

TIJDSCHRIFT OVER VROUWEN EN RECHT

NEMESIS

januari/februari 1990

IN 1990
ECONOMISCH ONZELFSTANDIG
PROSTITUTIE: WARE ARBEID

ERKENNING
BUITENECHTELIJK KIND

ABORTUSBRIEVEN



NEMESIS

1

1 NEMESIS

jaargang 6, januari/februari 1990, nummer 1

Versijnt zes maal per jaar

Redactie:

Len Andringa, Jet Isarin, Mies Monster,
Dorien Pessers, Heikelien Verrijn Stuart,
Mieke Vosman.

Medewerkers:

José J. Bolten, Gabi van Driem,
Karin van Elderen, Wendelien E. Elzinga,
Nora Holtrust, Ineke de Hondt,
Gerdie Ketelaars, Yvonne Konijn,
Selma Sevenhuijsen, Jutien van der Steen,
Elies Steijger, Sarah van Walsum,
Bernadette de Wit, Ria Wolleswinkel.

Redactiesecretariaat:

Heikelien Verrijn Stuart-redactiesecretaris,
Diana Sells-redactiemedewerkster,
Singel 373, 1012 WL Amsterdam,
tel. 020-249433/275991.

Nemesis:

Nemesis is een uitgave van Samson
H.D. Tjeenk Willink bv.
De stichting Nemesis is één van de deelne-
mende organisaties in het Clara Wichmann,
het Wetenschappelijk Instituut Vrouwen
en Recht.

Abonnementen:

f 61,- per jaar (Bfr. 1340) losse nummers:
f 11,95 (Bfr. 265).

Opbergband te bestellen door overmaking
van f 15,- (Bfr. 330) op postrekening-
nummer 24929 t.n.v. Intennedia bv te
Alphen aan den Rijn, onder vermelding van
opbergband Nemesis.

Abonnementen-administratie:

Samson H.D. Tjeenk Willink bv, Postbus 4,
2400 MA Alphen aan den Rijn,
telefoon 01720-66822.

Abonnementen kunnen schriftelijk tot
uiterlijk 1 december van het lopende abon-
nementsjaar worden opgezegd. Bij niet-
tijdige opzegging wordt het abonnement
automatisch met een jaar verlengd.

Voor België:

Kluwer Editorial, Santvoortbeeklaan 21-23,
2100 Deurne, telefoon (03) 3600211.

Reprorecht:

Het overnemen, evenals het vernemenigvul-
digen van artikelen en illustraties is slechts
geoorloofd na schriftelijke toestemming van
de redactie.

Aanbevolen citeerwijze:

Nemesis 1990 nr. 1, pag...

Omslagontwerp en lay-out:

Fenna Westerdiep, Amsterdam.

Advertenties Nemesis:

Voor de opgave van advertenties en tarie-
ven, contact opnemen met Intermedia bv,
Postbus 4, 2400 MA Alphen aan den Rijn,
tel. 01720-66491.

I N H O U D S O P G A V E

VAN DE REDACTIE

- 1 Heikelien Verrijn Stuart
Take back the words
Ongewenste intimiteiten, een strijd om de termen van het recht

ARTIKEL EN

- 2 Len Andringa
1990
Economische zelfstandigheid: tegen haar wil
- 8 Jan Wassenberg en Esther van Kemenade
Het beroep
Prostitutie

RECHT UIT HET HART

- 16 J. Soetenhorst-de Savornin Lohman
Sollicitatie-ervaringen
- 17 Sarah van Walsum
Het recht om te scheiden
- 18 Marten Burkens en José J. Bolten
Abortusbrieven

ACTUALITEIT EN

- Samenstelling: Gerdie Ketelaars en Heikelien Verrijn Stuart
Rechtspraak
- 24 Nr 71: Hoge Raad, 10 november 1989 m.n. Nora Holtrust en Ineke de Hondt
Erkenning buitenechtelijk kind
- 28 Nr 72: European Commission of Human Rights, 11 maart 1981
Art. 8 EVRM
- 29 Nr 73: Hoge Raad, 10 november 1989 m.n. Nora Holtrust en Ineke de Hondt
Omgangsregeling biologische vader
- 30 Nr 74: Hof Den Haag, 2 juni 1989
Homohuwelijk
- 32 Nr 75: Centrale Raad van Beroep, 28 september 1989
Gelijke behandeling in Ziekenfondswet
- 33 Nr 76: Raad van Beroep Zwoile, 17 maart 1989 m.n. Mies Monster
Part-time werken na bevalling
- 35 Nr 77: EG Hof, 14 november 1989, Conclusie A-G Darmon
Sollicitatie en zwangerschap
- 39 Nr 78: President Rechtbank Arnhem, 17 november 1989
Sexueel misbruik hulpverlener
- 42 Nr 79: Kantongerecht Hoorn, 26 juni 1989
Ongewenste intimiteiten en schadevergoeding
- 44 Nr 80: Raad van Beroep Den Haag, 15 november 1989
WWV gehuwde vrouw
- 45 Nr 81: Raad van Beroep Groningen, 4 oktober 1989
AOW en korting echtgenoot
- 46 Nr 82: Raad van Beroep Rotterdam, 17 april 1989
AWW en gelijkstelling samenwonenden
- 47 Wetgeving
- 50 Literatuur

STRIP

Karin van Elderen

lid van de nederlandse
organisatie van
tijdschriftuitgever: o.t.u.

*And thou, who never yet of human wro
Left the unbalanced scale, great Nemesis!*

(Byron) Childe Harold's Pilgrimage, Canto

Ongewenste intimiteiten, een strijd om de termen van het recht

Take back the words

"We must consequently give intellectuals the only power that they are entitled and duty-bound to demand, that of constantly and effectively guarding against the misuse of words."

*Pierre Bourdieu,
LIBER, a European review of
books, december 1989*

Ongewenste intimiteiten. Een Hollandser begrip is niet denkbaar. Het heeft iets met sex te maken en dus noemen we het intimiteiten. En om vooral geen misverstanden te laten bestaan moet expliciet worden gesteld dat het hier om *ongewenste* intimiteiten gaat. De macht van het 'normale' beheerst het juridische taalgebruik. *Sex is natural*, sex is normaal en intiem. Vrouwen zijn de eeuwige 'nee'zeggers, die mannen onthouden waaraan zij het meest behoefte hebben: sexueel contact. Vandaar dat mannen vrouwen keer op keer menen te moeten overreden en soms zelfs dwingen. Evenals bij sexueel geweld ligt het accent in de term ongewenste intimiteiten op 'ongewenst'. Het is normaal gedrag tenzij het 'tegen haar wil' gebeurt en de man zich hiervan bewust is. Aan de vrouw de eer om mannen duidelijk te maken dat zij niet wil of, pijnlijker nog, wanneer zij heeft toegegeven onder de dwang van geweld of van de omstandigheden dat zij toch echt niet heeft gewild. Rechtvaardigingen vinden mannen in de eigen schuld van de vrouw – zij heeft zich laten 'verleiden', zij heeft het uitgelokt, ze probeert via het bed carrière te maken – of in haar overgevoeligheid – ze kan niet tegen een 'grapje', ze verbeeldt het zich allemaal maar –. Wanneer het gaat om sex op het werk is het extra moeilijk voor de vrouw om voor de buitenwereld – en helaas, zo blijkt in de praktijk, ook voor zichzelf – staande te houden, dat het niet haar eigen schuld is en dat zij niet overgevoelig is. Niet alleen wordt sex geacht normal te zijn, maar ook de context is zo normaal: twee mensen die elkaar dagelijks ontmoeten tijdens het werk. Niet het donkere steegje, niet het gebruik van geweld, maar de veel onzichtbaarder dwang van de omstandigheden bepaalt het beeld van sexuele intimidatie op het werk.

