



KU LEUVEN

FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Academiejaar 2017 – 2018

De Belgische wetgeving tegen het glazen plafond
Is het Belgische geboorteverlof voldoende adequaat om gelijke
arbeidskansen te verzekeren?

Promotor: KOEN LEMMENS

Masterscriptie ingediend door

Liesbet Debecker

Bij het eindexamen voor de graad van

MASTER IN DE RECHTEN



KU LEUVEN

FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Academiejaar 2017 – 2018

De Belgische wetgeving tegen het glazen plafond
Is het Belgische geboorteverlof voldoende adequaat om gelijke
arbeidskansen te verzekeren?

Promotor: KOEN LEMMENS

Masterscriptie ingediend door

Liesbet Debecker

Bij het eindexamen voor de graad van

MASTER IN DE RECHTEN

SAMENVATTING

Deze masterproef is een juridisch onderzoek van het Belgische beleid inzake geboorteverlof. De bestrijding van de ongelijkheid tussen vrouwen en mannen is al jarenlang een thema, dat men probeert aan te pakken via discriminatieverboden en positieve actiemaatregelen, zoals quota. Deze masterproef argumenteert echter dat dit niet voldoet om de onderliggende structuren van discriminatie aan te pakken en onderzoekt een manier om dit eventueel wel te doen, namelijk via het beleid inzake geboorteverlof.

Deze masterproef stelt vast dat er een ongelijkheid is in het moederschaps- en geboorteverlof doordat kersverse moeders tot vijftien weken kunnen thuisblijven, maar kersverse vaders slechts tien dagen. Dit verschil is historisch gegroeid, maar zorgt ervoor dat vrouwen al van bij de geboorte meer zorgtaken op zich zullen nemen dan mannen. Niet alleen sociologisch onderzoek, maar ook enkele internationale organisaties haalden dit al aan.

Juridisch bestaat er echter geen verplichting om deze ongelijkheid weg te werken. Het EHRM heeft al gesteld dat een gebrek aan geboorteverlof voor vaders discriminerend is, maar dit houdt vooralsnog geen verplichting in om een geboorteverlof gelijkwaardig aan het moederschapsverlof te creëren. Het Hof van Justitie vindt het gebrek aan geboorteverlof niet discriminerend. Verder zou het proactief discriminatierecht mogelijks een uitweg kunnen bieden aan deze ongelijkheid, maar dit recht is niet bindend. Enkele juridische instrumenten moedigen staten wel aan maatregelen te nemen die gelijke gezinsverantwoordelijkheden bewerkstelligen, maar deze hebben geen direct effect.

Toch zijn er manieren om het beter te doen. Het genderneutrale Zweedse systeem biedt enkele interessante elementen aan die eventueel ook in het Belgische recht gebruikt zouden kunnen worden. Deze worden kort besproken.

DANKWOORD

Terwijl ik de laatste hand leg aan deze masterproef, kijk ik niet alleen terug op een jaar zwoegen aan dit werk, maar ook op vijf jaar rechtenstudies. Vijf jaren met veel en hard werk, maar hard werk dat nu eindelijk zijn vruchten afwerpt. Daarom wil ik graag enkele mensen bedanken zonder wie deze vijf jaar nooit gelukt zouden zijn of die deze jaren toch extra memorabel maakten.

Allereerst gaat mijn dank uit naar mijn ouders. Ze hebben me altijd aangemoedigd om meer te leren, meer te werken, maar vooral ook meer te ervaren. Zonder hen zou ik deze studies nooit afgerond hebben – laat staan begonnen zijn – en zou ik nooit de uitwisselingen hebben kunnen doen die ik heb gedaan. Ze hebben me gemaakt tot wie ik ben en daarvoor kan eigenlijk geen dankwoord lang genoeg zijn.

Daarnaast wil ik ook de vrienden bedanken die me altijd bijstonden met raad en daad over alles – maar ook over deze thesis. Bijzondere dank gaat uit aan Marie-Caroline en Gwen. Zonder hen waren deze vijf jaar niet hetzelfde geweest. Mijn dank gaat ook uit naar Adrián voor de onvoorwaardelijke morele steun.

Tot slot twee mensen die ik zeker niet mag vergeten: professor Koen Lemmens en mijn begeleider Wout Van Doren. Ik wil professor Lemmens vooral bedanken voor de kans om over dit onderwerp, dat me doorheen de thesis steeds is blijven boeien, te schrijven. Daarnaast kon ik bij hem en mijn begeleider Wout steeds terecht met enige vragen of problemen. Zonder hun begeleiding zou deze thesis niet hetzelfde zijn geweest.

Inhoudsopgave

INLEIDING	1
DEEL I: BEVALLINGS- EN GEBOORTEVERLOF	3
HOOFDSTUK I. BEVALLINGSVERLOF	3
AFDELING I. BELGISCHE REGELING.....	3
AFDELING II. INTERNATIONALE REGELGEVING	5
HOOFDSTUK II. GEBOORTEVERLOF	7
AFDELING I. BELGISCHE REGELGEVING	7
AFDELING II. INTERNATIONAAL VLAK	9
HOOFDSTUK III. DE ONGELIJKHEID IN HET BEVALLINGS- EN GEBOORTEVERLOF	10
AFDELING I. ONTSTAAN ONGELIJKHEID	10
AFDELING II. EFFECTEN GEBOORTEVERLOF	13
DEEL II: RECHT OP GELIJKE BEHANDELING EN NON-DISCRIMINATIE	17
HOOFDSTUK I. GELIJKE BEHANDELING EN NON-DISCRIMINATIE OP DE VERSCHILLENDE NIVEAUS	17
AFDELING I. VERENIGDE NATIES	17
AFDELING II. INTERNATIONALE ARBEIDSORGANISATIE (IAO)	19
AFDELING III. RAAD VAN EUROPA	21
§1. <i>Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens</i>	21
§2. <i>(Herzien) Europees Sociaal Handvest</i>	21
§3. <i>Overig</i>	22
AFDELING IV. EUROPESE UNIE	22
§1. <i>Historisch overzicht</i>	22
§2. <i>Richtlijnen</i>	24
§3. <i>Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie</i>	24
AFDELING V. BELGIË	25
HOOFDSTUK II. DISCRIMINATIETOETS	27
AFDELING I. DE TOEPASSING VAN HET DISCRIMINATIEVERBOD IN DE PRAKTIJK	27

AFDELING II. IS DE ONGELIJKHEID IN HET GEBOORTEVERLOF DISCRIMINATIE?	30
§1. <i>Het Europees Hof van Justitie</i>	30
§2. <i>Europees Hof voor de Rechten van de Mens</i>	35
HOOFDSTUK III. DE VERPLICHTING VAN DE WETGEVER	39
AFDELING I. POSITIEVE VERPLICHTINGEN	39
§1. <i>Overzicht</i>	39
§2. <i>In Europees recht</i>	45
§3. <i>In Belgisch recht</i>	47
AFDELING II. IN INTERNATIONALE VERDRAGEN.....	48
DEEL III: HET ZWEEDS SYSTEEM	51
HOOFDSTUK I. OVERZICHT	51
HOOFDSTUK II. EFFECTEN IN DE PRAKTIJK	55
HOOFDSTUK III. LESSEN VOOR BELGIË	57
BESLUIT	59
BIBLIOGRAFIE	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.
WETGEVING	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.
§1. <i>Internationaal</i>	<i>Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.</i>
§2. <i>Europees</i>	<i>Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.</i>
§3. <i>België</i>	<i>Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.</i>
RECHTSPRAAK	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.
<i>Europees Hof voor de Rechten van de Mens</i>	<i>Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.</i>
<i>Europees Hof van Justitie</i>	<i>Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.</i>
<i>België</i>	<i>Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.</i>
RECHTSLEER	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.
ANDERE	FOUT! BLADWIJZER NIET GEDEFINIEERD.

LIJST MET AFKORTINGEN

BUPO	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten
CEDAW	Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie tegen vrouwen
ETUC	European Trade Union Confederation
EU	Europese Unie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HESH	Herzien Europees Sociaal Handvest
HvJ	Hof van Justitie
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
OESO	Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

INLEIDING

1. In de afgelopen decennia werd meer en meer aandacht besteed aan de gelijkheid van vrouwen en mannen. Van een loutere erkenning van het verbod op discriminatie tussen de twee groepen, evolueerde de focus naar het bewerkstelligen van feitelijke gelijkheid. Wetgeving, rechtspraak en rechtsleer houden zich steeds meer bezig met de gelijke behandeling van beide groepen en het creëren van gelijke kansen. Quota werden bijvoorbeeld aangenomen, opdat meer vrouwen hogere posities bekleedden in bedrijven en opdat ze meer vertegenwoordigd waren in de Belgische parlementen en regeringen. Toch blijven ongelijkheden nog bestaan. Vrouwen nemen nog altijd het leeuwendeel van de huishoudelijke taken en de zorg voor kinderen op zich. Daardoor werken ze vaker deeltijds en verdienen ze vaak minder dan hun mannelijke collega's. Dit onderzoek streeft ernaar een beleidsmiddel te onderzoeken waar deze ongelijkheid in de zorgtaken bestendig wordt: het moederschaps- en geboorteverlof. Deze masterproef streeft ernaar dit verlof onder de loep te nemen en na te gaan in hoeverre het Belgische beleid op dit vlak bijdraagt (of niet) aan het creëren van gelijke kansen voor mannen en vrouwen op de werkvloer.
2. De onderzoeksvraag die deze masterproef zal proberen te beantwoorden, is of het Belgische geboortebelijd voldoende adequaat is om gelijke arbeidskansen te bewerkstelligen. Dit zal vanuit verschillende aspecten onderzocht worden. Via een beschrijving van de Belgische en Europese wetgeving met betrekking tot het moederschaps- en vaderschapsverlof, wordt de ongelijkheid in deze verloven vastgesteld. Er wordt kort ingegaan op hoe deze ongelijkheid historisch gezien ontstaan is, om vervolgens, aan de hand van bestaand sociologisch onderzoek, na te gaan wat de effecten zijn van dit verlof. Daarna wordt ingegaan op de juridische mogelijkheden die bestaan om deze ongelijkheid te veranderen, met allereerst een overzicht van de instrumenten die discriminatie verbieden. Vervolgens toetst deze masterproef de ongelijkheid in de verloven aan deze discriminatieverboden. De belangrijkste vraag daarbij is of het verschil in behandeling tussen vaders en moeders geoorloofd is of niet. Instrumenten die staten aanmoedigen om een gelijke zorgverdeling tussen vaders en moeders aan te bewerkstelligen, worden ook kort vermeld. Tot slot kijkt deze masterproef naar hoe het anders zou kunnen, met een overzicht gegeven van het zogenaamde genderneutrale systeem in Zweden. Ook de effecten van dit systeem worden aan de hand van sociologisch onderzoek nagegaan. Uit de praktijk in Zweden worden lessen getrokken voor België.

3. De gebruikte methode is een literatuurstudie. Deze gaat niet alleen in op het huidige recht, maar onderzoekt ook enkele rechtshistorische elementen en haalt enkele concepten uit de feministische rechtstheorie aan. Om de adequaatheid van het beleid te meten, wordt gekeken naar studies. Het onderzoek spitst zich enkel toe op de verloven voor werknemers, gezien het lage aantal vrouwelijke zelfstandigen.¹ Tot slot wordt ook een rechtsvergelijking uitgevoerd met Zweden. Hiervoor worden zoveel mogelijk Engelstalige en, in voorkomend geval, ook Nederlandstalige bronnen over het rechtssysteem gebruikt. Om de adequaatheid van het Zweeds beleid te meten, wordt ook hier sociologisch onderzoek over de materie aangehaald.

¹ In 2015 werkten 691.564 mannen en 366.958 vrouwen als zelfstandigen, zie F. DE MUYTER en T. ELSOUCHT (eds.), *Jaarverslag 2016*, Brussel, Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen, 2017, 5 (<http://www.rsvz.be/nl/publication/rsvz-jaarverslag-2016>).

DEEL I: BEVALLINGS- EN GEBOORTEVERLOF

Hoofdstuk I. BEVALLINGSVERLOF

AFDELING I. BELGISCHE REGELING

4. Het bevallingsverlof is geregeld door artikel 39 Arbeidswet.² Dit verlof bestaat uit een verplicht gedeelte en een facultatief gedeelte. Zwangere werkneemsters³ hebben recht op in totaal vijftien weken zwangerschapsverlof en zeventien weken in het geval van een meerling, maar een extra verlenging is mogelijk.⁴ Daarvan kunnen ze zes weken opnemen voor de bevalling, maar vanaf één week voor de uitgerkende datum moeten ze verplicht thuisblijven tot negen weken na de bevalling. Ze kunnen zelf beslissen hoe ze de overige weken zwangerschapsverlof opnemen.⁵ Dit betekent dat ze ook kunnen beslissen de overige weken niet op te nemen, maar de werkgever mag deze keuze geenszins beïnvloeden.⁶
5. Een andere vraag die rijst bij de opname van het bevallingsverlof, is of de werkneemster het verlof gespreid kan opnemen. Hierop lijkt negatief geantwoord te moeten worden, met een belangrijke nuance. Wanneer de werkneemster besluit om minstens twee weken facultatief verlof tijdens de postnatale rustperiode op te nemen, kunnen de laatste twee weken omgezet worden in ‘verlofdagen van postnatale rust’. Ze kan deze dagen dan verspreid opnemen tijdens een periode van acht weken.⁷ De werkgever moet hiervan schriftelijk op de hoogte gebracht worden ten laatste vier weken voor het einde van de negen weken verplichte postnatale rust.⁸ Dit gebrek aan flexibiliteit lijkt wel meer en meer in vraag te worden gesteld.⁹
6. Zoals reeds vermeld, is er een mogelijkheid tot verlenging van het zwangerschapsverlof. Dit kan in drie gevallen. Het aantal extra weken wordt bepaald naargelang de reden. Allereerst is een verlenging van één week mogelijk, wanneer de moeder tijdens het volledige prenatale verlof arbeidsongeschikt was en bovendien een moeilijke bevalling had. Daarnaast is een verlenging van

² Arbeidswet van 16 maart 1971, BS 30 maart 1971, 3931.

³ “Werknemer” is iemand die verbonden is door een arbeidsovereenkomst of “de overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt, tegen loon, onder gezag van een werkgever arbeid te verrichten” (art. 2 en 3 Arbeidsovereenkomstenwet).

⁴ F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgisch Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 192.

⁵ W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 43; F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgisch Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 192.

⁶ J. JACQMAIN, *Protection de la maternité in Études pratiques de droit social*, Mechelen, Kluwer, 2012, 44 (hierna: J. JACQMAIN, *Protection de la maternité*).

⁷ Art. 39, derde lid Arbeidswet; *Ibid*, 48.

⁸ D. HEYLEN en I. VERREYNT, *Arbeidsrecht toegepast*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 168.

⁹ J. JACQMAIN, *Protection de la maternité, supra* vn. 6, 48.

twee weken mogelijk in het geval van een meerling (geboorte van twee of meer kinderen). Tot slot is er de mogelijkheid van een verlenging tot 24 weken, wanneer de pasgeborene meer dan zeven dagen gehospitaliseerd is.¹⁰

7. Daarbovenop zijn de uitkeringen in geval van opschorting van de arbeidsovereenkomst door moederschapsverlof redelijk gunstig: de eerste dertig dagen hebben vrouwen recht op 82% van het begrensd loon, vanaf de 31^e dag krijgen ze nog 75%.¹¹
8. De zwangere werkneemster is ook beschermd tegen ontslag. Deze bescherming loopt vanaf het moment dat de werkgever op de hoogte is gebracht van de zwangerschap tot een maand na het einde van het zwangerschapsverlof.¹² Dit houdt ook een verbod in reeds een ontslagbeslissing voor te bereiden voor het einde van deze periode.¹³ Een ontslag om redenen die niet met de zwangerschap te maken hebben, is wel mogelijk indien deze redenen bewezen zijn. Wanneer een ontslag toch plaatsvindt omwille van de zwangerschap, moet een forfaitaire vergoeding betaald worden.¹⁴
9. Daarnaast genieten moeders bescherming tegen discriminatie, onder andere door de Genderwet (zie *infra*). Art. 4 van deze wet bepaalt expliciet dat een direct onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling of moederschap gelijk wordt gesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.¹⁵
10. Om recht te hebben op het zwangerschapsverlof, moet er sprake zijn van een bevalling. Dit lijkt logisch, maar kan in sommige situaties toch problemen opleveren. Er is sprake van een bevalling als een leefbaar kind geboren wordt of als de bevalling meer dan 180 dagen heeft geduurd.¹⁶ Indien een miskraam zich voordoet tijdens de eerste 180 dagen van de zwangerschap, kan er geen beroep worden gedaan op zwangerschapsverlof.¹⁷ Ook het Hof van Justitie bepaalde dat

¹⁰ Art. 39 Arbeidswet; W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 43.

¹¹ W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 44.

¹² C. BOULANGER, *Les congés dans les secteurs public et privé au regard du droit européen*, Antwerpen, Kluwer, 2013, 105.

¹³ HvJ 11 oktober 2007, C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601, Nadine Paquay/Société d'architectes Hoet + Minne SPRL; R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 378; C. BOULANGER, *Les congés dans les secteurs public et privé au regard du droit européen*, Antwerpen, Kluwer, 2013, 103.

¹⁴ Art. 40 Arbeidswet; F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgisch Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 193.

¹⁵ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen, BS 30 mei 2007, 29031.

¹⁶ C. BOULANGER, *Les congés dans les secteurs public et privé au regard du droit européen*, Antwerpen, Kluwer, 2013, 111.

¹⁷ V. VERVLIET, D. HEYLEN, L. VERMEULEN, I. VERBEECK, I. VERREY, *Socialezekerheidsrecht toegepast*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 29.

bevallingsverlof in de zin van Richtlijn 2006/54 een bevalling vereist. Bij gevolg heeft een wensmoeder die via een draagmoeder een kind heeft gekregen, geen recht op verlof, ongeacht of ze borstvoeding geeft of niet. Dit belet volgens het Hof niet dat de lidstaten een ruimere bescherming bieden en toch bevallingsverlof of adoptieverlof toekennen.¹⁸ In België lijkt deze ruimere bescherming alvast niet voorhanden.¹⁹

11. Een laatste vraag die zich stelt in verband met het zwangerschapsverlof, is of de vrouw deze rechten kan overdragen aan haar partner. Dit lijkt niet iets wat de partijen vrij kunnen beslissen en kan alleen in uitzonderlijke omstandigheden. De wet voorziet twee mogelijke gevallen: de hospitalisatie of het overlijden van de moeder. De details van deze regeling worden besproken bij het geboorteverlof (zie *infra*).

AFDELING II. INTERNATIONALE REGELGEVING

12. Bovenstaande regelgeving is in overeenstemming met Richtlijn 92/85/EEG (ook wel Zwangerschapsrichtlijn genoemd).²⁰ De richtlijn regelt niet alleen bescherming op vlak van blootstelling aan bepaalde risico's en nachtarbeid, maar legt ook een minimumstandaard betreffende het zwangerschapsverlof op. Lidstaten zijn door de richtlijn verplicht minstens veertien aaneengesloten weken zwangerschapsverlof te voorzien met behoud van loon of een adequate uitkering. Twee van de veertien weken zijn verplicht voor en/of na de bevalling op te nemen.²¹ Daarnaast voorziet de Richtlijn in een verbod van ontslag om redenen van zwangerschap.²²
13. De Richtlijn voorziet geen expliciet discriminatieverbod voor moeders en zwangere vrouwen, maar de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft deze discriminatiegrond wel uitgewerkt. Het Hof meent namelijk dat enkel vrouwen werkgelegenheid geweigerd kunnen zien door zwangerschap en dat dit bijgevolg discriminatie is op basis van geslacht.²³ Later herhaalde en

¹⁸ HvJ 18 maart 2014, nr. C-167/12, ECLI:EU:C:2014:169, C.D./S.T.; HvJ 18 maart 2014, nr. C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, Z./A Government department + The Board of management of a community school.

¹⁹ I. VAN HIEL, "Moederschapsverlof vereist zwangerschap en bevalling", *Juristenkrant* 2014, afl. 288, (4) 5.

²⁰ Richtl. nr. 92/85/EEG, 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (Zwangerschapsrichtlijn), *Pb.L.* 28 november 1992, afl. 348, 1; S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance*, Brugge, Die Keure, 2017, 214.

²¹ Art. 8 Zwangerschapsrichtlijn; R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 378.

²² Art. 10 Zwangerschapsrichtlijn; R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 378.

²³ HvJ 8 november 1990, nr. C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, Dekker/VJV-Centrum; D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 216.

verduidelijkte het Hof deze rechtspraak. Zo is het verbod zowel van toepassing op contracten van onbepaalde duur²⁴ als op contracten van bepaalde duur.²⁵

14. Bescherming voor moeders wordt ook geboden door het Herzien Europees Sociaal Handvest. Zijn artikel 8.1 bepaalt dat moeders recht hebben op minstens 14 weken bevallingsverlof, zowel voor als na de bevalling. Ze moeten dit kunnen doen met behoud van loon of ‘*door passende socialezekerheidsuitkeringen of uitkeringen uit openbare middelen.*’ In artikel 8.2 wordt ook ontslagbescherming voorzien.²⁶ Verder bevat het artikel 8 nog een aantal beschermingen die (niet toevallig) gelijkaardig zijn aan de beschermingen die de Zwangerschapsrichtlijn biedt.²⁷
15. Ook artikel 33 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie biedt moeders bescherming, zeggende dat ‘*eenieder recht op bescherming [heeft] tegen ontslag om een reden die verband houdt met moederschap, alsmede recht op betaald moederschapsverlof en recht op ouderschapsverlof na de geboorte of de adoptie van een kind.*’²⁸
16. De Internationale Arbeidsorganisatie heeft een Verdrag (nr. 183) aangenomen inzake de moederschapsbescherming. Ondanks ondertekening is dit verdrag in België niet geratificeerd. Reden hiervoor is de incompatibiliteit van de Belgische wetgeving met de voorzieningen van het Verdrag over borstvoedingspauzes.²⁹ Op vlak van moederschapsverlof is de Belgische wetgeving wel compatibel met het verdrag, dat een verlof van veertien weken oplegt.³⁰ Het Verdrag legt daarnaast de verplichting op om een uitkering te betalen die hoog genoeg is opdat de moeder zichzelf en haar kind kan onderhouden.³¹ Indien de uitkering gebaseerd is op het loon dat de moeder verdiende voor het verlof, mag dit niet minder bedragen dan twee derde van het loon.³²

²⁴ HvJ 5 mei 1994, nr. C-421/92, ECLI:EU:C:1994:187, Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt; HvJ 14 juli 1994, nr. C-32/93, ECLI:EU:C:1994:300, Webb/EMO Air Cargo; C. COSTELLO en G. DAVIES, “The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality since 2000”, *Common Market Law Review* 2006, afl. 43, (1567) 1603.

