

EEN ZWANGERSCHAPS- EN BEVALLINGSUITKERING VOOR ZELFSTANDIGEN EN MEEWERKENDE ECHTGENOTEN IN EUROPEES PERSPECTIEF

Zelfstandige werkende vrouwen en meewerkende echtgenoten maken sinds 2004 geen deel meer uit van de personele werkingssfeer van de verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering. Door een particuliere verzekering af te sluiten kunnen deze vrouwen de zwangerschaps- en bevallingsperiode financieel overbruggen. In de praktijk blijken deze verzekeringen ongunstige clausules te bevatten. Nu alleen vrouwen nadelige gevolgen dragen van de afschaffing van de publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering rijst de vraag of hier sprake is van strijd met het Europese gelijkebehandelingsrecht. Bovendien blijken een aantal andere Europese lidstaten wel over een verplichte publiekrechtelijke regeling te beschikken.

1. Inleiding

Met de intrekking van de wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ)¹ in 2004 is een einde gekomen aan de verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering voor zelfstandig werkende vrouwen en meewerkende echtgenoten.

Volgens de memorie van toelichting bij de intrekkingwet vormt een particuliere arbeidsongeschiktheidverzekering een prima alternatief.² In de kamerdebatten werd aangevoerd dat afschaffing van de verplichte publiekrechtelijke voorziening strijdig zou zijn met Europeesrechtelijke verplichtingen.³ Minister De Geus wilde hier niets van weten, al heeft hij na aandringen in de Eerste Kamer in het najaar van 2005 op dit punt wel om advies verzocht bij de Commissie Gelijke Behandeling (CGB).⁴

In dit artikel wil ik nagaan of afschaffing van de verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering voor zelfstandig werkende vrouwen en meewerkende echtgenoten strijdig is met Europees recht.

Voordat ik daar aan toe kom, ga ik in op de motieven die een rol speelden bij de invoering en intrekking van de publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering. Of een particuliere verzekering een aanvaardbaar alternatief is, blijkt vervolgens uit de bespreking van recente jurisprudentie. Een tweetal Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen, de zwangerschapsrichtlijn en relevante zwangerschapsjurisprudentie staan centraal bij de toetsing aan het Europese recht. Verder besteed ik aandacht aan Europese documenten die niet juridisch bindend zijn. Tot slot geef ik een beschrijving van de reikwijdte van de publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering in een aantal Europese lidstaten.

2. De invoering en afschaffing van de publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering

Nadat een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering in 1998 bij de invoering van de WAZ tot stand was gekomen, werd ze in 2004 bij de intrekking van de WAZ weer afgeschaft. Wat waren in 1998 de argumenten bij de invoering van de publiekrechtelijke verzekering? En welke groepen werkenden worden vooral getroffen door de afschaffing van deze verzekering in 2004?

In de memorie van toelichting bij de invoering van de WAZ werd een duidelijk beeld geschetst van het belang van een verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering voor zelfstandigen en meewerkenden echtgenoten. De regering stelde voorop dat een vrijwillige (particuliere) verzekering voor het risico van zwangerschap en bevalling niet adequaat was. Deze gedachte was gebaseerd op onderzoeksresultaten uit eind jaren tachtig en begin jaren negentig. Door de zwangerschaps- en bevallingsverzekering een verplicht karakter te geven zou de bescherming van de vrouw en het kind het beste

gewaarborgd worden en vroegtijdige uittreding uit het arbeidsproces worden voorkomen. Een vrijwillige verzekering zou een te gering draagvlak hebben.

Zelfstandige ondernemers met een hoog inkomen hadden veel kritiek op de WAZ. De premie was volgens hen te hoog en de uitkering zo laag dat er vaak nog een aanvullende particuliere arbeidsongeschiktheidverzekering afgesloten moest worden.⁵ Deze bezwaren vormden één van de argumenten die de regering noemde in haar memorie van toelichting bij de intrekking van de WAZ.⁶ Andere argumenten hadden betrekking op het vrije ondernemerschap en de daarbij behorende kansen en risico's. De regering was van mening dat een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering de voorkeur heeft indien de private verzekeringsmarkt in staat is om een geschikt product te leveren. Deze lijn werd doorgetrokken naar het risico van zwangerschap en bevalling. Zelfstandigen zouden zelf in staat zijn om dit risico te beoordelen en hiervoor een bedrag te reserveren. Bovendien wees de regering op de aanwezigheid van particuliere verzekeraars die het risico van zwangerschap en bevalling verzekeren. De nadelen van een particuliere verzekering die in 1998 bij de invoering van de WAZ nog centraal stonden, kwamen nu niet meer aan de orde. Dat hier sprake is van inconsequent regeringsbeleid is al eerder geconstateerd.⁷

Mijns inziens zijn met name zelfstandige ondernemers met een laag inkomen, zoals kleine middenstanders, zelfstandige dienstverleners, landbouwers en meewerkende echtgenoten de dupe van de afschaffing van de verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering. Voorheen waren zelfstandig werkenden met een minimum inkomen premie vrij verzekerd voor de WAZ. Financiële ruimte om te sparen voor een zwangerschaps- en bevallingsverlof zal bij deze zelfstandigen niet aan de orde zijn. Vrouwen zullen hierdoor waarschijnlijk, zoals de regering in 1998 al aanvoerde, langer doorwerken en te snel weer beginnen met werken, of besluiten vroegtijdig uit het arbeidsproces te treden. Of dit gevolg aanvaardbaar is zal bezien moeten worden in het licht van het Europese gelijke behandelingsrecht. Het is overigens niet verbazingwekkend dat juist de zelfstandigen die vertegenwoordigd worden door het MKB Nederland voorstander zijn van een herinvoering van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen.⁸

Vrouwelijke ondernemers die zich dat wel kunnen veroorloven, zullen een particuliere zwangerschaps- en bevallingsverzekering afsluiten, zeker als ze in de toekomst tot gezinsuitbreiding willen overgaan. Zelfstandig werkende mannen daarentegen, hoeven zich vanwege dit "ondernemersrisico" nooit te verzekeren. De vraag rijst of dit onderscheid ongelijke behandeling op grond van geslacht oplevert. Een antwoord op deze vraag probeer ik eveneens te vinden in het Europese gelijkebehandelingsrecht. Eerst ga ik na of een particuliere zwangerschaps- en bevallingsverzekering wel zo'n goed alternatief is voor een publiekrechtelijke verzekering.

3. Een particuliere verzekering

Tot in de jaren negentig waren de meeste particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen niet bereid het risico van zwangerschap en bevalling in de polis op te nemen. Zwangerschap was in de ogen van de verzekeraars, anders dan arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte of ongeval, niet zo zeer een risico maar een keuze. Verzekeraars waren daarom veelal niet bereid dit 'brandend huis' te verzekeren.