Zolang de term 'ongewenste intimiteiten' wordt gehanteerd zal de plaatsbepaling binnen het recht – in de wet – een moeizame blijven en zal het effect van het beroep dat vrouwen sinds enige jaren zo graag op het recht doen, marginaal blijven. Hoe schrijnend en uitzichtloos het is wanneer verschillende of zelfs volstrekt tegengestelde definities in het recht worden gebruikt ten aanzien van hetzelfde gebeurtenis blijkt uit de verkrachttingsjurisprudentie. Slachtoffer en dader vullen de termen sexueel geweld, verkrachting, aanranding en dwang totaal verschillend in. Twee culturen, twee ervaringswerelden en twee soorten bewustzijn botsen zowel tijdens de sexuele handelingen als daarna bij de juridisering daarvan. De wetgever heeft tot op heden de kans een eenduidige en door vrouwen ingevulde definitie aan de zedelijkheidswetgeving ten grondslag te leggen laten lopen.

Ten aanzien van de term 'ongewenste intimiteiten' lijkt de deur wagenwijd open te staan, nu de regering een nota over dit onderwerp heeft aangekondigd en een congres en een bundel onder het motto 'ongewenste intimiteiten, gewenste rechten' heeft gesubsidieerd.

Take back the night, scandeerden vrouwen jaren geleden tijdens de 'heksennachten'. Het doel was het veroveren van het publieke domein, de straat. Vervolgens ging de strijd om de gelijke behandeling. De economisering van de vrouwenzaak trad in. Het begrip 'discriminatie' verdween achter het begrip 'ongelijke behandeling' – de strijd ging en gaat om werk,

loon, economische zelfstandigheid. De onvermijdelijke volgende fase is de strijd om het juridische domein, om de termen en de definities van het recht. McKinnon schrijft: *"The legal claim for sexual harassment marks the first time in history, to my knowledge, that women have defined women's injuries in a law"*. Dit in tegenstelling tot 'sexueel geweld' dat van oudsher een plaats in het juridische domein heeft. Ook in Nederland zouden juist ongewenste intimiteiten, die immers nog niet expliciet juridisch geregeld zijn, de aanleiding kunnen vormen voor het opnemen van een door vrouwen ingevulde definitie.

Alleen in Nederland doet het absurde begrip 'ongewenste intimiteiten' opgang. De Belgen tonen aan al heel wat beter te hebben begrepen waar het om gaat met de term 'sexuele pesterijen'. Het Engelse en het Amerikaanse begrip 'sexual harassment' is het meest nauwkeurig. Het betekent *sexueel kwellen, lastigvalen, treiteren en afmatten*. Het gedrag zelf staat hiermee centraal. In de term ligt de verwerpelijkheid al besloten. De vraag naar het effect van de kwelling komt op de laatste plaats. Ook als de vrouw zich niet van haar werk l  t wegpesten, of als er niet of nauwelijks schade wordt geleden is het sexual harassment. Dankzij de term sexual harassment blijft het juridische begrip daar waar het thuishoort: discriminatie. Sexual harassment is een vorm van sexediscriminatie. Het wordt vrouwen aangedaan wegens haar sexe, niet als individu. Aldus is het ook veel minder verrassend te constateren dat vrouwen niet alleen sexueel worden lastiggevallen door mannen die hoger geplaatst zijn in de hi  archie op het werk, maar ook door collega's en lager geplaatsten.

De Nederlandse term 'sexuele intimidatie' zou geen slechte vervanging zijn voor 'ongewenste intimiteiten' – en wordt hier en daar ook al gebruikt –, mits dit niet inhoudt dat de vrouw dan ook geïntimideerd moet raken. Sexuele intimidatie heeft dezelfde lading – negatief, dwingend – als sexual harassment en zegt in beginsel alleen iets over de gedragingen en eventueel de intenties van de pleger.

Opmerkelijk is dat in ons land ongewenste intimiteiten primair als een arbeidsprobleem worden gezien. Het enkele feit dat zij plaatsvinden in een arbeidssituatie leidt tot discussies over de vraag of ongewenste intimiteiten nu een arbeidsrisico vormen, gerekend moeten worden tot de arbeidsvoorwaarden of tot de arbeidsomstandigheden. Het gevolg van het feit dat sexuele intimidatie niet als gedraging van mannen tegen vrouwen, die zich in de context van de arbeid afspeelt, maar als arbeidsprobleem wordt bestempeld heeft geleid tot geforceerde, soms werkelijk krankzinnige, pogingen om het begrip onder te brengen in wetten die absoluut niet met het oog op dit probleem zijn geschreven.

Mijn uitgangspunt is, dat sexuele intimidatie op het werk niet anders is dan andere vormen van sexediscriminatie en/of sexueel geweld, met dien verstande dat de arbeidssituatie een rol kan spelen als dwangmiddel in dezelfde betekenis als de 'andere feitelijkheden' die naast geweld en bedreiging met geweld in het wetsvoorstel zedelijkheidswetgeving uit 1984-1985 waren opgenomen. De arbeidssituatie als dwangmiddel kan variëren van werkelijke chantage

– quid pro quo – waardoor de rechtspositie van de vrouw onder druk komt te staan tot een bederf van de 'condition of work', waardoor een gesexualiseerde sfeer ontstaat die onverdraaglijk is. Dit 'job related' sexuele wangedrag behoeft niet pers   gericht te zijn op gevolgen voor de rechtspositie van de vrouw of negatief effect te hebben op haar rechtspositie.

Hoe geforceerd het onderbrengen van sexuele intimidatie als arbeidsprobleem in het recht is mag blijken uit het volgende. Wil men sexuele intimidatie als arbeidsvoorwaarde classeren dan komt het op een lijn te staan met onder meer loon, pensioen, onkostenvergoedingen en arbeidsduurverkorting. Dit is ietwat absurd, want over ongewenste intimiteiten worden geen afspraken gemaakt en onderhandelingen gevoerd. De 'voor wat hoort wat' manier waarop werknemers sexueel onder druk worden gezet is al helemaal geen onderdeel van de arbeidsovereenkomst, maar domweg chantage. Ook het plaatsen van sexuele intimidatie bij de voorwaarden om aan het werk te komen of aan het werk te blijven is vreemd, omdat ook het sexuele getreiter van een collega of ondergeschikte aldus tot voorwaarde wordt verheven.

Sexuele intimidatie als arbeidsrisico in de Arboret opnemen vind ik haast immoreel. In de bouw bestaat gevaar voor vallend gesteente, zware machines produceren decibellen, chemicaliën kunnen gevaar opleveren voor de gezondheid, licht en lucht zijn minimale vereisten voor behoorlijke arbeidsomstandigheden. Maar in alle ernst sexueel getreiter op het werk toe te voegen aan dit soort gevaren voor de veiligheid, gezondheid en het welzijn van de werknemers ontkent volledig de aard van de ongewenste intimiteiten. Ook plaatsing in de Wet Gelijke Behandeling past in de benadering van sexuele intimidatie als arbeidsprobleem en resulteert in economisering van dit culturele probleem.