²⁵ HvJ 4 oktober 2001, nr. C-109/00, ECLI:EU:C:2001:513, Tele Danmark/Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund; HvJ 4 oktober 2001, nr. C-438/99, ECLI:EU:C:2001:509, Jiménez Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios; C. COSTELLO en G. DAVIES, “The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality since 2000”, *Common Market Law Review* 2006, afl. 43, (1567) 1604.

²⁶ P. FOUBERT en A. MAES, “Nieuwe uitdagingen voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeidsrelatie” in F. DORSSEMONT, S. van DROOGHENBROECK en G. van LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Brugge, Die Keure, 2016, (419) 424.

²⁷ *Ibid.*, 426.

²⁸ M. BARBERA, “The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order” in T.K. HERVEY en J. KENNER (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Oxford, Hart Publishing, 2003, (139) 141.

²⁹ *Hand.* Kamer 2001, 18 oktober 2001-02, nr. 2-148, 64 (vraag nr. 2-566 S. de BETHUNE).

³⁰ Art. 4 IAO-Verdrag (nr. 183) inzake moederschapsbescherming.

³¹ Art. 6.2 IAO-Verdrag (nr. 183) inzake moederschapsbescherming.

³² Art. 6.3 IAO-Verdrag (nr. 183) inzake moederschapsbescherming.

Daarnaast bevat het Verdrag een ontslag- en discriminatiebescherming.³³ De bijbehorende aanbeveling gaat nog een stap verder in de bescherming voor moeders een raadt staten aan zwangerschapsverlof van 18 weken te voorzien.³⁴ Indien mogelijk, zouden de staten best een uitkering voorzien die gelijk is aan het loon van de moeder voor het verlof.³⁵

Hoofdstuk II. GEBOORTEVERLOF

AFDELING I. BELGISCHE REGELGEVING

17. Zo uitgebreid als het zwangerschapsverlof voor moeders is geregeld, zo beknopt is het geregeld voor de kersverse vaders. Zij krijgen tien dagen geboorteverlof, waarvan de eerste drie met volledig behoud van loon.³⁶ De overige zeven dagen heeft hij recht op een uitkering ten belope van 60% van het begrensde loon, uitbetaald door de mutualiteit.³⁷ De vader kan dit verlof binnen vier maanden na de geboorte opnemen.³⁸ Het verlof is niet verplicht. Sinds 2011 zijn vaders die dit verlof opnemen beschermd tegen ontslag vanaf het moment dat ze hun werkgever schriftelijk op de hoogte hebben gebracht en tot drie maanden daarna.³⁹ De discriminatiebescherming, zoals die voor moeders bestaat (zie *supra*), is voor vaders of meemoeders niet voorzien. Recent werd een wetsvoorstel ingediend om dit te wijzigen, om een duidelijk signaal te sturen dat onze maatschappij seksisme tegenover vaders die een zorgende rol op zich nemen, niet duldt.⁴⁰ Tot op heden is dit voorstel nog niet aangenomen.
18. Een volwaardig vaderschapsverlof bestaat alleen in de twee gevallen die boven vermeld werden (zie *supra*), namelijk bij hospitalisatie of overlijden van de moeder. Bij overlijden zal het verlof automatisch toegekend worden, in geval van hospitalisatie is vereist dat de moeder meer dan

³³ Art. 8 en 9 IAO-Verdrag (nr. 183) inzake moederschapsbescherming.

³⁴ Art. 1 IAO-Aanbeveling (nr. 191) inzake moederschapsbescherming.

³⁵ Art. 2 IAO-Aanbeveling (nr. 191) inzake moederschapsbescherming.

³⁶ Art. 30 §2 Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten (Arbeidsovereenkomstenwet), *BS* 22 augustus 1978, 9277; W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 46.

³⁷ Art. 30 §2 Arbeidsovereenkomstenwet; W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 46.

³⁸ Art 30 §2 Arbeidsovereenkomstenwet; W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 46; F. HENDRICKX, *Inleiding tot het Belgische Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2017, 193.

³⁹ Art. 30, §4 Arbeidsovereenkomstenwet; C. BOULANGER, *Les congés dans les secteurs public et privé au regard du droit européen*, Antwerpen, Kluwer, 2013, 131.

⁴⁰ Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat het discriminatieverbod op vaderschap of meemoederschap betreft, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2794/001.

zeven dagen in het ziekenhuis verblijft, maar het kind al naar huis is mogen gaan.⁴¹ De partner zal het resterende moederschapsverlof kunnen opnemen. Alleen in deze gevallen is een ontslagbescherming voorzien zoals die ook voor de kersverse moeders bestaat.⁴² De werknemer moet zijn werkgever schriftelijk op de hoogte stellen van de details van het verlof (aanvang, duur etc.) en moet zo snel mogelijk een medisch getuigschrift aan zijn werkgever bezorgen.⁴³

19. Het geboorteverlof komt allereerst toe aan de werknemer wiens vaderschap van het kind is vastgesteld. Wanneer er van het kind echter geen afstamming langs vaderzijde is vastgesteld, definieert de wet een ruime categorie derden die in aanmerking komen om het verlof op te nemen. Wel kan het verlof maar door één iemand opgenomen worden, een cumul is niet voorzien. Dit kan de persoon zijn met wie de moeder gehuwd is, de wettelijk samenwonende partner van de moeder (indien het kind bij deze persoon ook zijn hoofdverblijfplaats heeft) of de persoon die sedert een onafgebroken periode van drie jaar voorafgaand aan de geboorte op permanente en affectieve wijze samenwoont met de moeder (indien het kind bij deze persoon zijn hoofdverblijfplaats heeft).⁴⁴ Elk van deze criteria vereist een zekere duurzaamheid van de relatie, zodat niet eender wie mede-ouder kan worden. Deze categorieën van personen zijn ook degenen die in aanmerking komen voor het vaderschapsverlof wanneer de moeder gehospitaliseerd of overleden is.⁴⁵ Sinds 2011 wordt geen verschil meer gemaakt in het geslacht van de partner, waardoor het verlof opengesteld ook openstaat voor de lesbische meemoeders.⁴⁶ Wegens zijn formulering sluit het artikel twee mannen die samen een kind opvoeden niet letterlijk uit. Aangezien een bevalling vereist is, is het echter weinig waarschijnlijk dat zij van deze mogelijkheid gebruik kunnen maken.⁴⁷

⁴¹ W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 44.

⁴² Art. 39 Arbeidswet; W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 44; J. JACQMAIN, *Protection de la maternité*, *supra* vn. 6, 74.

⁴³ W. CHEVALIER, C. DENEVE en D. PETIT, *Praktische Handleiding voor Sociaal Recht*, Kortrijk, INNI Publishers, 2013, 44.

⁴⁴ Artikel 30, §2 Arbeidsovereenkomstenwet.

⁴⁵ Art. 39 Arbeidswet, samen gelezen met artikel 30, §2 Arbeidsovereenkomstenwet; J. JACQMAIN, *Protection de la maternité*, *supra* vn. 6, 75.

⁴⁶ T. WUYTS, "De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen" in P. SENAEVE, G. VERSCHULDEN en F. SWENNEN (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 164; X, "Geboorteverlof voor meemoeders", *Juristenkrant* 2011, afl. 230, 2.

⁴⁷ *Ibid.*

AFDELING II. INTERNATIONAAL VLAK

20. Over geboorteverlof voor vaders zegt het Europese Unie-recht nog niets.⁴⁸ Dit wil niet zeggen dat de EU het belang van dit verlof nog niet heeft ingezien. Recent heeft de Europese Commissie haar nieuwe sociale politiek voorgesteld in de European Social Pillar.⁴⁹ Punt 9 van dit plan wil een beter evenwicht tussen werk en privéleven creëren, waarbij mannen en vrouwen ‘*gelijke toegang tot speciale vormen van verlof om hun zorgtaken te kunnen vervullen*’ hebben en aangemoedigd worden ‘*daar op een evenwichtige manier gebruik van te maken*’.⁵⁰ In de bijbehorende mededeling verduidelijkt de Commissie dat ze dit graag zou bereiken door een richtlijn, die elke vader tien dagen vaderschapsverlof bij de geboorte van een kind zou toekennen. Daarbij zouden ze een ‘*uitkering die minstens even hoog is als de uitkering bij ziekte*’ krijgen.⁵¹ Voor Belgische vaders zou dit qua aantal dagen geen verschil maken, maar de richtlijn zou hen wel een beter beschermend kader kunnen bieden.
21. Ook de European Trade Union Confederation (ETUC) staat achter een richtlijn die in geboorteverlof voor vaders voorziet. Dit verlof duurt volgens de organisatie idealiter twee weken tot een maand, is volledig betaald en verplicht. Dit zorgt ervoor dat meer mannen het verlof ook effectief zullen opnemen. Daarenboven raadt de ETUC aan dat mannen beschermd worden tegen ontslag en dat hun sociale rechten, zoals pensioen, gewaarborgd blijven.⁵²
22. Tot slot raadt de OESO (Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling) aan om een deel van het geboorteverlof enkel voor vaders te voorzien en ervoor te zorgen dat dit verlof ook goed betaald is. Kersverse ouders verliezen liever niet te veel inkomen, waardoor een goede verloning van het geboorteverlof een essentiële incentive is voor de opname ervan.⁵³

⁴⁸ C. BOULANGER, *Les congés dans les secteurs public et privé au regard du droit européen*, Antwerpen, Kluwer, 2013, 127.

⁴⁹ Aanbeveling (Comm.) on the European pillar of social rights, 26 april 2017, C(2017) 2600 def.

⁵⁰ *Ibid.*, 7.

⁵¹ Mededeling (Comm.) betreffende een initiatief om het evenwicht tussen werk en privéleven voor werkende ouders en mantelzorgers te ondersteunen, 26 april 2017, COM(2017)252 def, 12.

⁵² X, *ETUC Position on the Second Stage Consultation of the social partners at European Level under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges of work-life balance faced by working parents and caregivers*, 2016, 2 (https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/document/files/position_on_work_life_balance.pdf).

⁵³ X, “Parental leave: where are the fathers?”, *OECD Policy Brief* 2016, 2, <http://www.oecd.org/policy-briefs/parental-leave-where-are-the-fathers.pdf>.

Hoofdstuk III. DE ONGELIJKHEID IN HET BEVALLINGS- EN GEBOORTEVERLOF

23. Er is dus een redelijk grote ongelijkheid in het verlof dat moeders en vaders krijgen bij de geboorte van een kind. Maar hoe is dit ontstaan? Wat zijn de effecten ervan? Is het discriminatie? Dat zijn vragen waar dit hoofdstuk zal proberen op te antwoorden.

AFDELING I. ONTSTAAN ONGELIJKHEID

24. Deze ongelijkheid is historisch gegroeid vanuit verschillende doelstellingen. In 1889 werd voor het eerst zwangerschapsverlof ingevoerd voor een periode van vier weken na de bevalling.⁵⁴ Als reden hiervoor werd de bescherming van de gezondheid van moeder en kind ingeroepen, aangezien er destijds vooral tijdens de eerste maand na de geboorte een hoge kindersterfte was.⁵⁵ Ook de hechting tussen moeder en kind werd ingeroepen, aangezien het gezin de hoeksteen van de toenmalige samenleving was.⁵⁶ In de voorbereidende werken sprak men expliciet over “*het helpen bij het herstellen of het ontwikkelen van het familieleven in de arbeidersklassen*”.⁵⁷
25. Na de Tweede Wereldoorlog werd het zwangerschapsverlof uitgebreid naar zes weken voor en zes weken na de zwangerschap.⁵⁸ In 1967 volgde met het Koninklijk Besluit nr. 40 een uitbreiding van de bescherming, zoals een bescherming tegen ontslag om redenen die te maken hebben met het verlof en een verbod op overuren.⁵⁹ De focus ligt nu niet meer op het beschermen van de vrouw wegens haar fysieke zwakheid, maar enkel op het beschermen van het gezin.⁶⁰ Zo stelde het Verslag aan de Koning bij bovengenoemd KB nr. 40: “*De bescherming van de werkende vrouw moet in de eerste plaats verband houden met de rol die de vrouw als moeder en in het gezin vervult. In de arbeidsveiligheid wordt voortaan voorzien door andere wettelijke en reglementaire*

⁵⁴ Art. 5 wet van 13 december 1889 betreffende den arbeid van vrouwen, jongelingen en kinderen in de nijverheidsgestichten, *BS* 22 december 1889 en *Pasin.* 1889, 597; S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance*, Brugge, Die Keure, 2017, 26.

⁵⁵ S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance*, Brugge, Die Keure, 2017, 26.

⁵⁶ S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance*, Brugge, Die Keure, 2017, 26.

⁵⁷ *Hand.* Kamer 1889-90, 11 juni 1889, nr. 193, 44; *Ibid.*, 27.

⁵⁸ Wet 7 maart 1948 tot wijziging van artikel 5 der wetten betreffende de vrouwen- en kinderarbeid, samengeordend bij koninklijk besluit van 28 februari 1919 en gewijzigd en aangevuld bij de wetten van 14 juni 1921 en 7 april 1937, *BS* 4 april 1948, 2720 en *Bull.lég.b.* 1948, 255; S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance*, Brugge, Die Keure, 2017, 34.

⁵⁹ KB 24 oktober 1967 nr. 40 betreffende de vrouwenarbeid, *BS* 27 oktober 1967, 11189; S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance*, Brugge, Die Keure, 2017, 34.

⁶⁰ S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance*, Brugge, Die Keure, 2017, 37; K. REYNIERS, *(Verboden) arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 355.

*teksten die op alle werknemers van toepassing zijn. Een streng verbodsstelsel beantwoordt dan ook niet meer aan de noodzakelijkheid die het gevolg is van het onderscheid van kunnen.”*⁶¹

26. In 1963 werd ook de eerste aanzet gegeven naar geboorteverlof voor vaders: vaders kregen twee dagen verlof toegekend die ze moesten opnemen binnen de twaalf dagen na de bevalling van hun echtgenote.⁶² Later werd dit verlof op drie dagen met behoud van normaal loon gebracht wanneer de afstamming langs vaderkant vaststond.⁶³ Het geboorteverlof zoals we dat nu kennen, is echter pas in werking sinds 2002.⁶⁴ In het wetsontwerp wordt de nood aangehaald om de “*maatschappelijke en politieke doelstelling van gelijke kansen voor mannen en vrouwen*” te realiseren, aangezien de rol van de vader in de maatschappij en vooral in het gezin veranderd is.⁶⁵ Het uitgebreide verlof moest ouders dan ook de mogelijkheid geven om familiale verantwoordelijkheden gelijk te verdelen.⁶⁶ Daarmee volgde het wetsontwerp deels een advies van de Raad van de gelijke kansen voor mannen en vrouwen op, dat pleitte voor een vaderschapsverlof met een verplichte duur van twee weken. Het uiteindelijke verlof voorzag echter niet in een verplicht geboorteverlof. Ook de vergoeding van het verlof volgens hetzelfde niveau als het moederschapsverlof, zoals het advies aanbeval, is er niet gekomen.⁶⁷
27. Het moederschapsverlof werd dus veel vroeger ingevoerd dan het geboorteverlof voor vaders. Pas toen gezinsverhoudingen veranderden aan het einde van de 20^e eeuw, werd ook meer aandacht besteed aan de rol van de vader en veranderde de wetgeving. De ongelijkheid tussen moeders en vaders in het geboorteverlof is echter nog steeds onveranderd, ondanks wetsvoorstellen om het geboorteverlof te verhogen.
28. Alleen al tijdens deze zittingsperiode van de Kamer van Volksvertegenwoordigers werden vijf wetsvoorstellen ingediend die poogden het geboorteverlof te wijzigen. In 2014 werd door cdH

⁶¹ K. REYNIERS, *(Verboden) arbeid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 354.

⁶² Koninklijk besluit van 28 augustus 1963 betreffende het behoud van het normaal loon van de werklieden, [de dienstboden,] de bedienden en de werknemers aangeworven voor de dienst op binnenschepen, voor afwezigheidsdagen ter gelegenheid van familiegebeurtenissen of voor de vervulling van staatsburgerlijke verplichtingen of van burgerlijke opdrachten, *BS* 11 september 1963, 8864.

⁶³ Wetsontwerp betreffende de verzoening van werkgelegenheid en kwaliteit van het leven, *Parl.St.* Kamer, 2000-2001, nr. 1291/001, 20.

⁶⁴ Wet van 10 augustus 2001 betreffende de verzoening van werkgelegenheid en kwaliteit van het leven, *BS* 15 september 2009, 30949.

⁶⁵ Wetsontwerp betreffende de verzoening van werkgelegenheid en kwaliteit van het leven, *Parl.St.* Kamer, 2000-2001, nr. 1291/001, 20.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

een voorstel ingediend, met als doel het geboorteverlof te verlengen tot twintig dagen. Zoals in het huidige systeem, zouden enkel de eerste drie dagen verplicht zijn.⁶⁸

29. In 2015 was er een wetsvoorstel van CD&V dat niets veranderde aan het aantal dagen geboorteverlof, maar het wel verplicht zou maken.⁶⁹ Volgens het wetsvoorstel is hier nood aan omdat te veel vaders of meouders hun geboorteverlof niet opnemen, uit angst om promotiekansen of zelfs hun werk te verliezen.⁷⁰
30. In februari 2016 was er een wetsvoorstel van PS, met als bedoeling het vaderschapsverlof verplicht te maken en met vijf dagen te verlengen. Dit verlof zou opgenomen kunnen worden vanaf zes weken voor de verwachte bevallingsdatum en tot vier maanden na de bevalling.⁷¹ In maart volgende een gelijkaardig wetsvoorstel van ECOLO-Groen.⁷² Ook dit voorstel zou het geboorteverlof uitbreiden naar vijftien dagen en twintig dagen in het geval van een meerling. Het zou ook verplicht op te nemen zijn, maar dan enkel in de zes maanden volgend op de geboorte. Het systeem van uitbetaling zou volgens beide voorstellen hetzelfde blijven (eerste drie dagen met behoud van loon, daarna een uitkering). In november 2016 volgde nog een voorstel van sp.a. Dit zou niets aan het aantal dagen veranderen, maar zou het wel verplicht maken.⁷³
31. Ook in 2017 werd een wetsvoorstel ingediend met als doel het vaderschapsverlof te verlengen tot vijftien dagen.⁷⁴ Gelijktijdig met dit voorstel werden twee andere voorstellen ingediend om het geboorteverlof in het geval van een meerling en in het geval van een langdurig ziekenhuisverblijf van de pasgeborene te verlengen.⁷⁵
32. Tot op heden werd nog geen van bovenvermelde voorstellen aangenomen.

⁶⁸ Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen en van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *Parl.St.* Kamer 2014, nr. 0027/001.

⁶⁹ Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten wat het geboorteverlof betreft, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 0991/001.

⁷⁰ *Ibid.*, 3.

⁷¹ Voorstel van wet tot wijziging van artikel 30 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, teneinde vaderschapsverlof verplicht te maken, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 1678/001.

⁷² Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, teneinde het geboorteverlof te verlengen en verplicht te maken, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 1833/001.

⁷³ Voorstel van wet tot verbetering van de toegankelijkheid van ouderschapsverlof en vaderschapsverlof, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2166/001.

⁷⁴ Voorstel van wet tot wijziging van de wet op de arbeidsovereenkomsten wat betreft het recht op geboorteverlof, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2729/001.

⁷⁵ Voorstel van wet tot wijziging van de wet op de arbeidsovereenkomsten wat betreft het recht op geboorteverlof in geval van de geboorte van een meerling, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2727/001; Voorstel van wet tot wijziging van de wet op de arbeidsovereenkomsten wat betreft het recht op geboorteverlof in geval van langdurig ziekenhuisverblijf van de pasgeborene, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2728/001.

AFDELING II. EFFECTEN GEBOORTEVERLOF

33. De vraag is dan of het huidig wetgevend kader genoeg is. Er zijn al verschillende studies gevoerd over genderongelijkheid en de oorzaken hiervan. Een recente studie naar de oorzaken van de loonkloof, uitgevoerd in Denemarken, wees uit dat aan het begin van hun carrières mannen en vrouwen vrij gelijkaardige inkomsten, gewerkte uren, arbeidsparticipatiegraad en loonstandaarden hadden. Voor elk van deze factoren maakten de cijfers voor vrouwen echter een spectaculaire val na de geboorte van het eerste kind. Vooral de gewerkte uren, en bijgevolg de inkomsten, namen een duik totdat het kind de leeftijd van één jaar had bereikt. Vervolgens stegen de cijfers totdat het kind twee jaar werd, om daarna constant lager te blijven in vergelijking met mannen, met een loonkloof van ongeveer 20%.⁷⁶ De cijfers geven aan dat dit verschil niet meer in te halen is: twintig jaar na de geboorte van het kind bleef de kloof nog steeds onveranderd.⁷⁷
34. Het percentage in de loonkloof dat bepaalde groepen achterlopen door kinderen, wordt in de literatuur de *child penalty* genoemd.⁷⁸ Dit effect verergert naargelang het aantal kinderen⁷⁹, maar het doet zich niet voor bij vrouwen die geen kinderen krijgen. De loonkloof tussen vrouwen met kinderen en vrouwen zonder was voor Denemarken 23%.⁸⁰ Voor mannen met kinderen is de *child penalty* op lange termijn 0,01% in vergelijking met mannen die geen kinderen hebben.⁸¹
35. De studie probeerde ook te achterhalen welke factoren deze *child penalties* beïnvloedden en ontdekte dat de arbeidsgeschiedenis van de ouders van de moeder een belangrijke rol speelde. Wanneer de moeder opgroeide in een gezin met een eerder traditioneel rollenpatroon, d.w.z. de vader als kostwinner en de moeder als huisvrouw, ondervond ze een hogere *child penalty* wanneer ze zelf moeder werd.⁸²
36. Deze studie werd gevoerd in Denemarken, maar er is geen reden om aan te nemen dat dezelfde mechanismes niet in andere landen spelen, eventueel in meer of mindere mate. Wanneer we kijken naar België, is de globale loonkloof in vergelijking met andere landen niet zo groot. Recent kreeg België nog applaus van de OESO, omdat ons land met een loonkloof van 3,3 procent de kleinste

⁷⁶ H. KLEVEN, C. LANDAIS en J.E. SØGAARD, “Children and Inequality: Evidence from Denmark”, *NBER Working Papers Series*, afl. 24219, 39 (<http://www.nber.org/papers/w24219>).

⁷⁷ *Ibid.*, 40.

⁷⁸ *Ibid.*, 1.

⁷⁹ *Ibid.*, 50.