Een aantal maal is bij de CGB een procedure gevoerd over de vraag of het ontbreken van een dergelijke polis in de arbeidsongeschiktheidsverzekering al dan niet geoorloofd is. De CGB oordeelde in deze zaken dat er sprake was van direct onderscheid op grond van geslacht als bedoeld in artikel 7 lid 1 sub a Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB).⁹ Dit artikel luidt:

‘Onderscheid is verboden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, evenals bij het geven van loopbaanoriëntatie en advies of voorlichting over school- of beroepskeuze, indien dit geschiedt: (a) in de uitoefening van beroep of bedrijf’

De CGB verwees in haar oordelen naar de memorie van toelichting bij de AWGB waarin gesteld werd dat artikel 7 AWGB geen beperkingen bevat met betrekking tot de aard van de aan te bieden goederen of diensten, dan wel de ter zake te sluiten overeenkomsten.¹⁰ Mede onder invloed van deze oordelen zijn de polisvoorwaarden in de particuliere verzekeringen gewijzigd.¹¹ Particuliere verzekeringsmaatschappijen blijken echter nog steeds ongunstige voorwaarden toe te passen bij een zwangerschaps- en bevallingsuitkering. De CGB heeft in deze zaken steeds geoordeeld dat er sprake is van een verboden onderscheid.¹² Ook de voorzieningenrechter in Utrecht oordeelde twee maal dat de particuliere verzekeraar in kwestie in strijd met de AWGB handelde.¹³ Tegen beide uitspraken is hoger beroep aangetekend.

De laatste zaak bij de voorzieningenrechter speelde in november 2005. De gedagvaarde particuliere verzekeraar hanteerde de volgende ongunstige voorwaarden bij een zwangerschapsverzekering. In de eerste plaats was een zwangerschapsverlofverzekering slechts mogelijk wanneer zowel een eerstejaars arbeidsongeschiktheidsverzekering (E-verzekering) als een verzekering voor een langer dan een jaar durende arbeidsongeschiktheid (langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering of L-verzekering) was afgesloten. Een zwangerschapsverlofuitkering was uitgesloten van de E-verzekering. In de tweede plaats was het risico van zwangerschap niet te verzekeren in het kader van de Vaste kostenverzekering (VK-verzekering), dit is een verzekering voor doorbetaling van de vaste kosten tijdens afwezigheid in verband met zwangerschap. Tenslotte golden bij het recht op een zwangerschapsuitkering uit de L-verzekering extra voorwaarden zoals een wachttijd van twee jaar en een maximum dagbedrag zoals dat twee jaar voor de vermoedelijke bevallingsdatum. De rechter oordeelde in dit geval dat in de E-verzekering en de VK-verzekering sprake is van een onderscheid dat voortvloeit uit de omschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheid. Die beschrijving heeft tot gevolg dat zwangerschapsverlof en bevalling niet onder de polis vallen. Dit betekent dat er in deze polissen indirect onderscheid gemaakt wordt tussen mannen en vrouwen. De ongunstige voorwaarden in de L-verzekering leveren direct onderscheid op. De rechter overwoog hiertoe dat ongeacht het mogelijke onderscheid dat gemaakt kan worden tussen enerzijds ziekte en ongeval en anderzijds het verlof als gevolg van zwangerschap en bevalling, het (direct of indirect) hanteren daarvan in de polisvoorwaarden onverlet laat dat er sprake is van een onderscheid tussen mannen en vrouwen (r.o. 4.8).

Om vast te stellen of er sprake is van strijd met de AWGB dient bepaald te worden of een arbeidsongeschiktheidsverzekering en zwangerschapsverlofverzekering als verschillende diensten zijn te beschouwen of niet. Hiertoe overwoog de rechter het volgende. In de eerste plaats verwees de rechter naar de eerder genoemde uitspraak van de CGB waarin geoordeeld werd dat er sprake is van het aanbieden van één dienst. Verder vindt deze benadering volgens de rechter steun in het gebruik om (zoals bij de L-verzekering en de WAZ) in arbeidsongeschiktheidsverzekeringen expliciet een regeling op te nemen voor zwangerschap en bevalling en het feit dat zwangerschap en bevalling leiden tot een situatie waarin een vrouw fysiek niet meer tot werken in staat is (r.o. 4.9 en 4.10). De rechter concludeerde dat de verzekeraar ongeoorloofd onderscheid heeft gemaakt naar geslacht en daarmee heeft gehandeld in strijd met het verbod van artikel 7 lid 1 AWGB.

Deze zaak laat zien dat het risico van zwangerschap en bevalling niet altijd onder dezelfde voorwaarden verzekerd wordt als het risico van arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte of ongeval. De ongunstige verzekeringsvoorwaarden en uitsluitingclausules kunnen, ook voor

de meer draagkrachtige ondernemers, een belemmering vormen om het zelfstandig ondernemerschap aan te gaan. De particuliere verzekering kan in die zin niet als een goed alternatief op de publiekrechtelijke verzekering beschouwd worden. Afgelopen maand oordeelde der echtbank in Utrecht in een derde zaak tegen dezelfde verzekeraar dat een wachttijd van twee jaar niet strijdig is met de AWGB.¹⁴

Het valt nog te bezien of ook in hoger beroep geoordeeld wordt dat de gehanteerde ongunstige voorwaarden en uitsluitingclausules een verboden onderscheid naar geslacht opleveren. De uitspraken van de CGB en de voorzieningenrechter bouwen overigens voort op de lijn die is ingezet door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG of het Hof) waarin tot uitdrukking is gekomen dat voor zwangere en pas bevallen werknemers een verdergaande bescherming op zijn plaats kan zijn dan voor arbeidsongeschikte werknemers, aangezien alleen vrouwen zwanger kunnen worden. De uitspraken worden verder ondersteund door de recente Europese goederen en dienstenrichtlijn (2004/113) waarin met artikel 7 AWGB vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen.¹⁵ In de volgende paragrafen komt het Europese gelijkebehandelingsrecht verder aan de orde wanneer ik naga in hoeverre er uit het Europese recht verplichtingen inzake de invoering van een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering gedestilleerd kunnen worden.

4. De zwangerschapsrichtlijn (92/85/EEG) en de tweede richtlijn (76/207/EEG)

Een verplichting tot het invoeren van een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor werknemers is vastgelegd in de Europese zwangerschapsrichtlijn uit 1992.¹⁶ De zwangerschapsrichtlijn (92/85/EEG) is niet gebaseerd op het principe van gelijke behandeling, maar op artikel 118a uit het EG-verdrag (nu artikel 137 EG). De bepalingen in dit artikel strekken tot verbetering van de arbeidsomstandigheden. De personele werkingsfeer van de zwangerschapsrichtlijn is echter beperkt tot werknemers. Een resolutie van het Europees Parlement in 2000 om de zwangerschapsrichtlijn uit te breiden met: “bijzondere maatregelen voor een aanvullende bescherming van vrouwelijke zelfstandigen, met name het recht op financiële vergoedingen,” heeft niet geleid tot uitbreiding van de personele werkingsfeer van de richtlijn.¹⁷

Zolang de personele werkingsfeer van de zwangerschapsrichtlijn niet wordt uitgebreid, zullen zelfstandig werkenden zich alleen kunnen beroepen op de tweede richtlijn (76/207/EEG) betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot de arbeid, de beroepsopleiding, promotiekansen en arbeidsvoorwaarden.¹⁸ Zelfstandig werkenden maken namelijk wel deel uit van de personele werkingsfeer van deze richtlijn.

