

De juridische bescherming van de zwangere werkneemster in de Europese Gemeenschap en in de Verenigde Staten

Foubert, P. (2001), *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community. Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United States of America.*

Proefschrift ingediend met het oog op het behalen van de graad van Doctor in de Rechten aan de Katholieke Universiteit Leuven, in het openbaar verdedigd op 28 januari 2002.

Een aanzienlijk deel van de discriminatie waarmee vrouwen op de arbeidsmarkt worden geconfronteerd, heeft rechtstreeks of onrechtstreeks te maken met een zeer belangrijk biologisch verschil tussen mannen en vrouwen: vrouwen kunnen zwanger worden, kinderen krijgen en borstvoeding geven. Deze studie bevat een juridische analyse van de omvang van de discriminatie op grond van zwangerschap, geboorte en borstvoeding en dat zowel in wetgeving als in rechtspraak, in de rechtssystemen van de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten van Amerika. Uit de vergelijking van de aanpak in beide systemen worden een aantal tips gedistilleerd voor een bescherming van de zwangere werkneemster die, meer dan de huidige bescherming, in overeenstemming is met het beginsel van de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers.

Uitgangspunt van de studie

Vele vrouwen onderbreken of vertragen hun professionele carrière omwille van zwangerschap, ge-

boorte, borstvoeding of de opvoeding van hun kinderen. Al deze gebeurtenissen of activiteiten vinden plaats in de privé-sfeer, met name in de sfeer van het huishouden. Deze sfeer wordt sinds de industriële revolutie gezien als de sfeer bij uitstek waar de vrouw zich dient op te houden. De weerslag van deze privé-gebeurtenissen en privé-activiteiten op de publieke sfeer van de arbeidsmarkt en van het betaald werk speelt de buitenshuis werkende vrouw echter parten. Hoewel de scheidingslijn tussen beide sferen in de loop der jaren is vervaagd, lijken de hardnekkige restanten van dit traditionele onderscheid het vrouwen bijzonder lastig te maken om mee te

draaien in de publieke sfeer, waar een voltijdse en ononderbroken beschikbaarheid van de werknemer voor de werkgever wordt verondersteld.

Zwangerschap, geboorte, borstvoeding en de opvoeding van kinderen zouden nochtans niet in dezelfde mate verantwoordelijk mogen zijn voor de achtergestelde positie van de vrouw op de arbeidsmarkt. Terwijl zwangerschap, geboorte en borstvoeding met de biologische eigenheden van de vrouw zijn verbonden, zijn het opvoeden en het verzorgen van kinderen dat niet. Het is de maatschappij die deze laatste taken aan de vrouw oplegt. Hoewel het niet uit te sluiten is dat mannen en vrouwen een verschillende manier van opvoeden en 'zorgen' hebben, is het niet wetenschappelijk aangetoond dat de ene manier van 'zorgen' minder waard zou zijn dan de andere. *Het onderscheid tussen biologische en maatschappelijk opgelegde 'eigenschappen'* van de vrouw wordt in de literatuur meestal aangeduid met respectievelijk de term 'seks' en de Engelse term 'gender'. Hoewel de discriminatie van vrouwen op de arbeidsmarkt verband houdt met zowel de 'seks'- als de 'gender'-aspecten van de vrouwelijke activiteiten uit de privé-sfeer, is de juridische bestrijding van 'seks'-discriminatie noodzakelijkerwijs de eerste stap naar een volledige integratie van de vrouw in de arbeidsmarkt. Zolang er geen bevredigende oplossing is gevonden voor de bestaande onverenigbaarheid van de biologische kenmerken van de vrouw met de arbeidsmarkt, lijkt het immers overmoedig een oplossing te willen zoeken voor 'gender'-discriminatie. *'Gender'-discriminatie* gaat namelijk gepaard met complexe en traditionele maatschappelijke overtuigingen, die moeilijker te duiden zijn dan de biologische verschillen tussen man en vrouw.