⁸⁰ *Ibid.*, 42.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² H. KLEVEN, C. LANDAIS en J.E. SØGAARD, “Children and Inequality: Evidence from Denmark”, *NBER Working Papers Series*, afl. 24219, 33 (<http://www.nber.org/papers/w24219>).

loonkloof heeft van de westerse landen. De OESO baseerde zijn cijfers op mediane lonen van voltijdse werknemers.⁸³ Dit geeft echter geen volledig beeld, aangezien in 2016 bijna 45% van de vrouwen volgens een stelsel van deeltijds werk werkte, in tegenstelling tot 10,5% van de mannen.⁸⁴

37. Ook het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen brengt regelmatig rapport uit over de loonkloof. Zij berekenen echter op basis van gemiddelde lonen en komen bijgevolg op andere cijfers uit. De recentste cijfers wijzen op een loonkloof van 7,6% in uurloon en 20,6% in jaarloon.⁸⁵ Volgens het Instituut kan het verschil in uurloon enerzijds verklaard worden door het feit dat vrouwen voor dezelfde job minder betaald worden en anderzijds doordat jobs die vooral door vrouwen ingevuld worden, ondergewaardeerd en slechter betaald zijn.⁸⁶ Het verschil in de jaarlonen verklaart zich dan weer door stereotype verwachtingen op de arbeidsmarkt, het feit dat vrouwen meer zorgtaken opnemen dan mannen en dat beroepen met een eerder vrouwelijke tewerkstelling georganiseerd zijn in de richting van deeltijds werk.⁸⁷ Wanneer de cijfers van het bruto-uurloon bekeken worden volgens de gezinssituatie van de vrouw, toont dit de rol die moederschap speelt. Alleenstaande vrouwen zonder kinderen verdienen gemiddeld 8% meer dan mannen, terwijl vrouwen in een koppel met kinderen gemiddeld 9% minder verdienen dan mannen.⁸⁸
38. De loonkloof van het jaarloon ligt in dezelfde lijn als de *child penalty* van 23% die in Denemarken vastgesteld werd. Deze loonkloof is een globaal beeld, maar er zijn grote sectorale verschillen. Deze kunnen hier niet besproken worden.⁸⁹
39. Ook de Europese Commissie beseft dat er een grote ongelijkheid is tussen de arbeidsparticipatie van mannen en vrouwen. In hun voorstel voor de European Social Pillar halen ze aan dat de arbeidsparticipatie van vrouwen daalt, terwijl de arbeidsparticipatie van mannen stijgt. Dit wijst er volgens hen op dat de verdeling van zorgtaken nog te ongelijk is, wat het voor vrouwen moeilijk

⁸³ R. MOOIJMAN, “Loonkloof smalst in België”, *De Standaard* 9 maart 2017, http://m.standaard.be/cnt/dmf20170308_02770421.

⁸⁴ STATBEL, *Deeltijds werk*, <https://statbel.fgov.be/nl/themas/werk-opleiding/arbeidsmarkt/deeltijds-werk#panel-11> (consultatie 17 april 2018).

⁸⁵ H. VAN HOVE en D. DE VOS, *De loonkloof tussen vrouwen en mannen in België. Rapport 2017*, Brussel, Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, 2017, 7.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ H. VAN HOVE en D. DE VOS, *De loonkloof tussen vrouwen en mannen in België. Rapport 2017*, Brussel, Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, 2017, 36.

⁸⁹ Zie voor een uitgebreid overzicht: H. VAN HOVE en D. DE VOS, *De loonkloof tussen vrouwen en mannen in België. Rapport 2017*, Brussel, Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, 2017, 67-75.

maakt om een loopbaan en kinderen te combineren. Dit ondanks dat vele vaders graag vaker zouden kunnen thuisblijven om mee voor het huishouden te zorgen.⁹⁰

40. Het feit dat vrouwen meer deeltijds werken en vaker loopbaanonderbrekingen nemen, brengt volgens het rapport van de Commissie verschillende nadelen met zich mee. Zo zijn ze economisch meer afhankelijk van anderen, zoals hun partner of de staat. Daarnaast erkent de Commissie de gapende loonkloof tussen mannen en vrouwen en wijzen ze erop dat dit tot een hogere pensioenkloof leidt. Dit verhoogt op zijn beurt de kans op armoede en sociale uitsluiting. Dit kan negatief werken op hun kinderen en familie, waardoor uiteindelijk een neerwaartse spiraal kan ontstaan. De Europese Commissie erkent zelf de nood aan een uitgewerkt beleid om dit onevenwicht weg te werken.⁹¹ De Commissie gelooft ook dat het invoeren van een vaderschapsverlof een belangrijke stap zou zijn in een betere taakverdeling tussen moeders en vaders, naast de vele andere voordelen van meer aanwezige vaders, zoals een grotere algemene tevredenheid, een verbeterde fysieke en geestelijke gezondheid van zorgende vaders en hogere cognitieve en gedragsresultaten voor kinderen.⁹²
41. De OESO wees op dezelfde problemen. In een beleidsnota benadrukte de organisatie het belang van betaald moederschapsverlof, niet alleen omdat het vrouwen toelaat te herstellen van de zwangerschap en de bevalling, maar ook omdat het beter is voor de gezondheid van het kind en de vrouwelijke arbeidsparticipatie verhoogt.⁹³ Dit verlof overschrijdt best de termijn van een jaar niet. Vanaf deze duur heeft het verlof nadelige effecten op de loopbaan van de moeder.⁹⁴ De OESO benadrukte ook het belang van geboorteverlof. Wanneer vaders thuisblijven, zullen ze meer tijd besteden aan de zorg van de kinderen. Dit effect is langdurig: vaders die al van kleins af meer betrokken zijn, blijven dit wanneer het kind opgroeit.⁹⁵ De OESO haalt nog een reden aan om zowel mannen als vrouwen verlof te geven, namelijk dat bedrijven minder terughoudend zullen zijn om vrouwen in de vruchtbare leeftijd aan te nemen.⁹⁶
42. Ook de Internationale Arbeidsorganisatie benadrukte in een recente publicatie het belang van geboorteverlof voor de *work-life balance* van de vaders. Daarnaast haalt de organisatie aan dat

⁹⁰ Mededeling (Comm.) betreffende een initiatief om het evenwicht tussen werk en privéleven voor werkende ouders en mantelzorgers te ondersteunen, 26 april 2017, COM(2017)252 def, 4.

⁹¹ *Ibid.*, 6.

⁹² *Ibid.*, 10.

⁹³ X, "Parental leave: where are the fathers?", *OECD Policy Brief* 2016, 1, <http://www.oecd.org/policy-briefs/parental-leave-where-are-the-fathers.pdf>.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

vroege betrokkenheid van vaders een goede ontwikkeling van het kind stimuleert en bijdraagt aan het doorbreken van traditionele familiepatronen. Op die manier kan het geboorteverlof een grotere gelijkheid van mannen en vrouwen, zowel thuis als op het werk, stimuleren.⁹⁷

43. Een studie van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen toonde aan dat ook Belgische vaders graag langer zouden thuisblijven. Ze halen aan dat ze idealiter een verlof van 22 dagen krijgen, die ook in een flexibelere periode zouden moeten kunnen opgenomen worden, zoals tijdens de periode voor de bevalling.⁹⁸ Het Instituut raadt bovendien aan dat het verlof kan opgenomen worden zonder loonverlies en pleit voor een betere informatieverspreiding over het verlof, omdat deze informatie te vaak niet gekend is. Ook moet men meer aandacht besteden aan het feit dat dit verlof een recht is. Vaders worden ontmoedigd om verlof op te nemen door de negatieve reacties die zij soms krijgen.⁹⁹

⁹⁷ X, *Maternity and paternity at work. Law and practice across the world*, Genève, International Labour Organisation, 2014, 51.

⁹⁸ X, *De ervaringen van werknemers met vaderschapsverlof in België. Aanbevelingen*, 2011, 2 (http://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/adivsories/ervaringen_van_werknemers_met_vaderschapsverlof.pdf).

⁹⁹ *Ibid.*

DEEL II: RECHT OP GELIJKE BEHANDELING EN NON-DISCRIMINATIE

Hoofdstuk I. GELIJKE BEHANDELING EN NON-DISCRIMINATIE OP DE VERSCHILLENDE NIVEAUS

44. Het non-discriminatiebeginsel en gelijkebehandelingsrecht tussen vrouwen en mannen kennen een lange geschiedenis. Al sinds de vorige eeuw houden verschillende juridische instrumenten zich hiermee bezig. Meestal gaat het om de erkenning van een algemeen discriminatieverbod of een algemeen recht op gelijke behandeling. Beide begrippen hebben in se dezelfde betekenis, maar ze impliceren een verschillend handelen. Non-discriminatie houdt een verplichting tot niet-handelen in, gelijkheid impliceert eerder een verplichting om wél iets te doen. De termen worden echter vaak samen gebruikt.¹⁰⁰
45. Op verschillende niveaus vindt men regelingen over discriminatie en gelijke behandeling tussen vrouwen en mannen. Dit hoofdstuk biedt per internationale organisatie een chronologisch overzicht van de verschillende instrumenten in werking. Daarna volgt een overzicht van de Belgische bronnen.

AFDELING I. VERENIGDE NATIES

46. De Verenigde Naties voorziet voor het eerst een discriminatieverbod in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, ondertekend in 1948. Volgens het art. 2 van deze verklaring moeten de rechten en vrijheden in de verklaring ‘zonder enig onderscheid’ uitgeoefend worden, met andere woorden zonder enige discriminatie.¹⁰¹ Dit principe wordt ook herhaald in art. 2.1 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (kortweg BUPO genoemd), dat sinds 1983 in België in werking is.¹⁰² Het artikel bevat een lijst met niet-exhaustieve

¹⁰⁰ P. LEMMENS, “Gelijkheid en non-discriminatie in het internationale recht: synthese” in A. ALEN en P. LEMMENS, *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 89; S. SMIS, K. VAN LAETHEM, C. JANSSENS en S. MIRGAUX, *Handboek Mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 528.

¹⁰¹ B. HEPPEL en B. VENEZIANI (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A comparative study of 15 countries 1945-2004*, Londen, Hart Publishing, 2007, 131.

¹⁰² Wet van 15 mei 1981 houdende goedkeuring van volgende Internationale akten: a) Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten; b) Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten opgemaakt te New York op 19 december 1966, BS 6 juli 1983, 8806; B. RENAULD, “Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations” in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (8) 9; C. HOREVOETS en S. VINCENT, “Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations” in E. BRIBIOSA, I. RORIVE en S. van DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Brussel, Bruylant, 2016, (11) 17.

discriminatiegronden, maar in zijn art. 26 bevat het verdrag ook een algemeen discriminatieverbod.¹⁰³ Dit is niet alleen van toepassing op de rechten van het Verdrag, maar geldt voor alle vormen van discriminatie. Het beoogt door zijn formulering duidelijk formele gelijkheid (of gelijkheid in de wet, wat inhoudt dat de wet op iedereen gelijk moet worden toegepast) en materiële gelijkheid (of gelijkheid voor de wet, waardoor de wet zelf geen discriminaties mag bevatten).¹⁰⁴

47. Ook het Verdrag van 31 maart 1953 betreffende de politieke rechten van vrouwen, in België in 1964 geratificeerd, en het Verdrag van 18 december 1979 inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie tegen vrouwen (CEDAW), dat in België van kracht ging in 1985, werden door toedoen van de Verenigde Naties gerealiseerd.¹⁰⁵ Bij het CEDAW hoort ook een Facultatief Protocol dat een *Committee on the Elimination of Discrimination against Women* instelt. Dit Comité communiceert zijn visies en aanbevelingen aan staten die het facultatief protocol geratificeerd hebben.¹⁰⁶
48. Voorts hebben de Verenigde Naties een stevige impuls gegeven aan de vrouwenrechten door de organisatie van de Wereldvrouwenconferenties. Deze conferenties zorgden voor de erkenning van gender mainstreaming als een belangrijk middel om feitelijke gelijkheid te bereiken (zie *infra*). De eerste aanzet daartoe werd gegeven op de Derde Wereldvrouwenconferentie in Nairobi (1985). Het was de echter de Wereldvrouwenconferentie in Beijing die voor de grootste impact zorgde door te stellen dat “*Governments and other actors should promote an active and visible policy of mainstreaming a gender perspective into all policies and programmes, so that, before decisions are taken, an analysis is made of the effects on women and men, respectively.*”¹⁰⁷

¹⁰³ C. HOREVOETS en S. VINCENT, “Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations” in E. BRIBIOSA, I. RORIVE en S. van DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Brussel, Bruylant, 2016, (11) 18; M. BOSSUYT, “Het gelijkheidsbeginsel in de internationale pacts inzake mensenrechten” in A. ALEN en P. LEMMENS, *Gelijkheid en non-discriminatie. Égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (33) 37.

¹⁰⁴ M. BOSSUYT, “Het gelijkheidsbeginsel in de internationale pacts inzake mensenrechten” in A. ALEN en P. LEMMENS, *Gelijkheid en non-discriminatie. Égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (33) 37.

¹⁰⁵ Wet van 19 maart 1964 houdende goedkeuring van het Verdrag betreffende de politieke rechten van de vrouw, afgesloten op 31 maart 1953 te New York, *BS* 2 september 1964, 9445; Wet van 11 mei 1983 houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, opgemaakt te New York op 18 december 1979, *BS* 5 november 1985, 16178; C. HOREVOETS en S. VINCENT, “Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations” in E. BRIBIOSA, I. RORIVE en S. van DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Brussel, Bruylant, 2016, (11) 17; B. RENAULD, “Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations” in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (8) 8.

¹⁰⁶ D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 9.

¹⁰⁷ Report of the Fourth World Conference on Women (4-15 September 1995), *UN Doc. A/CONF.177/20/Rev.1* (1996), 27, §79; K. BERGHS, “Gender mainstreaming en gelijke kansen: de concepten” in K. BERGHS en S. RAVESLOOT (eds.), *Gender mainstreaming en de syndicaten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 1.

49. Om meer gelijkheid te bereiken lijst het actieplan verschillende strategische doelen op, waaronder het promoten van harmonisatie van werk en gezinsverantwoordelijkheden voor vrouwen en mannen. Overheden moeten deze doelstelling promoten via adequate wetgeving en/of incentives.¹⁰⁸

AFDELING II. INTERNATIONALE ARBEIDSORGANISATIE (IAO)

50. Een andere invloedrijke stimulator op het vlak van arbeidsgelijkheid, misschien zelfs invloedrijker dan de inspanningen van de Verenigde Naties, was de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO).¹⁰⁹ In de preambule van haar Statuten vermeldt het IAO haar streven naar gelijke verloning voor arbeid van gelijke waarde als één van haar basisprincipes.¹¹⁰ De Statuten werden aangenomen in 1919, 29 jaar voor de aanneming van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.
51. De wetgeving van de IAO was echter niet altijd even vrouwvriendelijk. Tot aan de Tweede Wereldoorlog moedigde het IAO wetgeving aan die eerder beschermend en zelfs paternalistisch was voor vrouwen. Verdrag nr. 100 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde (in België van kracht sinds 1952) betekende echter een keerpunt in de strijd tegen geslachtsdiscriminatie door de organisatie.¹¹¹ In 1944 werd het principe van gelijke behandeling afgekondigd in de Verklaring van Philadelphia, die officieel als annex aan de Statuten werd toegevoegd.¹¹² Dit principe werd verder uitgewerkt in het Verdrag nr. 111 betreffende de discriminatie inzake werkgelegenheid en beroep.¹¹³

¹⁰⁸ Report of the Fourth World Conference on Women (4-15 September 1995), *UN Doc. A/CONF.177/20/Rev.1* (1996), 78, §179.

¹⁰⁹ B. HEPPLÉ en B. VENEZIANI (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A comparative study of 15 countries 1945-2004*, Londen, Hart Publishing, 2007, 133.

¹¹⁰ C. DENEVE, *Internationaal arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 160; J.-M. SERVAIS, *Droit International du Travail*, Brussel, Larcier, 2015, 49.

¹¹¹ Internationaal Verdrag (nr. 100) van 29 juni 1951 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde, aangenomen op 29 Juni 1951, te Genève, door de Internationale Arbeidsconferentie tijdens haar vier en dertigste zitting, *BS* 23 oktober 1952; P. HUMBLET, "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen: een *status quaestionis*" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (121) 122.

¹¹² C. DENEVE, *Internationaal arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 160; J.-M. SERVAIS, *Droit International du Travail*, Brussel, Larcier, 2015, 22.

¹¹³ Wet van 16 februari 1977 houdende goedkeuring van het Verdrag nr. 111 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening, aangenomen te Geneve op 25 juni 1958, door de Algemene Conferentie van de Internationale Arbeidsorganisatie tijdens haar tweeënveertigste zitting, *BS* 23 september 1977, 11683; C. DENEVE, *Internationaal arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 160.

52. Ook recent vaardigde de IAO wetgeving uit rond gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De organisatie bevestigde in de Verklaring betreffende de sociale rechtvaardigheid voor een billijke mondialisering, aangenomen op 10 juni 2008, de gelijkheid tussen vrouwen en mannen. Daarin wordt gepleit voor een ‘*geïntegreerde en duurzame sociaaleconomische aanpak*’, gestoeld op vier doelen.¹¹⁴ Bij de realisering van deze doelen moet, volgens de verklaring, steeds rekening gehouden worden met de gelijkheid tussen mannen en vrouwen. De juridische onderbouwing voor de realisatie van deze doelen steunt op de 76 IAO arbeidsverdragen.¹¹⁵
53. Het effect van de IAO-verdragen hangt af van hun voorzieningen. Vaak zal er nood zijn aan aanpassingen van het nationale recht of aan aanpassingen op administratief vlak. Dit gebeurt niet altijd, waardoor hun effect in Belgische recht beperkt blijft, zoals gebeurde met het verdrag nr. 100 en verdrag nr. 111.¹¹⁶ In sommige gevallen zal er echter nood zijn aan het uitwerken van een politiek beleid om de doelstellingen van een verdrag te halen.¹¹⁷ Dit is de methode die de Belgische wetgever hanteert en de visie die de Raad van State volgde in zijn arrest Beerts betreffende verdragen nr. 29 en nr. 105.¹¹⁸ De Belgische staat zal de verdragen uitdrukkelijk omzetten in intern recht.¹¹⁹ Dit is ook de verkozen methode van de Internationale Arbeidsorganisatie, aangezien er op die manier een consensus zal zijn tussen de drie belangrijkste partners: de staten, vakbondsorganisaties en de werkgeversorganisaties.¹²⁰ Dit houdt echter niet in dat er in geen enkel geval sprake kan zijn van directe werking indien de normen voldoende duidelijk geformuleerd zijn.¹²¹

¹¹⁴ Namelijk het bevorderen van de tewerkstelling door een duurzame institutionele en economische omgeving te creëren, sociale beschermingsmaatregelen treffen, promoten van sociale dialoog en tripartisme en het respecteren van de fundamentele arbeidsprincipes en -rechten. Zie Verklaring van de IAO betreffende de sociale rechtvaardigheid voor een billijke mondialisering, goedgekeurd tijdens de 97^e Internationale Arbeidsconferentie (2008).

¹¹⁵ R. DELARUE, “Sociaaleconomische grondrechten en het perspectief van de IAO” in M. STROOBANT en W. RAUWS (eds.), *Sociale en economische grondrechten – les droits économiques et sociaux*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (197) 199.

¹¹⁶ P. HUMBLET, “Gelijke behandeling van mannen en vrouwen: een *status quaestionis*” in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (121) 122.

¹¹⁷ J.-M. SERVAIS, *Droit International du Travail*, Brussel, Larcier, 2015, 62.

¹¹⁸ RvS 3 juli 1995, nr. 54.196, *TBP* 1996 (verkort); C. DENEVE, *Internationaal arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 95.

¹¹⁹ *Ibid.*, 96.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

AFDELING III. RAAD VAN EUROPA

§1. Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

54. Op het niveau van de Raad van Europa wordt het non-discriminatiebeginsel beschermd door artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit is echter enkel een verbod op discriminatie voor de rechten vermeld in het EVRM. Hierdoor heeft het artikel geen autonome toepassing: het moet altijd in samenhang met de andere artikels van het Verdrag gelezen worden.¹²² Dit wordt ook bevestigd door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het recht wordt zelfs beschouwd ‘*een fundamenteel recht niet zoals de anderen.*’¹²³ Men heeft al een poging gedaan om dit te veranderen door de adoptie van het twaalfde aanvullend protocol, dat een algemeen discriminatieverbod bevat. Dit protocol is echter nog maar door 20 van de 47 lidstaten geratificeerd. België heeft het protocol wel ondertekend, maar nog niet geratificeerd.¹²⁴

§2. (Herzien) Europees Sociaal Handvest

55. Daarnaast werd door de Raad van Europa het Europees Sociaal Handvest (ESH) aangenomen, dat sinds een herziening in 1996 de naam Herzien Europees Sociaal Handvest (HESH) draagt. Artikel 1(2) HESH vrijwaart het recht van de werknemer ‘*om in zijn onderhoud te voorzien door vrijelijk gekozen werkzaamheden daadwerkelijk te beschermen.*’ Het Comité voor de Sociale Rechten, dat instaat voor de controle van het HESH¹²⁵, interpreteerde dit recht in combinatie met de preambule als een verbod op discriminatie inzake tewerkstelling.¹²⁶ Met het Herziene Europees Sociaal Handvest werd ook een algemeen discriminatieverbod ingevoerd met artikel E, dat luidt: ‘*De door dit Handvest erkende rechten moeten gewaarborgd zijn zonder enig onderscheid dat is gebaseerd op ras, kleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of elke andere overtuiging, nationale of sociale herkomst, gezondheid, het behoren tot een nationale minderheid, de geboorte of op elke andere*

¹²² B. RENAULD, “Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations” in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (8) 9.

¹²³ C. HOREVOETS en S. VINCENT, “Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations” in E. BRIBIOSA, I. RORIVE en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Brussel, Bruylant, 2016, (11) 19.

¹²⁴ Voor de laatste stand van ratificaties: http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=pQLTaeAL.

¹²⁵ F. DECLERCQ en A. LAMINE, “L’effectivité des droits économiques et sociaux entre les mains de nouveaux juges. Etude critique de deux procédures de réclamation internationales” in F. DORSSEMONT, S. VAN DROOGHENBROECK en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Brugge, Die Keure, 2016, (41) 44.

¹²⁶ D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 796.

*situatie.*¹²⁷ Daarnaast voorziet artikel 20 algemeen in een ‘recht op gelijke kansen en gelijke behandeling ten aanzien van werkgelegenheid en beroepsuitoefening zonder discriminatie naar geslacht.’

§3. Overig

56. Verder heeft de Raad van Europa een aantal instrumenten en organen die zich op specifieke vormen van discriminatie richten.¹²⁸ Op vlak van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen is dit bijvoorbeeld de Gender Equality Commission. Haar taken zijn veelvoudig, maar ze werkte onder andere mee aan de Recommendation Combatting Sexism en aan de uitvoering van de Gender Equality Strategy 2014-2017.¹²⁹ In het kader van huidig onderzoek zijn deze aanvullende instrumenten minder relevant. Hierdoor zullen ze ook niet verder uitgewerkt worden.

