



Commissie Gelijke Behandeling

Advies van de Commissie Gelijke Behandeling over

**De afschaffing van de publieke regeling
voor zwangerschaps- en
bevallingsuitkering voor zelfstandigen in
relatie tot Europese regelgeving.**

CGB-advies/2006/06

28 april 2006

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding.....	3
1.1	Aanleiding.....	3
1.2	Opzet advies.....	3
2	Eindconclusies en advies.....	5
2.1	Eindconclusies	5
2.2	Advies.....	5
3	Europeesrechtelijke regelgeving.....	6
3.1	Inleiding.....	6
3.2	Algemene schets van het Europese gelijkebehandelingsrecht	6
3.3	Europese Richtlijnen	6
3.3.1	Richtlijn 76/207/EEG (Tweede gelijkebehandelingsrichtlijn), na de herziening volgens de Richtlijn 2002/73/EG (Herzieningsrichtlijn)	7
3.3.2	Richtlijn 86/613/EEG (Zelfstandigenrichtlijn).....	9
3.3.3	Richtlijn 92/85/ EG (Zwangerschapsrichtlijn).....	10
3.3.4	Richtlijn 2004/113/EG - Goederen en diensten richtlijn	11
3.4	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen	12
3.4.1	Inleiding.....	12
3.5.1	Inleiding.....	14
4	Overige Europeesrechtelijke regelgeving	17
4.1	Inleiding.....	17
4.2	EVRM	17
4.3	Europees Sociaal Handvest	18
5	VN-Vrouwenverdrag	19
6	Eindbeoordeling en eindconclusies	21
6.1	Eindbeoordeling.....	21
6.2	Beoordeling van de praktijk van particuliere verzekering	22
6.3	Eindconclusies	24
6.4	Advies.....	24

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Aanleiding voor dit advies vormt de adviesaanvraag van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mr. A.J. de Geus, aan de Commissie Gelijke Behandeling, hierna de Commissie, van 30 september 2005. Op uitdrukkelijk verzoek van de Eerste Kamer heeft de minister de Commissie gevraagd om 'de afschaffing van de publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen te beoordelen tegen de achtergrond van relevante Europeesrechtelijke aspecten.'¹

Per 1 augustus 2004 is de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen², na zes en half jaar, afgeschaft. Sindsdien zijn zelfstandigen voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering aangewezen op particuliere verzekeraars. Hiermee verviel als gevolg hiervan ook de – inmiddels naar de Wet Arbeid en Zorg overgeheveld – nationale zwangerschaps- en bevallingsuitkering van 16 weken rond de bevalling van de zelfstandigen en meewerkende echtgenoten (voor zover niet in dienst van hun echtgenoot) en beroepsbeoefenaren ter hoogte van 100% van het minimumloon. Zij hebben dus geen wettelijke garantie meer van zwangerschaps- en bevallingsuitkeringen door de overheid. Zij kunnen zich nog slechts vrijwillig verzekeren bij particuliere verzekeringsmaatschappijen. De achterliggende gedachte van de regering bij het afschaffen van de WAZ was dat private regelingen de voorkeur hebben boven een publieke regeling, mits de private verzekeringsmarkt in staat is om een goed product te leveren. Tot dit laatste achtte de regering de private verzekeringsmarkt in staat. Bij de afschaffing van de WAZ is de personele werkingsfeer van de Wazo uitgebreid (artikel 3:17 Wazo), waardoor met name alfahulpen (die onder de WAZ vielen) recht kregen op een zwangerschaps- en bevallingsuitkering op grond van de Wazo.

De adviesaanvraag aan de Commissie is het gevolg van kritiek van met name de Eerste Kamer op genoemde afschaffing. In beide kamers heersten sterke twijfels over de houdbaarheid van de stelling van de regering dat deze intrekking niet strijdig zou zijn met Europeesrechtelijke of internationaal rechtelijke verplichtingen.³ Desondanks heeft het parlement zich niet tegen de afschaffing verzet. De minister heeft aan de Eerste Kamer de toezegging gedaan de Commissie en de ILO advies te vragen over deze problematiek.⁴

1.2 Opzet advies

Het verzoek van de minister SZW is breed geformuleerd: 'Beoordeel de afschaffing van de publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen tegen de achtergrond van relevante Europeesrechtelijke aspecten.' De Commissie splitst deze vraag op in de volgende deelvragen:

1. Verplicht de Europese regelgeving (EG-verdrag en richtlijnen) - bezien in het licht van Europese jurisprudentie en beleid (actieprogramma's, resoluties, aanbevelingen, afspraken en andere uitingen) – de overheid tot invoering of tot instandhouding van een publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen?
2. Verplicht het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) tot invoering of tot instandhouding van een publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen?

¹ Zie bijlage.

² Wet van 24 april 1997, Stb. 1997, 177.

³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29497 nr. 14, *Kamerstukken I* 2003/04, 20497 A-C, Eerste Kamer, Handelingen 2003/04, nr 37 p. 2023-2031 en p. 2038-2041.

⁴ De ILO is gevraagd om een informele mening te geven over de vraag of de afschaffing van publieke zwangerschaps- en bevallingsuitkering strijdig is met ILO-verdragen en met het VN-Vrouwenverdrag (verzoeken van 22 april en 21 september 2005).

Aangezien in diverse Europese richtlijnen wordt verwezen naar het VN-Vrouwenverdrag is de volgende deelvraag toegevoegd:

3. Verplicht het VN-Vrouwenverdrag de staat tot invoering van een publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen of tot de instandhouding van de ingevoerde publieke regeling?

Deze deelvragen zullen achtereenvolgens worden beantwoord in de hoofdstukken 3, 4 en 5. Hoofdstuk 6 bevat de belangrijkste bevindingen uit voorgaande hoofdstukken en op grond daarvan de antwoorden op genoemde deelvragen. De uitkomsten worden tot slot afgezet tegen de huidige praktijk van verzekeringsmaatschappijen inzake bieden van uitkeringen bij zwangerschaps- en bevallingsperiode, waarvoor normaliter verlof wordt verleend, en mede in het licht van de verschenen oordelen van de Commissie en de rechter, worden eindconclusies getrokken.

2 Eindconclusies en advies

2.1 Eindconclusies

De beantwoording van de deelvragen, in onderlinge samenhang beschouwd, leidt tot de volgende eindconclusies:

1. Op grond van EG-regelgeving en jurisprudentie, in samenhang met het Europees (gender)beleid, actieprogramma's e.d., kan worden geconcludeerd dat de overheid de *verantwoordelijkheid* draagt om een inkomensvoorziening te realiseren voor alle werkende vrouwen, waaronder vrouwelijke zelfstandigen en meewerkende echtgenoten, gedurende de zwangerschaps- en bevallingsverlofperiode, zodanig dat er daadwerkelijk sprake is van materiële gelijkheid tussen vrouwen en mannen. Het is om het even of deze voorziening in de publieke of private sfeer wordt getroffen.
2. Op grond van Europese regelgeving (EG-verdragen, richtlijnen en jurisprudentie) is van een strikte juridische verplichting voor de overheid tot invoering van een publieke regeling, geen sprake. Het afschaffen van een publieke regeling lijkt wel in strijd met de doelstelling van de regelgeving, zeker nu blijkt dat het beschermingsniveau van de particuliere verzekeringen lager is dan dat van de publieke regeling (zie conclusie 4).
3. Op grond van het VN-Vrouwenverdrag is de overheid evenwel verplicht om passende maatregelen te treffen om discriminatie vanwege moederschap te voorkomen, onder meer door verlof wegens bevalling in te voeren met behoud van loon of door middel van een vergelijkbare sociale voorziening; deze verplichting geldt voor alle vormen van beroepsactiviteiten.
4. Onder meer uit de oordelen die de Commissie uitbracht toen de publieke regeling nog bestond, blijkt dat de betreffende verzekeringen als aanvullende voorziening niet voldeden aan de gelijkebehandelingswetgeving. Doorgaans was ten onrechte een wachttijd van twee jaar opgenomen alvorens recht te hebben op de betreffende uitkering. Ook kwam het voor dat een verzekeringsmaatschappij in het geval van zwangerschap ongunstiger voorwaarden voor het recht op uitkering hanteert dan bij arbeidsongeschiktheid.⁵
5. Uit de hiervoor vastgestelde verantwoordelijkheid en verplichtingen kan worden geconcludeerd dat de overheid een publiekrechtelijke voorziening voor een bevallings- en zwangerschapsuitkering slechts kan afschaffen wanneer zij heeft veiliggesteld dat daarvoor in de plaats komt een particuliere voorziening met hetzelfde beschermingsniveau. Na het vervallen van de publieke regeling zijn voorzover bekend de polissen niet aangepast. Dit brengt een verslechtering mee, die in strijd is met zowel de Europese en VN-regelgeving, als met de doelstelling van de EG regelgeving - zoals blijkt uit het Europees beleid en actieprogramma's - om materiële gelijkheid tussen vrouwen mannen te bewerkstelligen.

2.2 Advies

Op basis van voorgaande conclusies wordt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geadviseerd zorg te dragen voor een verzekering die voor zelfstandig werkende vrouwen ⁶ een adequate uitkering garandeert - dat wil zeggen zonder uitsluiting, wachttijden en premieverhoging - tijdens de zwangerschaps- en bevallingsperiode, waarvoor normaliter sprake is van verlof. Dit kan plaatsvinden hetzij door een publiekrechtelijke regeling, hetzij via een privaatrechtelijke regeling. Gelet op de verschillende vormen waarin vrouwen worden benadeeld - uitsluiting, wachttijden en premieverhoging - ligt het voor de hand dat de minister zorgdraagt voor een kader. De gelijkebehandelingswetgeving heeft in de praktijk klaarblijkelijk onvoldoende houvast geboden. Via een wettelijke regeling of anderszins dient hierin te worden voorzien.

⁵ Zie onder meer CGB 15 juli 1987, oordeel 1997-87 en CGB 25 juni 2002, oordeel 2002-76

⁶ Zelfstandig en meewerkende werkende vrouwen zijn vrouwen die geen werknemers zijn en niet onder de persoonlijke werkkingsfeer van de Wet Arbeid en Zorg vallen. Met name vrouwen die geen hoog inkomen hebben en niet zelf geld kunnen reserveren voor genoemde periode, ervaren de negatieve gevolgen van het ontbreken van een adequate zwangerschaps- en bevallingsverzekering en daarmee een uitkering.

