

CEDAW-uitspraak in de individuele klachtprocedure tegen de Staat der Nederlanden: artikel 11 Vrouwenverdrag en de rechten van zwangere zelfstandigen

Presentatie Eva Cremers

ter gelegenheid van de feestelijke bijeenkomst op 23 mei 2014

Inleiding

Op 17 februari 2014 deed het CEDAW, het comité dat toezicht houdt op de naleving van het Vrouwenverdrag (ook wel CEDAW-Comité genoemd), uitspraak in de individuele klachtprocedure tegen de Staat der Nederlanden.¹ Deze uitspraak van het CEDAW is de reden voor deze feestelijke bijeenkomst.

Volgens het comité hebben ook zwangere zelfstandigen recht op inkomenscompensatie tijdens de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof. De bepaling uit het Vrouwenverdrag waarin het recht op een zwangerschapsuitkering is toegekend - artikel 11 lid 2 aanhef en onderdeel b - is voldoende duidelijk geformuleerd om directe werking aan te nemen, aldus het comité. Deze bepaling legt Nederland en de andere lidstaten bij het verdrag daarom een resultaatsverplichting op. De stelling van Nederland dat slechts sprake is van een inspanningsverplichting gaat niet op.

Het CEDAW stelt zich op het standpunt dat Nederland de zes individuele klaagsters en alle andere 20.000 zelfstandigen die een zwangerschapsuitkering hebben moeten missen, alsnog moet compenseren. Nederland moet binnen zes maanden rapporteren op welke manier aan de aanbevelingen van het Comité zal worden voldaan.

Deze uitspraak van het CEDAW heeft mijns inziens een dubbele betekenis. Allereerst is de uitspraak van groot belang voor deze specifieke groep vrouwen. Daarnaast heeft de uitspraak ook een verderstreckende betekenis. De overwegingen van het CEDAW over de directe werking en de resultaatsverplichtingen voor de lidstaten zijn niet alleen van belang voor het onderdeel van artikel 11 Vrouwenverdrag over de zwangerschapsuitkering. Deze overwegingen zijn ook toepasbaar op de andere onderdelen van artikel 11 en eveneens op andere bepalingen uit het Vrouwenverdrag. De impact van het verdrag voor de Nederlandse rechtspraak is met deze uitspraak verduidelijkt en vergroot. Deze dubbele betekenis van de uitspraak is voor dit moment alleszins een feestje waard en het is belangrijk om de meerwaarde van de uitspraak voor diverse andere situaties te onderstrepen.

In deze presentatie zal ik me verder bepalen tot deze zaak zelf. Het gaat om bijna tien jaar procederen met een grote inzet van personen en voor deze zaak belangrijke organisaties. Een aantal van de zes individuele klaagsters is vandaag aanwezig en het is goed om na al deze jaren procederen nader kennis te kunnen maken met de klaagsters. Zij hebben zich iedere keer bereid getoond om als procespartij in een

¹ Communication No. 36/2012 Elisabeth de Blok et al. vs. The Netherlands, adopted 17 February 2014 (CEDAW/C/57/D/36/212).

proefproces op te treden en dat is niet niks. Het Proefprocessenfonds Clara Wichmann en de Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann zijn hier vertegenwoordigd en deze twee organisaties verdienen een bijzondere vermelding als meest bij de zaak betrokken organisaties.

De gerechtelijke procedures bij rechtbank en hof zijn gevoerd door Miek Greebe (Bosch Advocaten) en ondergetekende, de individuele klachtprocedure bij het CEDAW door Marlies Vegter (Bosch Advocaten) en ondergetekende. Voor de procedure bij de Hoge Raad is het cassatiekantoor Barents Krants ingeschakeld. Mac Vijn (Bosch Advocaten) doet nu met het Proefprocessenfonds de afronding van de zaak in de follow-up op de uitspraak.

Wij hebben als juristen met veel plezier en grote inzet aan de processtukken gewerkt. Het was een proefproces en dat is op zich boeiend. De nationale rechter hebben we jammer genoeg niet van ons gelijk kunnen overtuigen maar het CEDAW heeft ons in alle opzichten in het gelijk gesteld. Nederland moet als verdragspartij de aanbevelingen van het CEDAW opvolgen en daarmee wordt de nationale rechtspraak 'overruled'. Het is van het grootste belang te zorgen dat Nederland zich daadwerkelijk aan de verdragsverplichtingen gaat houden.