AFDELING IV. EUROPESE UNIE

§1. Historisch overzicht

57. Ook de Europese Unie heeft verschillende bepalingen die het non-discriminatiebeginsel beschermen. Belangrijk is daarbij de evolutie die het Unierecht op dit vlak heeft doorgemaakt. In de beginjaren was er amper aandacht voor de strijd tegen discriminatie. Naast een discriminatieverbod op basis van nationaliteit, bevatte het Verdrag van Rome geen enkele andere expliciete voorzieningen over discriminatie. Er was enkel een garantie op gelijk loon voor gelijke arbeid zoals vervat in artikel 119 EEG-Verdrag (huidig art. 157 VWEU).¹³⁰ Dit artikel werd weerhoudend geïmplementeerd door de lidstaten.¹³¹ Het Europees Hof van Justitie stelde echter, steunend op dit artikel, dat het recht om niet gediscrimineerd te worden op basis van geslacht een fundamenteel mensenrecht is.¹³² Het Hof meende dat dit artikel een dubbele doelstelling had: enerzijds is er een duidelijke economische doelstelling, anderzijds is er ook een sociale

¹²⁷ *Ibid*, 10.

¹²⁸ *Ibid*.

¹²⁹ RAAD VAN EUROPA, *Gender Equality Commission*, <https://www.coe.int/en/web/genderequality/gender-equality-commission> (consultatie 25 november 2011).

¹³⁰ H. MEENAN, “Introduction” in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, (1) 11.

¹³¹ K. NOUSIANEN, “Utility-based equality and disparate diversities: from a Finnish perspective” in D. SCHIEK en V. CHEGE, *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Abingdon, Routledge Cavendish, 2009, (187) 190.

¹³² HvJ 8 april 1976, nr. C-43-75, ECLI:EU:C:1976:56, Defrenne/Sabena; H. MEENAN, “Introduction” in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, (1) 13.

component, namelijk het verbeteren van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers. Om deze dubbele doelstelling te bereiken is een gelijkheid tussen mannen en vrouwen essentieel.¹³³ Het Hof van Justitie was bepalend in het bewerkstelligen van gelijkheid door corrigerend op te treden tegen het mannelijk perspectief dat nationale rechtbanken hanteerden bij het behandelen van discriminatierecht.¹³⁴

58. Het belang van sociaal beleid in de Unie werd meer en meer erkend. In die context werden Richtlijn 75/117/EEG (gelijke verloning) en Richtlijn 76/207/EEG (gelijke behandeling in toegang tot een beroep en de arbeidsvoorwaarden) aangenomen.¹³⁵ Toch lag de focus vooral nog op formele gelijkheid.¹³⁶ Dit concept wordt ook wel gelijkheid voor de wet genoemd en houdt in dat alle burgers dezelfde rechten en plichten hebben, ongeacht ras, geboorte, status of afkomst. In de wet werd amper gedifferentieerd tussen verschillende groepen. Wanneer dit toch gebeurde, moest men argumenteren waarom.¹³⁷
59. Pas in 1997, met het Verdrag van Amsterdam, kreeg de Raad de mogelijkheid om passende maatregelen te nemen in de strijd tegen ‘*discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.*’¹³⁸ Eind jaren ’90 vond ook het concept gender mainstreaming zijn weg naar de Europese Unie (zie *infra*). Daarmee was de focus definitief geschoven naar het realiseren van materiële gelijkheid of gelijkheid door de wet. Dit houdt in dat de gelijke uitkomst van de behandeling het uiteindelijke doel is. Differentiatie in de wet werd daardoor de norm.¹³⁹

¹³³ R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 317; P. HUMBLET, “Gelijke behandeling van mannen en vrouwen: een *status quaestionis*” in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (121) 123.

¹³⁴ P. HUMBLET, “Gelijke behandeling van mannen en vrouwen: een *status quaestionis*” in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (121) 123.

¹³⁵ Richtl. nr. 75/117/EEG, 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Statens inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *Pb.L.* 19 februari 1975, afl. 45, 19; Richtl. nr. 76/207/EEG, 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *Pb.L.* 14 februari 1976, afl. 39, 40.

¹³⁶ H. MEENAN, “Introduction” in H. MEENAN (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, (1) 14.

¹³⁷ S. SMIS, K. VAN LAETHEM, C. JANSSENS en S. MIRGAUX, *Handboek Mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 524.

¹³⁸ Art. 19 VWEU (toenmalig artikel 13 VEG); K. NOUSIANEN, ‘Utility-based equality and disparate diversities: from a Finnish perspective’ in D. SCHIEK en V. CHEGE, *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Abingdon, Routledge Cavendish, 2009, (187) 194.

¹³⁹ S. SMIS, K. VAN LAETHEM, C. JANSSENS en S. MIRGAUX, *Handboek Mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 524.

§2. Richtlijnen

60. Sinds de EU met het Verdrag van Amsterdam de mogelijkheid toegekend kreeg om maatregelen te nemen in de strijd tegen discriminatie, heeft de Unie hier gretig gebruik van gemaakt.¹⁴⁰ Zo werd al in 2000 de Richtlijn 2000/43/EG aangenomen, die discriminatie op basis van ras of etniciteit bestreed.¹⁴¹ Kort daarop volgde de zogenaamde ‘Framework Directive’, die bescherming bood voor veel ruimere discriminatiegronden.¹⁴² Deze richtlijnen waren belangrijke mijlpalen in de Europese Unie haar bevoegdheden in de strijd tegen discriminatie.¹⁴³ Later volgden nog vele andere richtlijnen in dit domein, maar de belangrijkste op vlak van de gelijke behandeling tussen vrouwen en mannen zijn Richtlijn 2006/54/EG voor gelijkheid tussen werknemers¹⁴⁴, Richtlijn 2010/41/EG voor gelijkheid tussen zelfstandigen¹⁴⁵, Richtlijn 79/7/EEG, die gelijkheid op vlak van sociale zekerheid garandeert¹⁴⁶ en Richtlijn 2004/113/EG, die de gelijke toegang tot goederen en diensten regelt.¹⁴⁷
61. De Unie beoogt gelijkheid van kansen te creëren in het geval van toegangsvoorwaarden tot een beroep of opleiding, maar probeert met de gelijke arbeidsvoorwaarden een gelijkheid van uitkomst te realiseren.¹⁴⁸

§3. Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie

62. Het artikel 23 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie garandeert de gelijkheid van de geslachten, waarbij het zelfs specifiek wijst op de nood aan gelijkheid op vlak van

¹⁴⁰ J. JACQMAIN en L. MARKEY, “Actualités de la lutte contre les discriminations en droit social” in E. BRIBIOSA, I. RORIVE en S. van DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Brussel, Bruylant, 2016, (107) 110;

¹⁴¹ Richtl. nr. 2000/43/EG, 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *Pb.L.* 19 juli 2000, afl. 180, 22.

¹⁴² Richtl. nr. 2000/78/EG, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 2 december 2000, afl. 303, 16.

¹⁴³ J. JACQMAIN en L. MARKEY, “Actualités de la lutte contre les discriminations en droit social” in E. BRIBIOSA, I. RORIVE en S. van DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Brussel, Bruylant, 2016, (107) 115.

¹⁴⁴ Richtl. nr. 2006/54/EG, 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *Pb.L.* 27 juli 2006, afl. 204, 23.

¹⁴⁵ Richtl. nr. 2010/41/EG, 7 juli 2010 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandige werkzame mannen en vrouwen en tot intrekking van Richtlijn 86/613/EEG van de Raad, *Pb.L.* 15 juli 2010, afl. 180, 1; C. HOREVOETS en S. VINCENT, “Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations” in E. BRIBIOSA, I. RORIVE en S. van DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Brussel, Bruylant, 2016, (11) 23.

¹⁴⁶ Richtl. nr. 79/7/EEG, 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *Pb.L.* 10 januari 1979, afl. 6, 24.

¹⁴⁷ Richtl. nr. 2004/113/EG, 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *Pb.L.* 21 december 2004, afl. 373, 37.

¹⁴⁸ R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 320.

werkgelegenheid, beroep en beloning. Wanneer de rechten van het Handvest een recht toekennen of louter een algemeen rechtsbeginsel bevatten, is niet altijd duidelijk.¹⁴⁹ Beginselen horen daarbij ‘nageleefd’ te worden, wat erop wijst dat ze als interpretatieve leidraad dienen voor rechters die het Handvest moeten toepassen.¹⁵⁰ Het artikel 23 bevat elementen van zowel een subjectief recht als een rechtsbeginsel.¹⁵¹ Sinds het Verdrag van Lissabon heeft het Handvest dezelfde bindende kracht als de EU-verdragen (art. 6 VEU).¹⁵²

63. Er is echter een belangrijke beperking aan de rechten van het Handvest, opgelegd door de artikels 51 en 52. Deze werden toegevoegd om te vermijden dat het Handvest gebruikt zou worden om uniebevoegdheden uit te breiden. Luidens art. 51.2 breidt het Handvest *‘het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, scheidt geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie’*, art. 52.2 voegt daaraan toe dat de rechten *‘worden uitgeoefend onder de voorwaarden en binnen de grenzen die door deze Verdragen zijn gesteld.’*¹⁵³

AFDELING V. BELGIË

64. In België is het discriminatieverbod verankerd in de Grondwet. De belangrijkste artikels zijn zonder twijfel de artikels 10 en 11 van de Grondwet. Deze worden steeds samen geciteerd, hoewel artikel 10 de gelijkheid waarborgt en artikel 11 het verbod op discriminatie bevat.¹⁵⁴ Verder erkent artikel 11bis GW *‘voor vrouwen en mannen de gelijke uitoefening van hun rechten en vrijheden’* en bevat het een aantal garanties opdat vrouwen en mannen gelijke toegang hebben tot verkiezingen én ook effectief leden van elk geslacht zich in de parlementen en regeringen bevinden. Artikel 172 garandeert het fiscale principe van gelijkheid en artikel 191 beschermt gelijkheid voor vreemdelingen.¹⁵⁵

¹⁴⁹ H. SEVERIJNS, “Inroepbaarheid van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”, *Jura Falc.* 2013-2014, afl. 4, (1003) 1007.

¹⁵⁰ C. DENEVE, “Ontwikkelingen op het internationaal en Europees vlak” in M. STROOBANT en W. RAUWS (eds.), *Sociale en economische grondrechten – les droits économiques et sociaux*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (171) 181.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² H. SEVERIJNS, “Inroepbaarheid van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie”, *Jura Falc.* 2013-2014, afl. 4, (1003) 1006.

¹⁵³ J. KENNER, “Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility” in T.K. HERVEY en J. KENNER, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oregon, Hart Publishing, 2003, (1) 19.

¹⁵⁴ D. CUYPERS en C. VAN VYVE, “De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscollèges” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, (229) 262; M. PÂQUES en J.-C. SCHOLSEM (eds.), *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, coll. CUP, nr. 73, Brussel, Larcier, 2004, 33.

¹⁵⁵ B. RENAULD, “Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations” in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (8) 12.

65. Daarnaast zijn er drie wetten die specifieke vormen van discriminatie bestrijden: de Antidiscriminatiewet¹⁵⁶, de Genderwet¹⁵⁷ en de Antiracismewet, zoals gewijzigd door de wet van 10 mei 2007.¹⁵⁸ Deze plotse *boom* aan antidiscriminatie wetten in 2007 is te wijten aan twee redenen. Enerzijds wou men de Europese richtlijnen omzetten, anderzijds was er reeds nood aan de hervorming van de vorige discriminatie wetten.¹⁵⁹ Deze Belgische wetten hebben een ruimer toepassingsgebied dan de Europese richtlijnen, zowel materieel als personeel.¹⁶⁰
66. Op het niveau van de Gewesten en Gemeenschappen kunnen ook zij wetten aannemen ter bestrijding van discriminatie, elk respectievelijk binnen haar eigen bevoegdheden.¹⁶¹ Noemenswaardig op Vlaams niveau zijn het Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie¹⁶² en het Gelijkekansendecreet 2008.¹⁶³
67. Tot slot hebben ook de Belgische sociale partners maatregelen genomen rond gelijke behandeling. In 1975 namen de verschillende sociale partners cao nr. 25 aan, gebaseerd op een wetsvoorstel dat nooit wet geworden is.¹⁶⁴ De cao tracht de verschillen in loon tussen mannen en vrouwen aan te pakken en voorziet in bescherming wanneer een loondiscriminatieklacht wordt neergelegd.¹⁶⁵ Toen drie jaar later de Wet Gelijke Man-Vrouw werd aangenomen, was deze duidelijk geïnspireerd op de cao.¹⁶⁶ Daarnaast is er cao nr. 95, waarmee de sociale partners zich ertoe verbinden de gelijke behandeling en non-discriminatie op vlak van verschillende criteria te respecteren en te bevorderen.¹⁶⁷

¹⁵⁶ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007, 29016.

¹⁵⁷ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen, *BS* 30 mei 2007, 29031.

¹⁵⁸ Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 8 augustus 1981, 9928 ; B. RENAULD, "Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations" in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (8) 13.

¹⁵⁹ B. RENAULD, "Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations" in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (8) 15.

¹⁶⁰ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, "Discriminatie wetgeving Revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie" in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 119.

¹⁶¹ B. RENAULD, "Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations" in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (8) 16 e.v.

¹⁶² Decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, *BS* 26 juli 2002, 33262.

¹⁶³ Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *BS* 23 september 2008, 49410.

¹⁶⁴ P. HUMBLET, "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen: een *status quaestionis*" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (121) 124.

¹⁶⁵ CAO nr. 25 van 15 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *P.B.L.* 19 februari 1975, afl.45, 19; P. HUMBLET, "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen: een *status quaestionis*" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (121) 124.

¹⁶⁶ P. HUMBLET, "Gelijke behandeling van mannen en vrouwen: een *status quaestionis*" in D. CUYPERS (ed.), *Gelijkheid in het arbeidsrecht. Gelijkheid zonder grenzen?*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (121) 124.

¹⁶⁷ Collectieve arbeidsovereenkomst NAR nr. 95 van 10 oktober 2008 betreffende de gelijke behandeling gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie, *BS* 4 februari 2009, 7743; L. VERMEULEN, *Discriminatie in arbeidsrelaties*, Brussel, Larcier, 2015, 12.

Hoofdstuk II. DISCRIMINATIETOETS

AFDELING I. DE TOEPASSING VAN HET DISCRIMINATIEVERBOD IN DE PRAKTIJK

68. Eerder werd besproken hoe het verbod op discriminatie door verschillende juridische instrumenten is beschermd (zie *supra*). In dit deel zal onderzocht worden hoe dit verbod inzake (geslachts-)discriminatie in de praktijk toegepast wordt, om vervolgens na te gaan of er in het geval van het geboorteverlof sprake is van discriminatie. Dit stuk zal zich focussen op de toepassing van de discriminatietoets door het EHRM en het Hof van Justitie (HvJ), aangezien deze twee hoven zich al uitgesproken hebben over de ongelijkheid in het bevallings- en geboorteverlof. De toepassing van de Belgische discriminatiewetten wordt kort vermeld. Het Grondwettelijk Hof heeft zich nog niet uitgesproken over de ongelijkheid in het bevallings- en geboorteverlof, verder komt het Grondwettelijk Hof dan ook niet meer aan bod.
69. Allereerst is het belangrijk om het onderscheid te maken tussen directe en indirecte discriminatie. Dit verschil is geleidelijk gegroeid door rechtspraak en wetgeving.¹⁶⁸ De definitie van discriminatie in artikel 14 EVRM bijvoorbeeld, maakt geen verschil tussen de directe en indirecte discriminatie gezien zijn bewoording, maar werd later verder ontwikkeld door het EHRM.¹⁶⁹ Ook in de EU werd het concept vanuit de rechtspraak ontwikkeld. Tegenwoordige bevat Richtlijn 2006/54 volgende definities, die men overigens ook terugvindt in de Belgische discriminatiewetten¹⁷⁰:
- directe discriminatie vindt plaats “*wanneer iemand op grond van geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld*”;
 - indirecte discriminatie wordt omschreven als “*wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt*”.¹⁷¹

¹⁶⁸ D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 187.

¹⁶⁹ *Ibid.*, 190.

¹⁷⁰ Art. 5, 6° en 8° Genderwet; art. 7 en 9 Antidiscriminatiewet; B. RENAULD, “Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations” in P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (8) 23.

¹⁷¹ Art. 2.1 a) en b) Richtl. nr. 2006/54/EG, 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *Pb.L.* 27 juli 2006, afl. 204, 23; R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 319.

70. Voor de huidige discriminatietoets zal de focus op directe discriminatie liggen, aangezien de wetgeving rond het moederschap- en geboorteverlof geenszins neutraal poogt te zijn. Ze zijn expliciet van toepassing op moeders enerzijds en de vader of partner van de moeder anderzijds.
71. Een ander belangrijk element in de toepassing van discriminatierecht is de nood aan een comparator. Voor het EHRM is dit geen absolute vereiste en wordt dit niet op constante wijze toegepast. Het Hof van Justitie doet dit echter wel.¹⁷² Dit houdt in dat de benadeelde persoon moet aantonen dat hij *‘minder gunstig behandeld is, is geweest of zou geweest zijn in vergelijking met een andere persoon in een vergelijkbare situatie.’*¹⁷³ Daarna moet gekeken worden of deze persoon minder gunstig behandeld is, is geweest of zou geweest zijn om een van de verboden gronden die in de richtlijnen of de discriminatiewetten opgesomd staan – in het kader van dit onderzoek geslacht. Sommigen stellen deze nood aan een comparator in vraag. Zij menen dat de ongunstige behandeling in sommige gevallen duidelijk gebaseerd is op een verdacht kenmerk en dat een vergelijking met een comparator in zo’n gevallen de vaststelling van de discriminatie bemoeilijkt.¹⁷⁴
72. Wanneer een verschil in behandeling is vastgesteld, leidt dit niet automatisch tot discriminatie. Sommige rechtbanken laten een rechtvaardigingsgrond voor de directe discriminatie toe, anderen aanvaarden dit enkel voor indirecte discriminatie.
73. Het EVRM maakt in zijn artikel 14 geen onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie. Het verschil is volledig vanuit de rechtspraak ontstaan en het Hof heeft bij beide vormen van discriminatie rechtvaardigingsgronden toegelaten.¹⁷⁵ Dit wil niet zeggen dat de rechtvaardigingsgrond altijd zal toegestaan worden. Het Hof beschouwt bepaalde discriminatiegronden, zoals geslacht, als ‘hoogst verdacht’ en vereist ‘zeer zwaarwegende redenen’ voordat het een rechtvaardiging aanvaardt.¹⁷⁶
74. In het EU-recht is een rechtvaardigingsgrond voor directe discriminatie in het algemeen niet toegelaten. Slechts in enkele gevallen laat een richtlijn een uitzondering toe, namelijk in het geval

¹⁷² D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 190.

¹⁷³ *Ibid.*, 205.

¹⁷⁴ *Ibid.*, 207.

¹⁷⁵ EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, D.H. and others/Tsjechië, §44; D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 272.

¹⁷⁶ D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 273.

van discriminatie op basis van leeftijd¹⁷⁷ en in de Richtlijn 2004/113, die de gelijke toegang van mannen en vrouwen tot goederen en diensten regelt.¹⁷⁸ Een belangrijke kanttekening is dat discriminatie alleen ingeroepen kan worden volgens het toepassingsgebied van de richtlijnen. Indien een discriminatie niet binnen dit toepassingsgebied valt, kan men het algemene discriminatiebeginsel van de Europese Unie inroepen. Ook dit is echter beperkt. Het kan enkel ingeroepen worden wanneer er een link is met het Unierecht¹⁷⁹ en er kunnen geen discriminatiegronden ingeroepen worden die niet in de richtlijnen vervat zijn.¹⁸⁰ Daarnaast heeft het Hof van Justitie het algemene discriminatiebeginsel (nog) geen horizontale werking toegekend, het kan dus alleen ingeroepen worden ten aanzien van nationale wetgeving.¹⁸¹

75. Hoewel de Belgische antidiscriminatiewetten een omzetting van bovenvermelde richtlijnen zijn, hebben ze een ruimer materieel en personeel toepassingsgebied.¹⁸² Toch kunnen er zich situaties voordoen wanneer deze niet van toepassing zijn en het algemeen gelijkheidsbeginsel ingeroepen moet worden. Het Grondwettelijk Hof heeft daartegenover een andere houding aangenomen dan het Europees Hof van Justitie en dicht het algemeen gelijkheidsbeginsel wel een horizontale werking toe. Meer specifiek meent het Hof dat *‘elke ongelijke behandeling in de verhoudingen tussen burgers waarvoor geen verantwoording kan worden gegeven’* een discriminatie uitmaakt.¹⁸³ Daarbij is er één belangrijke begrenzing. Het Hof vereist namelijk dat de discriminatie werd uitgevoerd door iemand die zich in een machtspositie bevindt.¹⁸⁴ Zo behoudt

¹⁷⁷ Art. 6(1) Richtlijn nr. 2000/78/EG, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pb.L.* 2 december 2000, afl. 303, 16.

¹⁷⁸ Art. 4.5 en art. 5.2 Richtl. nr. 2004/113/EG, 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *Pb.L.* 21 december 2004, afl. 373, 37.

¹⁷⁹ Concl.Adv.Gen. JÄÄSKINEN 17 juli 2014, nr. C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2106, Kaltoft/Billund Kommune, 22; M. SPINOY en S. SOTTIAUX, “Discriminatiewetgeving revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)” in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 122.

¹⁸⁰ Concl.Adv.Gen. JÄÄSKINEN 17 juli 2014, nr. C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2106, Kaltoft/Billund Kommune, 24; HvJ 18 december 2014, nr. C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463, Kaltoft/Billund Kommune, §36; M. SPINOY en S. SOTTIAUX, “Discriminatiewetgeving revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)” in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 122.

¹⁸¹ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, “Discriminatiewetgeving revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)” in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 122.

¹⁸² Wetsontwerp ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *Parl.St.* Kamer, 2006-2007, nr. 2721/001; M. SPINOY en S. SOTTIAUX, “Discriminatiewetgeving revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)” in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 119.

¹⁸³ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.7; M. SPINOY en S. SOTTIAUX, “Discriminatiewetgeving revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)” in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 120.

¹⁸⁴ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, “Discriminatiewetgeving revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)” in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 120.

het de doelstelling van het discriminatieverbod, namelijk de gelijke toegang bewaren tot arbeid, wonen, onderwijs en zorg.¹⁸⁵

76. In het geval van het moederschaps- en geboorteverlof is er echter geen sprake van een discriminatie tussen particulieren, omdat het een ongelijkheid betreft die in de wetgeving vervat zit. De discriminatietoets spitst zich in dit onderzoek dus toe op de verticale werking van het discriminatieverbod, aangezien het een ongelijkheid betreft die door de staat is gecreëerd.

AFDELING II. IS DE ONGELIJKHEID IN HET GEBOORTEVERLOF DISCRIMINATIE?

77. In het geval van het geboorteverlof is er een minder gunstige behandeling voor de kersverse vader of de partner van de moeder. De moeder kan in totaal tot 15 weken thuisblijven, terwijl de vader of partner van de moeder slechts tien dagen krijgt (zie *supra*). Maar zou de vader of de partner van de moeder kunnen claimen dat dit discriminatie is? En zou dit er ook toe kunnen leiden dat staten hun beleid inzake geboorteverlof moeten aanpassen?

