

LJN: BP3044, Hoge Raad , 09/04671

Datum 01-04-2011

uitspraak:

Datum 01-04-2011

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Onrechtmatige overheidsdaad. Verzekeringsrecht. Intrekken publiekrechtelijke regeling die vrouwelijke zelfstandigen aanspraak geeft op uitkering bij zwangerschap en bevalling onrechtmatig? Handelen Staat in strijd met art. 11 lid 2, onder b, Vrouwenverdrag en/of art. 4 en 8 van de Zelfstandigenrichtlijn (Richtlijn 86/613/EEG)? Oordeel hof dat resultaat van de te nemen maatregelen in art. 11 lid 2, onder b, Vrouwenverdrag onvoldoende nauwkeurig is omschreven en dat deze bepaling derhalve ongeschikt is voor rechtstreekse toepassing door nationale rechter, is juist. Zelfstandigenrichtlijn bevat geen verplichting om uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap in te voeren. Intrekken nationale publiekrechtelijke regeling ook niet in strijd met art. 4 en 8 Zelfstandigenrichtlijn.

Vindplaats(en): AB 2011, 370 m. nt. E. Geurink
JB 2011, 115 m. nt. J.H. Gerards
NJ 2011, 354 m. nt. M.R. Mok
NJB 2011, 808
Rechtspraak.nl
RSV 2011, 211
RvdW 2011, 456

Uitspraak

1 april 2011
Eerste Kamer
09/04671
TT/MD

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. STICHTING PROEFPROCESSENFONDS CLARA WICHMANN, gevestigd te Amsterdam,
2. [Eiseres 2],
wonende te [woonplaats],
3. [Eiseres 3],
wonende te [woonplaats],
4. [Eiseres 4],
wonende te [woonplaats],
5. [Eiseres 5],
wonende te [woonplaats],
6. [Eiseres 6],
wonende te [woonplaats],
7. [Eiseres 7],
wonende te [woonplaats],
8. [Eiseres 8],
wonende te [woonplaats],

EISERESSEN tot cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr. E. Grabandt, thans mr. G.R. den Dekker,

t e g e n

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid),
gevestigd te 's-Gravenhage,
VERWEERDER in cassatie,
advocaten: mrs. G. Snijders en J.W.H. van Wijk.

Eiseressen zullen hierna ook worden aangeduid als Clara Wichmann respectievelijk de zeven individuele eiseressen, en gezamenlijk als Clara Wichmann c.s. Verweerder zal worden aangeduid als de Staat.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 257427 / HA ZA 06-170 van de rechtbank 's-Gravenhage van 25 juli 2007;
 - b. het arrest in de zaak 105.007.459/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 21 juli 2009.
- Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben Clara Wichmann c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.
De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.
De zaak is voor Clara Wichmann c.s. toegelicht door mr. J. Brandt, advocaat bij de Hoge Raad.
De zaak is voor de Staat toegelicht door zijn advocaten.
De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot verwerping van het beroep.
Mr. Den Dekker heeft namens Clara Wichmann c.s. bij brief van 9 februari 2011 op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1 tot en met 1.10. Samengevat gaat het om het volgende.

- (i) Op 1 januari 1998 is de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ) in werking getreden. Deze wet voorzag voor zelfstandigen, beroepsbeoefenaren en meewerkende echtgenoten in een publiekrechtelijke verplichte verzekering tegen het risico van inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid. Aan vrouwelijke verzekerden gaf de WAZ een recht op uitkering in verband met zwangerschap en bevalling.
- (ii) Op 1 december 2001 is de Wet arbeid en zorg in werking getreden. Sindsdien bestond voor de genoemde vrouwelijke zelfstandigen een recht op uitkering in verband met zwangerschap en bevalling op grond van art. 3:19 van deze wet.
- (iii) De op 1 augustus 2004 in werking getreden Wet einde toegang verzekering WAZ maakte een einde 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. Een wijziging van art. 3:19 Wet arbeid en zorg had tot gevolg dat het recht op uitkering in verband met zwangerschap en bevalling slechts bleef bestaan voor vrouwelijke beroepsbeoefenaren op arbeidsovereenkomst.
- (iv) Vanaf 1 augustus 2004 waren vrouwelijke zelfstandigen voor een inkomensvervangende uitkering bij zwangerschap en bevalling aangewezen op particuliere verzekeraars. Deze verzekeraars hanteerden beperkende voorwaarden die onder de publiekrechtelijke regeling niet golden. Die voorwaarden hadden onder meer betrekking op de wachttijd tussen de ingangsdatum van de verzekering en de datum van de bevalling; de wachttijd bedroeg in de meeste polissen twee jaar.
- (v) Op 4 juni 2008 is de Wet Zwangerschaps- en bevallingsuitkering zelfstandigen in werking

getreden. Door deze wet is in de Wet arbeid en zorg alsnog een regeling opgenomen die voorziet in een uitkering voor zelfstandigen in verband met zwangerschap en bevalling. Vrouwelijke zelfstandigen die vóór 4 juni 2008 zijn bevallen, kunnen aan deze nieuwe wet geen recht op een uitkering ontlenen.

3.2 Clara Wichmann c.s. vorderen in dit geding kort gezegd een verklaring voor recht dat de Staat handelt in strijd met art. 11 lid 2, onder b, van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (hierna: het Vrouwenverdrag) en/of met de art. 4 en 8 van Richtlijn 86/613/EEG van de Raad van de EG van 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, Pb EG L 359 (hierna: de Zelfstandigenrichtlijn) en/of met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Daarnaast vorderen de zeven individuele eiseressen de veroordeling van de Staat tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat. Clara Wichmann c.s. hebben aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat de Staat jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld door met ingang van 1 augustus 2004 een einde te maken aan een publiekrechtelijke regeling die vrouwelijke zelfstandigen aanspraak gaf op een uitkering in verband met zwangerschaps- en bevallingsverlof. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.1 is overwogen, heeft het onderhavige geschil derhalve betekenis voor vrouwelijke zelfstandigen die door zwangerschap of bevalling niet hebben kunnen werken in een tijdvak gelegen tussen 1 augustus 2004 en 4 juni 2008. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof heeft het vonnis bekrachtigd.

3.3.1 Met betrekking tot het beroep van Clara Wichmann c.s. op art. 11 lid 2, onder b, Vrouwenverdrag heeft het hof het volgende overwogen.

"3.3 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat deze bepaling geen rechtstreekse werking heeft. De daarin neergelegde opdracht aan de verdragsstaten om "passende maatregelen" te nemen wijst veeleer op een instructienorm. De in het artikel gebruikte term "verzekeren" slaat niet rechtstreeks op het in te voeren verlof maar op "het daadwerkelijk recht van vrouwen op arbeid", welk recht als zodanig te algemeen is om zich voor toepassing door de nationale rechter te lenen. Het resultaat van de te nemen maatregelen, "verlof wegens bevalling", is in deze bepaling ook niet voldoende nauwkeurig omschreven. Welke modaliteiten (duur van het verlof, vorm en hoogte van de uitkering) het in te voeren verlof moet hebben is immers niet voorgeschreven. Dit maakt dat het voor de rechter moeilijk zo niet onmogelijk [is] om in een voorliggend geval te toetsen of aan de verplichtingen van dit artikel uitvoering is gegeven."

3.3.2 Onderdeel 1 komt op tegen rov. 3.3. Het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat art. 11 lid 2, onder b, rechtstreekse werking heeft en betoogt daartoe dat deze bepaling de verdragsstaten verplicht om passende maatregelen te nemen om een specifiek omschreven resultaat te realiseren zonder dat aan hen daarbij veel beleidsvrijheid wordt gelaten. Deze bepaling kan zowel naar de aard en inhoud als naar de formulering en doelstelling ervan eenieder verbinden en heeft ingevolge art. 93 Grondwet rechtstreekse werking. In ieder geval heeft het hof miskend dat art. 11 lid 2, onder b, verplichtingen bevat die zo duidelijk zijn dat daaruit in rechte afdwingbare rechten voor vrouwen voortvloeien, aldus nog steeds het onderdeel.

3.3.3 De klacht faalt.

Art. 11 lid 2 Vrouwenverdrag luidt, voor zover thans van belang, als volgt.

"Ten einde discriminatie van vrouwen op grond van huwelijk of moederschap te voorkomen en het daadwerkelijke recht van vrouwen op arbeid te verzekeren, nemen de Staten die partij zijn bij dit Verdrag passende maatregelen om:

(...)

b. 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."

Nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Vrouwenverdrag valt af te leiden dat de verdragsluitende Staten zijn overeengekomen dat aan art. 11 lid 2, onder b, geen rechtstreekse werking mag worden toegekend, is voor het antwoord op de vraag of die

verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft, de inhoud van de bepaling beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren (HR 30 mei 1986, LJN AC9402, NJ 1986/688). Van belang is of een bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door de rechter te worden toegepast. Het hof heeft terecht overwogen dat in art. 11 lid 2, onder b, niet is voorgeschreven welke modaliteiten een verlof wegens bevalling moet hebben, aangezien omtrent de duur en de vorm van het verlof en omtrent de hoogte van de uitkering in de bepaling niets is geregeld. Het oordeel van het hof dat het resultaat van de te nemen maatregelen in art. 11 lid 2, onder b, onvoldoende nauwkeurig omschreven is en dat deze bepaling derhalve ongeschikt is voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter, is dan ook juist.