Volgens artikel 3 onder a van de tweede richtlijn houdt de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling in dat er

“geen directe of indirecte discriminatie op grond van het geslacht plaatsvindt in de publieke of de particuliere sector met inbegrip van overheidsinstanties, voor wat betreft de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst, of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en tot op alle niveau's van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen,”

Het belang van deze richtlijn is toegenomen na de invoering van de wijzigingsrichtlijn (2002/73/EG) uit 2002.¹⁹ Tot de invoering van de wijzigingsrichtlijn vielen alleen werknemers onder de personele werkingsfeer van de tweede richtlijn. Reden voor de uitbreiding met zelfstandig werkenden was de beoogde stroomlijning van de diverse richtlijnen op het terrein van gelijke behandeling en non-discriminatie.²⁰ Zelfstandig werkenden maken bijvoorbeeld ook deel uit van de kaderrichtlijn 2000 (2000/78/EG) die

gebaseerd is op het discriminatieverbod van artikel 13 EG.²¹ Meewerkende echtgenoten zijn ook na de wijzigingsrichtlijn uitgesloten van de personele werkingsfeer van de tweede richtlijn. De enige Europese richtlijn die zich specifiek op deze groep werkenden richt komt in paragraaf 7 aan de orde.

Een ander gevolg van de wijzigingsrichtlijn is de toevoeging van een non-regressie bepaling in artikel 8 sexies. De uitvoering van de tweede richtlijn mag volgens deze bepaling onder geen beding een reden zijn voor de verlaging van het in de lidstaten reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie op de door de richtlijnen bestreken terreinen. De mogelijke betekenis van deze bepaling bespreek ik in paragraaf 6.

Een laatste belangrijke wijziging van de richtlijn betreft de uitbreiding van de bepaling over zwangerschap. Volgens de oorspronkelijke tekst diende de richtlijn (nationale) bepalingen betreffende de bescherming van zwangerschap en moederschap onverlet laten (artikel 2 lid 3). In de wijzigingsrichtlijn is deze regel opgenomen in artikel 2 lid 7 en uitgebreid met onder andere de bepaling dat het ongunstiger behandelen van vrouwen in samenhang met zwangerschap of bevallingsverlof in de zin van de zwangerschapsrichtlijn een discriminatie in de zin van deze richtlijn vormt. Dit betreft een grote wijziging ten opzichte van de regel die voordien gold, want waar voor 1992 bepalingen betreffende zwangerschap en moederschap als een toegelaten uitzondering op de algemene gelijkebehandelingsnorm werden gezien, wordt na de wijzigingsrichtlijn het ongunstiger behandelen van vrouwen in samenhang met zwangerschap of bevallingsverlof verboden. De formulering van dit artikel is een direct gevolg van de jurisprudentie van het HvJ EG naar aanleiding van de tweede richtlijn.

Wat de betekenis van deze richtlijn voor zelfstandige werkende vrouwen kan zijn, bespreek ik in de volgende paragraaf aan de hand van andere relevante zwangerschapsjurisprudentie.

5. Zwangerschapsjurisprudentie

Baanbrekend was het bekende Dekker arrest van het HvJ EG uit 1990.²² Het Hof oordeelde in dit arrest dat het maken van onderscheid in verband met zwangerschap gelijk te stellen is met directe discriminatie op grond van geslacht, omdat zwangerschap onverbreekelijk verbonden is met het vrouw zijn. Er is pas sprake is van discriminatie in de zin van de tweede richtlijn als iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie. In het Dekker arrest gaf het Hof echter niet aan met wie de zwangere werkneemster in casu vergeleken werd. Ook in latere arresten zien we dat het Hof niet zoekt naar een vergelijkbare categorie.²³ Foubert is van mening dat uit dit arrest en andere arresten blijkt dat het Hof zwangerschap opvat als een “sui generis” omstandigheid, ofwel een “aparte categorie.”²⁴ Nu er niet meer naar een vergelijkbare categorie wordt gezocht, wordt de omstandigheid van zwangerschap uit het gelijkebehandelingsdebat getrokken. Het lijkt of het Hof de opvatting van de Europese wetgever deelt dat de omstandigheid van zwangerschap niet genormeerd dient te worden door het gelijkebehandelingsrecht, maar een aparte beschermde status verdient. De zwangerschapsrichtlijn is immers evenmin gebaseerd op het principe van gelijke behandeling maar beoogt de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van werknemers.

Het Hof overwoog in het Thibault arrest bovendien dat de tweede richtlijn materiële gelijkheid en niet een formele gelijkheid nastreeft.²⁵ Het resultaat staat in de materiële benadering voorop, een procedurele gelijke behandeling is dus niet voldoende. De vraag dient zich aan of een materiële uitleg de lidstaten de verplichting op kan leggen om voordelen toe te kennen aan vrouwen. In Hertz arrest (1990)²⁶ en het Gillespie arrest (1996)²⁷ gaf het Hof onomwonden aan dat het verbod op het maken van onderscheid niet betekent dat het aanbieden van speciale voordelen aan zwangere vrouwen moet worden verplicht. In het Thibault arrest (1998) overwoog het Hof dat de lidstaten discretionaire vrijheid hebben bij de sociale maatregelen die ze treffen bij de uitvoering van artikel 2 lid 3 (nu artikel 2 lid 7).

Hiermee herhaalde het Hof de overweging in het Hofmann arrest uit 1984.²⁸ Overweging nr. 27 uit dit arrest luidde:

“ Voorts zij erop gewezen dat de richtlijn de lidstaten discretionaire bevoegdheden inruimt ten aanzien van de sociale maatregelen welke zij nemen om, in het door de richtlijn getrokken kader, in verband met zwangerschap en moederschap voor bescherming van de vrouw te zorgen en compensatie te bieden voor de feitelijke nadelen waarvoor de vrouw, zich wat behoud van haar betrekking betreft, met mannen vergeleken, gesteld ziet. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft er terecht op gewezen dat zulke maatregelen met het gehele systeem van sociale bescherming der onderscheiden lidstaten verweven zijn. Derhalve dient te worden vastgesteld dat er aan de lidstaten, wat de aard der beschermende maatregelen en de voor hun doorvoering te kiezen modaliteiten betreft, een redelijke beleidsmargin is gelaten.”

Uit deze formulering blijkt dat lidstaten niet kunnen worden verplicht om beschermende maatregelen te treffen ten behoeve van zwangere zelfstandig werkenden. Aan de andere kant spreekt het Hof over een redelijke beleidsmargin. Het is niet duidelijk of dit betekent dat er in ieder geval een minimum aan maatregelen genomen moet worden ter bescherming van de zwangere en pas bevallen vrouw.