§1. Het Europees Hof van Justitie

78. Een discriminatietoets kan soms minder gemakkelijk uitgevoerd worden dan het lijkt. De Aristotelische definitie van gelijkheid (gelijke situaties moeten gelijk behandeld worden en ongelijke situaties moeten ongelijk behandeld worden) kan tot toepassingsproblemen leiden, want wat zijn gelijke situaties?¹⁸⁶ Ook het gebruik van een comparator kan problemen opleveren. Deze comparator hoort genderneutraal te zijn, maar is volgens sommigen de standaard van een (blanke) man.¹⁸⁷ Bovendien stelt zich in verband met moederschap de vraag welke comparator je kan gebruiken om een zwangere vrouw mee te vergelijken.¹⁸⁸ Een mannelijke variant van zwangerschap bestaat nu eenmaal niet (ook al probeerden sommigen de vergelijking te maken met een ‘zieke man’¹⁸⁹). Het Europees Hof van Justitie oordeelde inzake zwangerschapsdiscriminatie al redelijk snel dat een comparator niet nodig was, door te bepalen

¹⁸⁵ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, “Discriminatiewetgeving revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)” in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 120.

¹⁸⁶ D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 205.

¹⁸⁷ D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 206; E. CARACCILO DI TORELLA, en A. MASSELOT, “Pregnancy, maternity and the organization of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice”, *European Law Review* 2001, afl. 3, (239) 242.

¹⁸⁸ D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 206.

¹⁸⁹ *Ibid*, 216.

dat zwangerschap eigen was aan vrouwen en enige discriminatie daartegen noodzakelijk directe discriminatie was (zie *supra*).¹⁹⁰ Deze kwalificatie bleef niet zonder kritiek.¹⁹¹

79. Het Europees Hof van Justitie heeft zich al verschillende malen uitgesproken over ongelijkheden in het geboorteverlof en, meer algemeen, over de zorgende rollen in gezinnen. Het Hof sprak zich voor het eerst uit over deze vraag in de zaak Hofmann.¹⁹² De heer Hofmann had samen met zijn partner besloten dat hij na het zwangerschapsverlof thuis zou blijven om voor hun pasgeborene te zorgen. Op die manier moest zijn partner geen te lange werkonderbreking opnemen, een onderbreking die haar carrière als beginnende leerkracht zou kunnen schaden. De heer Hofmann nam in overeenkomst met zijn werkgever een verlofperiode op en diende vervolgens een aanvraag in tot ‘Mutterschaftsgeld’. Deze uitkering werd hem door de Barmer Ersatzkasse echter geweigerd, waarop de heer Hofmann tegen deze beslissing in beroep ging. Hij meende dat de gelijke behandelingsrichtlijn vrouwen enkel voor en na de bevalling beschermde. Elk bijkomend verlof was volgens hem bedoeld om voor het kind te zorgen, waardoor ook mannen hiervan gebruik zouden moeten kunnen maken.¹⁹³ Het Landessozialgericht Hamburg stelde daarop een prejudiciële vraag aan het Europese Hof van Justitie. De rechtbank wilde meer precies weten of het feit dat het aanvullend moederschapsverlof enkel door moeders opgenomen kon worden, een schending was van de richtlijn 76/207/EEG.¹⁹⁴ De Europese Commissie voegde zich in zijn opmerkingen bij het standpunt van de vader.¹⁹⁵
80. Het Hof antwoordde echter negatief op de vraag. Volgens het Hof doorstaan de bepalingen van de richtlijn inzake zwangerschaps- en moederschapsverlof de gelijkheidstoets. Ze hebben een tweërlei bescherming van de vrouw tot doel, die door het Hof als volgt wordt omschreven: *‘Enerzijds heeft men de bescherming van de biologische gesteldheid der vrouw tijdens en na de zwangerschap willen verzekeren tot op het ogenblik waarop haar fysiologische en psychische functies zich van de bevalling hebben hersteld, anderzijds heeft men de bijzondere relatie tussen moeder en kind willen beschermen en verstoring van die relatie door cumulatie van lasten als*

¹⁹⁰ HvJ 8 november 1990, nr. C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383, Dekker/VJV-Centrum.

¹⁹¹ Zie voor verdere uitwijding E. CARACCILO DI TORELLA, en A. MASSELOT, “Pregnancy, maternity and the organization of family life: an attempt to classify the case law of the Court of Justice”, *European Law Review* 2001, afl. 3, (239) 241-243; S. HONEYBALL, “Pregnancy and Sex Discrimination”, *Industrial Law Journal* 2000, afl. 1, 43-52; R. WINTEMUTE, “When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?”, *Industrial Law Journal* 1998, afl. 1, 23-36.

¹⁹² HvJ 12 juli 1984, nr. C-184/83, ECLI:EU:C:1984:273, Hofmann/Barmer Ersatzkasse.

¹⁹³ E. CARACCILO DI TORELLA, “Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union”, *European Law Journal* 2014, afl. 1, (88) 96.

¹⁹⁴ Concl. Adv. Gen. DARMON 27 juni 1984, nr. 184/83, ECLI:EU:C:1984:231, §3.

¹⁹⁵ R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 333.

*gevolg van gelijktijdige beroepsuitoefening willen voorkomen.*¹⁹⁶ Volgens het Hof had de richtlijn niet tot doel om vragen van gezinsstructuur te regelen en de taakverdeling tussen partners te wijzigen.¹⁹⁷

81. Het valt niet te ontkennen dat een zwangerschap van negen maanden zijn tol eist en een fysieke herstelperiode nodig is. Algemeen wordt aangenomen dat een vrouw zes à acht weken nodig heeft om te herstellen.¹⁹⁸ Het moederschapverlof overschrijdt echter deze periode, volgens het Hof om de band tussen moeder en kind te beschermen. Het laat echter na te vermelden waarom de band tussen vader en kind niet dezelfde bescherming zou moeten genieten.¹⁹⁹
82. Bij deze rechtspraak worden meer en meer vragen gesteld, onder andere door juridische experts inzake werkgelegenheid en sociale zaken die voor de Europese Commissie een onderzoek deden naar zwangerschap, moederschap, ouderschaps- en geboorteverlof. Zij menen dat het geheel aan maatregelen genomen door onder andere de Europese Unie, aantoonde dat de maatschappij veranderd op vlak van de verantwoordelijkheid van vaders. Dit ontnemt, volgens hen, de rechtspraak gevestigd in de zaak Hofmann zijn legitimiteit.²⁰⁰
83. Het Hof zelf lijkt het daar niet mee eens te zijn. Het Hof herhaalde de gevestigde rechtspraak in de zaak Roca Álvarez.²⁰¹ *In casu* vroeg een man de mogelijkheid aan om gebruikt te mogen maken van in het Spaanse recht voorziene ‘borstvoedingsverlof’. Dit verlof werd in de praktijk niet alleen opgenomen door moeders die borstvoeding gaven, maar ook door moeders die de fles gaven. Het was dus mettertijd geëvolueerd naar een verlof met als voornaamste doel het zorgen voor het kind. Dit recht was voor werkneemsters voorzien, maar hun partners hadden een afgeleid recht op dit verlof. Doordat zijn partner als zelfstandige geen recht had op het borstvoedingsverlof, kon de heer Roca Álvarez ook geen aanspraak maken op dit afgeleide recht. Hij beweerde dat dit

¹⁹⁶ HvJ 12 juli 1984, nr. C-184/83, ECLI:EU:C:1984:273, Hofmann/Barmer Ersatzkasse, §25.

¹⁹⁷ *Ibid.*, §24.

¹⁹⁸ P. FOUBERT, “Zwangerschaps- en bevallingsverlof: zegen of vloek?” in E. BREMS en L. STEVENS, *Recht en gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (199) 217; Report of a Technical Working Group. Postpartum Care of the Mother and Newborn: a practical guide, *UN Doc. WHO/RHT/MSM/98.3* (1998), 2.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ S. DE GROOF, *Arbeidstijd en vrije tijd in het arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance*, Brugge, Die Keure, 2017, 283; S. PRECHAL, A. MASSELOT, S. BURRI, C. VAN DEN BERG, G. DE GRAAFF en I. VAN SEGGELEN, *Report on Pregnancy, Maternity, Parental and Paternity Rights*, Commission’s Network of legal experts in the fields of employment, social affairs and equality between men and women, 2006, 10.

²⁰¹ HvJ 30 september 2010, nr. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561, Roca Álvarez/Sesa Start España ETT SA.

discriminatie was, waarop het Tribunal Superior de Justicia de Galicia een prejudiciële vraag stelde aan het Europees Hof van Justitie.²⁰²

84. Het Hof meende dat, aangezien het verlof vooral diende om ouders toe te laten voor hun kind te zorgen, het een maatregel was om gezins- en beroepsleven na het moederschapsverlof met elkaar in overeenstemming te brengen.²⁰³ Het Hof volgde de positie van de advocaat-generaal, die in haar conclusie stelde dat *in casu* ‘kan het feit dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verlof aan in loondienst werkzame vaders wordt geweigerd op de enkele grond dat de moeder van het kind niet in loondienst werkzaam is, ertoe leiden dat een vrouw als de moeder van Roca Álvarez’ kind, die zelfstandige is, zich ertoe verplicht ziet, haar beroepsactiviteit te beperken en de aan de geboorte van haar kind verbonden belasting in haar eentje te dragen, zonder dat zij op hulp van de vader kan rekenen.’²⁰⁴ Om die reden is het volgens het Hof discriminatoir dat mannen dit verlof niet onder dezelfde voorwaarden kunnen opnemen als moeders.²⁰⁵ Het Hof lijkt hiermee een opening te laten voor verandering, maar stelt vervolgens expliciet dat deze situatie zich onderscheidt van deze in de zaak Hofmann, doordat het moederschapsverlof toen enkel en alleen voorzien was voor moeders.²⁰⁶ Het legt niet uit waarom mannen in het ene geval wel en in het andere geval niet de zorgende rol voor het kind op zich zouden mogen nemen, zelfs als ze dit zelf zouden willen.
85. In een andere Spaanse zaak bevestigde het Hof opnieuw de rechtspraak gevestigd in de zaak Hofmann.²⁰⁷ De heer Betriu Montull wou de tien resterende weken moederschapsverlof opnemen, nadat zijn partner reeds de zes weken verlof had opgenomen die verplicht zijn na de bevalling. Vaders konden volgens het Spaanse recht deze tien weken opnemen met toestemming van de moeder en indien beide ouders in loondienst waren. Dit was echter niet het geval, aangezien de moeder als zelfstandige werkzaam was. Volgens Advocaat-Generaal WATHELET was de situatie

²⁰² P. FOUBERT en A. MAES, “Nieuwe uitdagingen voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeidsrelatie” in S. VAN DROOGHENBROECK, F. DORSSEMONT en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Brugge, Die Keure, 2016, (419) 430.

²⁰³ HvJ 30 september 2010, nr. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561, Roca Álvarez/Sesa Start España ETT SA, §28; P. FOUBERT en A. MAES, “Nieuwe uitdagingen voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeidsrelatie” in S. VAN DROOGHENBROECK, F. DORSSEMONT en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Brugge, Die Keure, 2016, (419) 430.

²⁰⁴ HvJ 30 september 2010, nr. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561, Roca Álvarez/Sesa Start España ETT SA, §37; R. BLANPAIN, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 380.

²⁰⁵ HvJ 30 september 2010, nr. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561, Roca Álvarez/Sesa Start España ETT SA, §39; P. FOUBERT en A. MAES, “Nieuwe uitdagingen voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeidsrelatie” in S. VAN DROOGHENBROECK, F. DORSSEMONT en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Brugge, Die Keure, 2016, (419) 430.

²⁰⁶ HvJ 30 september 2010, nr. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561, Roca Álvarez/Sesa Start España ETT SA, §30.

²⁰⁷ HvJ 19 september 2013, nr. C-5/12, ECLI:EU:C:2013:571, Betriu Montull/INSS.

gelijk aan de deze in Roca Álvarez, omdat hij meende, in tegenstelling tot wat het Instituto Nacional de la Seguridad Social beweerde, dat het verlof gelinkt was aan de zorg voor het kind en niet aan de bescherming van de moeder na zwangerschap.²⁰⁸ De Spaanse regeling bracht volgens de Advocaat-Generaal dan ook een ongelijke behandeling teweeg, omdat het de traditionele rolverdeling bevestigde en vaders in een ondergeschikte rol duwde bij de uitoefening van ouderschap.²⁰⁹

86. Het Hof heeft deze redenering echter niet gevolgd en verklaarde dat de maatregel *in casu* toch enkel bedoeld was om de biologische gesteldheid van de moeder na de zwangerschap te beschermen.²¹⁰ Daarmee sloot het Hof definitief de opening gecreëerd door de zaak Roca Álvarez. Het is betreurenswaardig dat het Hof hierbij het argument aangehaald door het Instituto Nacional de la Seguridad Social blindelings volgde en niet naging of moeders in de praktijk nood hebben aan deze bijkomende fysieke herstelperiode.
87. Sommigen hekelen de stereotypes en de traditionele rollenverdeling die door deze rechtspraak (her)bevestigd worden.²¹¹ Ondanks dat het Hof in de zaak Roca Álvarez deze stereotypes nog erkende en tegenging, is deze zaak een uitzondering. De stevige bescherming die het Hof van Justitie heeft uitgebouwd voor zwangere vrouwen tegen discriminatie (zie *supra*), is net datgene wat hun vooruitgang tegenhoudt. Vrouwen worden door deze rechtspraak, volgens FOUBERT en IMAMOVIĆ, opnieuw en opnieuw in de rol van verzorger geplaatst.²¹² De focus ligt te veel op bescherming, een probleem dat volgens FOUBERT al bij de Zwangerschapsrichtlijn zelf begint.²¹³ Over de rol van de vader zeggen de Richtlijn en het Hof zo goed als niets, waarmee ze impliciet zijn rol als kostwinner vast beitelten.²¹⁴ MCGLYNN omschrijft dit fenomeen als zijnde

²⁰⁸ Concl.Adv.Gen. WATHELET 11 april 2013, nr. C-5/12, ECLI:EU:C:2013:230, Betriu Montull/INSS, §73; P. FOUBERT en A. MAES, “Nieuwe uitdagingen voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeidsrelatie” in S. VAN DROOGHENBROECK, F. DORSSEMONT en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Brugge, Die Keure, 2016, (419) 430.

²⁰⁹ Concl.Adv.Gen. WATHELET 11 april 2013, nr. C-5/12, ECLI:EU:C:2013:230, Betriu Montull/INSS, §76.

²¹⁰ HvJ 19 september 2013, nr. C-5/12, ECLI:EU:C:2013:571, Betriu Montull/INSS, §63.

²¹¹ P. FOUBERT en Š. IMAMOVIĆ, “The pregnant workers directive: must do better: lessons to be learned from Strasbourg?”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2015, afl. 3, (309) 311; C. MCGLYNN, “Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law”, *European Law Journal* 2000, afl. 1, (29) 1; E. CARACCILO DI TORELLA, “Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union”, *European Law Journal* 2014, afl. 1, (88) 96.

²¹² P. FOUBERT en Š. IMAMOVIĆ, “The pregnant workers directive: must do better: lessons to be learned from Strasbourg?”, *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2015, afl. 3, (309) 311.

²¹³ P. FOUBERT, “Zwangerschaps- en bevallingsverlof: zegen of vloek?” in E. BREMS en L. STEVENS, *Recht en gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (199) 207.

²¹⁴ E. CARACCILO DI TORELLA, “Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union”, *European Law Journal* 2014, afl. 1, (88) 96.

de ‘*dominant ideology of motherhood*’.²¹⁵ Dit is het idee dat ‘*all women need to be mothers, that all mothers need their children and that all children need their mothers*’.²¹⁶ Dit leidt er volgens haar toe dat de band moeder-kind boven alles staat en als onmisbaar wordt gezien voor het welzijn van het kind, waardoor het zorgen voor haar kinderen haar belangrijkste taak is.²¹⁷ MCGLYNN argumenteert dat (elementen van) deze ideeën duidelijk naar voor komen in de rechtspraak gevestigd in de zaak Hofmann.²¹⁸

§2. Europees Hof voor de Rechten van de Mens

88. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft zich ook al verschillende keren uitgesproken over discriminatie en gelijke behandeling. Het Hof herhaalde al verschillende malen dat gendergelijkheid een van de belangrijkste doelen van de lidstaten is. Alleen ernstige redenen rechtvaardigen daarom een afwijking van het beginsel van gelijke behandeling.²¹⁹ Volgens PASTRE-BELDA zweeft het EHRM tussen twee verschillende benaderingen in gelijke behandelingszaken. Enerzijds volgt het Hof een liberale feministische aanpak, volgens dewelke mensenrechten neutraal zijn en de situatie van mannen en vrouwen dezelfde is. Anderzijds kiest het Hof voor een feministisch-culturele aanpak, waarbij net gewezen wordt op de verschillen tussen mannen en vrouwen. Mensenrechten moeten daarop inspelen, ze moeten getransformeerd worden.²²⁰ Hoe dan ook, de aanpak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verschilt van deze van het Europees Hof voor Justitie en houdt een andere visie aan op vlak van geboorteverlof.
89. Een noemenswaardige zaak op dit vlak is de zaak Konstantin Markin.²²¹ De heer Markin werkte in het Russische leger en wou het geboorteverlof opnemen van de moeder van zijn kind. Dit werd hem echter geweigerd, omdat dit verlof alleen voor vrouwen voorzien was. Hij vond dit discriminerend en kreeg van het EHRM gelijk. Het argument van het Russische Grondwettelijk Hof dat dit verschil gerechtvaardigd was vanwege de speciale sociale rol van moeders, veegde het Hof van tafel. Het Hof erkende hierbij expliciet dat ‘*in so far as parental leave and parental*

²¹⁵ C. MCGLYNN, “Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law”, *European Law Journal* 2000, afl. 1, (29) 31.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*, 36.

²¹⁹ Zie onder andere EHRM 25 mei 1985, nr. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk, §78 en recent nog in EHRM 2 februari 2016, nr. 7186/09, di Trizio/Zwitserland; B. PASTRE-BELDA, “La femme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *RTDH* 2017, afl. 110, (265) 283.

²²⁰ B. PASTRE-BELDA, “La femme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *RTDH* 2017, afl. 110, (265) 283.

²²¹ EHRM 22 maart 2012, nr. 30078/06, Konstantin Markin/Rusland.

*leave allowances are concerned, men are in an analogous situation to women.*²²² Het Hof zei verder dat het de erkenning van de zorgende rol van mannen niet langer over het hoofd kon zien.²²³ De veranderende visie van de maatschappij op het vlak van gendergelijkheid speelde dus een doorslaggevende rol in dit arrest. Het was niet de eerste keer dat het Hof dit argument gebruikte om de positie van vrouwen te verbeteren. Het werd namelijk ook ingeroepen in het arrest Ünal Tekeli, waarbij een Turkse vrouw de haar opgelegde verplichting om de achternaam van haar echtgenoot aan te nemen, aanvocht.²²⁴

90. Met het arrest Markin week het Hof expliciet af van zijn rechtspraak in de zaak Petrovic. Toen vond het Hof dat de Oostenrijkse staat niet-discriminatoir handelde toen deze weigerde een vaderschapstoelage toe te kennen aan een vader die graag het geboorteverlof wou opnemen van de moeder. Het Hof meende toen nog dat er een gebrek was aan consensus in de lidstaten.²²⁵
91. Later bevestigde het Hof de doctrine gecreëerd door de zaak Markin in de zaak Hulea v. Roemenië.²²⁶ De heer Hulea bevond zich in een situatie gelijkaardig aan die van de heer Markin, aangezien ook hij een militair was die zijn geboorteverlof geweigerd zag omdat dit alleen voor vrouwen werd voorzien. In een andere zaak tegen Roemenië oordeelde het Hof echter anders. Het land voorzag een regeling voor vrouwen om hun celstraf uit te stellen totdat hun kind één jaar oud was en indien er speciale omstandigheden aanwezig waren.²²⁷ In de zaak Alexandru Enache wou een man van dezelfde regeling gebruik maken, maar werd zijn aanvraag geweigerd. Volgens hem was het feit dat deze regeling enkel voor vrouwen bestond, discriminerend.
92. Het Hof ontkende niet dat er *in casu* een verschil in behandeling was en meende dat de rechtspraak van het arrest Markin ook van toepassing was op moeders en vaders in de gevangenis. De Roemeense maatregel was, vanwege zijn toepassing tot de eerste verjaardag van het kind, duidelijk niet alleen bedoeld om de moeder te laten herstellen van de zwangerschap en de bevalling. De regering gaf zelf toe dat de maatregel aangenomen was in het belang van het kind.²²⁸

²²² *Ibid.*, §132; B. PASTRE-BELDA, “La femme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *RTDH* 2017, afl. 110, (265) 284.

²²³ *Ibid.*, §140.

²²⁴ EHRM 16 november 2004, nr. 29865/96, Ünal Tekeli/Turkije, §62; B. PASTRE-BELDA, “La femme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *RTDH* 2017, afl. 110, (265) 284.

²²⁵ EHRM 27 maart 1998, nr. 20458/92, Petrovic/Oostenrijk, §42; X, “Judgement in the case of Petrovic v. Austria”, *The International Journal of Human Rights*, 1998, afl. 2, (122) 123.

²²⁶ EHRM 2 oktober 2012, nr. 33411/05, Hulea/Roemenië.

²²⁷ EHRM 3 oktober 2017, nr. 16986/12, Alexandru Enache/Roemenië.

²²⁸ *Ibid.*, §68.

93. De vraag bleef dan of het verschil in behandeling ook objectief en redelijk gerechtvaardigd was. Het Hof meende van wel en aanvaardde de argumentering van de Roemeense regering. Deze stelde dat moederschap in de gevangenis een aantal specifieke elementen met zich meebracht waar de regering via beschermingsmaatregelen rekening mee hield. Om dit argument kracht bij te zetten, haalt het Hof artikel 4 §2 CEDAW aan. Dit artikel stelt dat maatregelen die gericht zijn op de bescherming van het moederschap, niet als discriminerend worden beschouwd. Volgens het Hof bestaat er een proportionele verhouding tussen de genomen maatregelen en het legitiem nagestreefde doel.²²⁹
94. Dit arrest roept enkele vraagtekens op. Het Hof stelde dat moederschap beschermd moet worden, maar wat dan met het vaderschap? Hebben vaders geen recht op bescherming om bij hun kinderen te zijn, zoals het Hof in eerdere rechtspraak wel reeds stelde? ONDER haalt aan dat het Hof niet erg diepgaand argumenteert waarom deze rechtspraak zou moeten afwijken van de eerdere rechtspraak gevestigd in Markin.²³⁰ De Roemeense regering haalde in Alexandre Enache hetzelfde argument aan als de Russische regering in Markin, een argument dat toen van tafel werd geveegd. Het Hof lijkt zichzelf nu tevreden te stellen met het argument van de Roemeense overheid, dat niet ‘manifest zonder redelijke grond’ of ‘onredelijk’ was.²³¹
95. Daarnaast haalt het Hof onder andere aan dat het belang van het kind altijd moet primeren²³², maar baat een kind er dan niet bij dat ook zijn vader aanwezig is? Eerder in dit onderzoek werd al gewezen op de mogelijke positieve effecten van meer betrokken vaders (zie *supra*).
96. Het Hof wijst er ook op dat dit recht niet absoluut is. Nadat vrouwen in gelijkaardige gevallen als de heer Enachu een aanvraag indienden, werden deze vaak afgewezen omdat ze niet aan de voorwaarden voldeden. Dit verandert echter niets aan het feit dat de mogelijkheid om het recht aan te vragen niet openstaat voor mannen.
97. Het Hof beroept zich op een aantal internationale instrumenten om zijn argumenten kracht bij te zetten, maar deze overtuigen niet. Het Hof verwijst bijvoorbeeld naar artikel 4 van het CEDAW. Bij nadere beschouwing blijkt dit artikel van toepassing op biologische verschillen, zoals zwangerschap, bevalling, postnatale fysiologische kenmerken en het geven van borstvoeding,

²²⁹ *Ibid.*, §77.