3.3.4 De overige in het onderdeel aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.4 Onderdeel 2 komt met een motiveringsklacht op tegen het slot van rov. 3.3, waarin het hof met betrekking tot de vordering van de individuele eiseressen heeft overwogen "dat de rechter niet kan vaststellen welke schade zij hebben geleden".

Ook deze klacht kan niet tot cassatie leiden nu deze afstuit op hetgeen met betrekking tot onderdeel 1 is overwogen.

3.5.1 Onderdeel 3 richt zich tegen rov. 4.2, waarin het hof het volgende heeft overwogen.

"4.2 De Staat heeft onweersproken aangevoerd dat een aanvankelijk voorstel voor deze richtlijn, waarin een verplichting was opgenomen om een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap in te voeren, door de Raad niet werd overgenomen, maar werd afgezwakt tot de onderzoeksverplichting die nu is neergelegd in artikel 8 van de richtlijn. Tegen deze achtergrond acht het hof het reeds om deze reden niet aannemelijk dat artikel 4 tot invoering van een dergelijke voorziening zou verplichten. Dan zou de Raad in artikel 4 hebben bepaald wat hij in artikel 8 nu juist niet wilde opnemen, hetgeen onlogisch voorkomt. Het hof gaat er dan ook van uit dat artikel 4 geen verplichting inhoudt tot het invoeren van een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap. Artikel 8 houdt slechts een onderzoeksplicht in en zoals uit het voorgaande blijkt is die bepaling bewust daartoe beperkt gehouden. Ook daarin kan derhalve geen verplichting worden gelezen om een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap in te voeren (...)."

3.5.2 Het onderdeel klaagt over het oordeel van het hof dat art. 4 en 8 van de Zelfstandigenrichtlijn geen verplichting in het leven roepen voor de Staat om (opnieuw) een publiekrechtelijk stelsel in te voeren dat vrouwelijke zelfstandigen recht geeft op een uitkering bij zwangerschap en bevalling.

Art. 4 van de Zelfstandigenrichtlijn houdt in dat de lidstaten met betrekking tot zelfstandigen de nodige maatregelen nemen om een einde te maken aan bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling als omschreven in Richtlijn 76/207/EEG, met name ten aanzien van de oprichting, vestiging of uitbreiding van een onderneming, dan wel ten aanzien van de aanvang of uitbreiding van iedere andere vorm van werkzaamheid van zelfstandigen, zulks met inbegrip van financiële faciliteiten.

Art. 8 van de Zelfstandigenrichtlijn bepaalt, voor zover thans van belang, dat de lidstaten zich ertoe verbinden te onderzoeken of en op welke wijze vrouwelijke zelfstandigen en echtgenoten van zelfstandigen tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap in aanmerking kunnen komen voor uitkeringen in het kader van een stelsel van sociale zekerheid of een ander openbaar stelsel van sociale bescherming. Het hof heeft - in cassatie niet bestreden - vastgesteld dat in art. 8 bewust is gekozen voor een verplichting voor de lidstaten die niet verder gaat dan een onderzoeksplicht. Tegen die achtergrond heeft het hof terecht geoordeeld dat uit art. 4 niet een verder gaande verplichting kan worden afgeleid en dat in de Zelfstandigenrichtlijn geen verplichting kan worden gelezen om een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap in te voeren. Voorts kan, anders dan aan het slot van het onderdeel wordt betoogd, ook niet aangenomen worden dat het intrekken van de tot 1 augustus 2004 geldende regeling in strijd is met de art. 4 en 8.

Nu die bepalingen geen verplichting in het leven roepen een bepaalde regeling voor uitkering bij zwangerschap en bevalling tot stand te brengen, is het intrekken van de tot 1 augustus 2004 geldende regeling ook niet in strijd met genoemde bepalingen. Het onderdeel faalt.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Clara Wichmann c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 384,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren E.J. Numann als voorzitter, A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven, W.A.M. van Schendel en C.A. Streefkerk, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 1 april 2011.

Conclusie

09/04671

Mr. F.F. Langemeijer

Zitting 28 januari 2011

Conclusie inzake:

Stichting Proefprocessenfonds Clara Wichmann,
[eiseres 2], [eiseres 3], [eiseres 4],
[eiseres 5], [eiseres 6], [eiseres 7] en
[eiseres 8]

tegen

de Staat der Nederlanden

In deze zaak gaat het om de vraag of de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseressen door met ingang van 1 augustus 2004 een einde te maken aan een publiekrechtelijke regeling die vrouwelijke zelfstandigen aanspraak gaf op een uitkering in verband met zwangerschaps- en bevallingsverlof.

1. Inleiding

1.1. Op 1 januari 1998 is de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ) in werking getreden(1). Voor zelfstandigen, beroepsbeoefenaren en meewerkende echtgenoten voorzag deze wet in een publiekrechtelijke verplichte verzekering tegen het risico van inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid. Hiervoor waren de verzekerden een premie verschuldigd. De uitvoering van de wet was opgedragen aan een bedrijfsvereniging.

1.2. Aan vrouwelijke verzekerden gaf de WAZ een recht op uitkering in verband met zwangerschap en bevalling zonder dat daarvoor afzonderlijk premie verschuldigd was, gedurende een tijdvak van ten minste 16 weken rond de bevallingsdatum(2). De uitkering bedroeg 100 % van de toepasselijke uitkeringsgrondslag, maar was niet hoger dan het wettelijk minimumloon(3). De toepasselijke grondslag werd vastgesteld aan de hand van het inkomen dat de verzekerde had verdiend in een (in de WAZ nader omschreven) tijdvak voorafgaand aan de bevalling.

1.3. Op 1 december 2001 is de Wet arbeid en zorg in werking getreden(4). Sindsdien bestond een recht op een uitkering in verband met zwangerschap en bevalling op grond van artikel 3:19 van deze wet. Ook deze uitkering werd gefinancierd uit premies die door de verzekerden werden opgebracht.

1.4. De op 1 augustus 2004 in werking getreden Wet einde toegang verzekering WAZ(5) maakte een eind aan de publiekrechtelijke verplichte verzekering van zelfstandigen, beroepsbeoefenaren en

meewerkende echtgenoten. Daarmee kwam ook een einde aan het recht van vrouwelijke zelfstandigen op een uitkering in verband met zwangerschap en bevalling. Een wijziging van art. 3:19 Wet arbeid en zorg had tot gevolg dat het recht op uitkering in verband met zwangerschap en bevalling slechts nog bleef bestaan voor vrouwelijke beroepsbeoefenaren op arbeidsovereenkomst(6).

1.5. Vanaf 1 augustus 2004 waren vrouwelijke zelfstandigen voor een inkomensvervangende uitkering bij zwangerschap en bevalling aangewezen op particuliere verzekeraars (arbeidsongeschiktheidsverzekeringen). Daarbij deed zich het probleem voor dat particuliere verzekeraars beperkende voorwaarden hanteerden die onder de vroegere publiekrechtelijke regeling niet golden. Deze voorwaarden hadden onder meer betrekking op de wachttijd tussen de ingangsdatum van de verzekering en de datum van de bevalling; de wachttijd bedroeg in de meeste polissen twee jaar(7).

1.6. Naar aanleiding van een verzoek vanuit de Eerste Kamer heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) verzocht advies uit te brengen over de internationaal- en Europeesrechtelijke aspecten van deze wetwijziging(8). Bij de parlementaire behandeling was de vraag gerezen of de privatisering van de zwangerschapsuitkering voor vrouwelijke zelfstandigen in strijd was met het Vrouwenverdrag en de Zelfstandigenrichtlijn.

1.7. De CGB heeft op 28 april 2006 advies uitgebracht(9). Haar conclusies hielden in:

- Op grond van EG-regelgeving en jurisprudentie, in samenhang met het Europees genderbeleid, 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.
- 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 (vroegere) publieke regeling.
- 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.
- Onder meer uit de oordelen die de CGB uitbracht toen de publieke regeling nog bestond, blijkt dat de betreffende verzekeringen als aanvullende voorziening niet voldeden aan de gelijkebehandelingswetgeving. (De GCB noemde o.a. de wachttijd)
- 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.

1.8. De CGB heeft eigener beweging opdracht gegeven tot nader onderzoek naar de beperkende clausules in polisvoorwaarden en vervolgens een tweede advies gepubliceerd. Hierin zijn ook rechtsvergelijkende gegevens te vinden(10). Primair deed zij een aanbeveling om een publieke voorziening te treffen, specifiek voor zelfstandig werkende vrouwen, om het behoud van inkomsten of van een bedrag dat overeenkomt met vergelijkbare sociale voorzieningen te garanderen gedurende de maatschappelijk algemeen aanvaarde periode van 16 weken bij zwangerschap en bevalling. Als alternatief adviseerde zij dat hetzij door wetwijziging hetzij door een convenant met de verzekeringsbranche wordt gegarandeerd dat de polisvoorwaarden die bij particuliere verzekeraars gelden ten minste overeenkomen met die voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Ook in de vakliteratuur is de afschaffing van de publiekrechtelijke zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen bekritiseerd(11).

