

Rechtbank Amsterdam, afdeling Publiekrecht,
teams Bestuursrecht

beroep van B. Brouwer e/v Blok en anderen vs Ministerie SZW

Zaaknummer AMS 15 / 1932 BESLU

5 januari 2016 te 11.25 uur

Aantekeningen van mr. J.D.A. Domela Nieuwenhuis

Het onderhavige beroep richt zich tegen het besluit van 17 februari 2015 waarin eiseressen niet ontvankelijk worden verklaard in hun bezwaar. Voordat ik op de rechtsvragen inga die in deze zaak spelen, wil ik u toch nog een keer kort het verloop van de zaak schetsen en het belang dat eiseressen hebben.

Verloop:

Op grond van de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (WAZ) en de Wet Arbeid en Zorg (WAZO) hadden vrouwelijke zelfstandigen recht op uitkering in verband met zwangerschap en bevalling.

Met de op 1 augustus 2004 in werking getreden Wet einde toegang verzekering WAZ is een einde gekomen aan de genoemde publiekrechtelijke verplichte verzekering. Daarmee kwam ook een einde aan het recht van vrouwelijke zelfstandigen op een uitkering in verband met zwangerschap en bevalling.

Op 4 juni 2008 is de Wet Zwangerschaps- en bevallingsuitkering zelfstandigen in werking getreden. Door deze wet is alsnog een regeling getroffen die voorziet in een uitkering voor zelfstandigen in verband met zwangerschap en bevalling. Vrouwelijke zelfstandigen die voor 4 juni 2008 zijn bevallen, kunnen aan deze nieuwe wet geen recht op een uitkering ontleen.

De vrouwen die als eiser optreden in deze procedure hebben over de afschaffing van de inkomensvoorziening geklaagd. In december 2005 zijn zij een procedure gestart waarin zij de Staat aansprakelijk hebben gesteld. Die procedure heeft zich vervolgens toegespitst op de vraag of artikel 11 lid 2 sub b van het VN-Vrouwenrechtenverdrag rechtstreekse werking heeft. De Hoge Raad heeft in april 2011 uitgemaakt dat deze verdragsbepaling onvoldoende concreet is om door de rechter te worden toegepast. Geen rechtstreekse werking dus.

Nederland heeft echter niet alleen het VN-Vrouwenrechtenverdrag geratificeerd, maar is ook partij bij het Facultatief Protocol. Het enige doel van het Protocol is individuen de mogelijkheid te geven om zich te wenden tot het Comité voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen (CEDAW) als zij menen slachtoffer te zijn van een schending van de in het VN-Vrouwenverdrag genoemde rechten door een Staat. Voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een klacht bij het CEDAW is dat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

In november 2011 hebben eiseressen zich tot het CEDAW gewend. Na hoor en wederhoor heeft het CEDAW in maart 2014 uitspraak gedaan. Volgens het CEDAW is artikel 11 (2)(b) van het VN-Vrouwenverdrag voldoende duidelijk geformuleerd om directe werking aan te nemen. Deze bepaling legt Nederland en andere lidstaten bij het verdrag daarom een resultaatsverplichting op. CEDAW oordeelt onder r.o.9 van de uitspraak dat de Staat door het afschaffen van de WAZ-voorziening heeft gefaald in het voldoen aan zijn verplichtingen en daarmee de rechten van de klagsters die zij hebben op grond van artikel 11 paragraaf 2 (b) van het Verdrag heeft geschonden.

Uit de aanbeveling van CEDAW volgt voorts onmiskenbaar dat eiseressen recht hebben op een reparatie van de inkomensvoorziening, ondermeer bestaand uit financiële compensatie voor het gemis daarvan. Het CEDAW spreekt van *“to provide reparation, including appropriate monetary compensation”*.

De uitspraak van het CEDAW is voor eiseressen winst. Eindelijk staat vast dat hun rechten onder het verdrag zijn geschonden. Eiseressen hebben de Minister daarop op 27 mei 2014 gevraagd de aanbeveling van CEDAW op te volgen en een voorziening te treffen die voorziet in een redelijke financiële vergoeding voor het verlies van de WAZ voorziening.

Feit is dat de Minister bij brief van 26 juni 2014 daarop heeft bericht:

“Zodra ik een beslissing heb genomen zal ik u hierover nader inlichten”.

Per e-mail van 4 september 2014 wordt door de contactpersoon van het Ministerie van SZW bericht: *“Naar ik heb vernomen zal besluitvorming niet zo heel lang meer op zich laten wachten. Ik zal ernaar streven om u vervolgens zo spoedig mogelijk van een reactie te voorzien”*.

Uiteindelijk heeft de Minister op 5 november 2014 zijn besluit kenbaar gemaakt. In de brief van 5 november 2014 wordt verwezen naar het standpunt dat in de

brief aan CEDAW van 19 september 2014 is opgenomen. Er wordt kortom door de Minister besloten dat niet in een reparatie van de voorziening zal worden voorzien, noch dat op het verzoek van eiseressen om vergoeding van de schade zal worden ingegaan. Er is ofwel sprake van een expliciete weigering dan wel een impliciete weigering om een besluit te nemen.