²³⁰ B. ONDER, “Difference in Treatment on the Ground of Sex Arising from Penal Policy Issues: Alexandru Enache v. Romania”, *The Strasbourg Observers* 2017, <https://strasbourgothers.com/2017/11/07/difference-in-treatment-on-the-ground-of-sex-arising-from-penal-policy-issues-alexandru-enache-v-romania/#more-4013>.

²³¹ *Ibid.*

²³² EHRM 3 oktober 2017, nr. 16986/12, Alexandru Enache/Roemenië, §71.

terwijl de maatregel in de zaak Enache diende om moederschap te beschermen.²³³ Bovendien heeft het Committee on the Elimination of Discrimination against Women (dat instaat voor de naleving van het Verdrag, zie *supra*) ook al gewaarschuwd voor het stereotyperen van vrouwen als huisvrouwen en verzorgers.²³⁴ In dat opzicht moet het artikel 4 samen gelezen worden met artikel 5 CEDAW, dat Staten aanmoedigt maatregelen te nemen om de stereotype rollen van vrouwen en mannen tegen te gaan (zie *infra*).²³⁵ Artikel 4 laat uitzonderlijk wel maatregelen toe die moederschap beschermen, maar vooral met het zicht op de verbetering van vrouwen hun positie inzake werkgelegenheid.²³⁶

98. Het Hof haalt ook aan dat zwangere vrouwen en moeders in detentie door bepaalde Europese en internationale instrumenten extra bescherming krijgen, zoals door de Bangkok Rules.²³⁷ Deze bevatten enkele specifieke regels voor moeders in detentie, waaronder de aanbeveling dat vrouwen met kinderen een redelijk uitstel van hun straf krijgen. Niets belet echter dat ook mannen hiervan zouden gebruik kunnen maken.
99. Het arrest werd gewezen met een meerderheid van 5 rechters voor de beslissing en 2 rechters tegen. In hun *dissenting opinion* verwezen de rechters tegen de beslissing naar de vroegere rechtspraak van het Hof, waarin vaak de veranderende tijdsgeest op het vlak van gezinsverantwoordelijkheden werd aangehaald. Deze rechtspraak liet alleen ernstige redenen toe om afwijkingen van de gelijke verdeling toe te laten. Volgens de afwijkende rechters waren de redenen *in casu* echter niet voldoende ernstig. Ook ONDER meent dat het Hof een wijde appreciatiemarge aan de staten laat.²³⁸
100. Er is dus in de rechtspraak geen eenduidig antwoord op de vraag of de ongelijkheid in het geboorteverlof discriminatie is. Het Europees Hof van Justitie meent (in het algemeen) van niet, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt (in het algemeen) te menen van wel, maar legt staten hoe dan ook geen algemene verplichting op om geboorteverlof voor de vader te

²³³ General Recommendation No. 25, adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women at its 20th session (1999), §11; F. RADAY, “Article 4” in M.A. FREEMAN, C. CHINKIN en B. RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (123) 136.

²³⁴ F. RADAY, “Article 4” in M.A. FREEMAN, C. CHINKIN en B. RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (123) 138.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ EHRM 3 oktober 2017, nr. 16986/12, Alexandru Enache/Roemenië, §71; Resolutie 65/229 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (21 december 2010), *UN Doc. A/RES/65/229* (2011).

²³⁸ B. ONDER, “Difference in Treatment on the Ground of Sex Arising from Penal Policy Issues: Alexandru Enache v. Romania”, *The Strasbourg Observers* 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/11/07/difference-in-treatment-on-the-ground-of-sex-arising-from-penal-policy-issues-alexandru-enache-v-romania/#more-4013>.

voorzien. Er lijkt echter een valkuil te zijn waar beide hoven intrappen: het vereenzelvigen van bescherming van zwangerschap met de bescherming van moederschap. Dit zijn twee verschillende dingen. Bescherming van zwangerschap houdt rekening met de biologische realiteit dat vrouwen zwanger zijn, bevallen en vervolgens fysiek moeten herstellen. Bescherming van moederschap is het beschermen van de vrouw als moeder, als verzorger van het kind en belangrijkste opvoeder.²³⁹ Geen van beide hoven legt echter uit waarom deze rol ook niet voor vaders weggelegd zou zijn.

Hoofdstuk III. DE VERPLICHTING VAN DE WETGEVER

101. Volgens de huidige stand van de rechtspraak is er geen verplichting voor staten om een geboorteverlof te voorzien. Maar zou de wetgever via andere wegen verplicht zijn om een gelijk geboorteverlof voor beide ouders te voorzien? Dit deel onderzoekt allereerst welke positieve verplichtingen de wetgever heeft om ongelijkheid tegen te gaan. Daarbij wordt ingegaan op wat positieve verplichtingen zijn. Vervolgens wordt de stand van zaken in Europa en België onder de loep genomen. De focus ligt daarbij op maatregelen die specifiek de ongelijkheid in het geboorteverlof zouden kunnen aanpakken. In het tweede deel volgt een overzicht van juridische instrumenten die zich toespitsen op een gelijke verdeling van gezinsverantwoordelijkheden en het wijzigen van het traditionele rollenpatroon.

AFDELING I. POSITIEVE VERPLICHTINGEN

§1. Overzicht

102. Het is niet gecontesteerd dat er een recht is op gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen in de arbeidsrelatie en dat dit een sociaaleconomisch grondrecht is.²⁴⁰ Het wordt zelfs beschouwd als het sociaal grondrecht dat het meest afdwingbaar is, omdat het een duidelijke verplichting voor de wetgever bevat. Daardoor is het volgens sommigen een recht dat direct effect heeft.²⁴¹ Een vraag die zich stelt, is hoever de wetgever moet gaan in de toepassing van dit recht. Welke

²³⁹ C. MCGLYNN, "Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law", *European Law Journal* 2000, afl. 1, (29) 40; F. RADAY, "Article 4" in M.A. FREEMAN, C. CHINKIN en B. RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (123) 137.

²⁴⁰ P. FOUBERT en A. MAES, "Nieuwe uitdagingen voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeidsrelatie" in F. DORSSEMONT, S. van DROOGHENBROECK en G. van LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Brugge, Die Keure, 2016, (419) 421.

²⁴¹ *Ibid.*

verplichtingen heeft de wetgever in het bewerkstelligen van gelijkheid en het wegwerken van feitelijke ongelijkheden? Welk recht bestaat er op dat vlak?

103. Meer en meer groeide het besef dat het bestaande wetgevend kader niet ver genoeg ging. Ondanks het discriminatieverbod en de rechtsmiddelen die de handhaving van het discriminatieverbod garanderen, veranderde er institutioneel weinig. Openlijk discriminatoir gedrag verdween, maar ‘*maatschappelijke ordeningsprincipes of structuren die een systematische benadeling of uitsluiting van bepaalde groepen meebrengen*’ bleven bestaan.²⁴² Daarom pleit men meer en meer voor andere manieren om gelijkheid te bereiken.
104. Ook op de klachtenprocedures voor discriminatie ontstond kritiek. Deze procedures vereisen, zoals de naam aangeeft, een klacht. Het slachtoffer kan echter terughoudend zijn om een klacht in te dienen vanwege de lange en kostelijke gerechtelijke procedure. Ook moet het slachtoffer voldoende geïnformeerd zijn over de mogelijke procedures in geval van discriminatie. Niet iedereen heeft echter toegang tot de nodige informatie.²⁴³ Bovendien zijn de procedures *ad hoc* en hebben ze enkel gevolg voor de procespartijen. Ze brengen geen institutionele veranderingen op gang.²⁴⁴ Ze vereisen tot slot het duidelijk bewijs van een fout in hoofde van de dader, hoewel dit bewijs moeilijk aan te leveren is wanneer bovengenoemde onzichtbare maatschappelijke structuren meespelen.²⁴⁵
105. Ook REES bekritiseert het gelijke behandelingsrecht, omdat gelijke kansen niet voor gelijke uitkomsten zorgen.²⁴⁶ Volgens haar is het echter maar één van de mogelijke middelen om gelijkheid te bereiken. Een tweede middel is de zogenaamde positieve actie en positieve discriminatie (die zeker niet met elkaar verward mogen worden²⁴⁷). Dit mechanisme definieert men in het EU-recht als ‘*een proces om een dynamische, resultaatgerichte benadering in te voeren die groepsdimensies internaliseert in een evenzeer statisch en individueel formeel*

²⁴² S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, afl. 17, (690) 700.

²⁴³ *Ibid.*, 699.

²⁴⁴ S. FREDMAN, “Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation”, *Maastricht Journal of European and Equality Law* 2005, afl. 4, (369) 372; S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, afl. 17, (690) 699.

²⁴⁵ S. FREDMAN, “Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation”, *Maastricht Journal of European and Equality Law* 2005, afl. 4, (369) 372; S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, afl. 17, (690) 700.

²⁴⁶ T. REES, *Mainstreaming equality in the European Union. Education, Training and Labour Market Policies*, Londen, Routledge, 1998, 29.

²⁴⁷ M. DE VOS, “Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische arbeidsrecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (299) 303.

gelijkheidsmodel.²⁴⁸ De positieve actie erkent dat het deel uitmaken van een bepaalde groep wel degelijk de gelijke uitkomst beïnvloedt. Men zoekt uit welke barrières vrouwen ondervinden, om vervolgens mechanismes te zoeken die de deelname van vrouwen kunnen vergemakkelijken.²⁴⁹ De verantwoordelijkheid tot actie ligt dan niet bij het slachtoffer, maar bij de overheden. De extreemste vorm van positieve actie is de zogenaamde positieve discriminatie.²⁵⁰ Het doel van dit mechanisme is de participatie verhogen van de ondervertegenwoordigde groep. Meestal is deze maatregel tijdelijk, totdat een beter evenwicht in de vertegenwoordiging bereikt is.²⁵¹ De positieve actiemechanismen blijven niet zonder kritiek, omdat ook deze niet de structurele, onderliggende problemen aanpakken.²⁵² Op de positieve discriminatie wordt de kritiek geuit dat het net stigma's creëert. Het idee kan ontstaan dat achtergestelde groepen zonder de positieve discriminatie bepaalde dingen misschien nooit hadden kunnen bereiken.²⁵³

106. Vanuit juridisch opzicht wordt positieve actie vaak gezien als een uitzondering op het discriminatieverbod.²⁵⁴ De positieve actie vormt als het ware een bijzondere rechtvaardigingsgrond voor discriminatie.²⁵⁵ De wet legt zelfs een ongelijke behandeling op, met als hoger doel de positie van achtergestelde groepen te bevorderen.²⁵⁶ Daarom vindt men in wetsartikels die discriminatie verbieden, vaak een uitzondering voor positieve actiemaatregelen. Volgens sommigen is dit echter geen uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling, maar net een middel om de gelijke behandeling te realiseren. Verschillende situaties moeten verschillend behandeld worden. Gelijke kansen houden ook het actief creëren van kansen in.

²⁴⁸ M. DE VOS, "Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische arbeidsrecht" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (299) 302.

²⁴⁹ T. REES, *Mainstreaming equality in the European Union. Education, Training and Labour Market Policies*, Londen, Routledge, 1998, 34.

²⁵⁰ M. DE VOS, "Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische arbeidsrecht" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (299) 303.

²⁵¹ T. REES, *Mainstreaming equality in the European Union. Education, Training and Labour Market Policies*, Londen, Routledge, 1998, 37.

²⁵² T. REES, *Mainstreaming equality in the European Union. Education, Training and Labour Market Policies*, Londen, Routledge, 1998, 35.

²⁵³ S. FREDMAN, "Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation", *Maastricht Journal of European and Equality Law* 2005, afl. 4, (369) 378; S. SMIS, K. VAN LAETHEM, C. JANSSENS en S. MIRGAUX, *Handboek Mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 528.

²⁵⁴ D. CUYPERS en C. VAN VYVE, "De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscollages" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, (229) 232.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ S. SMIS, K. VAN LAETHEM, C. JANSSENS en S. MIRGAUX, *Handboek Mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 527.

Volgens deze redenering zou een strikt gelijke behandeling net tot discriminatie leiden.²⁵⁷ Positieve discriminatie moet dus niet beschouwd worden als iets dat indruist tegen formele gelijkheid.²⁵⁸

107. In het geval van de ongelijkheid in het geboorteverlof lijkt de positieve actie geen oplossing te bieden. De focus ligt namelijk vooral op een gelijke toegang van vrouwen tot de arbeidsmarkt en hogere posities. Dat is niet het probleem bij de ongelijkheid in het geboorteverlof. De oorzaak van deze ongelijkheid is dat vrouwen al van bij de geboorte van hun kind het grootste deel van het zorgtaken op zich zullen nemen en daardoor vaker deeltijds werken, wat hun carrières sterk negatief beïnvloedt.
108. Een derde middel om gelijkheid van uitkomst te bereiken is volgens REES gender mainstreaming. Dit mechanisme respecteert en antwoordt op verschillen, in plaats van vrouwen te doen passen in voornamelijk mannelijke structuren. Het belangrijkste doel is het veranderen van instituten.
109. Hoe kunnen we deze mechanismes juridisch kwalificeren? SOTTIAUX pleit voor een andere indeling van het discriminatierecht, in plaats van de klassieke opdeling in formele en materiële gelijkheid (zie *supra*).²⁵⁹ Een eerste categorie is volgens hem het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke politieke besluitvorming, ook wel het constitutioneelrechtelijk gelijkheidsbeginsel. Dit wordt beschouwd als discriminatierecht van de eerste generatie. Het is van toepassing op het elk overheidsoptreden, maar kan niet tussen particulieren ingeroepen worden.²⁶⁰ Het heeft echter een ruimer personeel toepassingsgebied, aangezien de discriminatiegronden niet tot bepaalde persoonskenmerken beperkt zijn. In België vindt men dit discriminatierecht terug in de artikels 10 en 11 van de Grondwet (zie *supra*).²⁶¹
110. De tweede categorie bestaat uit het burgerrechtelijk gelijkheidsbeginsel, dat men wel tussen particulieren kan inroepen. Het is een individueel recht om ‘*niet te worden achtergesteld op grond van bepaalde beschermde persoonskenmerken*.’²⁶² Het kan echter enkel ingeroepen worden voor

²⁵⁷ D. CUYPERS en C. VAN VYVE, “De criteria voor positieve actie in de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, Die Keure, 2010, (229) 232.

²⁵⁸ M. DE VOS, “Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische arbeidsrecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (299) 303.

²⁵⁹ S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 690.

²⁶⁰ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, “Discriminatie wetgeving Revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie” in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 118; S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 691.

²⁶¹ S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 691.

²⁶² S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 695.

de discriminatiegronden die in de wet opgesomd zijn. De toepassing is ook beperkt tot discriminatie in de toegang tot bepaalde goederen (zoals arbeid, onderwijs, sociale zekerheid, ...).²⁶³ Eerder vermelde federale discriminatiewetten geven uitdrukking aan dit principe. Ook het Vlaamse Gelijkekansendecreet 2008 valt onder deze vorm van discriminatierecht.²⁶⁴

111. De derde categorie is wat SOTTIAUX het proactief discriminatie- en diversiteitsrecht noemt.²⁶⁵ Het bestaande discriminatierecht heeft vooral een grote symboolwaarde, maar zorgt niet voor de broodnodige sociale verandering.²⁶⁶ Proactief discriminatierecht probeert deze sociale verandering wel te realiseren, door feitelijke ongelijkheden via het beleid weg te werken. Het doel van de proactieve methoden is om de onzichtbare maatschappelijke structuren te wijzigen. Daarmee valt het grofweg samen met het streven naar materiële gelijkheid. Onder deze noemer moeten we ook de positieve actie van de staat onderbrengen.²⁶⁷
112. De maatregelen die genomen kunnen worden, zijn uiteenlopend en omvatten volgens MCCRUDDEN onder andere:
- Het onderzoeken, identificeren en verwijderen van elke discriminatoire of versturende praktijken. Dit kan leiden tot systematische *mainstreaming*²⁶⁸;
 - Het hanteren van een ogenschijnlijk neutraal doelgroepbeleid, dat ernaar streeft de participatie van ondervertegenwoordigde groepen te verhogen;
 - Hulpprogramma's die enerzijds kandidaten van ondervertegenwoordigde groepen proberen aan te trekken en aan te moedigen of anderzijds leden van de ondervertegenwoordigde groepen trainingen aanbieden om de nodige vaardigheden en kwalificaties te ontwikkelen;
 - Het ontwikkelen van een voorkeursbehandeling op het vlak van arbeid door omgekeerde discriminatie;

²⁶³ M. SPINOY en S. SOTTIAUX, "Discriminatiewetgeving Revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie" in S. SOTTIAUX (ed.), *Themis 103 - Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2018, (117) 120; S. SOTTIAUX, "Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 695.

²⁶⁴ S. SOTTIAUX, "Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 69

²⁶⁵ S. FREDMAN, "Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation", *Maastricht Journal of European and Equality Law* 2005, afl. 4, (369) 372; S. SOTTIAUX, "Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 699.

²⁶⁶ S. SOTTIAUX, "Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 700.

²⁶⁷ M. DE VOS, "Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische arbeidsrecht" in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (299) 301; S. SOTTIAUX, "Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, alf. 17, (690) 700.

²⁶⁸ Gedefinieerd door FREDMAN als een "*social justice-led approach to policy making in which equal opportunities principles, strategies and practices are integrated into the every day work of government and other public bodies*" in S. FREDMAN, "Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation", *Maastricht Journal of European and Equality Law* 2005, afl. 4, (369) 374.

- Het herdefiniëren van de “verdiensten” zodat ras, gender of religie een relevante kwalificatie kan zijn voor een bepaalde job. Deze maatregel is eerder theoretisch.²⁶⁹
113. Het bestaat dus uit een waaier aan mogelijkheden, van stimulerende tot bestraffende maatregelen tot zelfs opgelegde voorkeursbehandelingen.²⁷⁰ Het omvat bovenvermelde positieve actie, positieve discriminatie en gender mainstreaming. Het belangrijkste is in dit geval het doel, niet het middel.
114. Het proactieve discriminatierecht biedt enorm veel mogelijkheden, maar heeft één groot nadeel: het is niet bindend voor de wetgever. Zijn uitvoering hangt volledig af van de goodwill van beleidsmakers.²⁷¹ Een grootschalige studie uitgevoerd door de Universiteit van Edinburgh en het Governance of Schotland Forum²⁷² wees uit dat verschillende moeilijkheden opduiken bij het uitvoeren van een mainstreaming-beleid, zoals een gebrek aan politieke wil, onvoldoende bureaucratische ondersteuning, een gebrekkige medewerking van ambtenaren, het ontbreken van een genderbalans in het beslissingsproces, onvoldoende middelen zoals informatie, budget, personeel en expertise, ineffectieve structuren en een gebrek aan systematische en strategische planning en uitvoering van deze structuren.²⁷³
115. Dezelfde kritiek wordt ook door feministen en vrouwenorganisaties geuit op gender mainstreaming. Een meer dan degelijke kennis is nodig van de mechanismes die spelen in genderrelaties, naast het vermogen om sociale contracten en het beleid te analyseren.²⁷⁴ Het vereist een grote inzet van beleidsmakers en een transformatie op lange termijn van het beleid.²⁷⁵ In handen van de verkeerde politieke groepen kan het middel zelfs gebruikt worden om het omgekeerde effect te bereiken.²⁷⁶

²⁶⁹ C. MCCRUDDEN, “Rethinking Positive Action”, *Industrial Law Journal* 1986, (219) 223-225; M. DE VOS, “Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische arbeidsrecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, Die Keure, 2008, (299) 302-303.

²⁷⁰ S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, afl. 17, (690) 700.

²⁷¹ S. SOTTIAUX, “Het discriminatiebeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, afl. 17, (690), 702.

²⁷² Een middenveldorganisatie die streeft naar beter bestuur en leiderschap, ondersteund door de Schotse overheid. Voor meer informatie zie <https://scotlandsgovernanceforumblog.wordpress.com/>.

²⁷³ F. MACKAY en K. BILTON, *Learning from experience: lessons in mainstreaming equal opportunities*, Edinburgh, Institute of Governance – University of Edinburgh, 2003, 143.

²⁷⁴ M. STRATIGAKI, “Gender Mainstreaming vs Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy”, *European Journal of Women’s Studies* 2005, afl. 2, (165) 167.

²⁷⁵ M.A POLLACK en E HAFNER-BURTON, “Mainstreaming Gender in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 2000, afl. 3, (432) 439; M. STRATIGAKI, “Gender Mainstreaming vs Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy”, *European Journal of Women’s Studies* 2005, afl. 2, (165) 167.

²⁷⁶ M. STRATIGAKI, “Gender Mainstreaming vs Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy”, *European Journal of Women’s Studies* 2005, afl. 2, (165) 167.

§2. In Europees recht

116. In de Europese Unie werden in de jaren '90 de eerste stappen naar de erkenning van gender mainstreaming gezet, mede onder impuls van de Vierde Wereldconferentie voor Vrouwenrechten in Beijing (zie *supra*).²⁷⁷ De Unie zette zich in voor de verdere verspreiding van de afspraken gemaakt op de conferentie.²⁷⁸ In het Vierde communautaire actieprogramma inzake gelijke kansen voor vrouwen en mannen (1996-2000)²⁷⁹ stond gender mainstreaming centraal. De Commissie pleitte er onder meer voor ‘*een actie- en referentiekader te laten vormen dat op alle niveaus (nationaal, regionaal, plaatselijk en communautair) en op alle gebieden interactie en partnerschap stimuleert tot integratie van de dimensie van gelijke kansen in de opstelling en de uitvoering van – en controle op – alle desbetreffende beleidslijnen en programma’s, zowel de communautaire als de nationale.*’²⁸⁰ De derde doelstelling van dit programma was het stimuleren van een beleid dat mannen en vrouwen toeliet hun werk beter met huishouden en gezin te combineren. Op die manier wou men vrouwelijke arbeidsparticipatie aanmoedigen.²⁸¹ In diezelfde periode nam de Commissie ook een mededeling aan over de integratie van gender mainstreaming in het EU-beleid.²⁸² Deze vooruitgang werd daarna geconsolideerd in de Verdragen met wat vandaag de artikels 8 en 9 VWEU zijn. Deze vormen de juridische basis voor gender mainstreaming. Deze artikels hebben geen direct effect, maar hebben een grote symbolische waarde en zijn een belangrijke leidraad in het Europese beleid. Ze tonen aan dat de Unie zich op politiek vlak engageert om meer gendergelijkheid te creëren en hebben een zeker juridisch gezag.²⁸³

²⁷⁷ M.A POLLACK en E HAFNER-BURTON, “Mainstreaming Gender in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 2000, afl. 3, (432) 435.