1.9. In procedures tegen verzekeringsmaatschappijen hebben vrouwelijke zelfstandigen de

toelaatbaarheid van een wachttijd en andere beperkende polisvoorwaarden voor een uitkering in verband met zwangerschap en bevalling aangevochten. Bij vonnis van 15 november 2005 (LJN: AU6168) heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank te Utrecht geoordeeld dat de desbetreffende verzekeraar door het hanteren van een wachttijd en andere beperkende voorwaarden in strijd handelde met het discriminatieverbod van art. 7 Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). De rechtbank heeft deze verzekeraar veroordeeld tot het doen van een uitkering onder de polis(12). Het gerechtshof te Amsterdam heeft dit vonnis vernietigd bij arrest van 19 oktober 2006 en de vordering alsnog afgewezen(13). Het cassatieberoep tegen dat arrest is verworpen in HR 11 juli 2008 (LJN: BD1850), NJ 2008, 578 m.nt. M.R. Mok. De Hoge Raad overwoog, samengevat, dat noch de Algemene wet gelijke behandeling noch Richtlijn 2004/113/EG meebrengt dat zwangerschap en bevalling bij de uitvoering van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering in hun algemeenheid op één lijn gesteld moeten worden met (arbeidsongeschiktheid als gevolg van) ziekte. Het staat een verzekeringsmaatschappij vrij om, naast een door haar aangeboden dekking voor arbeidsongeschiktheid die voor mannen en vrouwen gelijk is, al dan niet een verzekering voor een zwangerschapsuitkering aan te bieden. Dit omvat ook de vrijheid om voor een dergelijke zwangerschapsuitkering afwijkende voorwaarden in de polis op te nemen.

1.10. Ingaande 4 juni 2008 is de Wet Zwangerschaps- en bevallingsuitkering zelfstandigen in werking getreden(14). Door deze wet is in de Wet arbeid en zorg alsnog een regeling opgenomen die voorziet in een uitkering voor zelfstandigen gedurende ten minste 16 weken in verband met zwangerschap en bevalling. Vrouwelijke zelfstandigen die vóór 4 juni 2008 zijn bevallen kunnen aan deze nieuwe wet geen recht op een uitkering ontnemen(15). Het gevolg hiervan is dat het onderhavige geschil praktisch betekenis heeft voor vrouwelijke zelfstandigen die door zwangerschap of bevalling niet hebben kunnen werken in een tijdvak, gelegen tussen 1 augustus 2004 en 4 juni 2008.

2. Het procesverloop

2.1. Op 8 december 2005 hebben de Stichting Proefprocessenfonds Clara Wichmann(16) en zeven individuele vrouwelijke zelfstandigen die na 1 augustus 2004 zijn bevallen van een kind de Staat gedagvaard voor de rechtbank te 's-Gravenhage. Zij stelden dat de Staat jegens hen, respectievelijk jegens de personen voor wier belang de Stichting opkomt, onrechtmatig handelt door de afschaffing van de publieke inkomensvoorziening voor vrouwelijke zelfstandigen gedurende een periode van 16 weken rondom de bevallingsdatum die tot 1 augustus 2004 heeft bestaan. Na wijziging van eis vorderden zij een verklaring voor recht, dat de Staat in strijd handelt met Zelfstandigenrichtlijn(17), in het bijzonder de artikelen 4 en 8 daarvan, en/of met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen en/of met art. 11, lid 2 onder b, van het Vrouwenverdrag(18). Daarnaast vorderden de zeven individuele eiseressen betaling van een schadevergoeding, op te maken bij staat, en een voorschot voor ieder van hen.

2.2. Nadat de Staat verweer had gevoerd, heeft de rechtbank bij vonnis van 25 juli 2007 de vorderingen afgewezen(19). De rechtbank overwoog dat noch artikel 4 noch artikel 8 van de Zelfstandigenrichtlijn de Staat verplicht om bij wege van publiekrechtelijke voorziening zorg te dragen voor uitkeringen wegens zwangerschap en bevalling van vrouwelijke zelfstandigen (rov. 4.2 - 4.8 Rb). Ten aanzien van het beroep van eiseressen op het Vrouwenverdrag was de rechtbank van oordeel dat aan artikel 11, tweede lid, aanhef en onder b, van het Vrouwenverdrag geen rechtstreekse werking toekomt, zodat de vorderingen niet op die bepaling kunnen worden gebaseerd (rov. 4.9 - 4.13 Rb). Ten overvloede voegde de rechtbank hieraan toe dat artikel 11 sterke aanwijzingen bevat dat het tweede lid uitsluitend betrekking heeft op vrouwen die in loondienst werken (rov. 4.14 Rb).

2.3. Op het hoger beroep van de eiseressen heeft het gerechtshof te 's-Gravenhage bij arrest van 21 juli 2009 (niet gepubliceerd) het vonnis bekrachtigd. Het hof was met de rechtbank van oordeel, dat het bepaalde in artikel 11, lid 2, aanhef en onder b, Vrouwenverdrag geen rechtstreekse werking heeft. Het hof lichtte dit oordeel toe als volgt:

"De daarin neergelegde opdracht aan de verdragsstaten om 'passende maatregelen' te nemen wijst veeleer op een instructienorm. De in het artikel gebruikte term 'verzekeren' slaat niet rechtstreeks op het in te voeren verlof maar op 'het daadwerkelijk recht van vrouwen op arbeid', welk recht als zodanig te algemeen is om zich voor toepassing door de nationale rechter te lenen. Het resultaat van

de te nemen maatregelen, 'verlof wegens bevalling', is in deze bepaling ook niet voldoende nauwkeurig omschreven. Welke modaliteiten (duur van het verlof, vorm en hoogte van de uitkering) het in te voeren verlof moet hebben is immers niet voorgeschreven. Dit maakt dat het voor de rechter moeilijk zo niet onmogelijk om in een voorliggend geval te toetsen of aan de verplichtingen van het artikel uitvoering is gegeven." (rov. 3.3).

2.4. Het hof voegde hieraan toe dat dit tevens betekent dat de rechter niet kan vaststellen welke schade de individuele eiseressen hebben geleden. Dat voor de Staat een verplichting bestond om een uitkering te verzekeren op het door eiseressen bedoelde niveau (waarop zij het door hen gevorderde voorschot op schadevergoeding baseren), kan niet uit art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag worden afgeleid (rov. 3.3 slot).

2.5. Ten aanzien van het beroep op art. 4 en 8 van de Zelfstandigenrichtlijn overwoog het hof: "De Staat heeft onweersproken gesteld dat een aanvankelijk voorstel voor deze richtlijn, waarin een verplichting was opgenomen om een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap in te voeren, door de Raad niet werd overgenomen, maar werd afgezwakt tot de onderzoeksverplichting die nu is neergelegd in artikel 8 van de richtlijn. Tegen deze achtergrond acht het hof het reeds om deze reden niet aannemelijk dat artikel 4 tot invoering van een dergelijke voorziening zou verplichten. Dan zou de Raad in artikel 4 hebben bepaald wat hij in artikel 8 nu juist niet wilde opnemen (...). Artikel 8 houdt slechts een onderzoeksplicht in en zoals uit het voorgaande blijkt is die bepaling bewust daartoe beperkt gehouden. Ook daarin kan derhalve geen verplichting worden gelezen om een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap in te voeren, nog daargelaten dat dit artikel er niet toe strekt aanspraken aan burgers te geven. Hieraan doet niet af dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WAZ is vermeld dat met invoering van de uitkeringsregeling rond zwangerschap invulling wordt gegeven aan de verplichting die Nederland heeft op grond van de Zelfstandigenrichtlijn. Een dergelijke mededeling bindt de Staat niet in die zin dat hij niet meer zou mogen betogen dat een dergelijke invulling met een publiekrechtelijke regeling niet als verplichting uit die richtlijn voortvloeit. Het voorgaande wordt niet anders door het algemene beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen bij de uitleg van de Zelfstandigenrichtlijn te betrekken. Uit het voorgaande blijkt dat deze richtlijn waar het betreft de rechten van vrouwelijke zelfstandigen bij zwangerschap en moederschap bewust een beperkte strekking heeft gekregen. Het algemene beginsel van de gelijkheid van mannen en vrouwen kan de werking van de richtlijn niet doen omslaan in een resultaat dat de richtlijnwetgever bewust niet heeft gewild. (rov. 4.2 - 4.3).

2.6. Clara Wichmann en de individuele eiseressen hebben - tijdig - beroep in cassatie ingesteld. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, met re- en dupliek.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het middel valt uiteen in drie onderdelen. Onderdeel 1 bestrijdt de beslissing dat art. 11, lid 2 onder b, van het Vrouwenverdrag geen rechtstreekse werking heeft (rov. 3.3). Onderdeel 2 richt een motiveringsklacht tegen het oordeel dat de rechter niet kan vaststellen welke schade de zeven individuele eiseressen hebben geleden (rov. 3.3 slot). Onderdeel 3 heeft betrekking op de artikelen 4 en 8 van de Zelfstandigenrichtlijn (rov. 4.2).

Onderdeel 1: heeft art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag rechtstreekse werking?