3 Europeesrechtelijke regelgeving

3.1 Inleiding

Ter beantwoording van de eerste deelvraag wordt in dit hoofdstuk onderzocht of Europese regelgeving, in het licht van de jurisprudentie en het beleid, leidt tot een verplichting tot invoering en tot instandhouding van een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsvoorziening.

Europese regelgeving omtrent zwangerschaps- en bevallingsuitkeringen is direct gerelateerd aan de regelgeving aangaande gelijke behandeling op grond van geslacht. Omdat zwangerschap onverbreekbaar is verbonden met het vrouw-zijn, bepaalt de wetgeving gelijkebehandeling dat onder direct onderscheid op grond van geslacht mede onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap moet worden verstaan. In het kader van dit onderzoek wordt dan ook eerst een algemene schets gegeven van het Europese gelijkebehandelingsrecht. Hierbij wordt kort ingegaan op het Verdrag van de Europese Gemeenschappen (hierna het EG), gevolgd door een bespreking en beoordeling van de uitwerking van het verdrag in de gelijkebehandelingsrichtlijnen. Vervolgens wordt de Europese jurisprudentie en het beleid in Europa uiteengezet, voorzover relevant voor de beantwoording van genoemde vraag. Tot slot wordt op basis van de resultaten van het onderzoek een aantal conclusies getrokken.

3.2 Algemene schets van het Europese gelijkebehandelingsrecht

Gelijke behandeling op grond van geslacht is als fundamenteel beginsel door alle lidstaten binnen de Europese Unie onderschreven. Gebaseerd op dit uitgangspunt zijn richtlijnen en beleid tot stand gekomen.

Het fundament voor het Europese gelijkebehandelingsrecht is gelegen in het EG. Het principe van gelijke behandeling is sinds 1997 neergelegd in de beginselen van de Europese gemeenschap (artikel 2 en 3 EG). De Gemeenschap heeft onder meer tot taak de gelijkheid tussen mannen en vrouwen te bevorderen en bij al haar activiteiten streeft zij ernaar de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen.

Daarnaast is in artikel 13 is bepaald dat de Gemeenschap passende maatregelen kan nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. Een bepaling betreffende gelijke behandeling van *mannen en vrouwen* is te vinden in artikel 141 EG. Met name lid 3 van dit artikel is in dit kader van belang. Daarin is bepaald dat de Raad maatregelen kan aannemen om de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep te waarborgen.

Verder bevat artikel 136 EG een aantal sociale doelstellingen, zoals het bevorderen van de werkgelegenheid, een adequate sociale bescherming en bestrijding van uitsluiting. Om deze doelstelling te realiseren, is in het daarop volgende artikel 137, eerste lid, EG bepaald dat de lidstaten op een aantal terreinen door de EG worden ondersteund, onder meer 'wat betreft de gelijkheid tussen mannen en vrouwen wat hun kansen op de arbeidsmarkt en de behandeling op het werk betreft.'

3.3 Europese Richtlijnen

Op basis van de hiervoor genoemde uitgangspunten met betrekking tot gelijke behandeling van de Europese Gemeenschap en de artikelen 141 en 13 EG heeft de Raad van Europese Gemeenschappen diverse richtlijnen aangenomen die betrekking hebben op gelijke behandeling van mannen en vrouwen en op de veiligheid en gezondheid op het werk van

werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie. In het kader van deze adviesaanvraag zijn de volgende richtlijnen relevant:

1. Richtlijn 76/207/EEG: de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn; over de toegang tot de arbeid, en de herzieningsrichtlijn 2002/73/EG;
2. Richtlijn 86/613/EEG: de vijfde gelijkebehandelingsrichtlijn; voor zelfstandigen;
3. Richtlijn 92/85/EEG: de zwangerschapsrichtlijn; en
4. Richtlijn 2004/113/EG: de goederen en diensten richtlijn.

Achtereenvolgens zal worden onderzocht of, en zo ja in hoeverre bepalingen in deze richtlijnen wijzen op een verplichting van de staat tot invoering of tot instandhouding van publiek geregelde zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkeringen.

3.3.1 Richtlijn 76/207/EEG (Tweede gelijkebehandelingsrichtlijn), na de herziening volgens de Richtlijn 2002/73/EG (Herzieningsrichtlijn)

Bevindingen

De overheid dient te voorkomen dat vrouwen in samenhang met zwangerschaps - en bevallingsverlof (in de zin van de Zwangerschapsrichtlijn), worden benadeeld. Noch in de publieke, noch in de particuliere sector mag (directe of indirecte) discriminatie op grond van het geslacht plaatsvinden bij de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep. De overheid lijkt te moeten waarborgen dat een eenmaal bereikt niveau van bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat betreft zwangerschap en moederschap, publiekrechtelijk of privaatrechtelijk, behouden blijft.

Toelichting

Richtlijn 76/207/EEG, de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn, beoogt tenuitvoerlegging door de lidstaten van gelijke behandeling van vrouwen en mannen ten aanzien van de toegang tot de arbeid, de beroepsopleiding, promotiekansen en arbeidsvoorwaarden. Deze richtlijn is in 2002 herzien door Richtlijn 2002/73/EG.⁷ Met name door deze wijzigingen bevat deze richtlijn belangrijke bepalingen ten aanzien van bescherming van het zwangerschap en moederschap. Allereerst dienen de lidstaten ingevolge het in 2002 gewijzigde artikel 1*bis*, daadwerkelijk rekening te houden met de doelstelling van gelijkheid van mannen en vrouwen bij het opstellen en uitvoeren van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, beleidsmaatregelen en activiteiten op de in het eerste lid benoemde gebieden. Dit betreft onder meer de toegang tot het arbeidsproces, de arbeidsvoorwaarden en, onder voorwaarden, de sociale zekerheid. Daarnaast bevat deze richtlijn een - in dit kader belangrijke - uitgebreide bepaling over zwangerschap (artikel 2, zevende lid). Deze houdt in dat deze richtlijn de bepalingen betreffende de bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat zwangerschap en moederschap betreft, onverlet laten. Kort en goed, het ongunstiger behandelen van vrouwen dan mannen vanwege de zwangerschaps- en bevallingsperiode (in de zin van de Zwangerschapsrichtlijn), is een vorm van discriminatie.

Verder is in artikel 3 vastgelegd dat de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen onder meer inhoudt dat er geen (directe of indirecte) discriminatie op grond van het geslacht mag plaatsvinden in de publieke of de particuliere sector voor wat betreft voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst *of als zelfstandige* en tot een beroep. Tot deze voorwaarden behoren ook de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de functie en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen.

⁷ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/2007/EEG van de Raad (PB L 269 van 5 oktober 2002). Uiterste implementatiedatum was 5 oktober 2005.

De woorden 'als zelfstandige' zijn via een amendement door het Europees Parlement toegevoegd teneinde deze richtlijn op een lijn te brengen met de zogenoemde Kaderrichtlijn van 2000 (2000/78/EG)⁸, die een gelijkkluidende bepaling kent (artikel 3, eerste lid, onderdeel a). Uit de uitdrukkelijke toevoeging van zelfstandige zou kunnen worden geconcludeerd dat ook ten aanzien van zelfstandigen het maken van onderscheid is verboden bij de toegang tot de arbeid en bij de bevordering. Het niet kunnen beschikken over een uitkering in geval van zwangerschaps- en bevalling vormt een beletsel voor de toegang tot arbeid bijvoorbeeld bij de toetreding tot een maatschap. Indien deze beperking van de toegang het gevolg is van het ontbreken van een adequate voorziening, dan is de Staat hiervoor verantwoordelijk te houden. Hij dient er zorg voor te dragen dat deze beperking wordt weggenomen.

Sinds de jaren negentig⁹ is het gebruikelijk om in de gelijkebehandelingsrichtlijnen een bepaling op te nemen inhoudende dat de uitvoering van de betreffende richtlijn onder geen beding een reden mag zijn voor verlaging van het in de lidstaten reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie op de door de richtlijn bestreken terreinen. Een dergelijke bepaling ontbrak in de oorspronkelijke richtlijn 76/207/EEG, maar staat wel in de richtlijn 2002/73/EG die aanleiding vormde om richtlijn 76/207/EEG te herzien, namelijk in artikel 8 sexies. Om te bepalen of een bestaand niveau van bescherming is verlaagd, dient ook te worden onderzocht of er naast of in plaats van een publiekrechtelijke regeling sprake is van een privaatrechtelijke voorziening van hetzelfde beschermingsniveau. Als een privaatrechtelijke voorziening minder bescherming biedt, blijft de overheid gehouden om het (voorheen) bestaande niveau van bescherming te garanderen door zelf een vangnet te treffen of door regels te stellen waaraan de leveranciers op de private markt moeten voldoen. Ook los van deze specifiek in richtlijnen opgenomen bepalingen, geldt dat de Europese Gemeenschap en de lidstaten zich ten doel hebben gesteld om de werkgelegenheid te bevorderen en de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden gestaag te verbeteren. Uit artikel 136 EG blijkt dat hierbij de weg van de vooruitgang voor ogen heeft gestaan. Aangezien de EG is gebouwd op de weg van de vooruitgang, worden lidstaten niet geacht een stap terug te doen. Uit het feit dat de Europese Commissie met betrekking tot gelijkheid van vrouwen en mannen recentelijk nog een zogenoemde Roadmap (routekaart) heeft uitgebracht voor de jaren 2006 tot 2010, blijkt dat op het gebied van de gelijkheid van vrouwen en mannen het eindpunt van de weg van de vooruitgang nog niet is bereikt.

Zoals vermeld kan een lidstaat regelingen invoeren en afschaffen, maar moet hij zich daarbij wel houden aan verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht. Als een verlaging van het beschermingsniveau al mogelijk is, is een gedegen onderzoek naar de gevolgen daarvan en een goede argumentatie daarvoor vereist. Dit lijkt te meer te gelden als – zoals bij de invoering van de WAZ - de ingevoerde bescherming, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis, uitdrukkelijk is gebaseerd op een verplichting uit een Europese richtlijn¹⁰ en door het afschaffen van de betreffende regeling en verlaging van het beschermingsniveau met name vrouwen onevenredig worden getroffen.