²⁷⁸ K. BERGHS, “Gender mainstreaming en gelijke kansen: de concepten” in K. BERGHS en S. RAVESLOOT (eds.), *Gender mainstreaming en de syndicaten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 1.

²⁷⁹ Voorstel (Comm.) voor een besluit van de Raad betreffende het Vierde communautaire actieprogramma inzake gelijke kansen voor vrouwen en mannen (1996-2000), 19 juli 1995, COM(95) 381 def.

²⁸⁰ Voorstel (Comm.) voor een besluit van de Raad betreffende het Vierde communautaire actieprogramma inzake gelijke kansen voor vrouwen en mannen (1996-2000), 19 juli 1995, COM(95) 381 def, B-6.

²⁸¹ *Ibid*, B-23.

²⁸² Mededeling (Comm.) betreffende integratie van de gelijke kansen voor vrouwen en mannen in alle communautaire beleidsvormen en acties, 21 februari 1996, COM(96) 67 def; M.A POLLACK en E HAFNER-BURTON, “Mainstreaming Gender in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 2000, afl. 3, (432) 436.

²⁸³ M.A POLLACK en E HAFNER-BURTON, “Mainstreaming Gender in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 2000, afl. 3, (432) 437.

117. In de daaropvolgende jaren bleef men actieplannen opstellen²⁸⁴, met als recentste plan het strategisch engagement voor gendergelijkheid 2016-2019.²⁸⁵ In dit laatste plan is het streven naar een beter evenwicht tussen werk en gezinsleven nog steeds een doelstelling.²⁸⁶ Daarnaast ondertekenden de lidstaten van de Unie het Europees pact voor gendergelijkheid (2011-2020). Opnieuw wordt hierin opgeroepen om *‘een beter evenwicht tussen werk en privéleven voor vrouwen en mannen gedurende hun hele leven te stimuleren, teneinde de gendergelijkheid te vergroten, de arbeidsparticipatie van vrouwen te verhogen en de demografische uitdagingen het hoofd te helpen bieden.’*²⁸⁷ Eén van de maatregelen om dit te bereiken is *‘flexibele werkregelingen en diverse vormen van verlof zowel voor vrouwen als voor mannen bevorderen.’*²⁸⁸ De Raad belooft de genderdimensie te integreren in het beleid dat het voert.²⁸⁹ Daarnaast maakt de Raad gewag van de rol van het Europees Instituut voor gendergelijkheid: lidstaten worden aangeraden zoveel mogelijk van zijn capaciteiten gebruik te maken. Dit is een autonoom orgaan van de Unie met verschillende taken, waaronder de evaluatie van de implementatie van het actieprogramma van Peking in de Europese Unie en bijstand op het vlak van gender mainstreaming. Daarnaast is het een belangrijke bron van cijfermateriaal en documentatie.²⁹⁰
118. Gender mainstreaming op het niveau van de Europese Unie stelt enkele bijkomende problemen, eigen aan het karakter van de organisatie. Het beleid moet langs de Commissie, het Parlement en de Raad gaan voordat het op punt staat en wetgeving wordt. Bij deze verschillende actoren is niet altijd voldoende bewustzijn van de problematiek of hoe het aan te pakken.²⁹¹ Daarna moeten lidstaten de wetgeving implementeren, waarbij ze, afhankelijk van het wetgevend instrument, meer of minder marge hebben.²⁹²

²⁸⁴ Zie Besch.Raad. nr. 2001/51/EG, 20 december 2000 betreffende het programma in verband met de communautaire strategie inzake de gelijkheid van mannen en vrouwen (2001-2005), *Pb.L.* 19 januari 2001, afl. 17, 22; Mededeling (Comm.) betreffende een routekaart voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (2006-2010), 1 maart 2006, COM(2006) 92 def; Mededeling (Comm.) betreffende de strategie voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (2010-2015), 21 september 2010, COM(2010) 491 def.

²⁸⁵ Mededeling (Comm.) betreffende een strategisch engagement voor gendergelijkheid (2016-2019), 3 december 2015, SWD(2015) 278 final.

²⁸⁶ Mededeling (Comm.) betreffende een strategisch engagement voor gendergelijkheid (2016-2019), 3 december 2015, SWD(2015) 278 final, 21.

²⁸⁷ Concl.Raad over het Europees pact voor gendergelijkheid (2011-2020), 7 maart 2011, *Pb.C.* 25 mei 2011, afl. 155, (10) 12.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ X, *Europees Instituut voor gendergelijkheid – EIGE in het kort*, Vilnius, Europees Instituut voor gendergelijkheid, 2015, DOI:10.2839/512729.

²⁹¹ M.A POLLACK en E HAFNER-BURTON, “Mainstreaming Gender in the European Union”, *Journal of European Public Policy* 2000, afl. 3, (432) 437.

²⁹² *Ibid.*

119. Al in de jaren '90 werden echter stappen genomen om het gendersaspect in de structuren van de Unie te incorporeren, bijvoorbeeld met de oprichting van het Women's Rights Committee in het Europese Parlement, bestaande uit een groep experts en activisten in de materie.²⁹³ Dit comité bestaat ook vandaag de dag nog in de vorm van het Women's Rights and Gender Equality Committee.²⁹⁴ Enkele jaren geleden al stelde het comité een geboorteverlof voor op het niveau van de Unie tijdens de voorbereidende werken van een geplande hervorming van de Zwangerschapsrichtlijn.²⁹⁵ Dit voorstel is er, net zoals de hervorming, nooit gekomen.
120. Gender mainstreaming heeft zijn weg naar de Europese Unie dus al gevonden en heeft een betere balans van zorgtaken tussen moeders en vaders als één van zijn duidelijke doelen. De maatregelen voorgesteld in de European Social Pillar (zie *supra*) passen in dit streven. Toch gaan de maatregelen voorgesteld in de Social Pillar nog niet ver genoeg om de Belgische ongelijkheid in het geboorteverlof te kunnen veranderen. Bovengenoemde maatregelen in gender mainstreaming zijn bovendien belangrijke leidraden in het beleid van de Unie, maar hebben geen verplichtend karakter.

§3. In Belgisch recht

121. Ook in België heeft de Vierde Wereldconferentie voor Vrouwenrechten in Beijing zijn stempel gedrukt op het beleid. Daarnaast beïnvloedden de Europese Unie en de Europese Raad sterk de erkenning van het belang van gender mainstreaming.²⁹⁶ In 2007 werd een wet aangenomen die tot doel had de toepassing van de resoluties van de conferentie van Beijing te controleren en de genderdimensie in het federale beleid te integreren.²⁹⁷ Deze wet moest ervoor zorgen dat mainstreaming zijn ingang vond op het federale vlak, door het definiëren van strategische doelen aan het begin van de legislatuur.²⁹⁸ Met deze wet introduceerde men de zogenaamde 'gendertest', die bestond uit een evaluatieverslag dat de bevoegde minister moest opstellen voor elk wetgevend

²⁹³ *Ibid.*, 434.

²⁹⁴ Voor meer informatie over dit comité zie <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/femm/home.html>.

²⁹⁵ P. FOUBERT, "Zwangerschaps- en bevallingsverlof: zegen of vloek?" in E. BREMS en L. STEVENS, *Recht en gender in België*, Brugge, Die Keure, 2011, (199) 210.

²⁹⁶ K. BERGHS, "Gender mainstreaming en gelijke kansen: de concepten" in K. BERGHS en S. RAVESLOOT (eds.), *Gender mainstreaming en de syndicaten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 2.

²⁹⁷ Wet van 12 januari 2007 strekkende tot controle op de toepassing van de resoluties van de wereldvrouwenconferentie die in september 1995 in Peking heeft plaatsgehad en tot integratie van de genderdimensie in het geheel van de federale beleidslijnen, *BS* 13 februari 2007, 7027; S. SOTTIAUX, "Het verbod van discriminatie" in S. DEWULF en D. PACQUÉE, *60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (61) 75.

²⁹⁸ Art. 2, §1 Wet 12 januari 2007 strekkende tot controle op de toepassing van de resoluties van de wereldvrouwenconferentie die in september 1995 in Peking heeft plaatsgehad en tot integratie van de genderdimensie in het geheel van de federale beleidslijnen, *BS* 13 februari 2007, 7027; S. SOTTIAUX, "Het verbod van discriminatie" in S. DEWULF en D. PACQUÉE, *60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (61) 75.

en reglementair project. Op die manier kon de impact op de situatie van vrouwen en mannen gemeten worden.²⁹⁹ Deze gendertest is echter nooit in werking getreden bij gebrek aan een uitvoeringsbesluit. Uiteindelijk werd de gendertest geïntegreerd in de federale Regelgevingsimpactanalyse.³⁰⁰ Deze test controleert de impact van nieuwe regelgeving op 21 thema's. Voor enkele thema's is een meer gedetailleerde controle voorzien, waaronder voor gendergelijkheid.³⁰¹ Vanuit de rechtsleer komt echter kritiek op de test, omdat ze niet voldoende kwaliteitsvol uitgevoerd wordt.³⁰² Vaak wordt dit als een vormvoorwaarde gezien waaraan men moet voldoen, maar niet als een kans om een mentaliteitswijziging te bewerkstelligen.³⁰³ Bovendien ontbreekt het aan juridische sancties wanneer de testen niet goed uitgevoerd worden.³⁰⁴

122. De federale overheid erkent dus het belang van gender mainstreaming en neemt ook al enkele stappen in de implementatie ervan in het beleid. Deze stappen zijn echter klein en hebben nog onvoldoende impact. Een duidelijk plan om genderongelijkheid aan te pakken bestaat nog niet. Daardoor is het vooralsnog geen middel om de ongelijkheid in het geboorteverlof aan te pakken.

AFDELING II. IN INTERNATIONALE VERDRAGEN

123. Er zijn verschillende internationale bronnen die het belang benadrukken van het evenwicht tussen arbeid en gezinsverantwoordelijkheden, zoals artikel 27 HESH. Het artikel luidt als volgt: *'Alle personen met gezinsverantwoordelijkheden die een werkring hebben aanvaard of wensen te aanvaarden hebben het recht dit te doen zonder te worden blootgesteld aan discriminatie en voor zover mogelijk zonder dat hun werkzaamheden conflicteren met hun gezinsverantwoordelijkheden.'* Dit houdt in dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat een

²⁹⁹ Art. 3, §1 Wet 12 januari 2007 strekkende tot controle op de toepassing van de resoluties van de wereldvrouwenconferentie die in september 1995 in Peking heeft plaatsgehad en tot integratie van de genderdimensie in het geheel van de federale beleidslijnen, BS 13 februari 2007, 7027; S. SOTTIAUX, "Het verbod van discriminatie" in S. DEWULF en D. PACQUÉE, *60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (61) 75; P. T'KINDT en J. VAN NIEUWENHOVE, "De federale regelgevingsimpactanalyse (RIA) – Een wassen neus of een stapje vooruit?", *TVW* 2014, afl. 3, (168) 168.

³⁰⁰ P. T'KINDT en J. VAN NIEUWENHOVE, "De federale voorafgaande regelgevingsimpactanalyse (RIA) – Een wassen neus of een stapje vooruit?", *TVW* 2014, afl. 3, (168) 169.

³⁰¹ K. POEL en W. MARNEFFE, "De federale regelgevingsimpactanalyse: een stand van zaken na zes maanden", *TVW* 2014, afl. 3, (185) 187; P. T'KINDT en J. VAN NIEUWENHOVE, "De federale regelgevingsimpactanalyse (RIA) – Een wassen neus of een stapje vooruit?", *TVW* 2014, afl. 3, (168) 184.

³⁰² K. POEL en W. MARNEFFE, "De federale regelgevingsimpactanalyse: een stand van zaken na zes maanden", *TVW* 2014, afl. 3, (185) 193; K. POEL, W. MARNEFFE en P. VAN HUMBEECK, "De federale regelgevingsimpactanalyse: nood aan hervormingen?", *TVW* 2016, afl. 3, (196) 208; P. T'KINDT en J. VAN NIEUWENHOVE, "De federale voorafgaande regelgevingsimpactanalyse (RIA) – Een wassen neus of een stapje vooruit?", *TVW* 2014, afl. 3, (168) 184.

³⁰³ S. SOTTIAUX, "Het verbod van discriminatie" in S. DEWULF en D. PACQUÉE, *60 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (61) 78.

³⁰⁴ *Ibid.*

afdoende wetgevend kader gecreëerd wordt, opdat ouders hun arbeid zo goed als mogelijk kunnen combineren met hun gezinsverantwoordelijkheid. Dit wetgevend kader kan op verschillende niveaus nodig zijn: arbeidsvoorwaarden, opleiding, sociale zekerheid...³⁰⁵

124. Een voorvechter van gelijke behandeling in het arbeidsrecht is bovengenoemd Europees Comité voor Sociale Rechten (zie *supra*). Zij interpreteerden art. 1.2 HESH niet alleen als zijnde een algemeen discriminatieverbod in tewerkstelling, maar ze werkten ook uit wat de staten zouden moeten doen om gelijkheid te garanderen, namelijk ‘*legally prohibit any discrimination, direct or indirect, in employment. Stronger protection may be provided in respect of certain grounds, such as gender or membership of a race or ethnic group.*’³⁰⁶ Maar het Comité beseft dat enkel juridische maatregelen soms tekort schieten. Het criterium door hen gebruikt om de naleving van het Handvest te meten, is de feitelijke situatie van minderheidsgroepen. Het Comité verlangt dan ook van de lidstaten dat ze een actief beleid voeren om gelijkheid te stimuleren.³⁰⁷ De beslissingen van dit Comité hebben echter geen bindend effect.
125. Artikel 18.1 Kinderrechtenverdrag drukt dit principe nog sterker uit, door de nadruk te leggen op de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de ouders wat betreft de opvoeding van het kind. De staat moet de ouders daar ook in bijstaan.³⁰⁸
126. De Internationale Arbeidsorganisatie heeft Verdrag nr. 156 betreffende gelijke kansen voor en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers met gezinsverantwoordelijkheid aangenomen, dat in 2008 in Vlaanderen van kracht ging.³⁰⁹ Bijhorend werd ook IAO-Aanbeveling nr. 165 betreffende werknemers met gezinsverantwoordelijkheden aangenomen. Het Verdrag streeft ernaar de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers met gezinsverantwoordelijkheden aan te moedigen en is van toepassing op mannelijke en vrouwelijke werknemers die verantwoordelijk zijn voor hun afhankelijke kinderen.³¹⁰ Staten moeten ervoor

³⁰⁵ P. FOUBERT en A. MAES, “Nieuwe uitdagingen voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeidsrelatie” in F. DORSSEMONT, S. VAN DROOGHENBROECK en G. VAN LIMBERGHEN (eds.), *Europees Sociaal Handvest, sociale rechten en grondrechten op de werkvloer*, Brugge, Die Keure, 2016, (419) 425.

³⁰⁶ European Committee on Social Rights, *Conclusion XVI-1 – Luxemburg – Article 1-2*, 30 mei 2003, 2 (<http://hudoc.esc.coe.int/>).

³⁰⁷ D. SCHIEK, L. WADDINGTON en M. BELL, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 796.

³⁰⁸ Voorstel van wet tot wijziging van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten wat het geboorteverlof betreft, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 0991/001, 6.

³⁰⁹ Decreet van 23 november 2007 houdende instemming met het Verdrag nr. 156 betreffende gelijke kansen voor en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers: werknemers met gezinsverantwoordelijkheid aangenomen door de Internationale Arbeidsconferentie tijdens haar zeventenzestigste zitting in Genève op 23 juni 1981, *BS* 25 februari 2008, 11755.

³¹⁰ Art. 1 IAO-Verdrag nr. 156 betreffende gelijke kansen voor en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers: werknemers met gezinsverantwoordelijkheid.

zorgen dat werknemers die gezinsverantwoordelijkheden uitoefenen, niet aan discriminatie worden blootgesteld.³¹¹ Zijn artikel 4 stelt onder andere dat staten alle met nationale omstandigheden en mogelijkheden verenigbare maatregelen moeten treffen om werkelijke gelijkheid van kansen voor en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers te bewerkstelligen. Daarbij moeten staten rekening houden met de behoeften van de ouders qua arbeidsvoorwaarden en sociale zekerheid. De Conventie sluit moederschaps- en geboorteverlof niet expliciet uit, aangezien de Conventie spreekt over *alle* maatregelen, maar zijn ratificatie door de deelstaten doet dat wel. De bevoegdheid voor het moederschaps- en geboorteverlof ligt immers bij de federale overheid.³¹²

127. Tot slot is artikel 5 CEDAW, dat ernaar streeft ‘*het sociale en culturele gedragspatroon van de man en de vrouw te veranderen ten einde te komen tot de uitbanning van vooroordelen, van gewoonten en van alle andere gebruiken, die zijn gebaseerd op de gedachte van de minderwaardigheid of meerderwaardigheid van één van beide geslachten of op de stereotiepe rollen van mannen en vrouwen.*’ Het Committee on the Elimination of Discrimination against Women stelde in haar beslissingen op basis van dit artikel dat staten maatregelen moeten nemen om de economische last en de gezinslast tussen vrouwen en mannen beter te verdelen.³¹³ Het Comité uitte bovendien sterke kritiek op moederschapswetten die er niet enkele toe dienen om de biologische en fysieke gevolgen van zwangerschap en bevalling te beschermen (zie *supra*).³¹⁴ Deze wetten herbevestigen vrouwen in hun rol als moeder en mannen in hun rol als kostwinner.³¹⁵ Het Comité linkt stereotypen rond gender direct aan het bestaan van de loonkloof.³¹⁶ Om dit tegen te gaan meent het Comité dat er meer maatregelen genomen moeten worden om betaald werk en onbetaalde zorgtaken beter met elkaar te verzoenen.³¹⁷ Het Comité prees landen zoals Noorwegen en Finland voor de moeite die ze op dit vlak deden om de genderrollen te veranderen.³¹⁸

³¹¹ Art. 3 betreffende gelijke kansen voor en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers: werknemers met gezinsverantwoordelijkheid.

³¹² Art. 8, §1, VI, vijfde lid, 12° Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, BS 15 augustus 1980, 9434; G. VAN LOOSVELDT, “Het gezinsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gemeenschappen*, Brugge, Die Keure, 2017, (297) 300.

³¹³ R. HOLTMAAT, “Article 5” in M.A. FREEMAN, C. CHINKIN en B. RUDOLF, *The UN Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (142) 154.

³¹⁴ *Ibid.*, 157.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*, 158.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Ibid.*

DEEL III: HET ZWEEDS SYSTEEM

Hoofdstuk I. OVERZICHT

128. Zweden is een land dat al jaren geleden besloot in te zetten op gendergelijkheid op verschillende niveaus van het beleid. Hieronder valt ook het beleid inzake geboorteverlof. Al in 1974 werden de eerste wetten aangenomen om voor beide ouders betaald geboorteverlof te voorzien.³¹⁹ Uiteindelijk werd in 1995 het zogenaamde genderneutrale systeem – zoals het nu nog bestaat – aangenomen met de *Föräldraledighetslag* of de *Parental Leave Act* (1995:584). Aanvullende wetgeving vindt men in de *Socialförsäkringsbalken* of *Social Security Code* (2010:110). De naam ouderschapsverlof is trouwens niet toevallig gekozen: het duidt op het genderneutrale karakter van het verlof.³²⁰
129. Allereerst is het belangrijk op te merken dat Zweden rekening heeft gehouden met de specificiteit dat vrouwen bevallen. Naast het voorziene ouderschapsverlof kunnen vrouwen voor en na hun bevalling zeven weken verlof opnemen, waarvan twee weken verplicht zijn. Dit verlof kan gecombineerd worden met het ouderschapsverlof, maar dit is geen verplichting. Vaak is dit verlof echter niet betaald, aangezien daar op nationaal niveau niet in voorzien is. Een eventuele betaling van dit verlof moet volgens collectieve arbeidsovereenkomsten geregeld worden, wat vaak niet gebeurt.³²¹ Borstvoedingsverlof behoort niet tot dit zwangerschapsverlof.³²² Deze zeven weken na de bevalling komen overeen met de periode die medisch nodig is om te herstellen van de bevalling (zie *supra*). Daarnaast is er ook een vorm van geboorteverlof voor de vader of de partner van de moeder voorzien. Ze kunnen tien dagen geboorteverlof opnemen binnen de 60 dagen volgend op de geboorte.³²³ De volledige tien dagen zijn uitbetaald aan 80 percent van het begrensde loon.³²⁴ Het verlof moet de vader toelaten de bevalling bij te wonen, voor de andere kinderen te

³¹⁹ A.-Z. DUVANDER, L. HAAS en S. THALBERG, “Fathers on Leave Alone in Sweden: Toward More Equal Parenthood?” in M. O’BRIEN en K. WALL (eds.), *Comparative Perspectives on Work-Life Balance and Gender Equality. Fathers on Leave Alone*, Cham, Springer, 2017, (125) 126.

³²⁰ T. AXELSSON, *Men’s Parental Leave in Sweden: policies, attitudes and practices*, 2014, Wenen, Joanneum Research, 3.

³²¹ J. J. VOTINIUS, *Country Report. Gender Equality. Sweden*, Brussel, Europese Commissie, 2017, 20 en DOI: 10.2838/265429.

³²² §4 Parental Leave Act (1995:584); T. AXELSSON, *Men’s Parental Leave in Sweden: policies, attitudes and practices*, 2014, Wenen, Joanneum Research, 4.

³²³ T. AXELSSON, *Men’s Parental Leave in Sweden: policies, attitudes and practices*, 2014, Wenen, Joanneum Research, 4.