De Wet Gelijke Behandeling regelt de rechtspositie, niet de feitelijke positie. De rechtspositie betreft zaken die voor gelijke verdeling vatbaar zijn, zoals werk, loon en opleiding. Het gelijkstellen van ongewenste intimiteiten hiermee is onmogelijk. Weliswaar kunnen zij tot ongelijkheid in de rechtspositie leiden, doordat vrouwen overplaatsing of ontslag vragen, maar het is ook heel goed mogelijk dat de vrouw zich vernederd en gekwetst voelt zonder dat dit enig effect op haar rechtspositie heeft. Het onderbrengen van sexuele intimidatie in de WGB is dus niet geheel voor de hand liggend en uit nood geboren. Willen vrouwen tegen lastige collega's procederen, of is er geen arbeidsovereenkomst dan biedt de onrechtmatige daadsactie uitkomst. Het grote voordeel van dit laatste middel is bovendien dat de vrouw hier volledig vrij is in de keuze van haar definitie. Zij betreedt het domein van het recht op haar eigen termen.

Vrouwen zullen ongewenste intimiteiten een nieuwe naam moeten geven. Niet om de vorm, maar om tot een eenduidige door vrouwen bepaalde definitie van sexueel wangedrag op het werk te komen. Vervolgens zal een plaats binnen het recht dienen te worden gevonden. Blijkt dit alleen te kunnen ten koste van de

definitie, door het begrip aan te passen aan bestaande, vanuit de mannelijke definities van sex, arbeid en vrouwen, geformuleerde regels, dan is de oplossing

simpel: dan maar niet. Dan laten we het recht voor wat het is.

Congres Ongewenste Intimiteiten, Gewenste Rechten

Het Clara Wichmann Instituut en de Stichting Handen Thuis organiseren op donderdag 22 februari 1990 in Congres-Party-centrum Engels te Rotterdam een congres met als titel: *Ongewenste intimiteiten, gewenste rechten; juridische middelen tegen ongewenste intimiteiten op het werk.*

Biedt de bestaande juridische regelgeving in Nederland mogelijkheden om ongewenste intimiteiten op het werk te voorkomen en te bestrijden?

Inleidingen

Mr Dorien Pessers geeft een overzicht van de huidige stand van zaken, waarna Catharine A. MacKinnon, professor aan de Osgood Law School in Ontario, een lezing houdt over het belang en de effectiviteit van juridische middelen bij de bestrijding van ongewenste intimiteiten op het werk.

Michael Rubinstein, auteur van het EC-rapport 'The Dignity of Women at Work', houdt een voordracht over de doeltreffendheid van de juridische middelen in de EG-lidstaten.

Karin Adelmund gaat in op de diverse mogelijkheden binnen arbeidsorganisaties.

Debatten

Na de inleidingen vindt een vijftal debatten plaats,

waarin twee opponenten met elkaar en de zaal in discussie treden over controversiële punten. De verantwoordelijkheid van de werkgever bij het bestrijden van ongewenste intimiteiten komt aan bod, evenals de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid en het nemen van civiele en/of strafrechtelijke maatregelen tegen diegenen die zich schuldig maken aan ongewenste intimiteiten.

Sprekers zijn onder andere Enith A. Mante-Meijer, Heikelien Verrijn Stuart en Tineke van Vleuten.

Staatssecretaris Elske ter Veld zal een reactie geven op de beleidsaanbevelingen van het Clara Wichmann Instituut en de Stichting Handen Thuis.

Afsluiting met suggesties voor een doeltreffend en samenhangend beleid door Mathilde van den Brink, lid van het Europees Parlement.

Kosten en inschrijving

De inschrijffolder voor dit congres kunt u aanvragen bij: Projectgroep Ongewenste Intimiteiten, 020-263776 (maandag tot en met woensdag). De kosten voor bijwoning van het congres bedragen na 15 december 1989 f 200,—. Een speciaal in het kader van dit congres te verschijnen boek, het congresverslag, de lunch, koffie en de afsluitende borrel zijn bij de prijs inbegrepen.

*Economische zelf-
standigheid: tegen
haar wil*

1990

Het lijken toch steeds weer economische motieven die de rol van vrouwen in het arbeidsproces bepalen. Het is geen complot, maar zeker ook geen toeval dat gezinspropaganda en arbeidspropaganda hand in hand gaan en hun vervolg vinden in de wetgeving. Zelfs de Emancipatieraad heeft berekend hoe gunstig de economische effecten zullen zijn van het toetreden van vrouwen tot de betaalde arbeid. Maar wat goed lijkt voor de maatschappij hoeft lang niet altijd goed te zijn voor vrouwen. Len Andringa beschrijft hoe economische zelfstandigheid ook door of juist door de 1990-maatregel alleen voor een kleine bevoorrechte groep is weggelegd. Voor de meerderheid zal de sollicitatieplicht zonder uitkeringsrecht de afhankelijkheid eerder vergroten. Slechtbetaald werk in de dienstensector, flexibilisering en deeltijdwerk zijn het perspectief. Thuisarbeid zal nog meer in trek raken. Het grote aanbod van vrouwelijke arbeidskrachten zal de lonen laag houden. In de scherpe tweedeling van de groeiende dienstensector en de beperkte functies voor hoogopgeleide vrouwen zal de werkloosheid onder vrouwen volgens het Centraal Planbureau toenemen.

Per 1 januari 1990 is art. 3 van de Toeslagenwet in werking getreden, ook wel de '1990'-maatregel genoemd. Art. 3 van de Toeslagenwet houdt in: 'Vanaf 1990 heeft een gehuwde wiens echtgenote is geboren na 31 december 1971 geen recht op een toeslag tenzij tot zijn huishouden een eigen kind, aangehuwd kind of pleegkind behoort dat jonger is dan 12 jaar.' In art. 1 van de Toeslagenwet zijn samenwonenden gelijkgesteld met gehuwden, zodat art. 3 geldt voor gehuwde en ongehuwd samenwonenden.

De Toeslagenwet heeft tot doel in geval werkloosheid of arbeidsongeschiktheid te voorkomen dat een beroep op aanvullende bijstand moet worden gedaan. De Toeslagenwet vult de uitkeringen van de WW, de Zw, de AAW en WAO zonodig aan tot het sociaal minimum. Dit recht op toeslag vervalt als de partner van de uitkeringsgerechtigde tot de 1990-generatie behoort en er geen kinderen beneden de twaalf jaar zijn.

Er wordt dus vanuitgegaan dat jongeren geboren na 1971, economisch zelfstandig zijn en geen kostwinnerstoelage meer nodig hebben, als zij een beroep moeten doen op een loonvervangende uitkering, behalve als ze kinderen hebben jonger dan 12 jaar. Wel kan de partner, indien die geen eigen inkomsten heeft, een beroep doen op aanvullende bijstand. Daarvoor moet die partner zich dan volledig beschikbaar stellen voor de arbeidsmarkt. In feite betekent dit een plicht tot arbeid zonder zelfstandig recht op uitkering. Men stelt zich immers beschikbaar voor de aanvulling tot de bijstandsnorm voor een gezin, ofwel voor slechts maximaal 30 procent van een uitkering.

Deze maatregel heeft veel tegengestelde reacties opgeroepen. Sommigen zijn van mening dat tegenover deze sollicitatieplicht een zelfstandig recht op uitkering moet staan, anderen vinden de maatregel niet ver genoeg gaan. De vraag is of deze maatregel het belang van vrouwen dient.

Discriminatie

De 1990-maatregel treft jongeren met een laag inkomen. Hun thuiswerkende partners (lees meisjes) zullen werk moeten gaan zoeken. Deze meisjes hebben een lage opleiding en het werk dat zij eventueel kunnen vinden is routinematig, uitvoerend werk met weinig kans op promotie en vaak een slechte rechtspositie: al dan niet tijdelijke kleine deeltijdbaantjes, af/oproepcontracten of uitzendwerk.