6. Is er sprake van strijd met de tweede richtlijn?

Kan er nu op grond van de zwangerschapsjurisprudentie gesteld worden dat afschaffing van een wettelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering strijdig is met de tweede richtlijn (76/207/EEG)? Naar aanleiding van deze vraag wil ik twee redeneringen naast elkaar zetten.

a. Uit jurisprudentie is duidelijk geworden dat artikel 2 lid 7 materiële gelijkheid beoogt. Voorts blijkt uit de jurisprudentie dat de omstandigheid van zwangerschap en arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap opgevat wordt als ‘aparte categorie.’ Er hoeft dus niet naar een vergelijkbare categorie gezocht te worden. In de lijn van deze jurisprudentie is de zwangerschapsrichtlijn opgesteld. Zelfstandigen maken sinds de wijzigingsrichtlijn deel uit van de personele werkingssfeer van de tweede richtlijn. Zowel zwangere zelfstandigen als zwangere werknemers verdienen bescherming, aldus de tweede richtlijn. In die zin is het verwonderlijk dat zelfstandig werkende vrouwen geen deel uit maken van de personele werkingssfeer van de zwangerschapsrichtlijn. Wellicht komt hen op grond van de tweede richtlijn toch een vergelijkbare bescherming toe, zoals een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering. Hier valt tegen in te brengen dat het te ver gaat om een dergelijke conclusie te trekken. De verplichtingen uit de zwangerschapsrichtlijn zijn immers uitsluitend gericht op werknemers. De Europese wetgever heeft er kennelijk bewust voor gekozen deze verplichting niet uit te breiden naar zelfstandigen en meewerkende vrouwen. Daarnaast kan betoogd worden dat uit jurisprudentie niet valt af te leiden dat de lidstaten verplicht zijn om maatregelen te treffen. Hooguit zijn de lidstaten verplicht om minimale beschermingsmaatregelen te treffen.

b. Uit jurisprudentie blijkt dat in het kader van de tweede richtlijn ook het inkomen en de arbeidsplaats van de zwangere of pas bevallen vrouw beschermd dient te worden. Voor minder draagkrachtige vrouwen is een particuliere verzekering, gezien de hoogte van de premie, veelal geen optie. Andere vrouwen zullen wellicht wel een particuliere verzekering afsluiten om de zwangerschaps- en bevallingsperiode financieel te overbruggen. Men kan betogen dat in beide gevallen de toegang tot arbeid als zelfstandige voor een zwangere vrouw belemmerd is nu het verlies aan inkomen als gevolg van zwangerschap niet meer

publiekrechtelijk verzekerd is. In die zin is er sprake van onderscheid tussen mannen en vrouwen. Artikel 8 sexies van de tweede richtlijn bepaalt voorts dat de uitvoering van deze richtlijn onder geen beding een reden mag zijn voor de verlaging van het reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie op de door de richtlijnen bestreken terreinen zoals voorwaarden tot de toegang tot zelfstandig werk. Aangezien artikel 2 lid 7 van de tweede richtlijn materiële gelijkheid nastreeft (zie het Thibault arrest), zou gesteld kunnen worden het afschaffen van de publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering gelijk te stellen is met het afschaffen van een bescherming tegen (indirecte) discriminatie. Indien deze redenering wordt gevolgd, kan men niet anders dan concluderen dat de afschaffing van de publiekrechtelijke verzekering strijdig is met artikel 8 sexies. Zelfstandig werkenden met een (zeer) hoog inkomen worden wellicht niet beschermd door dit artikel. Hoe zou immers betoogd kunnen worden dat het afschaffen van een publiekrechtelijke zwangerschapsuitkering de toegang tot arbeid van zeer goed verdienende vrouwelijke ondernemers beperkt?

Het moge duidelijk zijn dat alleen op grond van dit soort betogen geredeneerd kan worden dat er sprake is van strijd met de tweede richtlijn. Nu het geenszins gemakkelijk lijkt te zijn om op basis van juridische argumenten strijd met Europees recht aan te tonen, wil ik me in de volgend twee paragrafen mede richten op niet juridisch bindende documenten van de Europese unie.

7. De vijfde richtlijn (86/613/EEG)

De vijfde richtlijn inzake gelijke behandeling van zelfstandig werkende mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap (86/613/EEG) uit 1986 houdt zich, in tegenstelling tot de andere gelijke behandelingsrichtlijnen, specifiek bezig met de positie van de vrouwelijke zelfstandig werkende én de meewerkende echtgenote.²⁹ In Nederland vormde deze richtlijn eind jaren tachtig en begin jaren negentig het startsein voor vele onderzoeken naar de mogelijkheid van een publiekrechtelijk geregelde inkomensvoorziening voor zwangere en pas bevallen zelfstandig werkenden en meewerkende echtgenoten. Op grond van artikel 8 van de richtlijn werden de lidstaten namelijk verplicht om dergelijk onderzoek te verrichten.³⁰ De regering stelde in 1998 dat met de invoering van een verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering voor zelfstandig werkenden en meewerkende echtgenoten invulling werd gegeven aan de onderzoeksplicht van de vijfde richtlijn.³¹ Bij de afschaffing van deze uitkering benadrukte Minister De Geus dat uit de vijfde richtlijn niet meer dan een onderzoeksplicht gedestilleerd kan worden. Afschaffing van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering zou dus niet strijdig zijn met deze richtlijn.

Gelet op de tekst van artikel 8 moet inderdaad geconcludeerd worden dat deze slechts een onderzoeksplicht bevat. Het is echter opmerkelijk dat de uit de richtlijn voortvloeiende onderzoeksresultaten, die in 1998 nog wezen in de richting van een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering, zes jaar later niet meer van belang lijken te zijn. Behalve dat er sprake is van inconsequent beleid, kan men zich afvragen of het beleid niet tevens strijdig is met de bedoeling van de vijfde richtlijn. Uit nadere bestudering van de voorgeschiedenis van de vijfde richtlijn en de Europese discussie na de inwerkingtreding van deze richtlijn blijkt namelijk dat in Europa een sterke stroming aanwezig is om de onderzoeksplicht om te zetten in een verplichting tot het invoeren van een verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandig werkenden en meewerkende echtgenoten. In de ontwerprichtlijn uit 1984 werd bijvoorbeeld wel een verplichting aan de lidstaten opgelegd om maatregelen te nemen ter bescherming van zelfstandig werkende vrouwen en meewerkende echtgenoten in het geval van zwangerschap

en bevalling. De maatregelen konden bestaan uit een recht op vervangingsdiensten (voornamelijk van belang in de landbouw) of op vergoeding via een stelsel van sociale zekerheid.³² Verschillende lidstaten vonden destijds echter dat de formulering te ver ging. De ontwerprichtlijn werd vervolgens afgewezen door de Sociale Raad in juni 1986.

Na de inwerkingtreding van de richtlijn verschenen op Europees niveau een reeks aan documenten die pleiten voor een aanscherping van de richtlijn. In 1994 rapporteerde de Europese commissie dat de doelstelling van de vijfde richtlijn niet was bereikt. De commissie 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. De vage bewoordingen van artikel 8 van de richtlijn lagen volgens de commissie ten grondslag aan het niet behalen van deze doelstelling.³³ Met deze conclusie is nadien door de Europese commissie niets ondernomen. Wel heeft het Europees Parlement vanaf 1997 diverse resoluties uitgevaardigd waarin ze het belang benadrukt van de openstelling van een verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor meewerkende echtgenoten.³⁴ Ook het Economisch en Sociaal comité heeft gewezen op de noodzaak van wijziging van de richtlijn.³⁵

Uit het voorgaande kan ik concluderen dat de afschaffing van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering niet strijdig is met de letter van de vijfde richtlijn. Daartegenover staat dat verschillende Europese organen zich een voorstander hebben getoond van de openstelling van de publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandig werkenden en meewerkende echtgenoten.