Geschiedenis van de publiekrechtelijke zwangerschapsuitkering

In Nederland is op 1 januari 1998 de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ) in werking getreden, een wet die voor diverse groepen zelfstandigen voorzorg in een publiekrechtelijke verplichte verzekering tegen het risico van inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid.² Deze wet gaf aan vrouwelijke verzekerden tevens een recht op een uitkering in verband met zwangerschap en bevalling gedurende een tijdvak van ten minste 16 weken rond de bevallingsdatum. De uitkering bedroeg 100% van de toepasselijke uitkeringsgrondslag, maar was niet hoger dan het wettelijk minimumloon.

Op 1 december 2001 is de Wet arbeid en zorg³ in werking getreden waarin verschillende wettelijke verlofregelingen voor de combinatie van arbeid en zorg werden ondergebracht. Sinds die datum maakte ook de regeling van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor vrouwelijke zelfstandigen deel uit van de Wet arbeid en zorg en wel in artikel 3:19. De financiering van deze regeling is daarbij niet gewijzigd.

Op 1 augustus 2004 is een einde gemaakt aan de publiekrechtelijke verplichte verzekering voor arbeidsongeschiktheid met de Wet einde toegang verzekering WAZ.⁴ Zelf dacht ik aanvankelijk dat de zwangerschapsuitkering een veilige plek in de Wet arbeid en zorg had gekregen. Dat bleek niet het geval te zijn. De Wet einde toegang verzekering WAZ maakte ook een einde aan het recht van vrouwelijke zelfstandigen op de zwangerschapsuitkering.

De afschaffing van deze publiekrechtelijke verzekering voor het risico van arbeidsongeschiktheid en het risico van zwangerschap/bevalling had als achtergrond dat de toenmalige regering de overheidsbemoeienis met de inkomensderving als

² Wet van 24 april 1997, Stb. 1997, 176.

³ Wet van 16 november 2001, Stb. 2001, 567.

⁴ Wet van 6 juli 2004, Stb. 2004, 324.

gevolg van het intreden van deze risico's niet langer wenselijk achtte. De zelfstandigen zouden zich tot private verzekeraars kunnen wenden als zij deze risico's zouden willen verzekeren. Het betrof dus een privatiseringsoperatie.

Op het moment van inwerkingtreding van de Wet einde toegang verzekering WAZ was herverzekering van het risico van zwangerschap en bevalling bij particuliere verzekeraars voor veel vrouwelijke zelfstandigen geen oplossing. De verzekeraars hanteerden een wachttijd van twee jaar waarin de vrouwen geen uitkering zouden ontvangen. De Nederlandse regering was zich daar heel goed van bewust. Voor wat de herverzekering betreft vormden de kosten van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering inclusief een uitkering bij zwangerschap en bevalling een ander probleem omdat de premie van een particuliere verzekering aanzienlijk hoger was dan de premie die vrouwelijke zelfstandigen voor de WAZ verschuldigd waren.

De beëindiging van de publiekrechtelijke verzekering voor zelfstandigen van het risico van zwangerschap en bevalling heeft tot de nodige maatschappelijke commotie geleid. Het proefproces en de activiteiten rondom het proces heeft hierin een belangrijke rol gespeeld. Toen de intrekking van de publiekrechtelijke zwangerschapsuitkering gaande was, zijn diverse bijeenkomsten georganiseerd door de Vereniging voor Vrouw en Recht en ook door de Commissie Gelijke Behandeling. Door beide organisaties zijn adviezen uitgebracht met als strekking dat de zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen behouden moet blijven en dat daar goede juridische argumenten voor zijn. Daarnaast is gewezen op het belang van betaald verlof voor de gezondheid van moeder en kind. Op de websites van deze organisaties zijn de adviezen en adviesbrieven terug te vinden.

Uiteindelijk is opnieuw een wettelijke regeling tot stand gebracht. Op 4 juni 2008 is de Wet Zwangerschaps- en bevallingsuitkering zelfstandigen in werking getreden.⁵ Door deze wet is in de Wet arbeid en zorg opnieuw een regeling opgenomen die voor zelfstandigen voorziet in een uitkering gedurende een periode van ten minste 16 weken in verband met zwangerschap en bevalling.

Vrouwelijke zelfstandigen die voor 4 juni 2008 zijn bevallen konden aan deze nieuwe wet echter geen recht op een uitkering ontlenen. De Nederlandse regering heeft geen terugwerkende kracht aan de nieuwe wet willen toekennen. Het gevolg hiervan is dat voor vrouwelijke zelfstandigen die vanwege zwangerschap en bevalling niet hebben kunnen werken in een tijdvak gelegen tussen 1 augustus 2004 en 4 juni 2008 geen publiekrechtelijke regeling heeft gegolden die voorzag in een inkomensvervangende uitkering.