Als zij geen werk kunnen vinden, zijn zij en hun partner op de bijstand aangewezen met alle gevolgen vandien: krappere vrijlating van kleine bijverdiensten, toepassing van de woningdelerskorting of korting wegens onderverhuur en toepassing van de vermogenstoets. Een schadeloosstelling of uitkering ineens bij ontslag wordt in zijn geheel gekort. Ook samenwonende deeltijdwerkers hebben geen recht meer op een toeslag. Na scheiding of geboorte van een kind bestaat wel weer recht op een toeslag. De schatting is dat in 1990 ongeveer 400 mensen op basis van art. 3 geen toeslag meer krijgen en in 1991 1000 mensen, daarna loopt het sneller op. Vooral etnische minderheden zullen oververtegenwoordigd zijn in deze groep.

Inwerkingtreding van art. 3 van de Toeslagenwet heeft tot gevolg dat het toekennen van een toeslag aan gehuwden of samenwonenden afhankelijk is van de geboortedatum van de partner. Het is de vraag of dit onderscheid geoorloofd is.

Voor alleenstaanden en eenoudergezinnen blijft het recht op toeslag na 1990 bestaan. Dat levert discriminatie op naar burgerlijke staat. Of wordt straks het recht op toeslag voor alleenstaanden en eenoudergezinnen afgeschaft onder het motto: even slecht is ook gelijk?

'Laat de '1990'-maatregel niet doorgaan'

De '1990'-maatregel is een uitvloeisel van het in 1985 door de regering aan het parlement aangeboden Beleidsplan Emancipatie. In dit beleidsplan is als centrale doelstelling opgenomen 'het bevorderen van een ontwikkeling (...) naar een pluriforme maatschappij, waarin ieder ongeacht sexe of burgerlijke staat de mogelijkheid heeft een zelfstandig bestaan te verwerven...'. Die zelfstandigheid moet onder meer verworven worden door '...een groeiende deelneming aan betaalde arbeid en, waar de mogelijkheden daartoe ontbreken (...) een (eigen recht op) uitkering.'

Voorstanders van de 1990-maatregel zijn bij de behandeling van de Toeslagenwet in 1986 ervan uitgegaan dat er tegenover de sollicitatieplicht van meisjes een zelfstandig recht op uitkering zou komen te staan. Het Kabinet zegde een studie toe over de verbetering van de positie van meisjes en over de verzelfstandiging van uitkeringsrechten.

Inmiddels zijn er nota's verschenen. De nota 'Maatschappelijke positie van meisjes en jonge vrouwen' sluit aan op het Beleidsplan Emancipatie uit 1985 en verstaat onder sociaal-economische zelfstandigheid: 'de mogelijkheden waardoor ieder (volwassen) individu in eigen onderhoud kan voorzien, primair via deelname aan betaalde arbeid.' De nota biedt vooral voorlichting en mentaliteitsbeïnvloeding, maar geen zelfstandig recht op een uitkering. Ook de nota 'Verzelfstandiging van uitkeringsrechten' biedt geen uitkeringsrechten onafhankelijk van de partner. Het enige dat de 1990-maatregel oplevert is dat het meisjes verplicht zich gereed te houden voor de arbeidsmarkt als daar tekorten ontstaan.

Zowel de Nederlandse Vrouwenraad als de Vrouwenbond van de FNV wordt het regeringsbeleid nu te gortig en pleiten voor intrekking van de 1990-maatregel. 'Laat de 1990-maatregel niet doorgaan. Hoe kun je – onder het motto van economische zelfstandigheid – meisjes een individuele sollicitatieplicht opleggen zonder daar individuele uitkeringsrechten tegenover te stellen?' aldus de voorzitter van de NVR. 'Hoe durf je als regering meisjes zo voor de gek te houden,' aldus de voorzitter van de Vrouwenbond. 'Onder het motto van economische zelfstandigheid nog meer sollicitatieplicht, terwijl iedereen weet hoe groot de werkloosheid juist voor deze groep meisjes is.'

De inmiddels afgetreden voorzitter van de Emancipatieraad gelooft echter niet dat de meisjes uit de laagste inkomensgroepen juist de dupe zullen worden. 'Ook in de laagste inkomensgroepen moeten de

vrouwen meer carrièregericht gaan denken. Voor hen geldt des te meer dat ze in de problemen kunnen komen als hun relatie stukloopt. 'Dat tegenover de sollicitatieplicht geen recht op een zelfstandige uitkering staat, daar wil de ER geen al te groot punt van maken. 'Het is op dit moment belangrijker meisjes een prikkel tot werken te geven'.²

Politieke partijen zoals de VVD en D'66 vinden de 1990-maatregel niet ver genoeg gaan. Voor vrouwen met jonge kinderen blijft het daardoor mogelijk zich al dan niet tijdelijk niet beschikbaar te stellen voor de arbeidsmarkt met het gevolg dat de herintreedstersproblematiek blijft bestaan en ook gescheiden vrouwen ten laste van de bijstand blijven komen.

Overigens zullen niet alleen meisjes met een werkloze of arbeidsongeschikte partner worden aangesproken op hun sollicitatieplicht. Ook gescheiden vrouwen en weduwen zullen hiermee te maken krijgen. De regering wil de alimentatieduur beperken tot twaalf jaar. De weduwen van de toekomst mogen niet meer rekenen op een langdurige uitkering. Het Kabinet heeft voorstellen in petto om de AWW inkomensafhankelijk te maken en te laten eindigen zodra de kinderen van de weduwe ouder zijn dan twaalf jaar. De druk op vrouwen om zich beschikbaar te stellen voor de arbeidsmarkt blijft dus niet alleen beperkt tot de 1990-generatie.

De arbeidsmarkt in 1990

Dat de 1990-meisjes aangewezen zullen zijn op slecht betaald werk is geen boze droom maar volgt uit de economische ontwikkelingen sinds de helft van de jaren tachtig. De groei van de werkgelegenheid in Nederland is fors toegenomen. Uit onderzoek blijkt dat deze groei zich vooral heeft voorgedaan via een enorme toename van laagbetaalde banen in de commerciële dienstensector (schoonmaak, reparatie, transport, horeca, cassieres, lokettisten, telefonistes) en in de publieke dienstverlening (overheid, gezondheidszorg, maatschappelijk werk). In de industrie verdwenen sinds het begin van de jaren tachtig ruim 100.000 banen en in de dienstensector nam het aantal banen toe met ruim een half miljoen.

Belangrijke oorzaak van deze ontwikkeling is de automatisering, waardoor de zogenaamde middenbanen, waarvoor een modaal inkomen wordt betaald, verdwijnen.³ Door de nieuwe technologieën nemen de hoogbetaalde maar vooral de laagbetaalde banen toe. Er is sprake van een overgang van een industriële maatschappij naar een dienstenmaatschappij. Het belangrijkste element hierbij is dat industriële producten kunnen worden opgeslagen, terwijl de productie en levering van diensten in het algemeen één geheel vormen. De personeelsomvang moet daardoor veel meer flexibel zijn dan vroeger. Dat wordt mogelijk door deeltijdwerk. De groei van het aantal banen in de dienstensector heeft vooral geleid tot een naar internationale maatstaven explosieve groei van deeltijdarbeid. In nog geen tien jaar is het aandeel van de parttime werkgelegenheid verdubbeld. Een op de vier werknemers heeft nu een parttime baan. En drie van de vier parttime werkers zijn vrouwen. Nederland verkeert thans in een opmerkelijke positie met bijna de laagste arbeidsparticipatiegraad van

vrouwen (44 procent) die samengaat met het hoogste percentage in deeltijd werkende vrouwen (54 procent). Het aantal flexibele arbeidsrelaties, al dan niet in deeltijd, wordt geschat op circa 600.000 en daarnaast wordt het aantal thuiswerkers geschat op 166.000. De flexibele arbeidsrelaties betreft hoofdzakelijk vrouwen.