8. Europees beleid

Tot nu toe is duidelijk geworden dat het niet gemakkelijk is om op strikt juridische argumenten aan te tonen dat afschaffing van een publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering strijdig is met Europees recht. Dat ook documenten van “soft law” zoals resoluties, aanbevelingen en actieprogramma’s van invloed kunnen zijn op de interpretatie van de Europese wetgeving bleek uit de vorige paragraaf. In het algemeen kan gesteld worden dat deze documenten niet juridisch bindend zijn. Het is aan de andere kant de enige manier waarop Europa kan laten zien welke vorm van sociale zekerheid zij voorstaat, aangezien Europa op dit terrein niet bevoegd is om normen vast te leggen.³⁶ Bovendien heeft het HvJ EG bepaald dat deze instrumenten niet helemaal zonder rechtsgevolgen zijn.³⁷

Het Europees beleid is veelal vormgegeven in documenten die onder “soft law” geschaard kunnen worden. Een belangrijke doelstelling van het Europees sociaal beleid van de laatste jaren betreft de ondersteuning aan vrouwen en mannen om gezin en beroep te kunnen combineren. Een op solidariteit gebaseerd sociaal zekerheidssysteem vormt hierbij een belangrijk middel. Dit blijkt onder andere uit de Lissabondoelstellingen van 2000,³⁸ maar ook in andere beleidsstukken komen we deze doelstellingen tegen.³⁹

Niet juridisch bindende politieke verklaringen zoals het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden uit 1989⁴⁰ en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie uit 2001⁴¹ refereren eveneens aan de noodzaak van een adequate sociale bescherming en recht op sociale zekerheidsprestaties van een toereikend niveau voor “werkenden,” teneinde een beroeps- en gezinsleven te kunnen combineren. Het Handvest van de grondrechten uit 2001 verwijst bovendien expliciet naar een recht (voor een ieder) op betaald moederschapverlof en recht op ouderschapsverlof om beroep en gezin te kunnen combineren.⁴² Dat deze Handvesten wel van betekenis kunnen zijn blijkt uit het feit dat het Hof meerdere malen bepalingen uit de Handvesten heeft gebruikt ter interpretatie van Europese wetgeving.⁴³

Van belang is verder dat de laatste jaren juist de ondersteuning van het midden en kleinbedrijf aandacht krijgt in Europa. Dit blijkt uit de goedkeuring van het Europees Handvest voor

kleine bedrijven door de Europese Raad in 2000⁴⁴ en het actieplan: “De Europese agenda voor ondernemerschap” dat in 2004 door de Europese commissie werd vastgesteld.⁴⁵ In het actieplan zijn een aantal kernacties geformuleerd ter bevordering van het ondernemerschap. Een relevante kernactie betreft het verlenen van ondersteuning aan vrouwen en etnische minderheden in het midden en kleinbedrijf. Een in dit kader nog belangrijker kernactie betreft de herziening van socialezekerheidsstelsels voor ondernemers en hun assisterende echtgenoten. In het actieplan wordt onderkend dat een beperkte toegang tot het socialezekerheidsstelsel belemmerend zou kunnen werken voor potentiële ondernemers. Uit verschillende documenten komt naar voren dat bevordering van de arbeidsparticipatie van vrouwen een belangrijke doelstelling is van het Europees beleid. Uit de stukken met betrekking tot kleine bedrijven wordt bovendien expliciet de wens uitgesproken om het socialezekerheidsstelsel toegankelijker te maken voor vrouwelijke ondernemers en meewerkende echtgenoten. De voor de hand liggende conclusie is dat de afschaffing van de Nederlandse publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandig werkenden en meewerkende echtgenoten in ieder geval geen bijdrage levert aan dit Europees beleid.

9. Een vergelijking tussen landen uit de Europese Unie

Hoewel een verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering voor zelfstandig werkenden en meewerkende echtgenoten goed zou passen in het zojuist geschetste Europees beleid, is het op grond van Europees recht nauwelijks afdwingbaar. De vraag is of andere Europese lidstaten desondanks een dergelijke uitkering kennen.⁴⁶ Om zoveel mogelijk soorten socialeverzekeringssystemen vertegenwoordigd te laten zijn, heb ik de onderzochte lidstaten geselecteerd uit vier type verzorgingsstaten zoals die worden onderscheiden door Esping-Andersen en Ferrera.⁴⁷ De nieuwste Europese lidstaten heb ik buiten beschouwing gelaten. De publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering van de volgende landen heb ik onderzocht: Zweden, Finland, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, België, Frankrijk, Italië en Spanje.

Uit het onderzoek komt naar voren dat de meeste landen een verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering voor zelfstandig werkenden kennen. Ook voor meewerkende echtgenoten is er vaak een regeling. Zij het dat deze vrouwen het recht op deelname soms niet ontleent aan het feit dat ze meewerkende echtgenoot is, maar aan het ingezetenschap (Italië).⁴⁸ Het Verenigd Koninkrijk kent geen regeling voor meewerkende echtgenoten. Duitsland is het enige land waar zowel zelfstandig werkenden als meewerkende echtgenoten op een privaatrechtelijke verzekeraar zijn aangewezen. Opvallend is overigens dat een aantal landen het risico van arbeidsongeschiktheid tijdens zwangerschap of als gevolg van zwangerschap (zie hieronder Zweden en Spanje) ook publiekrechtelijk geregeld hebben voor zelfstandig werkenden en meewerkende echtgenoten.

Voorts blijkt dat de meeste onderzochte landen niet als gevolg van de vijfde richtlijn (86/613/EEG), maar na implementatie van de zwangerschapsrichtlijn (92/85) en de richtlijn ouderschapsverlof (96/34/EG), een verplicht zwangerschapsverlof voor zelfstandig werkenden en meewerkende echtgenoten hebben ingevoerd.⁴⁹ Ter illustratie geef ik een beschrijving van de publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering in vier onderzochte landen die elk behoren tot een ander type verzorgingstaat. De gegevens hebben betrekking op de situatie in 2004.⁵⁰

9.1 Zweden

Het sociaal-democratische type verzorgingsstaat waar Zweden toe behoort, kent regelingen die in hoge mate universalistisch van aard zijn. Aangezien er een breed concept van “werkenden” wordt gehanteerd, speelt het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen

geen rol in het Zweedse systeem. Zelfstandigen en meewerkende echtgenoten hebben dezelfde sociale bescherming als andere werkenden.⁵¹ Dit geldt in de eerste plaats voor het risico van ziekte als gevolg van zwangerschapscomplicaties.⁵²

Verder zijn alle werkenden zijn verplicht verzekerd voor het (risico van) ouderschap.⁵³ Beide ouders hebben ieder recht op 240 dagen ouderschapsverlof per kind. Totaal bestaat er dus een recht op 480 dagen ouderschapsverlof per kind. De hoogte van de uitkering is voor een groot gedeelte gebaseerd op het inkomen van de ouders. Het jaarlijkse inkomen van een zelfstandige is gebaseerd op de nettowinst van het bedrijf. Het inkomen dat in aanmerking wordt genomen is aan een maximum gebonden (295.00 SEK ofwel 32.833 euro per jaar). De zwangere vrouw kan voorafgaand aan de uitgerekende datum 60 dagen van haar ouderschapsverlof opnemen. Tot voor kort werd hieraan de voorwaarde gesteld dat de vrouw als gevolg van haar zwangerschap niet in staat was om te werken. De Europese commissie heeft deze voorwaarde echter bekritiseerd. Zweden heeft hierop haar regelgeving aangepast en een verplicht zwangerschapverlof van twee weken voor de uitgerekende datum ingevoerd. In Zweden werd deze wijziging ervaren als een stap terug ten opzichte van het seksneutrale individuele verlofsysteem.