⁸ OJ C 47, 21.2.2002, p. 19.

⁹ Richtlijn 1992/85/EEG is een van de eerste richtlijnen op het gebied van gezondheid en veiligheid op het werk waarin een clause was opgenomen inzake non-regressie houdende minimumeisen waaraan moet worden voldaan. Verder in de Richtlijnen 2000/43/EG (art.6 minimumeisen), 2000/78/EG (artikel 8, minimumeisen), 2002/73/EG en 2004/113/EG (artikel 7 minimumeisen).

¹⁰ Tweede Kamer 191995/96 24 758, nr. 3, p. 36.

3.3.2 Richtlijn 86/613/EEG (Zelfstandigenrichtlijn)

Bevindingen

Lidstaten moeten alert zijn op bepalingen die strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling en die vrouwen die werkzaam zijn als zelfstandige op de een of andere (financiële) wijze belemmeren. In de richtlijn is aansluiting gezocht bij de bestaande richtlijn met betrekking tot gelijke behandeling in werknemerssituaties.

Lidstaten hebben de plicht om te onderzoeken of en op welke wijze vrouwelijke zelfstandigen en echtgenoten van zelfstandigen tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap, aanspraak kunnen maken op vervangingsdiensten of op de op het grondgebied bestaande sociale diensten, of in aanmerking kunnen komen voor uitkering in het kader van een stelsel van sociale zekerheid of een ander openbaar stelsel van sociale bescherming.

Van een verplichting tot het hebben van dergelijke regelingen is formeel geen sprake. Mede in het licht van de achtergronden en ontwikkelingen kunnen lidstaten zich in de praktijk niet beperken tot het doen van onderzoek zonder concrete maatregelen te treffen. Veel Europese landen kennen dan ook een (publieke) voorziening ter zake.

Toelichting

Deze vijfde gelijkebehandelingsrichtlijn - ook wel de Zelfstandigenrichtlijn genoemd - betreft de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen (de landbouwsector daarbij inbegrepen), en de bescherming van het moederschap. Op grond van artikel 4 van deze richtlijn heeft de staat de verantwoordelijkheid om een einde te maken aan alle bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling als omschreven in de hierboven besproken richtlijn 76/207/EEG (zie hierboven). Met name geldt dit ten aanzien van de oprichting, vestiging of uitbreiding van een onderneming en ten aanzien van de aanvang of uitbreiding van iedere andere vorm van werkzaamheid van zelfstandigen. Deze bepaling verplicht de lidstaten om alert te zijn op bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling en die vrouwen belemmeren bij het werkzaam zijn als zelfstandige. Hierbij noemt de richtlijn uitdrukkelijk dat geen onderscheid mag worden gemaakt bij het bieden van financiële faciliteiten.

Uit jurisprudentie¹¹ blijkt dat de richtlijnen 86/613/EEG en 76/207/EEG in zaken die vallen onder de werkingsfeer van richtlijn 86/613/EEG, in onderlinge samenhang dienen te worden uitgelegd, aangezien artikel 4 van richtlijn 86/613/EEG uitdrukkelijk verwijst naar het beginsel van gelijke behandeling zoals omschreven in richtlijn 76/207/EEG.

Op grond van artikel 8 van deze richtlijn heeft de overheid de verplichting "te onderzoeken of, en zo ja op welke wijze, vrouwelijke zelfstandigen en echtgenoten van zelfstandigen tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap,

- aanspraak kunnen maken op vervangingsdiensten of op het grondgebied bestaande sociale diensten, of
- in aanmerking kunnen komen voor uitkering in het kader van een stelsel van sociale zekerheid of een ander openbaar stelsel van sociale bescherming."

Uit de totstandkominggeschiedenis van dit artikel blijkt dat het aanvankelijk uitdrukkelijk de bedoeling was om een verdergaande verplichting dan de verplichting tot het verrichten van onderzoek, in te voeren. In het EG Actie Programma betreffende bevordering van gelijke kansen voor de vrouw (1982-1985)¹² werd het probleem aan de orde gesteld dat zelfstandige en meewerkende vrouwen geen vergoeding kregen in de weken voor en na de bevalling. In artikel 8 van de ontwerp-richtlijn uit 1984 werd daarom een verplichting aan de lidstaten opgelegd maatregelen te nemen ter bescherming van aanstaande en jonge moeders door hen tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap aanspraak te geven op vervangingsdiensten (voornamelijk van belang in de landbouw) of op

¹¹ HvJ EG, 6 april 2000, zaak C-226/98, Jorgensen, zie overweging 26.

¹² Goedgekeurd door een resolutie van de Raad, PB C 186 van 21.7.1982.

vergoeding via een stelsel van sociale zekerheid.¹³ Hoewel het Europees Parlement¹⁴ en het Economisch en Sociaal Comité¹⁵ zich positief uitlieten over de tekst van artikel 8 van de ontwerprichtlijn, heeft de Sociale Raad de ontwerprichtlijn afgewezen. De reden voor deze wijziging is niet geheel duidelijk. Enerzijds leken er geen grote bezwaren te bestaan omdat veel lidstaten (Nederland en Duitsland uitgezonderd) reeds een publieke regeling ter zake kenden.¹⁶ Voorts heeft de uiteindelijke formulering van artikel 8 geleid tot kritiek van verschillende Europese instellingen. Zo rapporteerde de Europese Commissie in 1994 dat de doelstelling van de vijfde richtlijn niet was bereikt. Zij doelde hierbij op de toekenning van een professionele status aan meewerkende echtgenoten en de realisatie van een adequaat niveau van sociale zekerheidsbescherming ten behoeve van deze groep.¹⁷ Op 21 februari 1997 heeft het Europees Parlement een resolutie aangenomen met betrekking tot de situatie van meewerkende echtgenoten.¹⁸ In de toelichting hierop merkte de rapporteur op dat er na het hierboven genoemde rapport uit 1994 niets meer is ondernomen, en dat dit in strijd is met artikel 11 (evaluatie) van de richtlijn. Ook bij andere gelegenheden heeft het Europees Parlement in de jaren 2003, 2004 en 2005 resoluties aangenomen waarin steeds de noodzaak is verwoord om voorstellen te doen tot wijziging van deze richtlijn, met name gericht op de positie van de meewerkende echtgenoot.¹⁹

Ondanks de intenties bij het opstellen van de Zelfstandigenrichtlijn en de druk vanuit het Europees Parlement en andere Europese instituties, verplicht artikel 8 de lidstaten formeel uitsluitend tot het doen van onderzoek. Mede in het licht van het Grimaldi-arrest²⁰ kunnen de lidstaten vanwege de voorgaande achtergronden en ontwikkelingen zich in de praktijk niet beperken tot het doen van onderzoek, zonder concrete maatregelen te nemen. Veel lidstaten hebben het hierbij ook niet gelaten (zie noot 16).

3.3.3 Richtlijn 92/85/ EG (Zwangerschapsrichtlijn)

Bevindingen

De Zwangerschapsrichtlijn is gericht op verbetering van veiligheid en gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie en is uitsluitend van toepassing op vrouwelijke werknemers, dus niet op vrouwelijke zelfstandigen.

Toelichting

Deze richtlijn behoort strikt genomen niet tot de gelijkebehandelingsrichtlijnen. Hij is ook niet gebaseerd op artikel 141 van het EG, maar op artikel 118a EG. De richtlijn beoogt dan ook 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. De richtlijn is bovendien alleen van toepassing op werkneemsters.

¹³ PB C 113 van 27.4.84.

¹⁴ Resolutie van 23 mei 1984 tot besluit van de raadpleging van het Europees Parlement inzake de voorgestelde richtlijn; OJ C 172 van 2.7.84.

¹⁵ PB C 343 van 24.12.84.

¹⁶ A. Eleveld, "Een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten in Europees perspectief", december 2005, (afstudeerscriptie). Hieruit blijkt dat Zweden, Finland, Groot-Brittannië, België, Frankrijk, Italië en Spanje een publieke regeling hebben en dat Duitsland en Nederland geen publieke regeling kennen. (De nieuwere lidstaten zijn niet onderzocht.) Niettemin heeft ook de Nederlandse regering bij de invoering van de Wet zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen benadrukt dat op deze manier invulling werd gegeven aan de verplichting uit artikel 8 van de Zelfstandigenrichtlijn; *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 758, nr. 3, p. 37.

¹⁷ COM (94) 0163.

¹⁸ OJ C 85, 21.2.1997, p. 186.

¹⁹ OJ C 271, 12.11.2003 p. 590; OJ C 74^E, 23.4.2004, p. 882; OJ C 157, 28.6.2005 p. 0083-0086.

²⁰ Zie paragraaf 3.5.2.

²¹ A. Eleveld, "Een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten in Europees perspectief", december 2005, (afstudeerscriptie). Hieruit blijkt dat Zweden, Finland, Groot-Brittannië, België, Frankrijk, Italië en Spanje een publieke regeling hebben en dat Duitsland en Nederland geen publieke regeling kennen. De nieuwere lidstaten zijn niet onderzocht.

²² *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 758, nr. 3, p. 37.

Het Europees Parlement heeft aangedrongen op een uitbreiding van deze richtlijn met 'bijzondere maatregelen voor een aanvullende bescherming van vrouwelijke zelfstandigen, met name het recht op financiële vergoeding tijdens een bepaalde verlofperiode uit nationale sectorale fondsen die op basis van bijdragen worden opgebouwd'.²³ Dit heeft echter nog niet tot aanpassing van de richtlijn geleid.

3.3.4 Richtlijn 2004/113/EG - Goederen en diensten richtlijn

Bevindingen

De Goederen en Diensten richtlijn stelt dat ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap moet worden beschouwd als een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht. Dit moet daarom worden verboden in verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten. Bovendien mogen de kosten in verband met zwangerschaps- en moederschapsrisico's niet alleen op vrouwen worden afgewenteld. Bij de implementatie van deze richtlijn kunnen mogelijke strijdigheden in het kader van gelijke behandeling worden meegenomen.