3.2. Art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag luidt, in de Nederlandse vertaling:

"Ten einde discriminatie van vrouwen op grond van huwelijk of moederschap te voorkomen en het daadwerkelijke recht van vrouwen op arbeid te verzekeren, nemen de Staten die partij zijn bij dit Verdrag passende maatregelen om:

a. (...)

b. 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 toekomstige sociale uitkeringen."

3.3. Onderdeel 1 bestrijdt de in alinea 2.3 hiervoor geciteerde overweging met de volgende klachten:

a. Het hof heeft miskend dat art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag rechtstreekse werking heeft, nu deze bepaling de verdragsstaten verplicht passende maatregelen te nemen om een specifiek omschreven resultaat te realiseren zonder dat aan hen daarbij veel beleidsvrijheid wordt gelaten. Deze bepaling kan, zowel naar de aard en inhoud als naar de formulering en doelstelling ervan, een ieder verbinden en heeft rechtstreekse werking ingevolge art. 93 Grondwet(20). In ieder geval heeft het hof miskend dat art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag verplichtingen bevat die zo duidelijk zijn dat daaruit in rechte afdwingbare rechten voor vrouwen voortvloeien.

b. Voor zover het hof aanneemt dat van rechtstreekse werking van een verdragsbepaling geen sprake kan zijn wanneer die bepaling aan de verdragsstaten enige beleidsvrijheid laat, is dit oordeel onjuist: een zekere mate van beleidsvrijheid behoeft aan een bepaling niet de een ieder verbindende kracht te ontnemen.

c. Het bestreden oordeel is rechtens onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd in het licht van de 'concluding comments' van de CEDAW naar aanleiding van de 4e rapportage over de uitvoering van het Vrouwenverdrag in Nederland. Hierin uitte de CEDAW haar zorgen over de opvatting van de Nederlandse regering dat niet alle bepalingen van het Vrouwenverdrag rechtstreeks werking hebben, en riep zij op tot heroverweging daarvan.

d. Het hof heeft bovendien miskend dat het door Nederland geratificeerde Facultatief Protocol bij het Vrouwenverdrag aan (groepen van) personen het recht toekent om bij het Vrouwenrechtencomité te klagen over een schending van de in het Vrouwenverdrag opgenomen rechten. In het licht van dit klachtrecht zijn de in het Vrouwenverdrag opgenomen rechten zo concreet dat (groepen van) personen daaraan direct rechten kunnen ontleen. In het bijzonder ten aanzien van art. 11 Vrouwenverdrag zou dit door de CEDAW zijn erkend(21).

3.4. Ik begin met de klacht onder a. In Nederland hebben bepalingen van verdragen die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden verbindende kracht nadat zij bekend zijn gemaakt (art. 93 Grondwet)(22). Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen (art. 94 Grondwet). Rechtstreekse werking wil zeggen dat een recht rechtstreeks afdwingbaar is binnen de nationale rechtsorde zonder dat daarvoor eerst een nadere handeling van de wetgever nodig is. De Staatscommissie Grondwet heeft een voorkeur voor de uitdrukking dat een verdragsbepaling 'rechtstreekse werking heeft'(23). Met betrekking tot het criterium voor rechtstreekse werking van verdragsbepalingen in de nationale rechtsorde is in HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 m.nt. PAS, met betrekking tot art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest overwogen: "(...) Of de verdragsluitende Staten al dan niet hebben beoogd aan art. 6 lid 4 ESH directe werking toe te kennen, is niet van belang nu noch uit de tekst noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen dat art. 6 lid 4 die werking niet mag worden toegekend. Bij deze stand van zaken is naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?" (rov. 3.2).

3.5. In een recente kabinetsnotitie is een iets andere formulering gebruikt: "Of een bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie geldt als een ieder verbindend wordt (dus) in laatste instantie bepaald door de rechter. Een rechter zal dan moeten nagaan of een dergelijke bepaling kan worden tegengeworpen aan of worden ingeroepen door een justitiabele. Dit hangt af van de inhoud van de bepaling, in het bijzonder van de vraag of de bepaling (a) plichten oplegt, of rechten toekent aan justitiabelen alsmede (b) onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door een rechter te worden toegepast. Bepalingen die bij hun uitvoering beleidsvrijheid laten aan staten, zijn derhalve niet een ieder verbindend."(24)

In het zo-even genoemde criterium ("onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om door de rechter te worden toegepast") hoort men de rechtspraak van het HvJ EG, thans HvJ EU, over rechtstreekse werking van niet of onvolledig in het nationale recht geïmplementeerde EG-richtlijnen(25).

3.6. Het gaat dus om de inhoud van de desbetreffende verdragsbepaling. Dit brengt mee dat

algemene uitspraken over rechtstreekse werking van de bepalingen van het Vrouwenverdrag niet zinnig zijn. Voor zover ik heb kunnen nagaan is in de onderhandelingen die vooraf gingen aan de totstandkoming van het Vrouwenverdrag de vraag naar mogelijke rechtstreekse werking van artikel 11, lid 2 onder b, niet aan de orde geweest(26). Een eventuele rechtstreekse werking van (een of meer bepalingen in) het Vrouwenverdrag is wel ter sprake geweest in de parlementaire behandeling van het voorstel van wet tot goedkeuring van het Vrouwenverdrag. Over de artikelen 7 - 17 schreef de regering dat aard en inhoud van deze materiële verplichtingen en de formulering van de opdracht aan de verdragsstaten haar tot de slotsom hebben geleid dat de uitvoering ervan een taak is van de wetgevende en de bestuurlijke overheid(27). Wat betreft het tweede lid van art. 11 stelde zij: "Ook ten aanzien van de bepalingen van het tweede lid geldt, met uitzondering van het eerste gedeelte van onderdeel a, dat de lidstaten een beleidsvrijheid toekomt ten aanzien van de realisering. Voor de mate waarin aan deze bepalingen reeds uitvoering is gegeven verwijzen wij naar de memorie van toelichting.

Rechtstreekse werking van deze bepalingen achten wij grotendeels uitgesloten, niet alleen op grond van de reeds genoemde beleidsvrijheid, maar ook gelet op de bepaling van het derde lid. Bestaande beschermende maatregelen zullen immers voortdurend moeten worden bijgesteld in het licht van gewijzigde wetenschappelijke en technologische kennis. Dergelijke maatregelen lenen zich welhaast per definitie niet voor een toetsing door de rechter. Slechts voor wat betreft het verbod van ontslag op grond van zwangerschap of verlof wegens bevalling en het verbod van discriminatie bij ontslag in verband met huwelijkse staat achten wij rechtstreekse werking niet ondenkbaar."(28)

3.7. In de schriftelijke toelichting namens eiseressen (onder 56 - 62) is betoogd dat niet te veel moet worden vastgehouden aan het regeringsstandpunt uit 1984 en dat art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag behoort te worden uitgelegd naar hedendaagse inzichten. Op zich is juist dat het Vrouwenverdrag een "living instrument" is, bij de uitleg waarvan ook hedendaagse inzichten kunnen worden betrokken naast de rechtsopvattingen ten tijde van de totstandkoming van het verdrag. In verband hiermee noteer ik dat het oordeel van het hof niet is gebaseerd op de opvatting van de Nederlandse regering tijdens de parlementaire behandeling van de goedkeuringswet: uit rov. 3.3 volgt dat het hof gewicht heeft gehecht aan de formulering en de inhoud van de bepaling in artikel 11.

3.8. De Centrale Raad van Beroep heeft op 4 januari 2000(29) en andermaal op 25 april 2003(30) geoordeeld dat artikel 11 van het Vrouwenverdrag slechts een instructie bevat voor overheden in de verdragsstaten om maatregelen te treffen en geen rechtstreekse werking heeft, gelet op de beleidsvrijheid voor de verdragsstaten en het bepaalde in het derde lid. De thans bestreden uitspraak van het hof is hiermee in lijn. Anders dan hij bijvoorbeeld ten aanzien van het Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) had geoordeeld, heeft de CRvB niet vooropgesteld dat rechtstreekse werking van een bepaling van het Vrouwenverdrag een uitzondering zou zijn op het algemene karakter van het verdrag. Ten aanzien van het IVESCR achtte de CRvB (naast aard en inhoud van de verdragsbepaling) mede van belang of de casus waarop en de context waarin toepassing van de verdragsbepaling wordt gevraagd voldoende gestructureerd en geconcretiseerd is om een dergelijke rechtstreekse toepassing verantwoord te doen zijn(31).

3.9. Het hof heeft onderzocht of deze verdragsbepaling rechten toekent aan vrouwen, onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig omschreven is om in de nationale rechtsorde zonder meer te kunnen worden toegepast. Die laatste vraag is door het hof ontkennend beantwoord. Het hof benadrukt dat in art. 11 lid 2 Vrouwenverdrag niets is geregeld over de duur, de vorm en de hoogte van de inkomensvervangende sociale voorziening. Ook indien men ervan uitgaat dat vrouwelijke zelfstandige ondernemers die zwanger worden in beginsel aanspraak mogen maken op een periode rond de bevallingsdatum waarin zij niet behoeven te werken en behoefte hebben aan een voorziening die het hen reëel mogelijk maakt dat verlof op te nemen zonder inkomensverlies in vergelijking met mannelijke zelfstandige ondernemers, die niet zwanger worden en gewoon kunnen doorwerken, dan is daarmee nog niet gegeven hoe zo'n voorziening eruit moet zien. Uit art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag volgt in elk geval niet dat het een publiekrechtelijke voorziening moet zijn; dat blijkt ook uit de aangehaalde adviezen van de CGB. Verdragsstaten hebben in beginsel de ruimte om de door art. 11, lid 2 onder b, bedoelde voorziening te laten uitvoeren door particuliere organisaties of particuliere verzekeraars.

