op dezelfde duur moeten gebracht worden?

§3. Dit aspect moet gecombineerd worden met het nieuwe artikel *12 quater*, volgens hetwelk de sancties in de vorm van schadevergoedingen niet in de hoogte beperkt kunnen worden en doeltreffend, proportioneel en ontradend moeten zijn.

Onmiddellijk lijkt het dat de sanctie die wordt voorzien door het artikel 40 van de wet van 16 maart 1971 (een forfaitaire schadevergoeding gelijk aan 6 maanden loon) niet voldoet aan het voorstel; op zijn minst zou de werkneemster toegestaan worden om aan te tonen dat het nadeel als gevolg van het ontslag groter is dan het forfaitair bedrag.

Bovendien, gezien de frequentie van de geschillen moet men het doeltreffend en ontradend karakter van dit bedrag in twijfel trekken.

Daar bovenop zorgt de tweede sanctie, die in artikel 39 van de wet van 3 juli 1978 voorkomt (nietigheid van de opzegging zonder inachtneming van artikel 40 van de wet van 16 maart 1971), momenteel voor een controverse in de rechtspraak in het geval de werkneemster in dienst was gedurende de onregelmatige opzeggingstermijn. De Raad beveelt een verduidelijking van het artikel 39 aan.

Tot slot zijn de artikels 8, § 3 en *12 quater* overgenomen uit de richtlijn 2006/54/EG. Deze werd op federaal niveau omgezet door de “genderwet” van 10 mei 2007. Deze wet voorziet dat het slachtoffer van een discriminatie niet enkel een schadevergoeding mag vragen, maar ook de rechtbank mag verzoeken om te gelasten dat de dader van de discriminatie er een einde aan maakt, ook als de discriminatie uit een ontslag bestaat. Is het dan niet gepast om ook in de wet van 16 maart 1971 te voorzien dat de werkneemster de opheffing van het ontslag op grond van haar zwangerschap of moederschap mag vragen? De Raad beveelt aan om deze kwestie te bestuderen.

§4: De bepaling neemt degene uit de richtlijn 2006/54 over, maar ze is te beknopt geformuleerd om de vragen op te lossen die aan het Hof van Justitie werden voorgelegd zoals in de zaak *McKenna*, C-101/03. Bijvoorbeeld: Kan een zwangerschapsgerelateerde arbeidsongeschiktheid als om het even welke arbeidsongeschiktheid behandeld worden? De voorgestelde tekst zou dus explicieter moeten zijn. Hetzelfde geldt voor het Belgisch recht, waar de wettelijke bepalingen (vb. artikel 4, § 1 van de “genderwet” van 10 mei 2007) niet meer gedetailleerd zijn.

3. *Wijziging van het artikel 11 van de richtlijn 92/85*

Nieuwe §1bis: deze bepaling wil enkel een kwestie regelen die voor het Hof van Justitie werd gebracht (zaak *Høj Pedersen*, C-66/96). Moeilijk voor te stellen hoe dit probleem zich zou kunnen stellen in het Belgisch recht.

Nieuwe §2, c): dit is dezelfde tekst als in het artikel 15 van de richtlijn 2006/54 (gewaarborgde rechten na de terugkeer uit het moederschapverlof) die niet werd omgezet; deze lacune moet onverwijld aangepakt worden (iedere overheid voor wat hem betreft).

§3: nieuwe redactie: de voorgestelde tekst is zeer zwak. In de huidige stand van zaken is er geen weerslag voor de Belgische wetgeving. De Raad verwijst evenwel naar zijn advies nr. 84, waarin hij voorstellen formuleert voor de verbetering van de verschillende verloven die verband houden met de bescherming van het moederschap en situaties die tot geslachtsdiscriminaties leiden onder de aandacht brengt.

Nieuwe §5: de bepaling met betrekking tot het recht om een verandering van het werkritme en de uurregeling te vragen lijkt goedbedoeld maar zeer zwak. Wat betreft de uitvoering ervan, kan de Raad enkel een debat tussen vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers aanbevelen, zowel in de privé-sector als bij de overheid, en zich beschikbaar stellen om eraan bij te dragen.

4. *Nieuw artikel 12bis van de richtlijn 92/85*

Het artikel 40 van de wet van 16 maart 1971 lijkt te volstaan voor de omzetting omdat het al de volledige bewijslast bij de werkgever legt.

5. *Nieuw artikel 12ter van de richtlijn 92/85*

Dit voorstel impliceert een aanzienlijke inspanning voor de omzetting ervan omdat het gaat om de bescherming van de werkneemster, niet enkel tegen moederschapsgedonden ontslag, maar ook tegen represailles vanwege de werkgever omdat ze geprotesteerd heeft tegen een overtreding van de wetgeving (bijvoorbeeld: wegens risico's voor haar gezondheid of die van de foetus is de werkneemster verwijderd van haar gewoonlijke taken en de werkgever weigert haar andere activiteiten toe te wijzen niettegenstaande hij daar de mogelijkheid toe heeft).

De Raad kan enkel een kopie van de bepalingen van de "genderwet" van 10 mei met betrekking tot de bescherming tegen represailles aanbevelen, maar hij herhaalt zijn bedenkingen wat betreft het ontradende karakter van de schadevergoeding die overeenkomt met 6 maanden loon.

6. *Nieuw artikel 12quater van de richtlijn 92/85*

Zie boven, nieuw artikel 10, § 3.

7. *Nieuw artikel 12quinquies van de richtlijn 92/85*

Het voorstel is evident en zeer gemakkelijk om te zetten, want het volstaat om het artikel 4, al. 1, 6° van de wet van 16 december 2002 houdende oprichting van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen aan te vullen.

3.3. Twee lacunes van het voorstel van richtlijn

De Raad is van mening dat het voorstel de lidstaten zou helpen indien het op de volgende kwesties zou ingaan:

Allereerst, het eventuele conflict tussen het gendergelijkheidsbeginsel en de noodzaak om zwangere of borstvoedinggevende werkneemsters te beschermen. Er bestaat immers een beperkt aantal situaties waarin het verbod om deze werkneemsters aan gezondheidsrisico's bloot te stellen hun aanwerving onuitvoerbaar maakt. De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft tot nu toe enkel abstracte antwoorden gegeven op deze concrete gevallen (in het bijzonder *Mahlburg*, C-207/98)

Vervolgens de definitie van het begin en het einde van de zwangerschap. De richtlijn 92/85, gewijzigd of niet, laat dit over aan de lidstaten. Wat betreft de medisch ondersteunde voortplanting zet het arrest *Mayr*, C-506/06 aan om zich te bezinnen over de situatie van de werkneemster die zich onderwerpt aan een proces van *in-vitro*bevruchting. En wat betreft de gevallen waarin de zwangerschap niet met een bevalling afloopt, vindt de Raad dat de moederschapsbescherming van toepassing zou moeten blijven indien dit een arbeidsongeschiktheid tot gevolg heeft.

4. BEHANDELING VAN HET VOORSTEL VAN RICHTLIJN EN HERVORMING VAN DE BELGISCHE WETGEVING

De Raad houdt zich ter beschikking van de overheden om het denkproces, dat hij hoopt te hebben opgewekt, verder te zetten.