³²⁴ X, Parental Benefit, https://www.forsakringskassan.se/privatpers/foralder/nar_barnet_ar_fott/foraldrapenning!/ut/p/z0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfIjo8ziTTxcnA3dnQ28_U2DXQwczTwDDcOCXY1CDc31g1Pz9AuyHRUBTbm8uw!!/ (consultatie 29 maart 2018)(hierna: X, Parental Benefit).

zorgen wanneer de moeder nog in het ziekenhuis is en/of de moeder te helpen wanneer ze terug thuiskomt.³²⁵ Het is bovendien genderneutraal en kan gebruikt worden voor de tweede ouder (i.e. de vader, de meemoeder, ...) of een derde persoon die dicht bij de moeder staat.³²⁶ In bepaalde gevallen kan het verlengd worden, bijvoorbeeld een verdubbeling bij tweelingen.³²⁷

130. Tot zover lijkt het hele systeem op het systeem zoals we dat in de meeste Europese landen terugvinden: een ruim aantal weken voor de moeder, waarvan enkele verplicht, en een aantal dagen voor de vader. Tot zover is het Zweedse systeem dus niets bijzonders, op het feit dat het zwangerschap onbetaald is na. Het bijkomende ouderschapsverlof is dat echter wel. Dit ouderschapsverlof bestaat uit 480 bijkomende dagen ouderschapsverlof, die door beide ouders opgenomen kunnen worden. Voor 390 van deze dagen is een uitkering voorzien gebaseerd op het loon van de ouders (namelijk 80% van het begreemd loon), voor de laatste 90 dagen wordt een vast bedrag uitgekeerd, ongeacht het normale inkomen.³²⁸ Dit bedrag is 180 SEK, wat overeenkomt met ongeveer 18 euro per dag.^{329,330} Wanneer ouders meer verdienen dan het begrensde inkomen, compenseren collectieve arbeidsovereenkomsten vaak het verschil.³³¹ Zweedse ouders hebben ook de mogelijkheid om de eerste 18 maanden voltijds thuis te blijven, maar dit is onbetaald wanneer dit niet met het ouderschapsverlof gecombineerd wordt.³³²
131. Tot 2002 kreeg elke ouder 30 niet-overdraagbare dagen toegewezen die uitbetaald werden via de ziekteverzekering (dus aan 80% van het onbegreemd loon).³³³ In 2002 verhoogde de Zweedse staat dit aantal niet-overdraagbare dagen naar 60.³³⁴ Deze vorm van quota werd ingevoerd om duidelijk te maken dat elke ouder een evenwaardige zorgdrager is voor het kind. Sommigen zien het als een zacht duwtje in de rug van de vaders.³³⁵

³²⁵ L. HAAS, A.-Z. DUVANDER en C. P. HWANG, "Sweden country note" in A. KOSLOWSKI, S. BLUM en P. MOSS (eds.), *12th International Review of Leave Policies and Related Research 2016*, Wenen, International Network on Leave Policies and Research, 2016, (340) 340.

³²⁶ *Ibid*, 341.

³²⁷ *Ibid*.

³²⁸ T. AXELSSON, *Men's Parental Leave in Sweden: policies, attitudes and practices*, 2014, Wenen, Joanneum Research, 5.

³²⁹ Berekend volgens de wisselkoers op 27 maart 2018, afgerond op de dichtstbijzijnde euro.

³³⁰ X, *Parental Benefit*, *supra* vn. 331 (consultatie 27 maart 2018).

³³¹ J. J. VOTINIUS, *Country Report. Gender Equality. Sweden*, Brussel, Europese Commissie, 2017, 20 en DOI: 10.2838/265429.

³³² §5 Parental Leave Act: A.-Z. DUVANDER, L. HAAS en S. THALBERG, "Fathers on Leave Alone in Sweden: Toward More Equal Parenthood?" in M. O'BRIEN en K. WALL (eds.), *Comparative Perspectives on Work-Life Balance and Gender Equality. Fathers on Leave Alone*, Cham, Springer, 2017, (125) 125.

³³³ T. AXELSSON, *Men's Parental Leave in Sweden: policies, attitudes and practices*, 2014, Wenen, Joanneum Research, 6.

³³⁴ X, *Parental Benefit*, *supra* vn. 331 (consultatie 27 maart 2018).

³³⁵ T. AXELSSON, *Men's Parental Leave in Sweden: policies, attitudes and practices*, 2014, Wenen, Joanneum Research, 5.

132. In 2016 hervormde de Zweedse staat het systeem opnieuw en kreeg elke ouder 90 niet-overdraagbare dagen op het niveau van de ziekteverzekering.³³⁶ Het systeem verdeelt daarenboven de overige dagen automatisch over beide ouders: elke ouder krijgt bovenop de niet-overdraagbare dagen 105 overdraagbare dagen uitbetaald door de ziekteverzekering en 45 overdraagbare dagen uitbetaald volgens het vaste bedrag.³³⁷ Samengevat ziet dat er zo uit³³⁸:

	Ouder 1	Ouder 2
Overdraagbare dagen (ziekteverzekering)	105	105
Overdraagbare dagen (vaste uitkering)	45	45
Niet-overdraagbare dagen (ziekteverzekering)	90	90
Totaal	240	240

133. Het totale aantal dagen blijft voor de ouders hetzelfde, maar met een belangrijk verschil: de staat verdeelt het aantal dagen. Ze kunnen van deze regeling afwijken indien ze hiertoe een formulier ondertekenen.³³⁹ Dit maakt de drempel om van deze regeling af te wijken uiteraard groter en ze zouden misschien niet tot dezelfde regeling komen indien ze een volledig vrije keuze hadden, zoals dit voor de hervorming het geval was. De Zweedse staat lijkt dus meer en meer een gelijke verdeling op te leggen aan de ouders, in plaats van met incentives te werken of ‘zachte duwtjes’ in de rug van de vaders.
134. Tot 2014 kon het verlof opgenomen worden tot het kind acht jaar oud was, nu is dit mogelijk tot het kind twaalf jaar oud is. Na de vierde verjaardag van het kind, kunnen wel maar 96 van het totale aantal dagen nog opgenomen worden.³⁴⁰ De dagen kunnen gespreid opgenomen worden:

³³⁶ X, *Parental Benefit*, supra vn. 331 (consultatie 27 maart 2018).

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Overgenomen en vertaald van X, *Parental Benefit*, supra vn. 331 (consultatie 27 maart 2018).

³³⁹ L. HAAS, A.-Z. DUVANDER en C. P. HWANG, “Sweden country note” in A. KOSLOWSKI, S. BLUM en P. MOSS (eds.), *12th International Review of Leave Policies and Related Research 2016*, Wenen, International Network on Leave Policies and Research, 2016, (340) 341.

³⁴⁰ T. AXELSSON, *Men’s Parental Leave in Sweden: policies, attitudes and practices*, 2014, Wenen, Joanneum Research, 4; J. J. VOTINIUS, *Country Report. Gender Equality. Sweden*, Brussel, Europese Commissie, 2017, 22 en DOI: 10.2838/265429; X, *Parental Benefit*, supra vn. 331 (consultatie 28 maart 2018).

als een hele, drie vierde, een halve, een kwart of zelfs een achtste dag.³⁴¹ Dit zorgt voor een enorme flexibiliteit.

135. De opgelegde quota van 90 dagen per ouder zijn niet de enige motivatie die het systeem voorziet opdat vaders het verlof zouden opnemen. In 2008 werd de zogenaamde ‘gender equality bonus’ in het leven geroepen. Dit is een bonus die ouders krijgen wanneer ze het ouderschapsverlof op een gelijke manier verdelen.³⁴² Bovendien bestaat er een verbod op ‘double days’. Dit houdt in dat de staat maar éénmaal verlof uitbetaalt voor hetzelfde kind in dezelfde periode, uitgezonderd voor een periode van 30 dagen die in het eerste levensjaar van het kind vallen.³⁴³
136. Het ouderschapsverlof maakt deel uit van een algemeen familievriendelijk beleid dat de Zweedse staat voert. Het is niet opportuun om het geheel van de maatregelen die deel uitmaken van dit beleid, dat ertoe dient om voor de ouders een evenwicht te creëren tussen werk en gezin, in deze masterproef te bespreken. Enkel dit nog, omdat het een impact heeft op de arbeidsparticipatie van de moeders: sinds 2008 bestaat in Zweden een *cash-for-care*-systeem, ook wel gesubsidieerde kinderopvang genoemd.³⁴⁴ Dit wordt niet aangeboden op nationaal niveau, maar elke gemeente kan zelf beslissen om dit systeem te implementeren of niet.³⁴⁵ Het systeem geeft ouders die geen of slechts gedeeltelijk gebruik maken van door de staat gesubsidieerde kinderopvang, een bepaald bedrag per maand om zelf thuis te blijven en voor het kind te zorgen of private kinderopvang te gebruiken.³⁴⁶ Ze kunnen hier gebruik van maken tot het kind 1 à 2 jaar oud is.³⁴⁷
137. De wet voorziet daarnaast ook in bescherming voor de kersverse ouders. §16 van de wet stelt dat de werkgever de (kandidaat-)werknemer niet ongunstig mag behandelen bij beslissingen over indienstneming, promoties, trainingen voor promoties, praktijkonderwijs of andere trainingen/begeleiding. Ook bij het toepassen van loon of andere arbeidsvoorwaarden, de verdeling van het werk of het ontslag mag het ouderschapsverlof geen rol spelen.³⁴⁸ Daarnaast

³⁴¹ J. J. VOTINIUS, *Country Report. Gender Equality. Sweden*, Brussel, Europese Commissie, 2017, 22 en DOI: 10.2838/265429.

³⁴² T. AXELSSON, *Men's Parental Leave in Sweden: policies, attitudes and practices*, 2014, Wenen, Joanneum Research, 7.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ A.L. ELLINGSÆTER, *Cash for Childcare. Experiences from Finland, Norway and Sweden in International Policy Analysis*, Berlijn, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2012, 4.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ §16 Parental Leave Act (1995:584).

bepaalt de wet ook expliciet dat elk ontslag gerelateerd aan het ouderschapsverlof op vraag van de werknemer ongeldig kan verklaard worden.³⁴⁹

138. In Zweeds recht is dit verbod op discriminatie echter niet absoluut. In bepaalde situaties is het nadelig behandelen van ouders omwille van de opname van ouderschapsverlof toch mogelijk, omdat er een rechtvaardigingsgrond aanwezig zou zijn. Deze moet wel restrictief geïnterpreteerd worden.³⁵⁰ Het criterium om te bepalen of er een rechtvaardigingsgrond is, lijkt echter redelijk vaag. De persoon mag nadelig behandeld worden wanneer het een ‘noodzakelijk gevolg’ is van het ouderschapsverlof. De voorbereidende werken van de Parental Leave Act spreken meer precies over ouders die behandeld worden als ‘*particularly favoured in relation to other employees in a way that could be perceived as unfair towards these employees, or otherwise appear as unreasonable or obviously unjustified.*’³⁵¹ Dit botst met de strenge EU-regels op dit vlak, die geen ruimte laten voor uitzonderingen.³⁵²

Hoofdstuk II. EFFECTEN IN DE PRAKTIJK

139. Dat klinkt goed, maar de vraag is wat de impact is in de praktijk. Over het onderwerp is al veel sociologisch onderzoek gedaan, te veel om hier uitgebreid te bespreken. Toch is een kort overzicht nuttig voor de beoordeling van deze maatregelen.
140. Een belangrijke kanttekening is dat dit verlof op het eerste zicht niet te vergelijken valt met een geboorteverlof. Het wordt ouderschapsverlof genoemd, er zijn aparte bepalingen voor zwangerschapsverlof en geboorteverlof en ouders kunnen het verlof opnemen totdat het kind twaalf jaar is. Toch wordt het in de regel als moederschapsverlof aanzien, vermoedelijk doordat het voorziene zwangerschapsverlof onbetaald is.³⁵³

³⁴⁹ §17 Parental Leave Act (1995:584).

³⁵⁰ J. J. VOTINIUS, “Troublesome Transformation – EU Law on Pregnancy and Maternity Turned into Swedish Law on Parental Leave” in M. RÖNNMAR (ed.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe: Swedish Studies in European Law*, Londen, 2011, Hart Publishing, (137) 146.

³⁵¹ *Ibid.*, 147.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ A. KOSLOWSKI, S. BLUM en P. MOSS (eds.), *12th International Review of Leave Policies and Related Research 2016*, Wenen, International Network on Leave Policies and Research, 2016, 11.

141. In 2014 werd het geboorteverlof van tien dagen voor de partner of andere persoon die dicht bij de moeder staat opgenomen door 75% van de partners. Gemiddeld namen ze 9,2 van het totale aantal dagen op.³⁵⁴
142. Daarnaast blijkt uit cijfers van 2012 van de Zweedse ziekteverzekering dat 9 op 10 vaders een deel van het ouderschapsverlof opnemen.³⁵⁵ Vaders nemen het verlof meestal op wanneer het kind nog niet de leeftijd van twee jaar bereikt heeft. Vaak blijven moeders thuis tijdens het eerste levensjaar, vaders nemen het verlof gemiddeld op vanaf dat het kind 13-15 maanden oud is.³⁵⁶ Toch blijkt dat een aanzienlijk deel van de ouders gebruik maakt van de ‘dubbele dagen’ tijdens het eerste levensjaar van het kind (in 2013 werd het gebruikt voor één derde van de kinderen), wat aantoont dat vaders ook tijdens het eerste levensjaar al een deel van de zorg op zich nemen.³⁵⁷ Hoewel moeders nog steeds het leeuwendeel van het verlof opnemen en in 2010 slechts 12,7% van de koppels het verlof volledig gelijk verdeelde, is de hoeveelheid verlof opgenomen door de vaders in stijgende lijn.³⁵⁸ Vooral de invoering van de eerste quota in 2002 veroorzaakten een sterke stijging. Na de verhoging van de quota naar 60 en later 90 dagen was ook een effect merkbaar, maar minder dramatisch.³⁵⁹ De gender equality bonus zorgde niet voor grote veranderingen in de opname van het verlof.³⁶⁰
143. Onderzoek lijkt er ook op te wijzen dat vaders hun werk minder belangrijk vinden dan actief aan het gezinsleven mee te kunnen doen.³⁶¹ Op dat vlak heeft het verlof dus voor een mentaliteitsverandering kunnen zorgen. Doordat de opname van het verlof echter vooral steeg door de quota, lijkt het toch noodzakelijk dat de staat het verlof oplegt. Of dit komt door familiepatronen die jarenlang de verdeling van zorgtaken domineerden of doordat mannen minder zorgzaam zouden zijn, is een discussie die niet het voorwerp van deze masterproef vormt.

³⁵⁴ L. HAAS, A.-Z. DUVANDER en C. P. HWANG, “Sweden country note” in A. KOSLOWSKI, S. BLUM en P. MOSS (eds.), *12th International Review of Leave Policies and Related Research 2016*, Wenen, International Network on Leave Policies and Research, 2016, (340) 344.

³⁵⁵ A.-Z. DUVANDER, L. HAAS en S. THALBERG, “Fathers on Leave Alone in Sweden: Toward More Equal Parenthood?” in M. O’BRIEN en K. WALL (eds.), *Comparative Perspectives on Work-Life Balance and Gender Equality. Fathers on Leave Alone*, Cham, Springer, 2017, (125) 127.

³⁵⁶ L. HAAS, A.-Z. DUVANDER en C. P. HWANG, “Sweden country note” in A. KOSLOWSKI, S. BLUM en P. MOSS (eds.), *12th International Review of Leave Policies and Related Research 2016*, Wenen, International Network on Leave Policies and Research, 2016, (340) 345.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.*, 346.

³⁶¹ A.-Z. DUVANDER, L. HAAS en S. THALBERG, “Fathers on Leave Alone in Sweden: Toward More Equal Parenthood?” in M. O’BRIEN en K. WALL (eds.), *Comparative Perspectives on Work-Life Balance and Gender Equality. Fathers on Leave Alone*, Cham, Springer, 2017, (125) 138.

144. Wat betreft de *cash-for-care*-maatregelen, blijkt duidelijk dat zij een negatieve impact hebben op de tewerkstelling van moeders. Ondanks hun neutrale toepassing (zowel mannen als vrouwen kunnen gebruik maken van het systeem), kiezen veel meer moeders ervoor om thuis te blijven dan vaders. Dit zorgt ook voor een grotere ongelijkheid in het inkomen van vrouwen vergeleken met dat van mannen.³⁶²
145. De vrouwelijke arbeidsparticipatie in Zweden is hoe dan ook hoog. Cijfers uit 2017 tonen dat er een vrouwelijke arbeidsparticipatie is van 80 procent, slechts 3,7 procent lager dan de mannelijke arbeidsparticipatie.³⁶³ In België is dit verschil 9,4 procent.³⁶⁴ Zoals eerder vermeld, maakt het beleid inzake geboorteverlof deel uit van een breder beleid om gendergelijkheid te stimuleren. Zweden zet sinds de jaren '70 volop in op het zogenaamde '*dual earner/dual carer model*'.³⁶⁵ De hogere arbeidsparticipatie is waarschijnlijk te danken aan het geheel van maatregelen genomen om dit model te stimuleren en het is moeilijk om de impact te schatten van de veranderingen in het geboorteverlof alleen. Toch prijst de OESO de Zweedse inzet om mannen meer te betrekken via geboorteverlof. Volgens de organisatie is het een van de weinige middelen om het gedrag van ouders op vlak van gezinsverantwoordelijkheden direct te beïnvloeden.³⁶⁶

Hoofdstuk III. LESSEN VOOR BELGIË

146. Deze regeling biedt een interessante piste voor België, indien het zijn beleid inzake geboorteverlof zou willen wijzigen. Het zou alvast voldoen aan de discriminatietoets. Het systeem biedt zeven weken zwangerschapsverlof aan, wat genoeg is voor de moeder om fysiek te herstellen na de bevalling. Daarnaast biedt het een ruim verlof dat door beide ouders opgenomen kan worden. Door dit onderscheid wordt het medisch noodzakelijke verlof gescheiden van het zorgende verlof. Het verlof is bovendien ruim betaald, waardoor er geen drempel is om het verlof op te nemen. Ook de grote flexibiliteit is een meerwaarde: het kan opgenomen worden om een dag bij een ziek kind te blijven, maar bijvoorbeeld ook om vroeger te vertrekken en de kinderen na het werk van school te kunnen halen.

³⁶² A.L. ELLINGSÆTER, *Cash for Childcare. Experiences from Finland, Norway and Sweden in International Policy Analysis*, Berlijn, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2012, 7.

³⁶³ THE ECONOMIST, *The glass-ceiling index*, 15 februari 2018, <https://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2018/02/daily-chart-10>.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ A. NYBERG, "Gender Equality Policy in Sweden: 1970s-2010s", *Nordic journal of working life studies* 2012, afl. 4, (67) 68.

³⁶⁶ X, *Doing better for families*, 2011, OECD Publishing, 137, DOI: 10.1787/9789264098732.

147. Dit wil niet zeggen dat het Zweedse verlof blindelings moet overgenomen worden. Dit verlof heeft nog een aantal werkpunten waar andere landen uit kunnen leren. Een van de belangrijkste punten is dat het verlof deels vrij mag verdeeld worden tussen de ouders. In Zweden merkte men dat verplichtingen nodig waren om vaders aan te moedigen om meer verlof op te nemen, wat ertoe leidde dat het aantal verplichte dagen per ouder steeds verhoogde. Zelfs met de verplichtingen nemen moeders het grootste deel van het verlof op, wat hun carrière meer schaadt dan baat. Idealiter maakt de staat dus zelf al een verdeling in het verlof voor de ouders. Enkele weken zouden eventueel vrij verdeeld kunnen worden, maar misschien is het aantal van deze vrij te verdelen weken of dagen best niet te hoog. Het Zweedse systeem toont ook aan dat vooral een langer verlof voor vaders de beoogde langetermijneffecten kan bereiken.
148. In dat opzicht is het geboorteverlof in het Belgische recht een verhaal van gemiste kansen. Het verlof is niet verplicht, waardoor veel vaders het niet volledig zullen opnemen. Een verplichting van het verlof, ook al is het niet voldoende lang, had al een grote symbolische waarde gehad. Daarnaast is het niet goed betaald, waardoor veel vaders financieel ontmoedigd zullen zijn het verlof volledig op te nemen. Tot slot zijn de tien dagen die Belgische mannen krijgen, niet genoeg om voor de nodige mentaliteitswijziging te zorgen. Ook de parlementaire voorstellen die al poogden om het geboorteverlof te verlengen, waren niet ambitieus genoeg. Een verlof zo lang als het Zweedse is kostelijk, wat staten misschien weerhoudend maakt om exact hetzelfde systeem op te leggen. Een gelijke verdeling van het verlof kan echter ook met een minder lange verlofperiode gebeuren. Momenteel krijgen Belgische vrouwen een verlof van vijftien weken, waarvan twee weken verplicht op te nemen zijn voor de bevalling en negen weken verplicht op te nemen zijn na de bevalling. Waarom zou dit verlof bijvoorbeeld niet beperkt kunnen worden tot twee weken voor de bevalling en zes à zeven weken na de bevalling? De overige zes à zeven weken zouden dan aan de partner van de moeder kunnen gegeven worden. Dit is slechts één van de mogelijkheden, het is aan beleidsmakers om te bepalen hoeveel weken ze aan kersverse ouders kunnen en willen geven. De goede en slechte kanten van het Zweedse systeem kunnen daarbij een interessant richtsnoer zijn.

BESLUIT

149. Gendergelijkheid – en dan vooral het zorgen voor gelijke arbeidskansen – is een complex probleem waarop geen pasklaar antwoord voorhanden is. Toch lijkt de ongelijkheid in het zwangerschaps- en geboorteverlof traditionele rollen binnen het gezin te bevestigen. Een meer gelijke verdeling van dit verlof zou de verdeling van de zorgtaken binnen het gezin al vanaf de geboorte kunnen wijzigen, een effect dat op lange termijn blijft.
150. Juridisch gezien is er geen verplichting om deze ongelijkheid te wijzigen. Verschillende instrumenten verbieden discriminatie, maar in de rechtspraak werd het verschil in het moederschaps- en geboorteverlof als voldoende gerechtvaardigd beschouwd door het Hof van Justitie. Deze rechtvaardiging komt echter voort vanuit een traditionele visie op de vrouw als moeder en huisvrouw en de man als kostwinner. Net deze visie veroorzaakt de ondergeschikte plaats van de vrouw op de werkplaats. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hield echter wel rekening met de veranderende positie van de man in de maatschappij en erkende dat een gebrek aan geboorteverlof discriminatie kon zijn. Enkele internationale instrumenten erkennen ook de nood aan een gelijke verdeling van gezinstaken, maar deze hebben geen directe werking en houden geen directe verplichting in om een meer gelijk moederschaps- en geboorteverlof te voorzien.
151. Dit wil natuurlijk niet zeggen dat het niet beter zou kunnen. Zweden toont aan dat verandering mogelijk is. Hun genderneutraal verlof heeft positieve resultaten voortgebracht. België kan leren uit de positieve en negatieve ervaringen met dit verlof.
152. Er zijn al pogingen geweest binnen het Belgische recht om het geboorteverlof te veranderen door het verplicht te maken en/of te verlengen, maar deze zijn telkens op een sissier afgelopen. Deze plannen stelden een verlenging voor tot vijftien of twintig dagen. Het is echter twijfelachtig of dit lage aantal dagen de broodnodige verandering in de verdeling van gezinstaken teweeg zou kunnen brengen. Een mentaliteitsverandering is hoe dan ook cruciaal als we echte gelijkheid willen realiseren. Deze verandering moet eerst echter plaats vinden op het niveau van de wetgever, voordat de rollenpatronen binnen de gezinnen kunnen wijzigen. Het feit dat vaders meer verlof willen, toont aan dat zij klaar zijn om meer bij hun kinderen betrokken te zijn.