De gerechtelijke procedures

Ten tijde van de intrekking van de zwangerschapsuitkering in 2004 hebben diverse benadeelde vrouwelijke zelfstandigen zich gemeld bij FNV-bonden waarvan ze lid waren. Een groep van zeven van deze vrouwen is tezamen met het Proefprocessenfonds en de FNV gaan procederen tegen de Staat der Nederlanden. Het

⁵ Wet van 29 mei 2008, Stb. 2008, 192.

Proefprocessenfonds heeft de kosten van de procedures tot het einde voor haar rekening genomen; de FNV is afgehaakt na het vonnis van rechtbank Den Haag. Er is tot in hoogste rechterlijke instantie tegen de Staat geprocedeerd. De intrekking van de publiekrechtelijke inkomensvoorziening zou onrechtmatig zijn omdat er geen deugdelijke en adequate mogelijkheid was voor een particuliere verzekering voor de inkomensderving gedurende de periode rondom de bevalling. Dit zou in strijd zijn met artikel 11 lid 2 aanhef en onder b Vrouwenverdrag omdat deze bepaling vrouwen het recht toekent op verlof wegens bevalling met behoud van loon of een vergelijkbare sociale voorziening. In de procedures is ook betoogd dat de intrekking in strijd is met het recht van de Europese Unie en andere internationaalrechtelijke verplichtingen. Die andere internationaalrechtelijke verplichtingen laat ik hier buiten beschouwing.⁶ Het beroep op artikel 11 lid 2 aanhef en onderdeel b VN-Vrouwenverdrag heeft steeds een centrale rol vervuld in alle gerechtelijke procedures. In de CEDAW-procedure speelde alleen deze bepaling een rol.

Rechtbank 's-Gravenhage heeft het standpunt over de onrechtmatigheid van de intrekking van de zwangerschapsuitkering van de hand gewezen.⁷ Tegen dat vonnis is hoger beroep aangetekend bij het hof 's-Gravenhage.

Hangende het hoger beroep van klaagsters is de zojuist genoemde nieuwe wettelijke regeling tot stand gebracht die vanaf 1 augustus 2008 voorzag in een publiekrechtelijke inkomensvoorziening voor vrouwelijke zelfstandigen. Als gevolg van het ontbreken van terugwerkende kracht hebben vrouwelijke zelfstandigen in de periode van 1 augustus 2004 tot 4 juni 2008 geen aanspraak kunnen maken op een publiekrechtelijke inkomensvoorziening gedurende het zwangerschaps- en bevallingsverlof. Klaagsters behoren tot deze groep vrouwen en met hen naar schatting 20.000 andere zelfstandigen.

De gerechtelijke procedure bij hof 's-Gravenhage is voortgezet omdat nog steeds een grote groep vrouwen schade had geleden en dit onverminderd in strijd was met het Vrouwenverdrag. Hof 's-Gravenhage heeft hun vordering afgewezen⁸ en klaagsters hebben tegen dit arrest cassatie aangetekend bij de Hoge Raad der Nederlanden. Ook de Hoge Raad wees de vordering af.⁹

Voor klaagsters waren de nationale rechtsmiddelen daarmee uitgeput. Vanaf dat moment konden zij gebruik maken van de individuele klachtprocedure bij het Vrouwenverdrag en het CEDAW verzoeken zich uit te spreken over de schending van artikel 11 aanhef en lid 2 onder b Vrouwenverdrag door de Staat der Nederlanden. Zes klaagsters zijn die procedure ingegaan met de steun van het Proefprocessenfonds Clara Wichmann. Voor één klaagster was het genoeg geweest, zij wilde de zaak nu afsluiten.

⁶ Zie hierover: E.Cremers-Hartman, 'Zwangere zelfstandige moet beter verzekerd', Sociaal Recht 2007, p. 233-246; zie ook A.K. de Keizer, 'De standaard verzekerde is nog steeds een man', Sociaal Recht 2007, p. 241-246.

⁷ Rechtbank 's-Gravenhage 25 juli 2007.

⁸ Hof 's-Gravenhage 21 juli 2009.

⁹ Hoge Raad 1 april 2011, LJN BP3044, NJ 2011, 354, m. nt. M.R. Mok; AB 2011, 370, m. nt. E.Geurink; JB 2011, 115, m. nt. J. H. Gerards.

In de individuele klachtprocedure kan het fonds zelf niet als procespartij optreden. Die mogelijkheid bestaat alleen voor individuen die nadeel ondervinden van de niet-naleving van het Vrouwenverdrag. Het fonds heeft alle kosten van de procedure gedragen.