Toelichting

De Richtlijn 2004/113/EG - die vóór 21 december 2007 moet worden geïmplementeerd, maar nu reeds geldend EG-recht is ²⁴ - betreft de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. In overweging 20 bij de richtlijn overweegt de Raad dat het ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap moet worden beschouwd als een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht en dat dit daarom moet worden verboden in verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten. De kosten in verband met zwangerschap- en moederschapsrisico's mogen volgens de Raad niet alleen op vrouwen worden afgewenteld.

Ingevolge artikel 3, vierde lid, is de richtlijn niet van toepassing op aangelegenheden in verband met arbeid en beroep en ook niet op aangelegenheden in verband met arbeid als zelfstandige, voor zover die aangelegenheden onder andere communautaire wetgevingsbesluiten vallen. De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen vallen onder deze richtlijn, nu zij niet onder andere communautaire wetgevingsbesluiten vallen. Dit komt ook overeen met het verbod in artikel 7 van de AWGB om onderscheid te maken op grond van geslacht bij de aanbieder van goederen en diensten.

Ingevolge artikel 5, derde lid, van de richtlijn mogen kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap, in geen geval leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen. Hieruit kan worden afgeleid dat het verzekeraars niet is toegestaan om – naast arbeidsongeschiktheidsverzekeringen - aparte verzekeringen aan te bieden die uitsluitend inkomensverlies vanwege arbeidsongeschiktheid in verband met zwangerschap en zwangerschaps- en bevallingsverlof dekken. Een verzekering die tot uitkering komt bij zwangerschaps- en bevallingsverlof dient derhalve onderdeel te zijn van een algemene arbeidsongeschiktheidsverzekering. Dit komt overeen met de oordelenlijst van de Commissie Gelijke Behandeling (zie onder paragraaf 3.4 Jurisprudentie).

Verder valt hieruit af te leiden dat het ook niet is toegestaan dat verzekeraars vrouwen wel de volledige premie laten betalen maar – in het geval van zwangerschap - niet de bijbehorende uitkeringen verstrekken of dit alleen doen tegen minder gunstige voorwaarden. Uit de oordelen van de Commissie²⁵ blijkt dat bepaalde verzekeringen als extra voorwaarde een wachttijd van twee jaar kennen, alvorens aanspraak te kunnen maken op een inkomensverzekering tijdens de zwangerschaps- en bevallingsverlofperiode. Ook blijkt uit de

²³ PB C 121 21.4.2001.

²⁴ Vlg. HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04 (*Mangold*) voor de regels met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie.

²⁵ Zie paragraaf 6.2.

plenaire behandeling over de afschaffing van de WAZ dat kennelijk door sommige verzekeringsmaatschappijen een aparte premie wordt geheven voor genoemde inkomensverzekering.²⁶ Beide vormen zijn derhalve strijdig met artikel 5, derde lid van deze richtlijn. Deze richtlijn dient nog te worden geïmplementeerd, zodat mogelijke strijdigheden kunnen worden tegengegaan.

3.4 Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

3.4.1 Inleiding

In de jaren negentig heeft het Europees Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) diverse uitspraken gedaan over zwangerschap. Deze hadden echter niet specifiek betrekking op zwangere zelfstandigen. Algemene vragen rondom zwangerschap werden vóór de inwerkingtreding van de zwangerschaprichtlijn – op 19 oktober 1994 - door het HvJ EG beoordeeld aan de hand van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn (76/2007/EEG). Daarna vond in veel zwangerschapszaken de beoordeling door het Hof plaats aan de hand van de Zwangerschapsrichtlijn. Aangezien, zoals hiervoor aangegeven, deze laatste richtlijn alleen van toepassing is op werknemers, mag volgens Cremers en Monster toch worden aangenomen dat de lijn in de jurisprudentie van het Hof over de betekenis van het discriminatieverbod van de tweede richtlijn voor de positie van zwangere werknemers, onverkort ook geldt voor zwangere zelfstandigen.²⁷

Bevindingen

Uit de jurisprudentie van HvJ EG kan het volgende worden afgeleid

- De tweede gelijkebehandelingsrichtlijn is gericht op materiële gelijkheid voor mannen en vrouwen. Derhalve levert het treffen van specifieke maatregelen voor vrouwen in verband met zwangerschap geen onderscheid op. Materiële gelijkheid kan worden bereikt door voorzieningen te treffen die voorkomen dat vrouwen worden benadeeld ten gevolge van het feit dat alleen zij zwanger kunnen worden. Het valt onder de discretionaire bevoegdheid van lidstaten om te bepalen welke sociale maatregelen zij inzetten om in dit verband gelijkheid te bereiken. Hoever deze maatregelen moeten strekken is niet duidelijk, in ieder geval zijn het minimaal beschermende maatregelen. Maatregelen in dit kader ten nadele van vrouwen leiden per definitie tot direct onderscheid.
- Bescherming van zwangere werknemers betreft naast hun gezondheid, ook hun inkomen en arbeidsplaats; de hoogte van de uitkering dient minimaal gelijk te zijn aan het loon dat iemand ontvangt bij afwezigheid tijdens ziekte.
- Zwangerschap wordt niet als ziekte beschouwd maar als een “sui generis” situatie, aangezien alleen vrouwen zwanger kunnen worden is het aanwijzen van een vergelijkbare persoon of groep niet nodig.

Toelichting

In algemene zin is er sprake van discriminatie, in de zin van het EG-recht, wanneer verschillende regels worden toegepast op gelijke gevallen of wanneer eenzelfde regel wordt toegepast op verschillende gevallen. Het gelijkheidsbeginsel houdt dus niet alleen in dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld (formele benadering), maar ook dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld, naar de mate van hun ongelijkheid (materiële benadering). Aangezien alleen vrouwen zwanger kunnen worden, ziet het HvJ EG zwangerschap als een “sui generis” situatie, een eigensoortige seksegebonden omstandigheid,

²⁶ *Handelingen I*, 5 juli 2004, 37-2038 t/m 2040.

²⁷ E. Cremers, en W.C. Monster, “(G)een WAZ-Bevallingsuitkering voor meewerkende echtgenote” In *SMA* januari 2001 nr. 1 p. 51-61).

waar een vergelijkbare andere persoon of categorie niet noodzakelijk is.²⁸ In het arrest Thibault (1998) overweegt het HvJ EG dat artikel 2, derde lid (nu 2 lid 7) van de tweede gelijke behandelingsrichtlijn erkent dat een vrouw recht heeft op bescherming van de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap, alsmede van de bescherming van de bijzondere relatie tussen moeder en kind tijdens de periode na de zwangerschap en de bevalling. Daarbij merkt het Hof op dat de tweede richtlijn in dit verband een materiële en niet een formele gelijkheid nastreeft.

Dit leidt er toe dat ongelijke behandeling van vrouwen in verband met zwangerschap per definitie direct onderscheid behelst.²⁹ In deze lijn heeft het Hof een reeks van arresten uitgesproken. De situatie van een zwangere werkneemster, die niet werkt gedurende de zwangerschaps- en bevallingsverlofperiode, mag niet (zonder meer) worden vergeleken met de situatie van een (mannelijke) werknemer die afwezig is wegens ziekte (Zie onder meer: HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-32/93 (*Webb*), HvJ EG 13 februari 1996, zaak C-342/93 (*Gillespie*), HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95 (*Thibault*), HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96 (*Brown*), HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88 (*Dekker*)). Verder volgt uit deze jurisprudentie dat de lidstaten aan zwangere (en pas bevallen werknemers) wel méér, maar niet minder bescherming mogen aanbieden dan aan arbeidsongeschikte werknemers. Met ander woorden: arbeidsongeschiktheid wegens zwangerschap mag niet op één lijn worden gesteld met arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, als het gevolg daarvan zou zijn dat de betreffende vrouwen in een nadeliger positie worden gebracht. Uit de jurisprudentie blijkt dat de hoogte van de uitkering minimaal gelijk dient te zijn aan het loon dat iemand ontvangt bij afwezigheid tijdens ziekte.³⁰ In recente jurisprudentie lijkt deze lijn te worden bevestigd en is uitdrukkelijk bepaald dat de bedragen niet zodanig gering mogen zijn dat het doel van de bescherming van vrouwelijke werkneemsters op de helling komt te staan.³¹

Verder blijkt uit jurisprudentie dat het HvJ EG zwangerschap op geen enkele wijze vergelijkbaar acht met een toestand van ziekte. Volgens het Hof neemt dit niet weg dat zwangerschap een periode is waarin stoornissen en complicaties kunnen optreden die van dien aard kunnen zijn dat een vrouw zich aan strenge medische controle moet onderwerpen en, in voorkomend geval, gedurende de gehele duur van de zwangerschap of een gedeelte daarvan absolute rust moet houden. Deze stoornissen en complicaties, die tot arbeidsongeschiktheid kunnen leiden, behoren tot de risico's die nauw verbonden zijn met zwangerschap, en verdienen derhalve dezelfde bescherming als zwangerschap zelf (HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96 (*Brown*)). In het arrest Webb heeft het HvJ EG hier aan toegevoegd dat zwangerschap zeker niet te vergelijken is met een situatie waarin iemand om niet-medische redenen niet beschikbaar is. Het HvJ EG verwijst vervolgens naar het arrest Hertz, waarin het HvJ EG – naar eigen zeggen – duidelijk onderscheid heeft gemaakt tussen zwangerschap en ziekte (HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-32/93 (*Webb*)). In het arrest Hertz heeft het HvJ EG hieraan enige nuancering gegeven door te bepalen dat een ziekte die wel haar oorsprong vindt in de zwangerschap maar die optreedt na het zwangerschapsverlof, niet behoeft te worden onderscheiden van elke andere ziekte en onder de gewone ziekteregeling valt. Het Hof overweegt hierbij dat vrouwelijke en mannelijke werknemers gelijkelijk zijn blootgesteld aan ziekte, ook al doen sommige stoornissen zich alleen bij mannen of alleen bij vrouwen voor (HvJ EG 8 november 1990, zaak C-179/88 (*Hertz*)).³² Verder staat het iedere lidstaat vrij de periodes van zwangerschapsverlof zodanig vast te stellen, dat vrouwelijke werknemers afwezig kunnen zijn gedurende de periode waarin de met zwangerschap en bevalling verband houdende stoornissen zich voordoen (Hertz). Het is echter niet geoorloofd om bij het aannemen van een zwangere werkneemster de datum van indiensttreding te verschuiven tot na het zwangerschapsverlof.³³

Tot slot geeft de jurisprudentie geen volledige duidelijkheid over de verplichting van de Staat om beschermende maatregelen te nemen, ook financieel. Het HvJ EG heeft bepaald dat de

²⁸ HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88 (*Dekker*).