Het argument dat de duur van de verlofperiode niet in art. 11, lid 2 onder b, is omschreven, is strikt

genomen juist. Dit argument heeft echter weinig overtuigingskracht, omdat over de duur (16 weken) tussen partijen nauwelijks verschil van inzicht bestaat. Wel is de constatering van het hof juist, dat de hoogte van de uitkering niet uit art. 11, lid 2 onder b, kan worden afgeleid. Een voorziening voor het wegvallen van inkomsten uit onderneming van een zelfstandige die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet, kan de vorm hebben van een vergoeding voor de kosten van een zaakwaarnemer/vervanger of van een uitkering welke gerelateerd is aan de eerder uit die onderneming genoten inkomsten of, bijvoorbeeld, aan het sociaal minimum of aan een andere maatstaf (zoals het wettelijk minimumloon). Ook een combinatie van uitkeringsgrondslagen is voorstelbaar. Daarvoor is uitvoeringswetgeving noodzakelijk op nationaal niveau. De vaststelling van de vorm en de hoogte van de inkomensvervangende voorziening vergt een politieke keuze, die de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat.

3.10. Daarbij komt, dat het derde lid van art. 11 Vrouwenverdrag aan de verdragsstaten uitdrukkelijk ruimte laat om hun wetgeving op dit punt periodiek opnieuw te bezien en bij te stellen. Het derde lid levert een aanwijzing dat aan (de wetgever in) de verdragsstaten een 'margin of appreciation' is gelaten. De enkele omstandigheid dat in Nederland een publiekrechtelijke regeling van dit onderwerp heeft bestaan tot 1 augustus 2004, brengt om deze reden niet mee dat in die regeling geen verandering mag worden gebracht.

3.11. In de schriftelijke toelichting namens eiseressen (onder 52 - 55) is voorts betoogd dat art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag aan de verdragsstaten een resultaatsverplichting en niet slechts een inspanningsverplichting oplegt. Dat betoog gaat m.i. langs de redenering van het hof heen: juist omdat het resultaat niet met voldoende precisie is omschreven in art. 11, lid 2 onder b, achtte het hof deze bepaling ongeschikt voor rechtstreekse werking binnen de nationale rechtsorde. De slotsom is dat klacht a faalt.

3.12. In klacht b en in de schriftelijke toelichting namens eiseressen (onder 39 - 51) wordt aangevoerd dat de omstandigheid dat aan de verdragsstaten enige beleidsvrijheid is gelaten, niet wegneemt dat een Staat die nalaat voldoende maatregelen te nemen om bepaalde rechten te verzekeren daarop kan worden aangesproken(32).

3.13. Het hof heeft in rov. 3.3 uiteengezet dat de term 'verzekeren' in art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag niet slaat op de toekenning van betaald verlof, maar op het recht van vrouwen op arbeid. Dat oordeel is in cassatie niet bestreden. Voor zover in klacht b is bedoeld dat de rechter in een verklaring voor recht zou kunnen constateren dat de legislatieve toestand in de periode tussen 1 augustus 2004 en 4 juni 2008 niet heeft voldaan aan de eisen die art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag daaraan stelt, waarna aan de wetgever zou kunnen worden overgelaten hoe de onrechtmatigheid kan worden opgeheven(33), meen ik dat deze klacht niet opgaat. Het is zinvol, hierbij een onderscheid te maken naar verplichtingen tot onthouding en positieve verplichtingen (om iets te doen). In de vakliteratuur wordt bij sociale grondrechten ook wel onderscheid gemaakt tussen: the obligation to respect; the obligation to protect; the obligation to fulfil(34). Bij een verplichting van de Staat tot onthouding, of bij een positieve verplichting die zo nauwkeurig is geformuleerd dat door de rechter zonder meer kan worden vastgesteld dat daaraan wel of niet is voldaan, kan gemakkelijker een rechtstreekse werking worden aangenomen dan wanneer het gaat om een positieve verplichting waarvan de inhoud nader moet worden ingevuld om haar te operationaliseren in de nationale rechtsorde, zoals de verwezenlijking van een gelijk recht op arbeid. In alinea 3.18 hierna komt dit vraagstuk nader aan de orde.

3.14. In dit geval was de vordering in de feitelijke instanties grotendeels gebouwd op de stelling dat de Staat onrechtmatig handelt door de tot 1 augustus 2004 bestaande publiekrechtelijke uitkeringsregeling te beëindigen(35). Eiseressen zien dit blijkbaar als een voldoende nauwkeurig afgebakende (negatieve) verplichting van de Staat. Echter, de beslissing van het hof laat zich bezwaarlijk anders lezen dan dat het hof van oordeel is dat art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag op zich de Staat de vrijheid liet om de tot 1 augustus 2004 bestaande regeling af te schaffen en te vervangen door een geprivatiseerd stelsel, waarin vrouwen zijn aangewezen op particuliere verzekeringen. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor zover het verwijt aan de Staat (mede) inhield dat deze in de periode vanaf 1 augustus 2004 enigerlei wettelijke of

buitenwettelijke voorziening had behoren te treffen die maakt dat het door de particuliere verzekeraars aangeboden product voldoet aan de eisen van art. 11, lid 2, zo nodig met een financiële aanvulling van overheidswege, heeft het hof mogen oordelen dat deze norm zich niet leent voor rechtstreekse toepassing door de nationale rechter, omdat essentiële onderdelen van de te treffen voorziening (vorm, duur, hoogte) eerst door de wetgever moeten worden ingevuld. Zelfs als men de duur (16 weken) zou beschouwen als gegeven, gaat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten, zelf te bepalen welke vorm de voorziening zou moeten aannemen en hoe het bedrag zou moeten worden berekend. Klacht b leidt niet tot cassatie.

3.15. De klacht onder c hangt hiermee samen. De regering dient periodiek aan de Verenigde Naties verslag uit te brengen over de uitvoering van het Vrouwenverdrag in Nederland. In haar vierde rapport (over het tijdvak 2000 - 2004, blz. 59) heeft zij melding gemaakt van de Wet einde toegang WAZ en het gevolg daarvan. In haar Concluding comments uitte de CEDAW haar bezorgdheid hierover(36). Tevens uitte de CEDAW kritiek op het standpunt van de regering dat niet alle materiële bepalingen van het Vrouwenverdrag rechtstreekse werking hebben:

"The Committee calls upon the State party to reconsider its position that not all the substantive provisions of the Convention are directly applicable within the domestic legal order. The Committee points out that by ratifying the Convention and its Optional Protocol, States parties assume the obligation to provide for domestic remedies for alleged violations of any rights guaranteed to individuals by the Convention."(37)

3.16. In een brief aan de Tweede Kamer heeft de (met emancipatiebeleid belaste) minister van OCW het standpunt van de regering met betrekking tot de rechtstreekse werking van het Vrouwenverdrag nogmaals verwoord:

"De vraag of de bepalingen van het VN-Vrouwenverdrag rechtstreekse werking hebben, laat zich niet in algemene zin beantwoorden. Met rechtstreekse werking wordt bedoeld dat een bepaling in rechte afdwingbaar is door een individu. Artikel 93 van de Grondwet bepaalt dat bepalingen van verdragen verbindende kracht hebben, indien zij naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden. Zulke bepalingen laten de Staat immers ruimte voor diverse beleidskeuzes. Of sprake is van een bepaling die een ieder verbindt en die dus rechtstreekse werking heeft, wordt in laatste instantie bepaald door de rechter in een concreet geval."(38)

3.17. In haar vijfde periodieke rapportage (over het tijdvak 2005 - 2008, blz. 11-12) heeft de Nederlandse regering gereageerd op de kritiek van de CEDAW met betrekking tot de wel of niet rechtstreekse werking van de bepalingen van het Vrouwenverdrag. De regering wees op haar brief aan de Tweede Kamer van 5 november 2007. Zij herhaalde haar standpunt dat de vraag of sprake is van rechtstreekse werking van de materiële bepalingen van het VN Vrouwenverdrag niet in algemene zin beantwoord kan worden. Of sprake is van rechtstreekse werking dient te worden beslist door de rechter in het concrete geval(39). De CEDAW heeft in haar Concluding observations naar aanleiding van de vijfde rapportage haar bezwaren herhaald:

"The Committee regrets that the position of the Netherlands towards the status of the Convention in the domestic legal system remains unchanged and that the question of the direct applicability of its provisions continues to be determined by domestic courts and is therefore subject to divergent opinions. The Committee regrets also that the Netherlands has argued in court the non-direct applicability of substantive provisions of the Convention. The Committee reiterates its concern that as a consequence of the position of the State party, the judiciary is left with the responsibility of determining whether a particular provision is directly applicable and that consequently insufficient measures have been taken to address discrimination against women and to incorporate all the Convention's substantive provisions into domestic laws."(40)