De ontwikkeling van de dienstensector is ook bevorderd door het loslaten van de koppeling van het minimumloon aan de CAO-lonen, waardoor het minimumloon is gedaald en de vraag naar laagbetaalde arbeid kon toenemen.

Deze nieuwe banen zijn voor het grootste deel flexibele, slechtbetaalde deeltijdbanen, die nauwelijks ontplooiingsmogelijkheden opleveren en zeker geen inkomen dat economische zelfstandigheid mogelijk maakt. Het zijn vooral vrouwen die de marginale banen voor hun rekening nemen. 28 procent van de werkende vrouwen heeft een baantje van minder dan 20 uur. Het Centraal Planbureau verwacht dat in 2000 70 procent van de meisjes uit de generatie van 1990 een deeltijdbaan zal hebben. Aangezien er weinig deeltijdbanen zijn waarmee men echt in eigen levensonderhoud kan voorzien, valt niet te verwachten dat de 1990-generatie inderdaad economische zelfstandig zal zijn.

Voor hoger opgeleide vrouwen zijn deeltijdbanen nauwelijks weggelegd. Deze groep vrouwen, samen met hun partner die zelf meestal ook een hoog inkomen heeft, zorgt voor extra werk in de 'kleine' dienstverlening, zoals kinderopvang, werksters, wasserijen, maaltijdservice. Zij behoren tot de groep werknemers met een vaste baan en een vast inkomen. Er tekent zich derhalve een dubbele tweedeling af: die van mensen, vooral mannen, met vast en goedbetaald werk aan de ene kant en geheel of gedeeltelijk werklozen met weinig inkomen, vooral vrouwen, aan de andere kant. Deze tweedeling wordt nog versterkt door de segregatie op de arbeidsmarkt: meer dan de helft van het aantal werkende vrouwen is te vinden in slechts acht beroepen.

Het overschot op de arbeidsmarkt op dit moment, niet alleen door inkrimping van de werkgelegenheid in de industriële sector, maar ook door het ruime aanbod van jongeren en vooral (herintredende) vrouwen maakt een verscherping van de selectie door werkgevers mogelijk. Als gevolg hiervan ontstaat verdringing op de arbeidsmarkt van laaggeschoolden door hoger geschoolden, zodat zich vooral een overschot onder laagstgeschoolden voordoet. Het aantal vrouwen zonder werk is sinds 1980 voortdurend blijven stijgen, terwijl het aantal werkloze mannen afneemt. Het aandeel van vrouwen in de groep werklozen is toegenomen tot 40 procent. Door de verwachte afname van de beroepsbevolking door ontgroening en vergrijzing is de verwachting dat dit overschot na 2000 zal omslaan in een tekort. Vrouwen zouden dan hard nodig zijn, vandaar dat de sollicitatieplicht anno 1990 wordt ingevoerd: een buffer voor te verwachten tekorten.

Minister de Koning heeft aangegeven dat deelname van vrouwen aan de arbeidsmarkt niet langer een kwestie van emancipatie is, maar door de vergrijzing een economische noodzaak. Vrouwen moeten straks

het gat vullen als het aandeel van jongeren in de beroepsbevolking gaat dalen.⁴

Ook de VNO is van mening dat er tegen het jaar 2000 te weinig arbeidskrachten zijn en dat dan de arbeidsreserve aan vrouwen moet worden aangesproken. Niemand zal, als in de jaren zestig weer willen terugvallen op buitenlandse arbeidskrachten. 'De emancipatorische ontwikkeling sluit aan bij de ontwikkeling van de arbeidsmarkt. Er is dus een duidelijk eigenbelang voor de werkgevers,' aldus de voorzitter van de VNO.⁵

Alle emancipatorische idealen ten spijt lijken het toch steeds weer economische motieven die de rol van de vrouw in het arbeidsproces bepalen. Al vanaf de jaren vijftig hebben overheid en bedrijfsleven de betaalde arbeid van gehuwde vrouwen bevorderd. In 1957 werd de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw opgeheven en werd een eind gemaakt aan de praktijk dat ambtenaressen ontslagen werden als ze trouwden. Waar arbeidskrachten hard nodig waren in bedrijven zoals Philips en Bruynzeel, in de verzorgende beroepen en vooral het onderwijs werden gehuwde vrouwen met faciliteiten als kinderopvang aangetrokken. Het aantal buitenshuis werkende vrouwen is dan ook sinds de jaren zestig voortdurend gegroeid, met name die van gehuwde vrouwen.

Economische zelfstandigheid

In het rapport 'Haalbaar en betaalbaar: arbeid en kindercare na 1990' van Jansweyer c.s. wordt de huidige '1990'-maatregel uitzichtloos genoemd. Door vrouwen met jonge kinderen uit te zonderen van de regel dat een ieder in eigen levensonderhoud kan voorzien blijven vrouwen economisch afhankelijk. Het blijft dan normaal dat vrouwen thuisblijven om voor hun jonge kinderen te zorgen. De onderbreking van de beroepsarbeid zal herintredende vrouwen problemen blijven opleveren en hun loopbaanperspectief negatief beïnvloeden. Bovendien laat deze maatregel hogere inkomensgroepen buiten schot, aangezien zij niet van de Toeslagenwet profiteren, maar des te meer van de alleenverdienerstoeslag in de loon- en inkomstenbelasting en andere kostwinnersfaciliteiten.

In het rapport wordt het zogenaamde 'blijf-in-de-markt' model ontwikkeld. De kostwinnersfaciliteiten moeten worden omgebouwd tot voorzieningen voor verzorging van de kinderen. De zorg voor thuiswerkende partners moet worden omgezet in een directe zorg van de overheid voor kinderen.

Het model richt zich vooral op de meisjes die in 1990 jonger dan 18 jaar zijn. Zij worden geacht economisch zelfstandig te zijn, ook als er kleine kinderen verzorgd moeten worden. De bedoeling is dat zij hun werkervaring behouden, ook al is het maar in deeltijd. Voor deze groep moeten de kostwinnersvoorzieningen worden afgeschaft. Tegelijkertijd moet vooral ten behoeve van deze groep voorzieningen worden geschapen die het mogelijk maken werk- en kinderverzorging te combineren. In het 'blijf-in-de-markt' model worden twee soorten voorzieningen voor de verzorging van jonge kinderen in kaart gebracht, te weten een verruiming van het aanbod van kinderopvang en een vrij te besteden verzorgingstoeslag. De

voorkeur gaat uit naar uitbreiding van professionele gesubsidieerde kinderopvang. Met de verzorgings-toeslag kunnen ouders ook andere vormen van opvang organiseren en blijft zelfs de mogelijkheid bestaan om zich tijdelijk van de arbeidsmarkt terug te trekken. De hoogte van de toeslag is echter niet zodanig dat hij kan worden gezien als 'huisvrouwenloon' en aangezien de toeslag onafhankelijk van het inkomen is, blijft de stimulans om buitenshuis te werken bestaan. De verwachting wordt uitgesproken dat het gaandeweg steeds normaler zal worden dat vrouwen met jonge kinderen blijven werken. De zorg van kinderen kan gedeeld worden met instellingen voor kinderopvang en met de partner. Daardoor zullen nog meer mensen een deeltijdbaan gaan verkiezen. Thuisarbeid en flexibele arbeidsvormen zullen bij vrouwen nog meer in trek raken.