9.2 Het Verenigd Koninkrijk

De algemene socialezekerheidsregelingen in het Verenigd Koninkrijk zijn ook van toepassing op zelfstandig werkenden. De bijdrage die zelfstandigen in deze liberale lidstaat moeten betalen is afhankelijk van de verdiensten. Zelfstandigen met zeer lage verdiensten (winst bedraagt minder dan 4095 Engelse Pond ofwel 5805 euro per jaar) zijn vrijgesteld van contributie.

Er bestaat een wettelijke verzekering voor zwangerschaps- en bevallingsverlof voor werknemers (Statutory Maternity Pay). Voorwaarde is dat de vrouw minimaal 79 Engelse pond (112 euro) per week verdient. De vrouwelijke werkneemster heeft recht op een betaling (door de werkgever) gedurende 26 weken tot maximaal 102,80 Engelse pond (146 euro) per week. Indien de wekelijkse verdiensten minder dan 100 Engelse pond (142 euro) bedroegen, bestaat er een recht op betaling van 90% van deze verdiensten.

Werkneemsters die te weinig verdienen of zelfstandig werkend zijn, hebben recht op “maternity allowance,” de hoogte van deze uitkering komt overeen met de hierboven genoemde betaling aan werkneemsters (Statutory Maternity Pay) en bedraagt 90% van de verdiensten. De duur van de uitkering is echter beperkt tot 18 weken. Voorwaarde voor zelfstandig werkende vrouwen is dat ze in minimaal 26 weken in de 66 weken voordat de uitgerekende datum minimaal 30 pond (43 euro) per week verdiend hebben.⁵⁴

9.3. België

België behoort tot de corporatistische lidstaten en kent aparte socialezekerheidsregelingen voor zelfstandigen. Verzekering tegen het risico van zwangerschap en bevalling is verplicht voor zowel zelfstandigen als meewerkende echtgenoten. Dit is overigens nog maar vrij recent het geval.

Twee recente wetswijzigingen zijn van belang geweest. In de eerste plaats de wijziging van 24 december 2002 van het Koninklijk besluit no. 38 van 27 juli 1967. Als gevolg van dit besluit hebben meewerkende partners dezelfde positie in het socialezekerheidsrecht gekregen als zelfstandigen.⁵⁵ In de toelichting bij deze wijziging wordt gerefereerd aan de eerder genoemde resolutie van 20 februari 1997 van het Europees Parlement. In deze resolutie spoorde het Europees Parlement de Europese commissie aan om een verplichte verzekering voor meewerkende echtgenoten in het leven te roepen.⁵⁶

De tweede wijziging betreft een amendement van 13 januari 2003 op het Koninklijk Besluit van 20 juli 1971 betreffende de ziekteverzekeringen voor zelfstandigen. Als gevolg van dit

amendement is het verplichte zwangerschaps- en bevallingsverlof voor zelfstandigen en sinds 1 januari 2003 ook voor meewerkende echtgenoten, verlengd tot zes weken. Over deze periode heeft de verzekerde zelfstandige of meewerkende echtgenoot recht op een bedrag van 1952 euro. De verplichte “moederschapruster” begint op de dag van de bevalling en strekt zich uit over een tijdvak van zes weken. Recht op een uitkering ontstaat zes maanden na aanvang van de verzekering.⁵⁷

Werkneemsters hebben in België recht op een uitkering gedurende 15 weken (7 voor en 8 weken na de geboorte van het kind). De uitkering bedraagt tot de dertigste dag van het verlof 82% van het loon zonder dat er een plafond is. Daarna bedraagt het 75% van het loon de uitkering is vanaf die periode aan een maximum gebonden (2579,96 euro per maand).⁵⁸

9.4 Spanje

Spanje behoort tot de mediterrane lidstaten en kent aparte socialezekerheidsregelingen voor zelfstandigen en hun meewerkende echtgenoten (en andere meewerkende familieleden) in de landbouw (R.E.A.) en in de industrie, handel en overig (R.E.T.A.). Verzekerden zijn premieplichtig en betalen een bepaald percentage van de contributiebasis. In beide regelingen is verzekering voor het risico van zwangerschap en bevalling verplicht.⁵⁹ Voorwaarde voor een zwangerschaps- en bevallingsuitkering is dat er over 180 dagen premie is betaald in een periode van 5 jaar voordat het risico intreedt.⁶⁰

De verzekering voor de werkenden in beide systemen keert gedurende 16 weken maandelijks een bedrag uit ter hoogte van 596,70 euro (100% van de contributiebasis).⁶¹ Voorts wordt sinds 2001 maandelijks 427,28 euro (75% van de contributiebasis) uitgekeerd gedurende de periode dat de zelfstandig werkende vrouw of meewerkende echtgenoot als gevolg van haar zwangerschap niet in staat is om te werken.

Het systeem van zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor werkneemsters is vergelijkbaar. Ook werkneemsters dienen in een periode van 5 jaar voordat het risico intreedt minimaal over 80 dagen premie hebben betaald. Daarnaast bedraagt bij werkneemsters net zoals bij zelfstandigen de uitkering 100% van de contributiebasis. De contributiebasis is gelijk aan het dagloon waarover premie is betaald in de maand voordat de werkneemster stopt met werken. De lengte van het zwangerschaps- en bevallingsverlof van werkneemster is gelijk aan die van zelfstandig werkenden.⁶²

10. Conclusie

Afschaffing van een verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten treft vooral minder draagkrachtige zelfstandig werkende vrouwen en meewerkende echtgenotes zoals kleine middenstanders, zelfstandige dienstverleners, landbouwers en hun meewerkende echtgenoten. Vrouwen die zich particulier verzekeren tegen het risico van zwangerschap en bevalling worden geconfronteerd met nadelige clausules in de verzekering. De CGB en de voorzieningenrechter hebben bepaald dat dergelijke bepalingen verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen opleveren. Of deze nadelige clausules in de toekomst daadwerkelijk zullen vervallen, zal afhangen van uitspraken in hoger beroep.