²⁹ P. Foubert, 2002, *The Legal Protection of the Pregnant Worker in de European Community*, The Hague: Kluwer Law International, p. 150.

³⁰ HvJ EG 13 februari 1996, zaak C-342/93 (*Gillespie*) en HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-411/96 (*Boyle*).

³¹ HvJ EG 8 september 2005, zaak C-191/03 (*Mc Kenna*).

³² Deze lijn is voortgezet in het Larsson-arrest (1998) en in arrest Brown enigszins beperkt.

³³ HvJ EG 16 februari 2006, zaak C-294/04 (*Sarkatzis*).

tweede richtlijn zich niet verzet tegen nationale bepalingen die vrouwen specifieke rechten op grond van zwangerschap of bevalling toekennen, zoals zwangerschapsverlof. Met deze maatregelen dient materiële gelijkheid te worden bewerkstelligd.³⁴ Voorts blijkt uit de arresten Thibault en Hofmann dat de lidstaten een discretionaire bevoegdheid hebben en een redelijke beleidsmarge ten aanzien van de modaliteiten in de keuze van beschermende maatregelen. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat er sprake moet zijn van wel minimale beschermende maatregelen.

3.5 Beleid op Europees niveau

3.5.1 Inleiding

Naast het EG-verdrag en richtlijnen - en de daarbij behorende jurisprudentie - wordt aan de doelstelling in artikel 3, tweede lid van het EG (gelijkheid tussen mannen en vrouwen) ook uitvoering gegeven via tal van (beleids)instrumenten. Dit geldt ook op het terrein van publiekrechtelijke voorzieningen voor zelfstandigen. De instrumenten waaraan hierbij kan worden gedacht, zijn bijvoorbeeld actieprogramma's, resoluties en strategieën. Hieruit vloeit niet altijd een juridische verplichting voor lidstaten voort om een bepaald beleid te voeren, maar deze zijn ook niet helemaal zonder rechtsgevolgen. Aldus heeft het HvJ EG geoordeeld in het Grimaldi arrest.³⁵ Deze instrumenten kunnen behulpzaam zijn bij de interpretatie van het gemeenschapsrecht. Deze (beleids)instrumenten worden ook wel "soft law" genoemd.

Bevindingen

Uit de verschillende afspraken tussen de lidstaten blijkt dat vanaf 1998 via de weg van gender mainstreaming is gestreefd naar het bevorderen van "gelijkheid van mannen en vrouwen" (doelstelling in artikel 3, tweede lid, EG). In dit kader is door de lidstaten uitdrukkelijk afgesproken en in diverse (beleids)stukken vastgelegd gezamenlijk te streven naar verbetering van de mogelijkheden om gezins- en beroepsleven te combineren, zodat vrouwen zich makkelijker kunnen bewegen op de arbeidsmarkt. Onderdeel van deze afspraak was het geven van speciale aandacht aan het bevorderen van het ondernemerschap voor vrouwen. Om dit te faciliteren is de wens uitgesproken om te komen tot een modernisering van het op solidariteit gebaseerd sociaalzekerheidsstelsel. De resoluties van het Europees Parlement beogen de lidstaten ertoe aan te zetten om een publiekrechtelijke verzekering in te voeren ten behoeve van zelfstandig werkende vrouwen en meewerkende echtgenoten voor het risico van inkomensverlies als gevolg van zwangerschap en bevalling. Diverse lidstaten kennen een verplichte verzekering voor zelfstandigen.

Toelichting

Vanaf 1982 zijn er actieprogramma's tot stand gekomen tussen de lidstaten om de doelstelling, de bevordering van gelijke kansen voor vrouwen en mannen te realiseren. In het eerste actieprogramma (1982-1985)³⁶ werd het probleem dat zelfstandige en meewerkende vrouwen geen vergoeding kregen in de weken voor en na de bevalling, al aan de orde gesteld. Als uitvloeisel hiervan werd in artikel 8 van het Ontwerp voor de Zelfstandigenrichtlijn in 1984 een verplichting voor de lidstaten opgenomen om vrouwen aanspraken te geven op vervangingsdiensten of een vergoeding via een stelsel van sociale voorzieningen. Zoals in paragraaf 3.3 vermeld, is dit artikel uiteindelijk gewijzigd. In 1997 heeft het Europees Parlement, naar aanleiding van de vijfde gelijkebehandelingsrichtlijn, een resolutie aangenomen waarin de wenselijkheid wordt uitgesproken tot wijziging van het huidige artikel

³⁴ Zie ook HvJ EG, 3 februari 2000, zaak C-246/96 (Mahlburg) en HvJ EG, 18 maart 2004, zaak C-342/01 (Merino Gomez), JAR 2004/86, NJB 2004, p. 994, nr. 3.

³⁵ HvJ EG 13 december 1989, zaak C 322/88, Jur. 1989, p. 4407.

³⁶ Zie paragraaf 3.3.

8, overeenkomstig de oorspronkelijke tekst van dit artikel in de ontwerp richtlijn.³⁷ Hoewel veel landen al een verplichte verzekering hebben ingevoerd voor zelfstandigen³⁸, is de wens nog eens uitdrukkelijk via deze resolutie uitgesproken.

Gender mainstreaming

Als belangrijk beleidsinstrument kwam aan het eind van de vorige eeuw gender mainstreaming in zwang als een van de (beleids)instrumenten om “gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen”, zoals is vastgelegd in artikel 3, tweede lid, EG. De Europese Raad definieerde gender mainstreaming in 1998 als volgt: “De reorganisatie, vooruitgang, ontwikkeling en evaluatie van het beleidsproces, zodanig dat het gender gelijkheidsperspectief wordt geïncorporeerd in het gehele beleid, op alle niveau’s en in alle stadia, door de actoren die normaliter betrokken zijn bij de beleidsontwikkeling.” In het kader van deze gender mainstreaming zijn verschillende documenten verschenen.

Lissabon Strategy

Tijdens de zittingen in Lissabon in 2000 heeft de Europese Raad gender mainstreaming als een van de doelstellingen neergezet. In dat verband heeft de Raad de Commissie en de Lidstaten verzocht alle aspecten van gelijke kansen bij het werkgelegenheidsbeleid te bevorderen, door onder andere de combinatie van werk en gezin te vergemakkelijken. Hierbij werden streefcijfers vastgesteld met betrekking tot de participatie van vrouwen op de arbeidsmarkt. Een andere belangrijke in Lissabon neergelegde doelstelling is de promotie van het midden- en kleinbedrijf en de modernisering van het sociale beschermingssysteem in Europa, zodat een beroeps- en gezinsleven beter zou kunnen worden gecombineerd.

Deze zogenoemde Lissabon-doelstellingen zijn uitgewerkt in de ‘communautaire strategie inzake de gelijkheid van mannen en vrouwen (2001-2005)’³⁹ en in de ‘sociaal politieke agenda’ die in december 2000 in Nice is goedgekeurd door de Europese Raad.⁴⁰ In deze sociaal-politieke agenda is als specifiek doel de modernisering van het sociale beschermingssysteem gesteld: “*The modernisation of social protection systems must meet the requirements of solidarity: that is what is at stake in the action we have to take on retirement and health and to achieve an active welfare state that strongly encourages participation in the employment market.*” De Raad lijkt hiermee voort te bouwen op de resolutie van het Europees Parlement uit 1997 waarin uitdrukkelijk het solidariteitsprincipe van het sociale beschermingssysteem werd benadrukt.⁴¹ Het Europees parlement geeft in deze resolutie aan dat in het geval de lidstaten burgers aanmoedigen om eigen aanvullende voorzieningen te treffen, tegelijkertijd de gevolgen daarvan voor het niveau van de sociale bescherming onderzocht moeten worden. Een sociaal zekerheidssysteem met aanvullende voorzieningen mag niet leiden tot het ontstaan van verschillende niveaus binnen het sociale zekerheidsstelsel of tot aantasting van het bestaande solidariteitsstelsel.⁴²

In 2005 heeft de Raad geconcludeerd dat de Lissabon-doelstellingen nog lang niet zijn gehaald.⁴³ De Raad heeft nieuwe “richtsnoeren” opgesteld met betrekking tot het werkgelegenheidsbeleid⁴⁴ en het economische beleid⁴⁵ van de lidstaten en de gemeenschap. Een van de uitgangspunten van deze richtsnoeren is “gelijke kansen en het tegengaan van discriminatie. Gender mainstreaming en de bevordering van gender gelijkheid moet worden gegarandeerd in alle activiteiten.”⁴⁶

³⁷ Zie par. 3.3.2.

³⁸ Zie voetnoot 15.

³⁹ OJ L17 van 19.01.2001.

⁴⁰ OJ C 193 van 10.7.2001 p. 0087-0098.

⁴¹ Resolutie aangenomen op 19-02-1997 PE 257 005 (A4-0016/97).

⁴² Resolutie aangenomen op 19-02-1997 PE 257.005 (A4-0016/97, artikel 13

⁴³ OJ L 205 van 6.8.2005, p. 21.

⁴⁴ OJ L 205 van 6.8.2005, p. 21-27.

⁴⁵ OJ L 205 van 6.8.2005, p. 28-37.

⁴⁶ OJ L 205 van 6.8.2005, p.23.