Financieel gezien zal het saldo de eerste 5 à 10 jaar negatief zijn, maar daarna zal het positief saldo snel toenemen en kan het de overheid miljarden gaan opleveren. Kortom, een lonende investering.

Ook de Emancipatieraad is gaan berekenen hoe aantrekkelijk het voor de overheid is om in vrouwen te gaan investeren. In het rapport 'Emancipatiebeleid in macro-economisch perspectief' heeft de ER aangegeven wat de kwantitatieve effecten zijn van een pakket maatregelen om de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt te verbeteren. Dit pakket bestaat uit uitbreiding van de kinderopvang tot 100.000 plaatsen in kinderdagverblijven, her- en bijscholing van 10.000 vrouwen per jaar tot het jaar 2000, verkorting van de arbeidstijd met 10 procent tot het jaar 2000 en omzetting van 200.000 voltijdbanen in deeltijdbanen, afschaffing van de alleenverdienerstoelage voor de jongste generatie en individualisering van de RWW-uitkering.

Door uitbreiding van de kinderopvang en individualisering van de RWW-uitkering zal de werkloosheid toenemen met 60.000 personen maar arbeidstijdverkortingen en uitbreiding van deeltijdwerk doen de werkloosheid verminderen met 140.000 a 170.000 personen. De conclusie van de ER is dat invoering van dit pakket beleidsmaatregelen de economische zelfstandigheid van de komende generatie ten goede zal komen terwijl de economische effecten over het algemeen gunstig worden genoemd.

Het uitgangspunt van het Beleidsplan Emancipatie, namelijk het bereiken van economische zelfstandigheid door vrouwen in staat te stellen hun eigen kost te verdienen met betaalde arbeid, wordt in beide rapporten ten volle ondersteund.

De ER gaat ervan uit dat alleen wanneer vrouwen beschikken over een eigen aldus verkregen volwaardig en goed beschermd inkomen de bestaande machtsstructuren tussen mannen en vrouwen kunnen worden doorbroken. Deelname aan betaalde arbeid wordt gezien als de belangrijkste voorwaarde tot meer persoonlijke, maatschappelijke en politieke macht van vrouwen. Deze theorie wordt ook wel de arbeidsparticipatietheorie genoemd.⁶ Jansweijer c.s. constateren in hun rapport dat het uitgangspunt van het beleidsplan in brede kring wordt onderschreven. Die opmerkelijke eensgezindheid vindt volgens hen zijn oorsprong in het idee dat diverse maatschappelij-

ke belangen met dit doel worden gediend. Bijstands-uitkeringen aan gescheiden vrouwen hebben een aanzienlijke omvang bereikt. Een nieuwe generatie herintreedsters moet, gezien de hoge kosten van werving, selectie en opleiding die dit met zich brengt, worden voorkomen. De demografische ontwikkeling brengt met zich dat door een verminderde toestroom van jongeren, de zg. ontgroening, na het jaar 2000 een tekort aan arbeidskrachten zal ontstaan. De vergrijzing legt bovendien een toenemende druk op de collectieve sector, waardoor meer verdieners nodig zijn om die lasten op te brengen. Jansweijer c.s. spreken van een maatschappelijke verplichting dat huisvrouwen in hun eigen levensonderhoud kunnen voorzien.

Maar wat goed lijkt voor de maatschappij, hoeft lang niet altijd in het belang van vrouwen te zijn.

De ontwikkelingen in de sociale zekerheid en in het personen- en familierecht zijn hiervan illustratieve voorbeelden. Aangezien de maatschappelijke druk op vrouwen steeds groter wordt om betaald werk te gaan verrichten is de kans groot dat deze maatschappelijke druk door de regering in vergaande maatregelen wordt vertaald, bijvoorbeeld door in art. 3 Toeslagenwet geen uitzondering meer op te nemen voor vrouwen met kinderen beneden de twaalf jaar, of door kostwinnersfaciliteiten af te schaffen, zodat vrouwen wel moeten gaan werken, of ze nu willen of niet. Daarom is het des te noodzakelijker het uitgangspunt van het Beleidsplan Emancipatie kritisch te bezien.

Arbeidsparticipatietheorie achterhaald

Is het in het belang van vrouwen ernaar te streven economische zelfstandigheid te verwerven primair door middel van betaalde arbeid? De ontwikkelingen op de arbeidsmarkt gedurende de afgelopen jaren hebben laten zien dat veel vrouwen er niet in slagen door betaald werk economisch zelfstandig te zijn. Voor zover niet werkloos, zijn de meeste vrouwen aangewezen op slecht betaald (deeltijd)werk, dat meestal onvoldoende opbrengt om in eigen onderhoud te kunnen voorzien.

Jansweijer c.s. gaan ervan uit dat als meer vrouwen zich beschikbaar stellen voor betaalde arbeid, zij hun rechtspositie als deeltijdwerker, flexibele arbeidskracht of thuiswerker kunnen versterken. Dit optimisme wordt geloochenstraft door de reële verhoudingen op de arbeidsmarkt: grote concurrentie waardoor werkgevers meer mogelijkheid tot selectie hebben en waardoor de arbeidsvoorwaarden onder druk komen te staan. Bovendien vindt er verdringing van laaggeschoolden door hogergeschoolden plaats, waardoor er grote werkloosheid onder laaggeschoolden is. Het Centraal Planbureau verwacht dat de werkloosheid onder laaggeschoolden zal blijven voortbestaan. Het Centraal Planbureau verwacht ook dat voor zover er sprake is van groei van de werkgelegenheid, deze zich voor 60 procent in mannenberoepen zal voordoen. Het gaat om technisch en administratief middelbaar- en hogeschoolden.

Teneinde de werkloosheid onder vrouwen en de concentratie van vrouwen in een beperkt aantal beroepen te kunnen opheffen heeft de ER gemeend een uitge-

breid scholingsprogramma voor vrouwen te moeten voorstellen, gecombineerd met arbeidstijdverkorting en toename van het aantal deeltijdbanen. In zijn advies 'Kwaliteit versus kwantiteit' wordt dit voorstel nog verder aangevuld met maatregelen die de instroom in mannenberoepen moeten bevorderen.

Uiteraard is het een goede zaak als op deze manier de werkgelegenheid voor vrouwen kan worden bevorderd. Het is echter de vraag of het merendeel van de vrouwen hiermee aan werk geholpen kan worden. Jongere vrouwen hebben hun achterstand in opleiding aardig ingelopen, zij het dat hun opleiding niet altijd marktgericht is. Voor hen kan het voorgestelde scholingsprogramma zinvol zijn, als zij al gezien hun leeftijd en ervaring voor dit soort hogere functies in aanmerking komen.⁷

De ER heeft hier het oog op middelbare en hogere functies, waar de deeltijdbanen zeker niet voor het oprapen liggen. De afgelopen jaren is gebleken dat arbeidstijdverkorting en invoering van deeltijdbanen niet werken in hogere functies.