Lidstaten zijn op grond van de Europese (gelijkebehandelings)wetgeving vooralsnog niet verplicht om de publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsverzekering (opnieuw) open te stellen voor zelfstandigen en meewerkende echtgenotes. Slechts betogen naar aanleiding van jurisprudentie en het systeem van wetgeving kunnen op dit vlak mogelijk aanknopingspunten bieden. Gezien de uitkomsten van de gevoerde procedures tegen particuliere verzekeraars lijkt het of het, op grond van gelijkebehandelingswetgeving, eenvoudiger is om een particuliere zwangerschaps- en bevallingsverzekering voor

zelfstandigen af te dwingen dan lidstaten te verplichten tot het invoeren van een publiekrechtelijke variant.⁶³

Er worden op Europees niveau wel juridische, beleidsmatige en politieke instrumenten ingezet om aan werkende zwangere en pas bevallen vrouwen een verdergaande bescherming te bieden. Dit blijkt allereerst uit de zwangerschapsrichtlijn, wijzigingen in de tweede richtlijn en zwangerschapsjurisprudentie. Daarnaast stellen verschillende niet juridisch bindende documenten een verbetering van de combinatie van gezin en beroep ten doel. Resoluties van het Europees parlement naar aanleiding van de vijfde richtlijn en het Europees Handvest voor kleine bedrijven pleiten bovendien voor een versteviging van de positie van de meewerkende echtgenoot in de sociale zekerheid.

Het feit dat zeven van de acht onderzochte lidstaten wel over verplichte publiekrechtelijke zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen en (in de meeste gevallen) meewerkende echtgenoten beschikken, is wat mij betreft een zeer opvallend resultaat. Bij een deel van de onderzochte lidstaten kwam de publiekrechtelijke verzekering tot stand na de implementatie van de (op werknemers gerichte) zwangerschapsrichtlijn. Nederland lijkt wat dat betreft na de intrekking van de WAZ uit de pas te lopen in Europa.

Drs. Anja Eleveld

sociaal raadvrouw bij de Blankenbergstichting in Amsterdam en student Master Arbeidsrecht UvA

¹ Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen, Wet van 24 april 1997, Stb. 1997, 177.

² Tweede Kamer 2003-2004, 29497, nr. 3.

³ Zie hierover met name: Tweede Kamer 2003-2004, 29497 nr. 14, Eerste kamer 2003-2004, 20497 A-C, Eerste Kamer Handelingen 2003-2004, nr. 37 p. 2023-2031 en p. 2038-2041.

⁴ Brief van 30 september 2005.

⁵ De arbeidsongeschiktheiduitkering in de WAZ bedroeg bij een ongeschiktheid van 80 tot 100% 70% van het minimumloon. De zwangerschaps- en bevallingsuitkering bedroeg 100% van het minimumloon.

⁶ Tweede Kamer 2003-2004, 29497, nr. 3.

⁷ Asscher-Vonk is reeds uitvoerig ingegaan op het inconsequente regeringsbeleid in verband met de afschaffing van de WAZ, zie I.P. Asscher-Vonk, 'De WAZ de deur uit - en nu?', *SMA* 2004-10, p. 433-436.

⁸ Bericht in Volkskrant van 18-11-2005. Er is dus een tegenstelling waarneembaar tussen de belangen van de ondernemers die vertegenwoordigd worden door het MKB Nederland en ondernemers met een hoog inkomen. De laatste groep ondernemers hebben juist gepleit voor de afschaffing van een publiekrechtelijk geregelde zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen, zie hoofdstuk 1 par. 5.

⁹ Wet van 2 maart 1994, Stb. 1994, 230

¹⁰ Bijvoorbeeld oordelen 1995-4 en 1996-17

¹¹ E. Cremers-Hartman, Annotatie bij oordeel 2004-44, in: S. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar*. Deventer: Kluwer 2004.

¹² Bijvoorbeeld oordelen 2002-76, 2004-44 en 2004-45.

¹³ Rb. Utrecht 27 mei 2004, *LJN* APO146 en Rb. Utrecht 15 november 2005, *LJN* A4 6168.

¹⁴ Rb Utrecht 3 mei 2006 *LJN* AW7505 In tegenstelling tot de uitspraak van de voorzieningenrechter oordeelt de rechter nu dat de dekking voor het risico van zwangerschaps onderscheiden moet worden van de dekking voor het risico van arbeidsongeschiktheid. De rechtbank stelt vervolgens vast dat er geen sprake kan zijn van ongelijke behandeling, aangezien het risico zich uitsluitend voordoet bij vrouwen. Het is de vraag hoe deze uitspraak zich verhoudt met het Dekker-arrest (paragraaf 5).

¹⁵ Richtlijn (2004/113/EG) betreffende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, PB. Nr. L 373 van 21-12-2004, p. 0037-0043. Deze richtlijn heeft tot doel een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Gezien de toelichting op de ontwerprichtlijn moeten onder "diensten" ook verzekeringen verstaan worden. Artikel 4 lid 1 onder a van deze richtlijn bepaalt

dat directe discriminatie op grond van geslacht, inclusief de ongunstigere behandeling van vrouwen wegens zwangerschap en moederschap, verboden is. Artikel 5 lid 3 bepaalt verder dat kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap in geen geval tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen mogen leiden.

¹⁶ Richtlijn 92/85/EEG 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. PB L 348 van 28.11.1992, p. 1.

¹⁷ PB C 121 21.4.2001.

¹⁸ Richtlijn 76/207/EEG 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 39 van 14.2.1976, p. 40.

¹⁹ PB L 269 van 5.10.2002, p. 15.

²⁰ Deze toevoeging vond plaats na een amendement door het Europees parlement bij de wijzigingsrichtlijn, OJ C 47, 21.2.2002, p.19.

²¹ De kaderrichtlijn (2000/78/EG) verbiedt in artikel 3 lid 1 onder a directe of indirecte discriminatie bij de voorwaarden tot toegang tot arbeid als zelfstandige.

²² HvJ EG, 8 november 1990, zaak C-177/88, Jur. 1990, p.I-3941.

²³ Bijvoorbeeld Webb HvJ EG, 14 juli 1994, zaak C 32/93 Jur. 1996, p. I-3567, Gillespie HvJ EG 8 april 1998, zaak C-136/95, Jur. 1998 p. I-2011 en Merino Gomez HvJ EG 18 maart 2004, zaak C-342/01, Jar 2004/86, NJB 2004, p.994, nr. 3.

²⁴ P.Foubert, *The legal protection of the pregnant worker in the European community*. The Hague:Kluwer Law International 2002. P. 150.

²⁵ Het Hof gebruikte de term “wezenlijke gelijkheid” in plaats van “materiële gelijkheid.” Volgens Monster, beoogt het Hof door het gebruik van het woord wezenlijke een materiële invulling van het beginsel van gelijke behandeling. Zie W.C. Monster, Noot “Thibault en Larsson,” *Nemesis* 1998-5 (rechtspraakatern), p. 8-14.

²⁶ HvJ EG, 8 november 1990, zaak C- 179/88, Jur. 1998p. I-3979.

²⁷ HvJ EG, 13 februari 1996, zaak C-342/93, Jur 1996, p. I-475.

²⁸ HvJ EG 12 juli 1984, zaak 184/83 (Hofman), Jur. 1984, p. 3047.

²⁹ Richtlijn (86/613/EEG), PB L 359 van 19.12.1986, p. 56.

³⁰ Artikel 8 van richtlijn 86/613/EEG luidt: “De lidstaten verbinden zich er toe te onderzoeken of en op welke wijze vrouwelijke zelfstandigen en meewerkende 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 uitkeringen in het kader van een stelsel van sociale zekerheid of een ander openbaar stelsel van sociale bescherming.”