Richtsnoer 18: bevordering van een levenscyclus benadering van het werk door onder andere:

- *resolute actie om vrouwelijke participatie op de arbeidsmarkt te bevorderen;*
- *een betere afstemming tussen werk en privé leven en het zorgen voor toegankelijke en betaalbare faciliteiten voor kinderopvang;*
- *moderne sociale beschermingsystemen, die beter in staat zijn de gevolgen van de veranderde samenleving op te vangen en die arbeidsparticipatie en het behoud hiervan ondersteunen.*

Richtsnoer 21: bevordering van flexibiliteit gecombineerd met arbeidszekerheid door onder andere:

- *ondersteuning voor verandering in de beroepsstatus, waaronder het ondernemerschap.*

Actieplannen

Een van de Lissabon-doelstellingen was bevordering van het midden- en kleinbedrijf. Vanuit het perspectief van de gender mainstreaming vormde de bevordering van vrouwelijke ondernemers een doelstelling. Deze doelstelling werd op 11 februari 2004 geconcretiseerd in het actieplan "De Europese agenda voor ondernemerschap door de Europese Commissie vastgesteld." In het kader van dit advies zijn de volgende in dit actieplan geformuleerde kernacties van belang:

- 1) herziening van socialezekerheidsstelsels voor ondernemers en hun assisterende echtgenoten en andere afhankelijk;
- 2) onderkendend dat een beperkte toegang tot het sociale zekerheidssysteem belemmerend zou kunnen werken voor potentiële ondernemers, zal worden onderzocht wat voor sociale bescherming er geboden wordt aan zelfstandige ondernemers en hun meewerkende echtgenoten in de verschillende lidstaten;
- 3) het verlenen van ondersteuning aan vrouwen en etnische minderheden.

Roadmap for equality between women and men (2006-2010)

Tenslotte heeft de Europese Commissie onlangs een zogenoemde roadmap (routekaart) uitgebracht "voor de gelijkheid van vrouwen en mannen" voor de jaren 2006 tot 2010. Deze routekaart bouwt voort op het hiervoor beschreven actieplan 2001-2005. Een van de prioriteiten betreft ondernemerschap van vrouwen. Hierbij is een "key action" gericht op het bevorderen van een omgeving waarin vrouwen worden gestimuleerd om een bedrijf te beginnen. Hoewel niet expliciet genoemd, lijkt het hebben en houden van een financiële voorziening tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlofperiode hieronder te vallen.

4 Overige Europeesrechtelijke regelgeving

4.1 Inleiding

Naast het primaire en secundaire gemeenschapsrecht is voor het onderhavige onderwerp ook de overige Europeesrechtelijke regelgeving van belang en in dit kader in het bijzonder:

1. het Europees Verdrag van de rechten van de mens (EVRM);
2. het Europees Sociaal Handvest (ESH).

4.2 EVRM

Bevindingen

In het EVRM is bepaald dat het genot van de rechten en vrijheden die in het EVRM zijn vermeld, moeten worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, onder meer geslacht. Dit heeft onder meer betrekking op eigendom. In dat verband heeft het EHRM bepaald dat onder het begrip eigendom ook het recht op sociale voorzieningen moet worden verstaan. Gezien de uitspraak van het EHRM (in de zaak Ásmundsson) moeten bepaalde gewekte verwachtingen omtrent voortzetting van sociale zekerheid gestand worden gedaan. Ingeval van zwangerschaps- en bevallingsuitkering is deze uitspraak van belang voor diegene die rond 1 januari 2004 een verwachting had ten aanzien van het verkrijgen van een uitkering. De getroffen overgangsregeling was beperkt.

Toelichting

Het EVRM beoogt een ieder rechten en vrijheden te verzekeren, ongeacht onder meer geslacht. Daartoe nemen de verdragslanden passende maatregelen om deze rechten en beginselen daadwerkelijk te kunnen verwezenlijken.

In dit kader is artikel 14 EVRM van belang, waarin is bepaald dat het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag en de daarbij behorende protocollen zijn vermeld, moeten worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, onder meer geslacht. Daarnaast is ingevolge artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM bepaald dat alle natuurlijke of rechtspersonen het recht hebben op het ongestoord genot van een eigendom. Het EHRM verstaat onder dit begrip eigendom tevens het recht op sociale voorzieningen.⁴⁷ Verder is in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM bepaald dat niemand van zijn eigendom zal worden beroofd, behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en de algemene beginselen van internationaal recht. Deze bepaling laat onverlet het recht van de staat om die wet toe te passen die hij nodig acht voor het uitoefenen van toezicht op het gebruik van het eigendom in overeenstemming met het algemeen belang.

De vraag is of genoemde artikelen het afschaffen van een sociale voorziening, zoals een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverlofuitkering, in de weg staan, gezien de uitleg die het EHRM in de zaak Ásmundsson er aan heeft gegeven.⁴⁸ Het Hof concludeert dat het als gevolg van een wetwijziging afschaffen van een arbeidsongeschiktheidsuitkering die een voormalig zeevaarder al twintig jaar lang volledig genoot, niet kon worden gerechtvaardigd door het legitieme algemene belang van de samenleving. Volgens het Hof is de maatregel onevenredig en discriminatoir.

Hoewel er op een aantal aspecten verschillen zijn, is er enige overeenkomst met betrekking tot wekken van verwachtingen die niet worden nagekomen door de afschaffing van de WAZ, voor wat betreft de afschaffing van de uitkering tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof. De overgangsregeling van artikel 3:30 van de Wet Arbeid en Zorg – in welke wet genoemde uitkering was geregeld – heeft de direct betrokkenen recht gedaan. Wel zou kunnen worden gesteld dat verwachtingen van de groep vrouwen die als zelfstandige is gestart ten tijde van

⁴⁷ EHRM 16 september 1996, Gaygusuz, RJD 1996, p. 1129.

⁴⁸ EHRM 12 oktober 2004, Ásmundsson t. Ísland Appl. no. 60669/00.

het bestaand van de WAZ en vanaf 2004 uitsluitend nog is aangewezen op een particuliere verzekering, er op achteruit is gegaan, vanwege de voorwaarden die door particuliere verzekeringen aan uitkeringen worden gesteld (zie ook hoofdstuk 6.2).

4.3 Europees Sociaal Handvest

Het Europees Sociaal Handvest (ESH)⁴⁹ - de tegenhanger van het EVRM op het terrein van economische en sociale rechten – beoogt diverse fundamentele rechten te verzekeren, waaronder het recht van (vrouwelijke) werknemers op bescherming en het recht op sociale zekerheid. Op 5 mei 1988 hebben negen lidstaten waaronder Nederland, een aanvullend protocol getekend waarin onder meer het recht op gelijke kansen en gelijke behandeling ten aanzien van werkgelegenheid en beroepsuitoefening zonder discriminatie naar geslacht wordt benadrukt.

Bevindingen

Het Europees Handvest, inclusief het Aanvullend Protocol van 1988, bepaalt dat het recht op gelijke kansen en gelijke behandeling ten aanzien van werkgelegenheid en beroepsuitoefening dient te worden gewaarborgd zonder discriminatie naar geslacht en dat op grond daarvan passende maatregelen dienen te worden getroffen ten aanzien van onder meer de toegang van de arbeidsmarkt. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ter waarborging van de toegang tot de arbeidsmarkt een voorziening (publiek of privaat) voor een zekere periode gedurende de zwangerschap en de bevalling, op zijn plaats is.

Toelichting

Op grond van het ESH dienen de verdragsstaten zodanige voorwaarden te scheppen dat bepaalde rechten en beginselen daadwerkelijk kunnen worden verwezenlijkt. In de preambule is daarbij uitdrukkelijk genoemd dat ieder in het genot dient worden gesteld van sociale rechten, ongeacht (onder meer) geslacht.

In dit kader is van belang de verplichtingen uit artikel 12 dat de landen een stelsel van sociale zekerheid dienen in te voeren en in stand te houden, op een bevredigend niveau te houden en zelfs te streven naar een geleidelijke verhoging van de sociale zekerheidsnorm.

Verder is in artikel 8 bepaald dat voor vrouwelijke werknemers het recht op bescherming van het moederschap dient te worden gewaarborgd. Bevallingsverlof dient te worden gegarandeerd met behoud van loon of door passende socialezekerheidsuitkeringen of uitkeringen uit openbare middelen. Voor zelfstandigen is in deze niets te zijn vastgelegd.

In het aanvullend protocol is nog bepaald dat de lidstaat zich verbindt om passende maatregelen te nemen om de toegang tot de arbeidsmarkt te waarborgen teneinde beroepsuitoefening zonder discriminatie naar geslacht te waarborgen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ter waarborging van de toegang tot de arbeidsmarkt voor vrouwen een voorziening ten tijde van een zekere periode van de zwangerschap en bevalling op zijn plaats is.

⁴⁹ Het Europees Sociaal Handvest is op 18 oktober 1961 ondertekend en trad op 1 mei 1983 voor Nederland in werking. Herziening dateert van 3 mei 1996, ondertekend 23 januari 2004, Trb 2004/13.

5 VN-Vrouwenverdrag

Aangezien het VN-Vrouwenverdrag in enkele relevante Europese richtlijnen wordt genoemd⁵⁰ en ook in de voortgangsrapportages informatie door de regering is gegeven over de WAZ en de afschaffing van de WAZ, is besloten om ook het VN-Vrouwenverdrag in dit advies te betrekken.

Bevindingen

Het Vrouwenverdrag schept voor de verdragsstaten een verplichting tot invoering van een zwangerschaps- en bevallingsverlof voor alle werkenden, waaronder vrouwelijke zelfstandigen en meewerkende echtgenoten. Dit laatste is gebaseerd op het uitgangspunt dat artikel 11 van toepassing is op alle werkenden.

Toelichting

Het VN Vrouwenverdrag (hierna: het verdrag)⁵¹ beoogt alle vormen van discriminatie jegens vrouwen uit te bannen. In de preambule bij het verdrag is opgenomen dat een verandering in de traditionele rol, zowel van mannen als van vrouwen, in de maatschappij en in het gezin, noodzakelijk is om tot volledige gelijkheid van mannen en vrouwen te komen. Beoogd wordt zowel formele, als materiële gelijkheid van vrouwen en mannen te bewerkstelligen. Daarnaast wordt met het verdrag uitgedragen dat de verantwoordelijkheid voor de opvoeding van kinderen door mannen, vrouwen en samenleving als geheel gezamenlijk moet worden gedragen. Dit indachtig de belangrijke, tot dusverre niet volledig erkende bijdrage van vrouwen aan het welzijn van het gezin en aan de ontwikkeling van de maatschappij, alsmede de maatschappelijke betekenis van het moederschap en de rol van beide ouders in het gezin en bij de opvoeding van kinderen, en beseffend dat de functie van vrouwen bij de voortplanting geen basis voor discriminatie mag zijn (overwegingen 13 en 14).