Van herverdeling van betaald werk is bij deze functies amper sprake geweest. Ervan uitgaand dat er voldoende kinderopvang is, zullen jongere vrouwen met hogere opleiding, voorzover zij werk kunnen krijgen, geconfronteerd worden met de dubbele belasting van het betaalde en onbetaalde werk.

Voorts zullen deze voorstellen de scherpe tweedeling op de arbeidsmarkt tussen goedbetalende (mannen)beroepen en de slechtbetalende (vrouwen)beroepen niet kunnen opheffen. De ER stelt zich voor dat als meer vrouwen doorschuiven naar hogere functies, de lagere functies weer door andere vrouwen kunnen worden opgevuld. Maar als naar verwachting de omslag naar de dienstverlenende maatschappij zich doorzet zal het aantal hogere full time functies minder snel uitbreiden dan het aantal lagere deeltijdfuncties. Als het doorschuifstelsel al werkt, dan nog kan dit gezien het geringe aantal arbeidsplaatsen nooit een oplossing zijn voor het grote aanbod aan laaggeschoolden. Het merendeel van de vrouwen zal dus niet voor dit soort functies in aanmerking komen. Het doorschuifstelsel naar hogere functies zou precies andersom moeten gaan werken dan de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, waar tot nu toe hoger geschoolden juist de lager geschoolden hebben verdrongen.

De verwachting is dat de commerciële dienstverlening zich verder zal uitbreiden, mede doordat meer vrouwen gaan werken en, voorzover zij dit kunnen betalen, de huishoudelijke taken alsmede de opvang van de kinderen zullen uitbesteden. Daarnaast zal de vergrijzing van de bevolking leiden tot een stijgende vraag naar arbeidsintensievere verrichtingen, meestal in deeltijd, al dan niet op basis van een flexibel contract. Zoals reeds gezegd is juist in de sector dienstverlening behoefte aan een flexibele omvang van het personeel, wat onder meer bereikt wordt door deeltijdbanen, flexibele arbeidscontracten en uitzendwerk. Het voorstel tot meer deeltijdbanen in deze sector gaat dan ook voorbij aan het feit dat het aantal deeltijdbanen in deze sector al explosief is toegenomen.⁸ Bovendien leveren juist deze deeltijdbanen geen inkomen op waarvan men zelfstandig kan bestaan. De ER wil dat de deeltijdbanen een

zodanige omvang hebben dat men hiervan zelfstandig kan bestaan. Afgezien van het feit dat hiervoor een overheidsmaatregel nodig zou zijn, zullen deze slechtbetaalde deeltijdbanen wel een behoorlijke omvang moeten hebben om er echt zelfstandig van te kunnen bestaan.

Meer kinderopvang, her- en bijscholingsprogramma's en afschaffing van de alleenverdienerstoeslag zullen het aanbod op de arbeidsmarkt – al dan gedwongen – doen toenemen, waardoor een verscherping van selectiecriteria zal ontstaan en de druk op de arbeidsvoorwaarden zal worden vergroot. Door scholing en positieve actie zullen misschien meer vrouwen doordringen in hogere beroepen, maar het gros van de vrouwen is aangewezen op het werk in de lagere regionen. Het aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt zal toenemen, maar de deelname zal zich in hoofdzaak zich beperken tot (kleine) deeltijdbanen in de dienstverlenende sector.

De arbeidsparticipatietheorie lijkt te zijn achterhaald door de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt: het merendeel van de vrouwen zal zich, evenals in de afgelopen jaren, geen echt zelfstandig economisch bestaan kunnen verwerven, laat staan dat hierdoor meer persoonlijke, maatschappelijke en politieke macht wordt verworven. Dat de arbeidsparticipatietheorie niet alleen in Nederland geen opgeld zal doen, kan worden geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld van Zweden. Dat land kent sinds jaar en dag een hoge arbeidsparticipatiegraad van vrouwen, namelijk 78 procent. In het begin van de jaren zestig, ten tijde van grote krapte op de arbeidsmarkt, is in Zweden bewust gekozen voor participatie van de vrouw, terwijl in Nederland buitenlandse werknemers zijn aangetrokken. De groei van de arbeidsparticipatie van vrouwen in Zweden is gelijk opgegaan met de groei van de collectieve sector, waar ongeveer 38 procent van de beroepsbevolking werkzaam is, waarvan relatief veel vrouwen. Vrouwen zijn voornamelijk tewerkgesteld in een beperkt aantal, dikwijls laagbetaalde beroepen en sectoren, in het bijzonder in de collectieve dienstverlening. Hoewel kinderopvang in ruime mate aanwezig is en zwangerschaps- en ouderverlof in Zweden beter geregeld zijn, hebben de vrouwen toch een grote achterstand: ze worden slechter betaald en de traditionele rolpatronen zijn niet doorbroken. Van economische zelfstandigheid is mede vanwege de dubbele belasting nog nauwelijks sprake.

Tot slot

Het Centraal Planbureau verwacht dat de arbeidsmarkt de eerstkomende jaren het extra aanbod van vrouwen die willen werken niet kan opnemen. Het grote aanbod zal derhalve in de sector dienstverlening minder sterke loonstijging en toename van de werkloosheid teweegbrengen. Het Centraal Planbureau verwacht dat in 2000 het aantal vrouwen dat werkloos is anderhalf maal zo hoog zal zijn als nu. Het manco aan de voorstellen van Jansweijer c.s. en van de ER is dat deze onvoldoende kunnen aansluiten op de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en met name geen oog hebben voor de scherpe tweedeling die als gevolg van de omslag naar een dienstverle-

nende maatschappij is ontstaan. Voorzover de voorstellen van de ER soelaas bieden zal dit vooral de middelbaar en hoger opgeleide vrouwen betreffen. Ook in Zweden blijkt de arbeidsparticipatietheorie niet op te gaan. Voorzover deze en de op basis daarvan ontwikkelde voorstellen van de ER een stimulans zijn voor vrouwen die betaald werk willen verrichten, is dit een prima zaak en verdienen deze voorstellen ondersteuning.

Gevaarlijker wordt het als onder het mom van deze theorie vergaande maatregelen, zoals door Jansweijer c.s. bepleit, worden genomen waardoor vrouwen geen keus meer hebben. Als inderdaad ook vrouwen met kinderen beneden de twaalf jaar zich beschikbaar moeten stellen voor de arbeidsmarkt om voor aanvullende bijstand in aanmerking te kunnen komen en als de kostwinnersfaciliteiten worden afgeschaft, zullen vrouwen wel moeten gaan werken, nog afgezien van de vraag of er wel voldoende werk zal zijn. Het door Jansweijer c.s. bepleite idee om de kostwinnersfaciliteiten om te zetten in voldoende kinderopvang en een verzorgingstoeslag aan vrouwen met kleine kinderen biedt uitsluitend uitkomst aan die groep vrouwen.

De ER heeft als onderdeel van haar pakket maatregelen de RWW-uitkering opgenomen. Vervanging van de kostwinnersfaciliteiten door een individuele RWW-uitkering, onafhankelijk van het inkomen de partner, voor de 1990-generatie levert de overheid f 660 miljoen gulden op, voorwaar een voordelige ruil. In tegenstelling tot de voorstellen van Jansweijer zou hier inderdaad sprake zijn van economische zelfstandigheid, althans als men van f 750,- voor de helft van een samenwonend paar zelfstandig zou kunnen bestaan. Maar ook in deze voorstellen is invoering van de individuele uitkering gekoppeld aan de sollicitatieplicht, zodat de meisjes zich beschikbaar moeten houden voor elk baantje, als er al iets wordt aangeboden. Inmiddels onderzoekt de regering op verzoek van de drie grootste fracties in de Tweede Kamer hoe zo snel mogelijk de financiële voordelen voor kostwinners kunnen worden afgeschaft. Het is echter niet denkbeeldig dat, net als met de 1990-maatregel is gebeurd, de regering neemt en niet geeft. Waar economische zelfstandigheid slechts in beperkte mate en voor een beperkte groep vrouwen langs de

weg van de arbeidsmarkt is te bereiken, is het niet verstandig afschaffing van de alleenverdienerstoeslag te bepleiten. Andere – meer aantrekkelijke – wegen om de economische zelfstandigheid te bereiken, zullen moeten worden gezocht.