³¹ Tweede Kamer 1995-1996 24758, nr. 3.

³² PB C 113 van 27.4.84.

³³ COM (94) 0163.

³⁴ Zie bijvoorbeeld Resolutie van 21 februari 1997, OJ C 85, 21.2.1997, p. 84; resolutie van juli 2002, OJ C 271, 12.11.2003 p.590, Resolutie van 3 juni 2003, OJ C 74 E van 23.4.2004, p.882.

³⁵ Zie bijvoorbeeld rapport van de commissie van vrouwenrechten en gelijke kansen (commissie van het Europees parlement) uit 2003, A5-0230/2003; het advies van de commissie werkgelegenheid en sociale zaken (commissie van het Europees parlement) inzake de bevordering van de gezondheid en de veiligheid op het werk van februari 2005, A6-0029/2005; het advies van het Europees Economisch en sociaal Comité, inzake het voorstel voor een richtlijn betreffende toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgelegenheid en beroep uit 2004, OJ C 157 van 28.6.2005 p. 0083-0086.

³⁶ De normen die zijn vastgesteld in de zwangerschapsrichtlijn (92/85) vormen hierop een uitzondering. Echter dit betreffen normen die gericht zijn op de veiligheid en gezondheid van zwangere vrouwen.

³⁷ HvJ EG 13 december 1989 (Grimaldi) , zaak 322/28, Jur. 1989, p. 4407.

³⁸ Deze doelstelling is verwoord in een resolutie van de Raad van Europa, PB C 218 van 31.7.2000, p.5.

³⁹ Zie bijvoorbeeld de richtsnoeren voor groei en werkgelegenheid (2005-2008), met name richtsnoer 18, OJ L 205 van 6.8.2005, p.21; de sociale politieke agenda (2001-2005), OJ C 193 van 10.7.2001, p.0087-0098; de communautaire strategie inzake de gelijkheid van mannen en vrouwen (2001-2005), OJ L17 van 19.1.2001, p.0022-0029.

⁴⁰ Het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden werd op 9 december 1989 aangenomen door de Staatshoofden en regeringsleiders van de lidstaten van de Europese Gemeenschap. Het Gemeenschapshandvest werd nooit gepubliceerd.

⁴¹ Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, PB 2000/C 364/01.

⁴² Artikel 10 en 16 van Het Gemeenschapshandvest en artikel 33 lid 2 van Het Handvest van de Grondrechten.

⁴³ Zie hierover M. Fuchs, 'The Bottom Line of European labour law (part 1),' *The international Journal of comparative labour Law and Industrial Relations* 2004 Volume 20/2, p. 155-176.

⁴⁴ Het Handvest voor kleine bedrijven werd op 13.6.2000 door de Raad Algemene zaken goedgekeurd en kreeg de steun van de Europese Raad van Feira op 19-20 juni 2000.

⁴⁵ Com (2004) 70 definitief.

⁴⁶ Minister De Geus merkte in dit verband op dat er in geen enkel land een publiekrechtelijke arbeidsongeschiktheidsverzekering voor ondernemers bestaat. Kamerstukken II 2004/04, 29 497 en 29498 nr. 14, p. 36 en 37. Dat deze stelling onjuist is, blijkt uit mijn onderzoek. Zowel Zweden als Spanje heeft bijvoorbeeld een publieke regeling van ondernemers die arbeidsongeschikt zijn als gevolg van zwangerschap.

⁴⁷ Esping-Andersen heeft sociaal-zekerheidsstelsel ingedeeld in drie typen: De sociaal-democratische, de liberale en de corporatistische verzorgingsstaat, G. Esping-Andersen, *the three worlds of welfare capitalism*, Cambridge: Polity Press 1990. Ferrera heeft deze drie typen aangevuld met een vierde type: de mediterrane landen, M. Ferrera, 'The southern model of welfare in social europe', *Journal of european social policy* 1996,-6 (1).

⁴⁸ Italië, zie Besluit nr. 53/00.

⁴⁹ Dit blijkt ook uit European Commission, 'National reports on the implementation of Directive 92/85, Directive 96/34 and Directive 86/613,' *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 2005 nr. 2.

⁵⁰ Algemene bronnen die ik hiervoor gebruikt heb zijn: European Commission, 2004. Mutual information system on social protection (Missoc), *Social protection in the Member States of the European Union of the European Economic Area and in Switzerland*. www.europa.eu.int 2004.; European Commission. "National reports on the implementation of Directive 92/85, Directive 96/34 and Directive 86/613," *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 2005 nr. 2.; Social Security World Wide. Database van ISSA. www-sww.issa.int. geraadpleegd in September 2005.

⁵¹ Besluit no. 1991:433.

⁵² Besluit. No. 1962;381

⁵³ Het zwangerschaps- en ouderschapsverlof is geregeld in Besluit 1995:584.

⁵⁴ De volgende wetten zijn in Groot Brittannië van toepassing op het gebied van moederschap en ouderschap: Social Security Contributions and Benefits Act 1992, Social Security Administration Act 1992, The Welfare Reform and Pension Act 1999 en Employment Act 2002.

⁵⁵ Artikel 2 van dit besluit luidt: Aan dit besluit zijn onderworpen en, in die hoedanigheid, gehouden tot nakomen van de verplichtingen die het oplegt: de zelfstandigen en de helpers.

Artikel 6 van het besluit legt uit wie er onder het begrip helpers valt: "Ieder persoon die in België een zelfstandige in de uitoefening van zijn beroep bijstaat of vervangt, zonder tegenover hem door arbeidsovereenkomst te zijn verbonden."

Het in december 2002 ingevoegde artikel 7 bis geeft vervolgens aan dat meewerkende echtgenoten die geen eigen rechten opbouwen ook onder het begrip "helper" vallen.

Artikel 7 bis bepaalt voorts dat voorlopig de meewerkende echtgenoot enkel onderworpen is aan de verplichte regeling voor ziekte- en invaliditeitsverzekering en moederschapsverzekering.

De wetswijziging is op 1-1-2003 in werking getreden.

⁵⁶ Kamer 5e zitting van de 50e zittingsperiode 2002-2003, doc 50 2124/001 2125/001.

⁵⁷ Artikel 4 van het Koninklijk Besluit van 20 juli 1971 bepaalt dat meewerkende echtgenoten beoogd in artikel 7 bis van het Koninklijk besluit nr. 38 ook onder werkingsfeer van de verzekering vallen.

De duur en hoogte van de verzekering is vervolgens geregeld in artikel 93 en 94.

De wijziging van het besluit is in werking getreden op 1-1-2003.

⁵⁸ Wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen van 14-7-1994.

⁵⁹ De wettelijke basis van deze sociale verzekeringen voor zelfstandigen is te vinden in Besluit 39/1999.

⁶⁰ Deze voorwaarde wordt ook aan werknemers gesteld.

⁶¹ Zie Koninklijk Besluit nr. 1251/2001.

⁶² Zie Koninklijk Besluit nr. 1/94, Besluit nr. 1/95 en Besluit nr. 39/99.

⁶³ Zie hierover ook Cremers-Hartman, noot 11.