Omwille van deze vaststelling bevat deze studie dan ook enkel een juridische analyse van de omvang van de discriminatie op grond van zwangerschap, geboorte en borstvoeding en dat zowel in wetgeving als in rechtspraak. Om het juridische gegeven beter te kunnen begrijpen, wordt hierbij ook aandacht besteed aan de historische, sociologische en economische achtergrond van de discriminatie. De studie analyseert hoofdzakelijk het rechtssysteem van de Europese Gemeenschap (EG) en in ondergeschikte orde dat van de Verenigde Staten van Amerika (VS). Beide systemen vertonen een voldoende verwantschap om een eventuele kruisbestuiving toe te laten en tevens een voldoende mate van verscheidenheid, die perspectieven voor interessante vernieuwingen kan bieden. Deze ver-

gelijking dient uiteindelijk als basis voor een aantal suggesties om de discriminatie op grond van zwangerschap, geboorte en borstvoeding te verminderen of zelfs uit te roeien.

Het theoretisch kader

Aristoteles

In juridische discussies wordt de idee van gelijkheid vaak gekoppeld aan het recht op gelijke behandeling. Aristoteles' klassieke omschrijving van het gelijkheidsbeginsel biedt een interessant uitgangspunt voor het bestuderen van de samenhang tussen gelijkheid en gelijke behandeling. Uit deze omschrijving kan ook de juiste inhoud van het begrip "discriminatie" worden afgeleid. Volgens Aristoteles impliceert gelijkheid dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk in verhouding tot hun ongelijkheid. Indien twee gelijke gevallen een ongelijke behandeling krijgen en indien deze ongelijkheid niet te rechtvaardigen is, spreekt men van discriminatie. Twee ongelijke gevallen moeten daarentegen een ongelijke behandeling krijgen. Uit het Aristotelische gelijkheidsbeginsel volgt echter wel de onaanvaardbaarheid van een ongelijke behandeling van ongelijke gevallen die niet in verhouding staat tot hun ongelijkheid. Daaruit vloeit voort dat een niet te rechtvaardigen gelijke behandeling of een disproportionele ongelijke behandeling van ongelijke gevallen ook een vorm van discriminatie uitmaakt.

Discriminatie op grond van zwangerschap, geboorte en borstvoeding

Een centrale vraag in deze studie is die naar de vergelijkbaarheid van zwangerschap, geboorte en borstvoeding met andere menselijke 'kenmerken'. Het antwoord op deze vraag is immers bepalend voor de invulling van het Aristotelische paradigma ter zake. Indien zwangerschap, geboorte en borstvoeding vergelijkbaar zijn met andere kenmerken (zoals ziekte), dan dienen al de gevallen die deze kenmerken bezitten gelijk te worden behandeld. Indien geen vergelijkingspunt kan worden gevonden, dan is een *sui generis* behandeling van zwangerschap, geboorte en borstvoeding geoorloofd.

Een verdere complicatie dient zich aan wanneer men vaststelt dat zwangerschap, geboorte en borstvoeding biologische eigenschappen van de vrouw zijn die niet zomaar kunnen worden losgekoppeld van het kenmerk 'geslacht'. Dit laatste kenmerk is op zichzelf het voorwerp van een discriminatieverbod in zowel de EG als in de VS. Men dient zich bijgevolg de vraag te stellen of deze biologische eigenschappen moeten worden beschouwd als relevante kenmerken die een verschillende behandeling mogelijk maken of eerder als rechtvaardigingsgronden die een discriminatie tussen mannen en vrouwen kunnen rechtvaardigen. In dit laatste geval blijft het verbod van discriminatie op grond van geslacht als ultieme garantie voor gelijke behandeling aanwezig.

Vergelijkende analyse

Hoewel zowel de EG als de VS een vrijmarktconomie kennen, ziet men in beide rechtssystemen een duidelijk verschil in de manier waarop de rentabiliteit en de concurrentiële slagkracht van de werkgever enerzijds en de bescherming van de werknemer anderzijds tegen elkaar worden afgewogen. Meer dan in de VS, corrigeert de Europees-rechtelijke bescherming van de werknemer in velerlei opzichten de economische overwegingen van de werkgever. De gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers vormt hierop een notoire uitzondering en is het gevolg van de centrale plaats die gelijkheid in al zijn facetten in de Amerikaanse samenleving inneemt.