3.18. Het is van belang, de vraag naar de gebondenheid van de Staat aan het Vrouwenverdrag - die is in dit geding niet ter discussie - te onderscheiden van de vraag naar de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen binnen de nationale rechtsorde(41). In alinea 3.12 kwam dit al even aan de orde. Verdragen regelen de rechtsverhouding tussen staten onderling en eventueel de verhouding tussen een supranationaal (toezichthoudend) orgaan en de verdragsstaten; in die verhouding kan een verdragsstaat in gebreke worden gesteld. Op grond van art. 94 Grondwet kan de rechter binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften buiten toepassing laten indien die toepassing niet

verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. In dit geding hebben eiseressen de rechter niet verzocht een wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten. Zij beroepen zich op een positieve verplichting van de Staat. In gevallen waarin de beweerde onrechtmatige overheidsdaad bestaat in het achterwege blijven van een wettelijke regeling die aan de verdragseisen voldoet, kan de rechter niet een wettelijke regeling tot stand (doen) brengen(42). Nu art. 11, lid 2 onder b, de verdragsstaten een margin of appreciation laat(43), behoeft de verdragsrechtelijke norm een nadere invulling door de wetgever voordat de rechter een verklaring voor recht kan afgeven over de vraag of wel of niet aan die norm is voldaan. Het standpunt van de CEDAW over de vraag hoe het Nederlandse recht zou moeten luiden betekent niet dat dat standpunt nu al binnen de nationale rechtsorde geldend recht is (en door de rechter kan worden toegepast), zolang de wetgever niet is opgetreden. Het standpunt van de CEDAW biedt de rechter evenmin de grondslag om zelf de verdragsnorm nader in te vullen ten aanzien van de vorm en (de minimale) hoogte van een inkomensvoorziening voor zelfstandigen bij zwangerschap en bevalling. Klacht c leidt om deze redenen niet tot cassatie.

3.19. Met betrekking tot klacht d: in 2002 is het Facultatief Protocol bij het Vrouwenverdrag in werking getreden voor Nederland. Op 14 augustus 2006 heeft de CEDAW zich uitgesproken over een klacht tegen Nederland. De klacht betrof de toepassing van een anticumulatiebepaling in de destijds geldende WAZ-regeling. De klaagster voerde bij de CEDAW aan dat die bepaling in strijd was met artikel 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag. De CEDAW achtte de bepaling weliswaar geschikt om door een individuele klager te worden ingeroepen in de procedure voor het comité, maar was van oordeel dat het hanteren van de anticumulatiebepaling niet in strijd was met artikel 11 van het verdrag omdat de Staat een beleidsruimte heeft:

"The aim of article 11, paragraph 2, is to address discrimination against women working in gainful employment outside the home on grounds of pregnancy and childbirth. (...) Article 11, paragraph 2 (b), obliges States parties in such cases to introduce maternity leave with pay or comparable social benefits without loss of former employment, seniority or social allowances. The Committee notes that article 11, paragraph 2 (b), does not use the term "full pay", nor does it use "full compensation for loss of income" resulting from pregnancy and childbirth. In other words, the Convention leaves to States parties a certain margin of discretion to devise a system of maternity leave benefits to fulfill Convention requirements. (...) It is within the State party's margin of discretion to determine the appropriate maternity benefits within the meaning of article 11, paragraph 2 (b) of the Convention for all employed women, with separate rules for self-employed women that take into account fluctuating income and related contributions."(44)

3.20. De beslissing van het hof is hiermee niet in tegenspraak. De opvatting in het middelonderdeel, dat de erkenning door Nederland van het klachtrecht van vrouwen (door de ondertekening en ratificatie van het Facultatief Protocol) meebrengt dat alle rechten die het Vrouwenverdrag aan vrouwen verleent rechtstreekse werking hebben in de nationale rechtsorde, ondervindt enige steun in de vakliteratuur(45). Echter, het klachtrecht maakt deel uit van een internationale rechtsorde. In de rechtsverhouding tussen verdragsstaten onderling of tussen een supranationaal toezichthoudend orgaan en een verdragsstaat komt men niet toe aan de vraag naar de rechtstreekse werking van de norm binnen de nationale rechtsorde: de verdragsrechtelijke verplichting rust op de Staat als zodanig. Binnen de nationale rechtsorde kan, op grond van de trias politica, een taakverdeling worden gemaakt waarbij de nadere invulling van de norm door de wetgever, door het bestuur of door de rechter plaatsvindt (waarbij nog onderscheid kan worden gemaakt in federaal en deelstaatsniveau of tussen wetgeving in formele en in materiële zin). De erkenning van een klachtrecht op grond van het Facultatief Protocol bij het Vrouwenverdrag brengt mee dat vrouwen zich in de internationale rechtsorde kunnen beroepen op een verdragsrecht (aangenomen dat aan de overige eisen voor een klacht is voldaan). Zij brengt niet mee dat de bepalingen van het verdrag rechtstreeks binnen de nationale rechtsorde kunnen worden toegepast. Om dezelfde reden behoeft het hof in zijn motivering niet nader in te gaan op de beslissing van de CEDAW over de klacht Nguyen. De slotsom is dat onderdeel 1 niet tot cassatie leidt.

Onderdeel 2: schade geleden?

3.21. Onderdeel 2 is gericht tegen de overweging aan het slot van rov. 3.3, dat het hof niet kan beoordelen welke schade de individuele eiseressen hebben geleden. Het onderdeel klaagt dat dit

oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de (onbetwiste) stelling van eiseressen dat uit de overwegingen van de CEDAW in de klachtzaak Nguyen/Nederland blijkt dat een regeling die voorziet in een zwangerschaps- en bevallingsverlof met behoud van loon of een vergelijkbare sociale voorziening voor alle vrouwen die betaalde arbeid verrichten, voldoet aan art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag. In het licht van deze vaststelling is volgens de klacht onbegrijpelijk op welke gronden het hof tot zijn oordeel is gekomen dat niet duidelijk is welke schade eiseressen hebben geleden. Zij hebben immers geen aanspraak kunnen maken op een (publiekrechtelijke of privaatrechtelijke) inkomensvoorziening gedurende een periode rondom hun zwangerschap en bevalling. Zij hebben daardoor schade geleden in de vorm van inkomensderving, hetzij in de vorm van extra kosten van een persoonlijke verzekering om het inkomensverlies rondom hun zwangerschap en bevalling op te vangen. Voor zover het hof hiermee tot uitdrukking heeft willen brengen dat een verwijzing naar de schadestaatprocedure slechts mogelijk is indien de rechter "kan vaststellen welke schade zij hebben geleden", acht het middelonderdeel zulks rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering onbegrijpelijk.

3.22. Het hof heeft in rov. 3.3 eerst vastgesteld dat art. 11, lid 2 onder b, Vrouwenverdrag geen rechtstreekse werking heeft. Daaruit volgt zonder meer dat ook de vordering van de zeven individuele eiseressen tot vergoeding van de schade niet toewijsbaar was. Daarmee is het oordeel voldoende gemotiveerd. Ten overvloede heeft het hof uiteengezet dat - als sprake zou zijn geweest van een onrechtmatige overheidsdaad - de schade van eiseressen niet had kunnen worden vastgesteld. Daarmee heeft het hof niet beslist dat een toelating tot de schadeprocedure uitgesloten zou zijn geweest. In de redenering van het hof zou noch in de hoofdprocedure noch in een schadestaatprocedure kunnen worden bepaald welke schade de eiseressen hebben geleden, omdat de (vorm en hoogte van de) door de wetgever te treffen inkomensvoorziening niet door de rechter kan worden ingevuld. Het middelonderdeel faalt.

Onderdeel 3: strijd met de Zelfstandigenrichtlijn?

3.23. Onderdeel 3 bestrijdt het oordeel dat in de artikelen 4 en 8 van de Zelfstandigenrichtlijn geen verplichting voor de Staat kan worden gelezen om (opnieuw) een regeling in te voeren die vrouwelijke zelfstandigen recht geeft op een uitkering bij zwangerschap en bevalling. Voor het gemak volgt hier de Nederlandse tekst van de relevante richtlijnbepalingen:

Art. 4:

Met betrekking tot zelfstandigen nemen de Lid-Staten de nodige maatregelen om een einde te maken aan alle bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling als omschreven in Richtlijn 76/207/EEG, met name ten aanzien van de oprichting, vestiging of uitbreiding van een onderneming, dan wel ten aanzien van de aanvang of uitbreiding van iedere andere vorm van werkzaamheid van zelfstandigen, zulks met inbegrip van financiële faciliteiten".

Art. 8:

De Lid-Staten verbinden zich ertoe 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 uitkeringen in het kader van een stelsel van sociale zekerheid of een ander openbaar stelsel van sociale bescherming."

3.24. Het hof heeft erop gewezen dat artikel 8 slechts een onderzoeksplicht voor de Staat inhoudt en, blijkens de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn, bewust daartoe beperkt is gehouden. Daarbij past volgens het hof niet, dat aan artikel 4 op dit punt een verder gaande betekenis wordt gegeven.