Ten aanzien van eiseressen geldt dat de gang naar de burgerlijke rechter is afgesloten. De Hoge Raad heeft immers geoordeeld. Feit is echter dat de Staat naar het oordeel van het CEDAW het VN-Vrouwenverdrag heeft geschonden en gehouden is om eiseressen daarvoor te compenseren. Eiseressen willen op die compensatie aanspraak maken en het is om die reden dat zij de Minister hebben gevraagd om daar een besluit over te nemen.

Beroep

In het verweer is namens de Minister aangevoerd dat de beslissing van 5 november 2014 niet valt te kwalificeren als de beslissing van een bestuursorgaan. Eiseressen zijn van mening dat de Minister in de beslissing van 5 november 2014 wel degelijk handelt als bestuursorgaan. Eiseressen kunnen zich ook geen andere hoedanigheid voorstellen waarin de Minister kan hebben opgetreden.

De Minister meent dat de brief van 5 november 2014 louter informatief is geweest en niet is gericht op een rechtsgevolg. In het verweerschrift van 22 oktober 2015 wordt aanvullend gesteld dat het niet verlenen van compensatie volgt uit de overwegingen van de regering in de brief aan het CEDAW van 19 september 2014. Erkend wordt dus dat er een besluit is genomen om niet te voorzien in een reparatie van het teloor gegane recht op een voorziening. Dit besluit is eiseressen op 5 november 2014 medegedeeld. Het rechtsgevolg van dat besluit is dat eiseressen niet krijgen waarom zij hebben verzocht.

De Minister stelt zich tot slot op het standpunt dat het besluit niet valt te kwalificeren als een publiekrechtelijke rechtshandeling, omdat het niet toekennen van compensatie niet berust op een bij of krachtens wet geschapen grondslag. De Minister laat echter in het midden wat de aard van de rechtshandeling dan is. Veel smaken zijn er niet, de handeling is publiek- of privaatrechtelijk.

In de literatuur wordt een publiekrechtelijke rechtshandeling wel als volgt omschreven:

“Voor het bepalen van een karakter van een rechtshandeling van het bestuur is dus doorslaggevend of de beslissing is gegrond op een publiekrechtelijke bevoegdheid, dat wil zeggen een exclusieve bevoegdheid die niet aan eenieder toekomt (op grond van het burgerlijk recht). Niet de plaats waar de bevoegdheid wordt toegekend of de wijze van uitoefening wordt geregeld, maar de aard van de bevoegdheid is bepalend”.¹

Niet ter discussie staat dat het de taak van de Nederlandse overheid is om voldoende bescherming te bieden aan zwangere en net bevallen vrouwen. Dat is een publiekrechtelijke taak. Niet ter discussie staat ook dat het CEDAW van oordeel is dat op grond van het VN-Vrouwenverdrag op de Nederlandse overheid de verplichting rust om een inkomensvoorziening te treffen voor hoogzwangere en net bevallen zelfstandigen. Met het afsluiten van de WAZ heeft de Nederlandse overheid een einde gemaakt aan deze voorziening. Het CEDAW heeft nu bevestigd dat dit niet zo had gemogen en dat dit ten aanzien van eiseressen leidt tot een schending van hun rechten onder het VN-Vrouwenverdrag. Het CEDAW heeft de Nederlandse overheid aanbevolen om een en ander te repareren. Eiseressen hebben de Minister verzocht om ter zake een besluit te nemen. Dat besluit is genomen en hun verzoek is door de Minister afgewezen. Daarmee is naar het oordeel van eiseressen sprake van publiekrechtelijk handelen. Privaatrechtelijk handelen is het zeker niet.

Dan tot slot nog een enkele opmerking over de aanbevelingen van het CEDAW. De Minister stelt dat deze juridisch niet bindend zijn en vergelijkt deze aanbevelingen met die van de Ombudsman. Juist is dat het CEDAW geen hoger beroepsinstantie is. Daartegenover staat dat een klacht bij het CEDAW alleen ontvankelijk is als de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Daarmee verschilt de procedure bij het CEDAW van die bij de Ombudsman. Een klacht bij de ombudsman is immers niet ontvankelijk als door een rechter uitspraak is gedaan, of als de gang naar de rechter openstaat. Bovendien heeft de Nederlandse overheid besloten Facultatief Protocol te ratificeren en heeft zij zich daarmee gecommitteerd aan de uitspraken die het CEDAW in een klachtprocedure zal doen. Dat de Minister een concrete aanbeveling simpelweg naast zich neerlegt, is daarmee niet verenigbaar.

¹ Bestuursrecht, Deel 1, Boom Juridische Uitgevers, 4^e druk, p.204

Conclusie:

Eiseressen handhaven hun beroep en verzoeken u dienovereenkomstig te beslissen.

Amsterdam, 5 januari 2015