Deze studie heeft aangetoond dat de verschillende benadering van de vrijmarktconomie en het daarmee samenhangend verschil in afweging van werkgevers- en werknemersbelangen een invloed heeft op de manier waarop de ongelijkheid tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers wordt aangepakt. De EG staat voor een substantiële benadering van gelijkheid, terwijl de VS steeds voorstander van een meer formele benadering zijn geweest. *Formele gelijkheid* vergt enkel dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. *Substantiële gelijkheid* daarentegen beschouwt gelijkheid niet als de beschrijving van een statische situatie, maar als een doel op zichzelf. Substantiële gelijkheid aanvaardt dat de (tijdelijke) ongelijke behandeling van gelijke gevallen nodig kan zijn met het oog op het (uitein-

delijke) bereiken van meer gelijkheid. Waar formele gelijkheid eerder gericht is op het procedurele aspect van de gelijke behandeling, is substantiële gelijkheid dus meer resultaatgericht.

De bespreking van de wetgeving en van de rechtspraak inzake de bescherming van de zwangere werknemster in de EG en in de VS heeft echter duidelijk aangetoond dat geen van beide rechtssystemen in staat is gebleken de discriminatie ten aanzien van vrouwelijke werknemers uit te roeien. In zowel de EG als in de VS schommelt de vrouwelijke activiteitsgraad rond de 60% en is de arbeidsmarkt horizontaal en verticaal gesegregeerd. Zowel Europese als Amerikaanse vrouwen werken zeer vaak deeltijds en in slecht betaalde jobs.

De relatief beperkte verschillen tussen de situatie van de vrouwelijke werknemer in de EG en in de VS doen veronderstellen dat er andere, gemeenschappelijke kenmerken zijn die verantwoordelijk zijn voor de achtergestelde positie van de vrouwelijke werknemer op de Europese en de Amerikaanse arbeidsmarkt. De zoektocht naar deze kenmerken kan geïllustreerd worden aan de hand van een korte bespreking van één van de themata die in deze studie centraal stonden, namelijk het *moederschapsverlof*.

De EU-lidstaten kennen sinds lang het systeem van moederschapsverlof. Moederschapsverlof wordt gezien als een ongelijke behandeling van vrouwelijke werknemers met het oog op het bereiken van meer gelijkheid voor vrouwen op de arbeidsmarkt. Het is dus een uiting van de substantiële benadering van het gelijkheidsbeginsel. Dit aspect van de bescherming van de zwangere werknemster is echter zijn eigen leven gaan leiden, los van enig verband met het principe van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers en is zodoende in verstrekkende beschermingsmaatregelen uitgemond.

Deze benadering blijkt uiteindelijk niet veel te verschillen van een benadering die ooit in de VS werd gepropageerd en volgens dewelke zwangere werknemers een *sui generis* categorie vormen, die volledig verschillend van alle andere werknemers behandeld mag worden. Net als de Europese instellingen zag het Amerikaanse hoogste gerechtshof niet in dat er een verband bestaat tussen het cri-

terium 'geslacht' en het criterium 'zwangerschap'. Op die manier wordt in de beide rechtssystemen de zwangerschapsproblematiek losgekoppeld van het gelijkheidsdebat en bestaat het risico dat de behandeling van zwangere werknemers geïnspireerd wordt door traditionele, stereotiepe ideeën in verband met de maatschappelijke rol van mannen en vrouwen.

De studie voert aan dat de oplossing voor het probleem ligt in een juiste balans tussen formele en substantiële gelijkheid. Voor wat betreft moederschapsverlof lijkt zulk een balans te impliceren dat de wetgever voorziet in een recht op betaald verlof voor de gemiddelde periode die nodig is om fysiek te herstellen van een bevalling (zes tot acht weken). Alle verlofperiodes die verder gaan dan deze zes tot acht weken zijn in feite bedekt ouder-

schapsverlof in het belang van het kind en moeten onder dezelfde voorwaarden voor mannen én vrouwen toegankelijk zijn. Dit is geen juridisch pleidooi voor het terugschroeven van de sociale verworvenheden van de zwangere werknemer, maar een aansporing om bepaalde voordelen, die niet te rechtvaardigen zijn op grond van louter biologische verschillen tussen man en vrouw, op basis van het principe van de gelijkheid tussen beide geslachten uit te breiden tot de mannelijke werknemers.

Petra Foubert
Instituut voor Europees Recht
K.U. Leuven