3.25. Het middel bestrijdt niet dat in het aanvankelijke voorstel voor de richtlijn(46) een verplichting was opgenomen om een regeling in te voeren die vrouwelijke zelfstandigen recht geeft op een uitkering wegens zwangerschap en moederschap en dat dit voorstel in de definitieve richtlijn is afgezwakt tot een onderzoeksverplichting voor de verdragsstaten. Het middelonderdeel valt uiteen in twee klachten:

a. Allereerst miskent het hof dat de in art. 8 opgenomen onderzoeksverplichting niet afdoet aan de -

gelet op art. 2 en 3 van het Verdrag tot oprichting van de EG - uit artikel 4 van de richtlijn voortvloeiende verplichting tot het invoeren van een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap(47). Dit geldt temeer nu de Staat een regeling tot stand had gebracht (nl. de tot 1 augustus 2004 geldende regeling) die zelfstandig werkende vrouwen aanspraak gaf op een uitkering wegens zwangerschap en bevalling en aldus een belemmering wegnam voor het uitoefenen van hun beroep. Het middel wijst erop, dat de regering bij de invoering van deze regeling heeft vermeld dat hiermee invulling werd gegeven aan een verplichting op grond van de Zelfstandigenrichtlijn(48).

b. Daarnaast miskent het hof dat de in art. 8 neergelegde onderzoeksverplichting in samenhang met het bepaalde in artikel 4 meebrengt dat wanneer, als resultaat van het in art. 8 bedoelde onderzoek, door de Staat een regeling is ingevoerd die vrouwelijke zelfstandigen aanspraak geeft op een uitkering bij zwangerschap en bevalling, het de Staat niet vrijstaat die regeling in te trekken.

3.26. Allereerst verdient opmerking dat richtlijn 86/613/EEG met ingang van 5 augustus 2012 is ingetrokken en zal worden vervangen door een richtlijn van 7 juli 2010(49). Het onderhavige geschil, dat betrekking heeft op de periode tussen 1 augustus 2004 en 4 juni 2008, wordt nog beoordeeld aan de hand van Richtlijn 86/613/EEG.

3.27. Art. 2 (oud) EG-verdrag bepaalde onder meer dat de Gemeenschap tot taak heeft het bevorderen van de gelijkheid van mannen en vrouwen. Art. 3 lid 1 (oud) EG-verdrag somde een reeks instrumenten op, waarna het tweede lid bepaalde: "Bij elk in dit artikel bedoeld optreden streeft de Gemeenschap ernaar de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen". Zowel artikel 2 als artikel 3 laat open, op welke de wijze de organen van de E.G. de gelijkheid van mannen en vrouwen zouden moeten bevorderen. Met de Zelfstandigenrichtlijn heeft de Raad aan deze taakstelling uitvoering gegeven en daarbij gekozen voor (niet méér dan) een onderzoeksverplichting op dit punt. De vraag of de Zelfstandigenrichtlijn daarmee voldoet aan de taakstelling in art. 2 en 3 (oud) EG-verdrag, is in dit cassatiegeding niet aan de orde gesteld(50). De algemene taakstelling in art. 2 en het algemene streven in art. 3 van het verdrag zouden hoogstens kunnen worden gebruikt als gezichtspunt, wanneer een bepaling in de richtlijn voor meer dan één uitleg vatbaar is. Gelet op de ontstaansgeschiedenis van de richtlijn en de - in cassatie onbestreden - vaststelling dat door de Raad is gekozen voor een verplichting die niet verder gaat dan een onderzoeksverplichting voor de Lid-Staten, heeft het hof terecht geoordeeld dat een verplichting op dit punt die verder gaat dan de in artikel 8 opgenomen onderzoeksverplichting niet de bedoeling van artikel 4 kan zijn. Die beslissing van de Europese Raad heeft weliswaar kritiek ondervonden(51), maar dat onderstreept slechts dat de beslissing van de Raad op zichzelf duidelijk is en wel in de zin, waarin het hof deze beslissing heeft verstaan. Het middel bestrijdt niet het oordeel dat een met art. 8 strijdige uitleg van art. 4 van de richtlijn 'onlogisch' zou zijn. Daarom en met, impliciet(52), het hof meen ik dat hier van een 'acte clair' kan worden gesproken. Een prejudiciële vraag aan het HvJ EU is dan niet nodig.

3.28. In de memorie van toelichting bij het voorstel van wet, dat zou leiden tot invoering van de genoemde regeling in de WAZ, heeft de regering vermeld dat het wetsvoorstel ook invulling geeft aan de verplichting die Nederland heeft op grond van richtlijn 88/613/EEG. Het hof heeft dit argument niet doorslaggevend geacht: "Een dergelijke mededeling bindt de Staat niet in die zin dat hij niet meer zou mogen betogen dat een dergelijke invulling met een publiekrechtelijke regeling niet als verplichting uit die richtlijn voortvloeit" (rov. 4.2 aan het slot). Dit oordeel geeft m.i. niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De toelichting bij het wetsvoorstel scheidt op zichzelf geen aanspraak op een uitkering. Zij is ook niet bindend voor de Staat in die zin dat bij gewijzigd inzicht, bijvoorbeeld na een ministerswisseling, de Staat op die uitleg nimmer meer zou mogen terugkomen. Bovendien is er geen innerlijke tegenspraak: de regering kon zich toen op het standpunt stellen dat de voorgestelde invoering van een publiekrechtelijke regeling van een uitkering wegens zwangerschap en bevalling van zelfstandigen uitvoering gaf aan een verplichting die uit de Zelfstandigenrichtlijn voortvloeit, zonder daarmee te erkennen dat de Zelfstandigenrichtlijn de wetgever verplicht tot het invoeren van een publiekrechtelijke regeling of tot het in het wetsvoorstel opgenomen uitkeringsniveau. De klacht onder a faalt om deze redenen.

3.29. De klacht onder b behelst een argument dat eerder ter sprake is gebracht. Het is mogelijk dat

een Lid-Staat, na het in art. 8 van de richtlijn bedoelde onderzoek te hebben verricht, voor een bepaalde voorziening kiest; in dit geval voor de publiekrechtelijke regeling zoals die tot 1 augustus 2004 heeft bestaan. Vanuit de gedachte dat bescherming van grondrechten (in dit geval de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in gelijke gevallen) stapsgewijs wordt ontwikkeld indien het doel niet in één keer kan worden bereikt, is begrijpelijk dat eiseressen redeneren dat de stappen slechts kunnen zijn gericht op het vermeerderen van de bescherming (dus voorwaarts) en niet op het verminderen ervan (achterwaarts)(53). Dit argument pleit voor de opvatting dat de Staat de tot 1 augustus 2004 bestaande regeling niet mocht afschaffen zonder ten minste een gelijkwaardige inkomensvoorziening voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en bevalling daartegenover te stellen.

3.30. Daartegenover echter staat het argument dat art. 8 Zelfstandigenrichtlijn de Lid-Staten vrij laat in de keuze, welk vervolg zij geven aan het onderzoek waartoe art. 8 hen verplicht. Privatisering van een publiekrechtelijk stelsel dat zelfstandigen aanspraak geeft op een uitkering wegens zwangerschap en bevalling is daarmee niet uitgesloten. Art. 8 staat om dezelfde reden niet in de weg aan een aanpassing van de hoogte van het voorzieningenniveau in beide richtingen.

3.31. Samenvattend gaat het middelonderdeel uit van een einddoel, van *ius constituendum*, terwijl het hof zich heeft beperkt tot het positieve recht. Hier kan een vergelijking worden gemaakt met HR 22 december 2006 (LJN: AY8050), NJ 2007, 292. In die zaak werd een regeling houdende vervoersvoorzieningen voor gehandicapten beperkt. Zolang het door een verdrag of Europese regelgeving eventueel voorgeschreven minimum in acht wordt genomen, heeft de Staat in beginsel de vrijheid in het nationale recht het vergoedingenniveau omlaag te brengen. In het huidige cassatiemiddel is niet met vrucht beroep gedaan op een geldende regel van Europees of nationaal recht die meebrengt dat een eenmaal ingevoerd stelsel niet meer kan worden bijgesteld tot een lager beschermingsniveau(54). De slotsom is dat onderdeel 3 niet tot cassatie leidt.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

a. - g.

1 Wet van 24 april 1997, Stb. 176. In deze inleiding is de samenvatting van de feiten in het vonnis van de rechtbank onder 2.1 - 2.8 verwerkt, waarvan ook het hof is uitgegaan (rov. 1.1).

2 Zie art. 22 lid 2 WAZ.

3 Zie art. 24 in verbinding met art. 8 WAZ.

4 Wet van 16 november 2001, Stb. 567.

5 Wet van 6 juli 2004, Stb. 324. Deze wet berustte kort gezegd op een wens tot privatisering, waarbij zelfstandigen zelf zouden kunnen beslissen of en, zo ja, hoe zij zich zouden verzekeren.

6 Werknemers in de zin van artikel 7:610 BW, die wettelijk zijn uitgesloten van verzekering op grond van de Ziektewet.

7 De diverse beperkende polisvoorwaarden en de motieven van de verzekeraars om deze te hanteren zijn beschreven in het advies "Gelijke behandeling van zwangere zelfstandigen" van de Commissie Gelijke Behandeling nr. 2007/04 (www.cgb.nl), par. 3.1.