Artikel 5, aanhef en onderdeel a, van het verdrag sluit aan bij deze overwegingen en bevat een opdracht aan de staten die partij zijn bij het verdrag, om alle passende maatregelen te nemen om onder meer 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 een van beide geslachten of op de stereotiepe rollen van mannen en vrouwen.

Het VN-Vrouwenverdrag is niet beperkt tot werknemers, zoals de ILO-verdragen. Het verdrag is van toepassing op alle vrouwen en allerlei vormen van betaalde arbeid. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 11 blijkt dat het de bedoeling is geweest om dit artikel van toepassing te laten zijn op alle denkbare beroepsactiviteiten, mits betaald.⁵² Ook de Nederlandse regering heeft geen redenen gezien om een beperking aan te brengen tot vrouwen in loondienst.⁵³ In deze lijn heeft de regering er ook voor gekozen om in de verschillende voortgangsrapportages betreffende het Vrouwenverdrag in Nederland aan de CEDAW (Committee for the Elimination of all forms of Discrimination against women, van de VN) aandacht te besteden aan de positie van vrouwen die als zelfstandige werkzaam zijn. Consequent wordt dit onderdeel besproken bij de voortgang van artikel 11. In de meest recente voortgangsrapportage wordt ook melding gemaakt van de afschaffing van de WAZ en er wordt meegedeeld dat het vervolg nog 'under consideration' is. Daarom mag worden aangenomen dat ook de regering de werkingssfeer van artikel 11 van het verdrag inderdaad ruim uitlegt.

Verdragsstaten zijn, ingevolge artikel 11, verplicht om alle passende maatregelen te treffen om discriminatie van vrouwen in het arbeidsproces uit te bannen, ten einde vrouwen, op basis van gelijkheid van mannen en vrouwen, dezelfde rechten bij de arbeid te verzekeren. In het

⁵⁰ Richtlijn 2002/73/EG en Richtlijn 2004/113/EG

⁵¹ Verdrag is tijdens de Algemene Vergadering van de Verenigde naties op 18 december 1979 vastgesteld en in augustus 1991 door Nederland geratificeerd.

⁵² W.C. Monster, E. Cremers en L. Willems, 1998. Vrouwenverdrag, moederschap, ouderschap en arbeid, 's Gravenhage, Vuga, p. 58.

⁵³ Kamerstukken II 1998/99, 25 893, nr. 6, Uitvoering Vrouwenverdrag, p. 22 – 25.

tweede lid van dit artikel is hier aan toegevoegd dat de staten - teneinde discriminatie van vrouwen op grond van huwelijk of moederschap daadwerkelijk te voorkomen en het daadwerkelijke recht van vrouwen op arbeid te verzekeren - passende maatregelen nemen, onder meer om verlof wegens bevalling in te voeren met behoud van loon of met vergelijkbare sociale voorzieningen, zonder dat dit leidt tot verlies van de vroegere werkkring, de behaalde anciënniteit of de hun toekomende sociale uitkeringen. In het licht van de hiervoor beschreven doelstelling van het verdrag kan worden afgeleid dat er een verplichting is tot inkomenscompensatie.

Bij de behandeling in de Eerste Kamer is aan de orde geweest of de normen van het Vrouwenverdrag verder strekken dan die in de betreffende ILO-verdragen (C103, C102 en C183). Duidelijk is dat de onderwerpen van het Vrouwenverdrag en de ILO-verdragen elkaar gedeeltelijk overlappen maar dat het VN-Vrouwenverdrag een extra dimensie toevoegt omdat het expliciet is gericht op het tegengaan van discriminatie van vrouwen. Voor de redenering dat daarmee ook het betreffende artikel van het Vrouwenverdrag wat betreft de werkingssfeer is ingedamd, lijkt derhalve geen grond. Bovendien geldt ook hier dat de regering in de achtereenvolgende Voortgangsrapportages aan het CEDAW ook zelf is uitgegaan van de brede werking van artikel 11 door daarin, zoals vermeld, de ontwikkelingen van de WAZ en de afschaffing van de WAZ op te nemen.

6 Eindbeoordeling en eindconclusies

6.1 Eindbeoordeling

Op grond van voorafgaande hoofdstukken kan als volgt worden geantwoord op de deelvragen uit Hoofdstuk 1.

Deelvraag 1:

Verplicht de Europese regelgeving (EG-verdrag en richtlijnen) - gezien in het licht van Europese jurisprudentie en beleid (actieprogramma's, resoluties, aanbevelingen, afspraken en andere uitingen) – de overheid tot invoering of tot instandhouding van een publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen?

Gelijke behandeling op grond van geslacht is als fundamenteel beginsel door alle lidstaten binnen de Europese Gemeenschap, waaronder Nederland, onderschreven. Dit beginsel, uitgewerkt in de gelijkebehandelingsrichtlijnen, verplicht de overheid ertoe te voorkomen dat vrouwen in samenhang met zwangerschaps- en bevallingsverlof ongunstiger worden behandeld op grond van geslacht voor wat betreft de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep. Verder volgt uit de richtlijnen de verplichting voor de overheid om alert te zijn op bepalingen die strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling en die het werkzaam zijn van vrouwen als zelfstandige op de een of andere (financiële) wijze belemmeren.

Bovendien is de staat verplicht te onderzoeken of en op welke wijze vrouwelijke zelfstandigen en echtgenoten van zelfstandigen tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap:

- aanspraak kunnen maken op vervangingsdiensten of op het grondgebied bestaande sociale diensten, of
- in aanmerking kunnen komen voor uitkering in het kader van een stelsel van sociale zekerheid of een ander openbaar stelsel van sociale bescherming.

Uit het voorafgaande kan niet worden geconcludeerd dat het EG-verdrag zover strekt dat de overheid verplicht is een publieke voorzieningen te creëren voor vrouwelijke zelfstandigen tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap. Uit de betreffende jurisprudentie valt evenmin te concluderen tot een verplichting hiertoe. Het is de discretionaire bevoegdheid van de overheid om de materiële gelijkheid van mannen en vrouwen te realiseren en de wijze waarop zij dit doet.

Wel kan worden geconcludeerd op grond van het EG-verdrag, mede gezien beleidsontwikkelingen en beleidsafspraken op het gebied van gelijke behandeling ("soft law") – waaronder met name de resoluties van het Europees Parlement voor een verplichting van een publieke voorziening (artikel 8 Tweede herziene richtlijn) - de staat een *verantwoordelijkheid* heeft voorzieningen te treffen ter overbrugging van de zwangerschaps- en bevallingsperiode voor vrouwelijke zelfstandigen. Het feit dat veel Europese landen een (publieke) voorziening ter zake kennen lijkt ook te duiden op deze verantwoordelijkheid. Ten aanzien van de wijze waarop de staat aan deze verantwoordelijkheid invulling geeft wordt geconcludeerd dat het noodzakelijk is dat een voorziening leidt tot een materiële gelijkheid van mannen en vrouwen. Ingevolge de meest recente richtlijn, de Goederen en Diensten richtlijn, moet ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap worden beschouwd als een vorm van directe discriminatie op grond van geslacht. Ook is het op grond van deze richtlijn verboden in verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten de kosten in verband met zwangerschap- en moederschaprisico's alleen aan vrouwen toe te rekenen.

Voorts wordt geconstateerd dat het de afgelopen jaren gebruikelijk is een zogenoemde regressiebepaling in de gelijkebehandelingsrichtlijnen op te nemen om te voorkomen dat een richtlijn leidt tot verlaging van het beschermingsniveau voor de te beschermen groep, in dit geval de vrouwelijke zelfstandigen. Het afschaffen van een reeds ingevoerde (publieke)

voorziening lijkt het bestaande beschermingsniveau aan te tasten. Of dit het geval is, is afhankelijk van of er een andere voorziening komt en van de wijze waarop invulling wordt gegeven aan een nieuwe voorziening.

Deelvraag 2:

Verplicht het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) tot invoering of tot instandhouding van een publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen?

Op grond van het EVRM kunnen, gezien de jurisprudentie, sociale voorzieningen niet zonder meer worden beëindigd. De vrouwen die vanaf 2004 zijn aangewezen op een particuliere verzekering voor zwangerschaps- en bevallingsuitkeringen, zijn er op achteruit gegaan vanwege de voorwaarden die worden gesteld, en zijn daardoor in hun verwachtingen geschaad.

Deelvraag 3:

Verplicht het VN Vrouwenverdrag de staat tot invoering van publiek geregelde zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen of tot de instandhouding van de ingevoerde publieke regeling?

Het Vrouwenverdrag schept voor de lidstaten een verplichting tot invoering van een zwangerschaps- en bevallingsverlof voor alle werkenden, waaronder vrouwelijke zelfstandigen en meewerkende echtgenoten. Dit vloeit voort uit artikel 11, dat van toepassing is op alle werkenden.

6.2 Beoordeling van de praktijk van particuliere verzekering

In het antwoord op deelvraag 1 is geconstateerd dat het afhankelijk is van het alternatief voor de publieke voorziening voor zwangerschaps- en bevallingsverlof van vrouwelijke zelfstandigen, of sprake is van een vermindering van het beschermingsniveau. Daarvoor is het nodig om de huidige praktijk van de betreffende particuliere verzekering onder de loep te nemen. Bij deze exercitie is het tevens van belang te bezien of voldaan is aan de bepaling van de goederen en dienstenrichtlijn dat de kosten in verband met zwangerschap- en moederschaprisico's niet aan de leden van één geslacht mogen worden toegerekend. De afgelopen 10 jaar heeft de Commissie diverse verzoeken/klachten over particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen ter beoordeling voorgelegd gekregen.⁵⁴ Het is de Commissie ten eerste gebleken dat particuliere verzekeraars niet altijd bereid zijn arbeidsongeschiktheid en verlof in verband met zwangerschap en bevalling in hun arbeidsongeschiktheidspolis op te nemen. Deze uitsluiting heeft de Commissie beoordeeld als in strijd met de AWGB. Het is immers verboden om bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen en diensten direct onderscheid te maken op grond van geslacht.⁵⁵ In hoeverre uitsluiting van een verzekering op dit moment nog plaatsvindt is niet bekend. Verder is gebleken dat verzekeraars veelal pas een uitkering toekennen als de bevallingsdatum ten minste twee jaar na de aanvang van de verzekering ligt. Ook dit is in strijd met de wet beoordeeld door de Commissie. Het hanteren van een wachttijd die is gericht op het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik is weliswaar toegestaan, tenzij daarmee onderscheid wordt gemaakt in de zin van de AWGB. Dit houdt in dat de voorwaarden die in het kader van voorkoming van misbruik bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen worden gesteld, niet mogen leiden tot een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de voorwaarden zich uitsluitend richten tegen (zwangere) vrouwen en niet tegen andere mogelijke vormen van misbruik.⁵⁶

⁵⁴ CGB 10 maart 1995, oordeel 1995-04, CGB 1 april 1996, oordeel 1996-19, CGB 15 juli 1997, oordeel 1997-87, CGB 10 mei 2001, oordeel 2001-39, CGB 25 juni 2002, oordeel 2002-76, CGB 29 april 2004, oordelen 2004-44 en 2004-45, CGB 17 maart 2006, oordeel 2006-44 (te vinden via www.cgb.nl).