Betekenis artikel 11 aanhef en lid 2 onder b Vrouwenverdrag

Ter informatie vooraf: Nederland heeft het Vrouwenverdrag in 1980 ondertekend en pas in 1991 geratificeerd. Bij de totstandkoming van het verdrag heeft Nederland een heel actieve rol vervuld. Het Facultatief Protocol bij het verdrag dat voorziet in de individuele klachtprocedure is ondertekend op 10 december 1999 en op 22 mei 2002 door Nederland geratificeerd.

Toelichting artikel 11 Vrouwenverdrag

De aanhef van art. 11 Vrouwenverdrag verplicht de Staten die partij zijn bij het verdrag tot:

- het treffen van alle passende maatregelen,
- 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.

Het eerste lid kent vrouwen een reeks rechten toe die betrekking hebben op het traject van toegang tot en met einde van de arbeidsverhouding.

Het tweede lid verplicht tot het treffen van een aantal concrete maatregelen die ertoe moeten dienen om discriminatie van vrouwen op grond van huwelijk of moederschap daadwerkelijk te voorkomen en het daadwerkelijk recht van vrouwen op arbeid te verzekeren. De invoering van verlof wegens bevalling is één van deze maatregelen.

Het derde lid kent een verplichting tot evaluatie van beschermende wetgeving.

Art. 11 lid 2 onderdeel b Vrouwenverdrag verplicht de lidstaten tot de passende maatregel 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’.

Juridische vragen in de procedures n.a.l.v. artikel 11 Vrouwenverdrag

1. Is artikel 11 Vrouwenverdrag alleen van toepassing op vrouwen die in loondienst werken of ook op vrouwen die als zelfstandige werken?

2. Is de zinsnede uit artikel 11 lid 2 onderdeel b Vrouwenverdrag: *‘invoeren van verlof wegens bevalling met behoud van loon of een vergelijkbare sociale voorzieningen’* voldoende concreet om door de rechter te worden toegepast? Kun je uit deze bepaling afleiden dat Nederland verplicht is om te zorgen dat ook zelfstandigen recht hebben op een inkomensvoorziening tijdens het zwangerschapsverlof?

Standpunt namens klaagsters

1. Artikel 11 Vrouwenverdrag is van toepassing op alle vormen van betaalde arbeid en dus ook op het werk van zelfstandigen. Sommige onderdelen van artikel 11 zijn meer toegeschreven naar de positie van vrouwen in loondienst (bijvoorbeeld als wordt gesproken over ontslag) maar voor de meeste onderdelen geldt dit niet. Uit de internationale wordingsgeschiedenis is bovendien op te maken dat de bepaling geldt voor alle denkbare betaalde beroepsactiviteiten.¹⁰

CEDAW heeft in de eerste individuele klachtprocedure tegen Nederland dit standpunt bevestigd (zie ook de onderhavige CEDAW-uitspraak). Deze uitspraak is in 2006 gedaan.¹¹

Dit standpunt is tevens bevestigd in de Concluding Observations van CEDAW, dat zijn de commentaren van CEDAW op de Nederlandse rapportages over de uitvoering van het Vrouwenverdrag.¹² In de Nederlandse rapportages zelf wordt de positie van zelfstandigen overigens ook altijd besproken bij de naleving van artikel 11 Vrouwenverdrag.

2. De zinsnede ‘invoeren van verlof met behoud van loon of vergelijkbare sociale voorziening’ geeft duidelijk aan welk resultaat Nederland moet bereiken. Een inkomensvoorziening voor zowel werknemers als voor zelfstandigen is een passende maatregel. De bepaling is voldoende duidelijk en concreet om door de rechter te worden toegepast. In de Nederlandse situatie is een publiekrechtelijke voorziening als basisvoorziening voor zelfstandigen een passende maatregel.

Standpunt nationale rechters

1. Rechtbank Den Haag in een overweging ten overvloede: artikel 11 Vrouwenverdrag is niet van toepassing op zelfstandigen; uit de bewoordingen van diverse onderdelen van de bepaling blijkt dat het artikel geldt voor vrouwen in loondienst.

Het Hof laat zich niet uit over deze kwestie omdat dit niet meer nodig is. Het Hof had namelijk eerst vraag 2 al beantwoord. Bij de Hoge Raad speelt de kwestie ook niet meer.

2. Volgens het Hof is artikel 11 lid 2 aanhef en sub b Vrouwenverdrag te algemeen van aard om door de rechter te kunnen worden toegepast. Het artikel verplicht de Staat slechts om “passende maatregelen” te nemen. De bepaling schrijft niet voor wat die maatregelen moeten inhouden. De duur van het verlof wegens bevalling, de vorm ervan en de hoogte van de te verstrekken uitkering zijn niet gespecificeerd en daarom kan het artikel niet door de rechter worden toegepast. Het artikel geeft een instructienorm voor de lidstaten.