8 Kamerstukken I 2005/06, 29 497, H.

9 Advies over de afschaffing van de publieke regeling voor zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen in relatie tot Europese regelgeving, CGB-advies/2006/06, te raadplegen via www.cgb.nl. (citaten uit par. 6.3)

10 Advies 2007/04 (www.cgb.nl), reeds genoemd. Zie voor de aanbeveling: blz. 21.

11 A. Eleveld, Een zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten in Europees perspectief, SMA 2006, blz. 258; H. de Geus, De zwangerschapsuitkering voor zelfstandigen terecht afgeschaft?, AA 2007, blz. 412; E. Cremers-Hartman, Zwangere zelfstandige moet beter verzekerd, SR 2007, blz. 233.

- 12 Bij vonnissen van 3 mei 2006 (LJN:AW7505) en 2 april 2008 (LJN:BC8320) heeft de rechtbank te Utrecht vergelijkbare vorderingen tegen de verzekeraar afgewezen.
- 13 LJN: AZ0509, NJ 2007, 184.
- 14 Wet van 29 mei 2008, Stb. 192.
- 15 Zie de overgangsbepaling in art. VI lid 1 van genoemde wet.
- 16 In eerste aanleg trad de F.N.V. mede op als eiseres.
- 17 Richtlijn 86/613/EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, Pb EG L 359.
- 18 Verdrag van 18 december 1979, Trb. 1981, 61.
- 19 LJN: BB0334, NJ 2007, 535.
- 20 De toelichting op deze klacht verwijst naar HR 24 februari 1960, NJ 1960, 483, en HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.
- 21 De toelichting op deze klacht verwijst naar de beslissing van de CEDAW (Committee on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women) van 14 augustus 2006 (Dung Thi Thuy Nguyen/Nederland), CEDAW/C/36/D/3/2004 (te raadplegen via www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/dec-views.htm).
- 22 De eis van bekendmaking levert in deze zaak geen probleem op: het Vrouwenverdrag is gepubliceerd in het Tractatenblad.
- 23 Staatscommissie Grondwet (www.staatscommissiegrondwet.nl), rapport 2010, blz. 131. Ook de Hoge Raad spreekt in HR 9 april 2010 (BK4547), NJ 2010, 388 m.nt. EAA, rov. 4.4 e.v., over 'rechtstreekse werking'. Het onderscheid tussen 'rechtstreekse werking' en 'een ieder verbindend' kwam aan de orde in de noten van H.Ph.J.A.M. Hennekens onder CRvB 14 mei 1987, AB 1987, 543 en CRvB 16 februari 1989, AB 1989, 164. Zie ook: C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, 2008, blz. 183-185.
- 24 Brief minister BZK, Kamerstukken II 2007/08, 29 861, nr. 19, blz. 3 - 4. Zie over dit onderwerp ook: J.W.A. Fleuren, Een ieder verbindende bepalingen van verdragen, diss. 2004; L.F.M. Besselink en R.A. Wessel, De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht, voorstudie Staatscommissie Grondwet, 2009 (Kamerstukken II 31 570 nr. 13); zie i.h.b. blz. 49 - 51.
- 25 Zie bijv. rov. 57 van HvJ EG 15 april 2008, NJ 2008, 390 m.nt. M.R. Mok.
- 26 Zie: L.A. Rehof, Guide to the Travaux Préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1993 (artikel 11 wordt besproken op blz. 122 - 143); E.A. Alkema en B. Zaaijer, De reikwijdte van het Vrouwenverdrag, in: A.W. Heringa e.a. (red.), Het Vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag, 1994, blz. 18, noot 6, merken hierover op: "Verwonderlijk is dit niet; veel landen kennen immers niet het systeem van de directe werking van internationale bepalingen." In gelijke zin: de MvA bij de wet tot goedkeuring van het Vrouwenverdrag, Kamerstukken II 1986/87, 18 950 (R 1281), nr. 6, blz. 14.
- 27 MvT, Kamerstukken II 1984/85, 18 950 (R 1281), nr. 3, blz. 7 - 8 (zie voor de artikelsgewijze toelichting op art. 11, lid 2 onder b: blz. 24).
- 28 MvA, Kamerstukken II 1986/87, 18 950 (R 1281), nr. 6, blz. 12.
- 29 LJN: AA4301, RSV 2000, 79.
- 30 LJN: AH8706, RSV 2003, 193.
- 31 CRvB 16 februari 1989, AB 1989, 164 m.nt. HH (reeds aangehaald).
- 32 De s.t. maakt een vergelijking met art. 7 Vrouwenverdrag, waarover: ABRvS 5 december 2007 (LJN: BB9493), AB 2008, 35; HR 9 april 2010 (LJN: BK4547), NJ 2010, 388 m.nt. EAA.
- 33 Vgl. de s.t. namens eiseressen, blz. 9 - 11.
- 34 A.C. Hendriks, Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten, diss. 1999, blz. 52, met verdere verwijzingen.
- 35 Rov. 2.4; vgl. rov. 4.1 Rb.
- 36 Zie punten 29 en 30 van de Concluding comments (CEDAW/C/NLD/CO/4, d.d. 2 februari 2007). In haar 5e rapportage (over het tijdvak 2005 - 2008, blz. 49) heeft de regering de CEDAW laten weten dat vanaf 4 juni 2008 weer een wettelijke verzekering bestaat: zie alinea 1.9 hierboven.
- 37 Aanbeveling 12 in de Concluding comments van het CEDAW naar aanleiding van de vierde periodieke rapportage van Nederland, CEDAW/C/NLD/CO/4.
- 38 Brief van 5 november 2007, Kamerstukken II 2007/08, 30 420, nr. 65.
- 39 5th Report from the Netherlands about the implementation of the UN Women's Convention, 30 juni

2008, bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 30 420, nr. 122.

40 Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 5 februari 2010, CEDAW/C/NLD/CO/5, punt 12 (bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 30 420, nr. 154).

41 Vgl. de brief van de minister van OCW d.d. 5 november 2007 (alinea 3.16 hiervoor).

42 HR 21 maart 2003 (Waterpakt), NJ 2003, 691 m.nt. TK.

43 Ook in de redenering van de CEDAW: zie de hierna te bespreken beslissing inzake Nguyen.

44 Beslissing van de CEDAW op de klacht van Nguyen tegen Nederland, d.d. 14 augustus 2006, reeds aangehaald, punt 10.2.

45 C. Flinterman en R. Oostland, De rechtstreekse en horizontale werking van het VN-Vrouwenverdrag, NJB 2003, blz. 2197 - 2200.

46 COM/84/57DEF, Pb EG C 113/4, CELEXnr. 51984PC0057 (prod. in 1e aanleg). Het voorgestelde artikel 8 luidde in de Nederlandse versie: "De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen om te waarborgen dat vrouwen die een zelfstandig beroep uitoefenen en de echtgenoten van zelfstandigen als bedoeld in artikel 2 onder b, tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap aanspraak mogen maken op vervangingsdiensten of op een vergoeding in het raam van hetzij een stelsel van sociale zekerheid, al dan niet met premiebetaling, hetzij enig ander openbaar stelsel van sociale bescherming."

47 In hoger beroep hadden eiseressen al erkend dat art. 8 niet verplicht tot invoering van een uitkeringsregeling (MvG onder 30).

48 De toelichting op deze klacht verwijst naar de MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 758, nr. 3, blz. 37. Hetzelfde argument was in hoger beroep aangevoerd: zie de MvG onder 30.

49 Richtlijn 2010/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 7 juli 2010 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen en tot intrekking van Richtlijn 86/613/EEG van de Raad, PbEU L 180. De nieuwe richtlijn is besproken door A. Eleveld en K.H. Hermans in Tijdschrift voor Recht en Arbeid 2010, nr. 94, blz. 34.

Moederschapsuitkeringen worden geregeld in art. 8 van de nieuwe richtlijn. De implementatietermijn verstrijkt blijkens art. 16 op 5 augustus 2012.

50 Antwoord op die vraag kan slechts door het HvJ EU worden gegeven.

51 Zie daarover het CGB-advies 2006/06, reeds aangehaald, punt 3.3.2.

52 In appel is de mogelijkheid van een prejudiciële vraag aan het HvJ EG (thans HvJ EU) besproken: zie MvG onder 36; MvA onder 3.3.6. Zie ook het beroep van de Staat op HvJ EG 16 januari 2003, C-13/05 (Navas), Jur. 2006, blz. I-6467, punt 56, waaruit de Staat afleidt dat de werkingssfeer van een richtlijn niet buiten de Europese regelgever om kan worden uitgebreid (MvA 3.2.10 - 11).

53 Vgl. het CGB-advies 2006/06, blz. 8 (3.3.1: "Aangezien de EG is gebouwd op de weg van de vooruitgang, worden lidstaten niet geacht een stap terug te doen").

54 Het (ook in het Europese recht erkende) rechtszekerheidsbeginsel is in dit geding niet aan de orde: het gaat niet om het vervallen van een bestaand individueel recht op uitkering.