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld CGB 10 maart 1995, oordeel 1995-04 en CGB 1 april 1996, oordeel 1996-19 (te vinden via www.cgb.nl).

⁵⁶ Zie oordelen CGB, 25 juni 2002, oordeel 2002-76 en CGB oordeel 2002-44.

Ook een verzekeringsmaatschappij die in het geval van zwangerschap op andere onderdelen ongunstiger voorwaarden voor het recht op uitkering hanteert dan bij arbeidsongeschiktheid, maakt verboden onderscheid op grond van geslacht.⁵⁷

Verder heeft de Commissie in het geval dat verzekeraars arbeidsongeschiktheid die is ontstaan door zwangerschap of bevalling anders behandelen dan arbeidsongeschiktheid als gevolg van complicaties bij zwangerschap, geconcludeerd tot direct onderscheid op grond van geslacht, als bedoeld in artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB en mitsdien in strijd met deze wet.⁵⁸

In deze lijn, voorzover van toepassing, heeft de voorzieningenrechter te Utrecht op 15 november 2005 een vonnis gewezen in een kort geding. Dit geding was aangespannen door een advocaat die al een oordeel van de Commissie had gevraagd tegen een verzekeringsmaatschappij.⁵⁹ De voorzieningenrechter heeft bepaald dat de verzekeringsmaatschappij direct onderscheid maakt op grond van geslacht door onder meer bij de langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering (L-verzekering) andere voorwaarden op te nemen voor het recht op een uitkering bij zwangerschap dan bij arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte en ongeval in de zin van dezelfde polis. Volgens de rechter is er sprake van verboden onderscheid omdat geen van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is. Evenmin is het onderscheid geoorloofd uit het oogpunt van het tegengaan van misbruik. Volgens de rechter maakt verweerster in de polis bij de eerstejaarsarbeidsongeschiktheidsverzekering (E-verzekering) indirect onderscheid, door het begrip arbeidsongeschiktheid zodanig te omschrijven dat zwangerschap en bevalling niet hieronder vallen. De rechter acht ook dit onderscheid niet objectief gerechtvaardigd. De voorzieningenrechter heeft verweerster veroordeeld tot betaling van een zwangerschapsuitkering.

Op 27 mei 2004 had de voorzieningenrechter te Utrecht op verzoek van dezelfde advocaat en haar collega al uitspraak in kort geding gedaan over uitsluiten van uitkering bij zwangerschap in de vaste kostenverzekering. Volgens de rechter maakt de verzekeraar hiermee verboden onderscheid op grond van geslacht.⁶⁰

De rechter wijst er tevens op dat van een adequate/passende alternatieve voorziening geen sprake is gelet op de jurisprudentie van de CGB van de afgelopen jaren.

Uit deze uitspraken van de Commissie en de rechter kan worden geconcludeerd dat die voorziening voor inkomensderving tijdens zwangerschap en bevalling, die particuliere verzekeraars aanbieden – indien zij al enige voorziening aanbieden - niet als adequaat kunnen worden bestempeld. Verzekeraars sluiten inkomensverzekering voor zwangerschaps- en bevallingsverlof uit, keren uit tegen minder gunstige voorwaarden of stellen extra voorwaarden, meestal in de zin van een wachttijd van twee jaar alvorens de dekking ingaat. Op deze wijze benadelen de verzekeraars derhalve alleen vrouwen. De verzekeringsmaatschappijen zijn van mening dat zwangerschap geen ziekte is en dat in hun ogen arbeidsongeschiktheid uitsluitend moet worden gezien gerelateerd aan ziekte. Aangezien volgens de verzekeraars het risico van zwangerschap niet gelijk is aan dat van ziekte, achten zij een verschil in voorwaarden gerechtvaardigd. Hoewel het HvJ EG heeft uitgesproken dat zwangerschap geen ziekte is, mag ingevolge de Goederen en Dienstenrichtlijn geen sprake zijn van het verhalen van kosten alleen op de vrouw. Door het niet aanbieden of het onder voorwaarden aanbieden van genoemde verzekeringen (wat mogelijk leidt tot verhoging van de verzekeringspremie) komt het er op neer dat de kosten van zwangerschap- en moederschaprisico's alleen aan vrouwen worden toegerekend.

⁵⁷ Zie onder meer CGB 15 juli 1987, oordeel 1997-87 en CGB 25 juni 2002, oordeel 2002-76

⁵⁸ CGB 10 maart 1995, oordeel 1995-4 en CGB 15 juli 1997, oordeel 1997-87

⁵⁹ LJN AU6168, Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht, KG.-nr. 202523 / KG ZA05-1026, zie www.rechtspraak.nl, en CGB 29 april 2004, oordeel 2004-44, zie www.cgb.nl)

⁶⁰ LJN AP0146, Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht, KG.-nr. 177661/KGZA 04-409 (te vinden via www.rechtspraak.nl).

6.3 Eindconclusies

De beantwoording van de deelvragen, in onderlinge samenhang beschouwd, leidt tot de volgende eindconclusies:

1. Op grond van EG-regelgeving en jurisprudentie, in samenhang met het Europees (gender)beleid, actieprogramma's e.d. kan worden geconcludeerd dat de overheid de *verantwoordelijkheid* draagt om een inkomensvoorziening te realiseren voor alle werkende vrouwen, waaronder vrouwelijke zelfstandigen en meewerkende echtgenoten, gedurende de zwangerschaps- en bevallingsverlofperiode, zodanig dat er daadwerkelijk sprake is van materiële gelijkheid tussen vrouwen en mannen. Het is om het even of deze voorziening in de publieke of private sfeer wordt getroffen.
2. Op grond van Europese regelgeving (EG-verdragen, richtlijnen en jurisprudentie) is van een strikte juridische verplichting voor de overheid tot invoering van een publieke regeling, geen sprake. Het afschaffen van een publieke regeling lijkt wel in strijd met de doelstelling van de regelgeving, zeker nu blijkt dat het beschermingsniveau van de particuliere verzekeringen lager is dan dat van de publieke regeling (zie conclusie 4).
3. Op grond van het VN-Vrouwenverdrag is de overheid evenwel verplicht om passende maatregelen te treffen om discriminatie vanwege moederschap te voorkomen, onder meer door verlof wegens bevalling in te voeren met behoud van loon of door middel van een vergelijkbare sociale voorziening; deze verplichting geldt voor alle vormen van beroepsactiviteiten.
4. Onder meer uit de oordelen die de Commissie uitbracht toen de publieke regeling nog bestond, blijkt dat de betreffende verzekeringen als aanvullende voorziening niet voldeden aan de gelijkebehandelingswetgeving. Doorgaans was ten onrechte een wachttijd van twee jaar opgenomen alvorens recht te hebben op de betreffende uitkering. Ook kwam het voor dat een verzekeringsmaatschappij in het geval van zwangerschap ongunstiger voorwaarden voor het recht op uitkering hanteert dan bij arbeidsongeschiktheid.⁶¹
5. Uit de hiervoor vastgestelde verantwoordelijkheid en verplichtingen kan worden geconcludeerd dat de overheid een publiekrechtelijke voorziening voor een bevallings- en zwangerschapsuitkering slechts kan afschaffen wanneer zij heeft veiliggesteld dat daarvoor in de plaats komt een particuliere voorziening met hetzelfde beschermingsniveau. Na het vervallen van de publieke regeling zijn voorzover bekend de polissen niet aangepast. Dit brengt een verslechtering mee, die in strijd is met zowel de Europese en VN-regelgeving, als met de doelstelling van de EG regelgeving - zoals blijkt uit het Europees beleid en actieprogramma's - om materiële gelijkheid tussen vrouwen en mannen te bewerkstelligen.

6.4 Advies

Op basis van voorgaande conclusies wordt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geadviseerd zorg te dragen voor een verzekering die voor zelfstandig werkende vrouwen⁶² een adequate uitkering garandeert - dat wil zeggen zonder uitsluiting, wachttijden en premieverhoging - tijdens de zwangerschaps- en bevallingsperiode, waarvoor normaliter sprake is van verlof. Dit kan plaatsvinden hetzij door een publiekrechtelijke regeling, hetzij via een privaatrechtelijke regeling. Gelet op de verschillende vormen waarin vrouwen worden benadeeld - uitsluiting, wachttijden en premieverhoging - ligt het voor de hand dat de minister zorgdraagt voor een kader. De gelijkebehandelingswetgeving heeft in de praktijk klaarblijkelijk onvoldoende houvast geboden. Via een wettelijke regeling of anderszins dient hierin te worden voorzien.

⁶¹ Zie onder meer CGB 15 juli 1987, oordeel 1997-87 en CGB 25 juni 2002, oordeel 2002-76

⁶² Zelfstandig en meewerkende werkende vrouwen zijn vrouwen die geen werknemers zijn en niet onder de persoonlijke werkingssfeer van de Wet Arbeid en Zorg vallen. Met name vrouwen die geen hoog inkomen hebben en niet zelf geld kunnen reserveren voor genoemde periode, ervaren de negatieve gevolgen van het ontbreken van een adequate zwangerschaps- en bevallingsverzekering en daarmee een uitkering.