¹⁰ Voor een uitgebreide toelichting op de betekenis van artikel 11 Vrouwenverdrag, kan worden verwezen naar: E. Cremers-Hartman, ‘Zwangerschaps- en bevallingsverlof Wa&z. Een toetsing aan het VN-vrouwenverdrag’, *Nemesis* 2002, nr. 5, p. 119-127.

¹¹ CEDAW 14 augustus 2006, zaak Nguyen tegen de Staat der Nederlanden, Communication No.3/2004; zie: E. Cremers-Hartman, ‘CEDAW doet uitspraak in klacht tegen Staat der Nederlanden’, *Sociaal Recht* 2006, nr. 12, p. 372-374.

¹² Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2009/10, 30 420, nr. 154 en nr. 157.

De Hoge Raad onderschrijft dit standpunt. Rechtbank Den Haag was tot dezelfde conclusie gekomen, maar met een iets andere formulering.

Het is opvallend dat de uitleg van het CEDAW in de commentaren op de Nederlandse rapportages over de uitvoering van het Vrouwenverdrag in de rechterlijke uitspraken geen enkele rol spelen. De rechters betrekken die uitleg niet in de oordeelsvorming. Ook de eerdere uitspraak van CEDAW uit 2006 speelde geen enkele rol bij de overwegingen van rechtbank Den Haag over de personele werkingssfeer van artikel 11 Vrouwenverdrag.

Standpunt CEDAW

1. Uit de bewoordingen van artikel 11 Vrouwenverdrag in het algemeen en specifiek van artikel 11 lid 2 sub b kan niet de enge interpretatie volgen dat de bepaling niet van toepassing is op vrouwen die als zelfstandige werken.

Deze zienswijze van CEDAW is al eerder gebleken bij de beoordeling door CEDAW van de periodieke landenrapportages.

In de zaak Nguyen vs. Nederland uit 2006 heeft CEDAW dit standpunt ook ingenomen.

2. CEDAW verwijst naar de Concluding Observations waarin het standpunt is ingenomen dat artikel 11 lid 2 sub b direct toepasbaar is. CEDAW herhaalt daarbij de bezorgdheid over de status die Nederland toekent aan het Vrouwenverdrag.

CEDAW wijst erop dat Nederland zelf met de ratificatie van het Vrouwenverdrag en met de ratificatie van het protocol dat voorziet in de individuele klachtprocedure de directe toepasbaarheid op individuen heeft erkend. Nederland heeft zich daarmee verplicht de verdragsbepalingen toe te passen en kan zich niet beroepen op een gebrek aan directe toepasbaarheid of op kwalificaties als “instructienormen” inzake artikel 11 lid 2 sub b.

In de gegeven situatie heeft Nederland de zwangere zelfstandigen nadeel toegebracht. Dit is een directe discriminatie op grond van geslacht en dit is in strijd met artikel 11 Vrouwenverdrag. Nederland heeft bovendien in strijd gehandeld met artikel 11 lid 2 sub b door een bestaande regeling voor zwangerschapsverlof voor zelfstandigen in te trekken en voor hen geen regeling te treffen voor de periode na intrekking van de oude regeling en de invoering van een nieuwe regeling die voorziet in een zwangerschapsuitkering.

Aanbevelingen in de uitspraak van het CEDAW

CEDAW heeft in de uitspraak de volgende aanbevelingen gedaan aan de Staat der Nederlanden:

- de individuele klagsters moeten in financiële zin schadeloos worden gesteld voor hun verlies aan inkomen tijdens het zwangerschapsverlof;
- in het algemeen kan worden vastgesteld dat aan vrouwelijke zelfstandigen die in de periode van 1 augustus 2004 tot 4 juni 2008 een kind hebben gekregen geen compensatie is geboden voor de intrekking van de

zwangerschapsuitkering. De staat wordt daarom uitgenodigd om de situatie van deze vrouwen te adresseren ofwel in ogeschouw te nemen en te repareren.

Binnen zes maanden moet Nederland schriftelijk inhoudelijk reageren op de standpunten van CEDAW in de uitspraak en tevens op de aanbevelingen omtrent de positie van de klagsters en de andere vrouwelijke zelfstandigen die nadeel hebben ondervonden.

Ook wordt Nederland verzocht de uitspraak en de aanbevelingen van CEDAW te publiceren en een brede bekendheid te geven.

Volgende spreeksters zullen nader ingaan op de follow-up van deze uitspraak.