Noten

1. Trouw 26 mei 89.
2. Trouw 11 februari 1988.
3. Deze gegevens zijn ontleend aan een paper van T. Elfing en R. Kloosterman, De Nederlandse 'Job Machine'; de snelle expansie van laagbetaald werk in de dienstensector, 1979 – 1986. Paper voor ECOZOEK-dag, 28 april 1989. In zijn artikel 'Kwalitatieve ontwikkelingen op de arbeidsmarkt' in SMA van oktober 1989, nr 10, pag. 554 e.v. vraagt Dercksen zich af of de aanduiding laagbetaald wel juist is, aangezien het hier om uurloonen gaat, die 10 tot 20 procent boven het minimumuurloon liggen. Hij is echter wel van mening dat hun onderzoeksbevindingen niet haaks staan op de prognoses van het Centraal Planbureau.
4. Trouw 11 februari 1988.
5. Volkskrant 25 februari 1989.
6. Het individualiseringsbeginsel en verzorgingsbehoefte, mr R. Holtmaat, SMA december 1987.
7. Een campagne als 'Kies exact' is nogal misleidend, aangezien alleen in de hogere functies een tekort aan technische ontwikkeling en administratief personeel wordt verwacht, zodat zeker niet iedereen hiermee is gebaat.
8. Over de periode tot 1990 merkte C.C.P.M. van Ginneken op, dat het streven van de regering nog eens 50.000 deeltijdbanen extra te creëren volgens hem een illusie was. OSA Werkdocument nr W 47, Economisch Instituut voor Midden en Kleinbedrijf.

Gebruikte literatuur

- Emancipatiebeleid in macro-economisch perspectief, rapport Emancipatieraad, april 1989
- Haalbaar en betaalbaar: arbeid en kindercare na 1990, R.M.A. Jansweijer e.a., Christine de Pisan reeks, nr 2
- Kwaliteit versus Kwantiteit, Advies Emancipatieraad, oktober 1989
- Publikaties Associatie voor betaalde en onbetaalde arbeid.
- Rapportage arbeidsmarkt 1987, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 1987
- Sociaal en Cultureel Rapport 1988, Sociaal en Cultureel Planbureau, Samsom 1988
- Trendrapport 1987. Organisatie voor Strategisch Arbeidsmarktonderzoek, Staatsuitgeverij 1987
- Vrouwen op de Arbeidsmarkt, drs. M. Bruyn-Hundt, Scala, 1988

Prostitutie

Het beroep

Aan de bescherming van de zedelijkheid, de openbare orde en de gezondheid van prostituanten blijkt altijd makkelijker vorm gegeven te zijn dan aan de bescherming van prostituées. De prostitutie was achtereenvolgens een moreel-politieke kwestie, een openbare-ordeprobleem en een – feministisch – machts-vraagstuk.

Door de vrouwenbeweging zijn prostituées beschouwd als de ultieme slachtoffers van mannelijke dominantie en als vrije vrouwen die zelf de voorwaarden bepalen waaronder zij hun seksualiteit verkopen.

In het verlengde van het door vrouwen opgeëiste sexuele zelfbeschikkingsrecht ligt het pleidooi voor de erkenning van de prostitutie als beroep met de daarbij behorende arbeidsbeschermende regels. Arbeidsrechtelijke normalisering van de prostitutie zal behalve tot decriminalisering en een (mogelijke) afname van geweld tegen prostituées, leiden tot toenemende overheidsovername.

Prostitutie kent vele vormen. De benadering van het fenomeen is ook zeer divers. Zo wordt de feministische beweging van tijd tot tijd beroerd door de vraag op welke wijze tegen prostitutie aan te kijken.¹ Zijn prostituées in de eerste plaats mede-schuldigen aan het geweld van mannen tegen vrouwen², of zijn het bondgenoten bij het doorbreken van een macho-cultuur³?

Op deze discussie wordt echter in deze verhandeling niet ingegaan. In dit kader staat een andere vraagstelling centraal. Uitgangspunt vormt een maatschappelijke ontwikkeling waarin, vanuit verschillende motieven, gestreefd wordt naar decriminalisering van prostitutie en erkenning van prostitutie als beroep. Gevolg van deze erkenning dient te zijn dat prostitutie op dezelfde wijze wordt benaderd als iedere andere arbeid. Vanuit de visie van het Internationaal Comité voor de Rechten van Prostituees dat een prostituée zowel het recht moet hebben om te werken als het recht om werk te weigeren, wordt op twee vragen ingegaan. In de eerste plaats betreft dit de mogelijkheid van prostituées⁴ om op basis van een arbeidscontract, met een exploitant van een prostitutie-inrichting, werkzaam te zijn. Daarna wordt ingegaan op de (on)mogelijkheid voor de gemeentelijke regelgever een bijdrage te leveren aan betere arbeidsomstandigheden voor prostituées. Deze laatste kwestie is actueel nu de wetgever overweegt om art. 250bis, het bordeelverbod, en art. 432 sub 3, het souterieurverbod, uit het Wetboek van Strafrecht (WvSr) te schrappen.

Het zal blijken dat beide vraagstellingen een nauwere samenhang hebben dan wellicht wordt verondersteld. Voorop gesteld moet worden dat in het hierna volgende onrecht gedaan wordt aan de vele vormen die de prostitutie kent. Deze verhandeling is beperkt tot prostitutie-inrichtingen: de werkzaamheden die in clubs en andere inrichtingen plaatsvinden.

Een arbeidsovereenkomst

De vraag of een arbeidsovereenkomst tussen een prostituée en een exploitant van een prostitutie-inrichting mogelijk is wordt niet eenduidig beantwoord. Sommigen nemen wellicht iets te lichtzinnig die mogelijkheid aan.⁵ Daarentegen lijkt de Minister van Justitie⁶ wel erg zwaar aan de ongeoorloofdheid ervan te tillen.⁷ Daarom een hernieuwde poging de vraag te beantwoorden.

Opgemerkt dient echter te worden dat veel prostituées bepaald niet zitten te wachten op zo'n overeenkomst. De inkadering in allerlei regelingen, die er mee samenhangen, wordt over het algemeen niet als begerenswaardig gezien.⁸

Toch kan de vraag naar de mogelijkheid van zo'n overeenkomst niet onbeantwoord blijven. Daarvoor zijn verschillende redenen. Op de eerste plaats ontliden werknemers aan een arbeidsovereenkomst rechtszekerheid. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan ontslagbescherming. In de tweede plaats kan zo'n overeenkomst een middel zijn om goede arbeidsvoorwaarden, zoals menstruatie-verlof, redelijke arbeidstijden, het recht om klanten te weigeren en afvloeiingsregelingen te bedingen en vast te leggen. En, last but not least, kan het antwoord van belang zijn voor

initiatieven die gericht zijn op realisatie van 'model prostitutie-inrichtingen'.⁹

Hierna zal allereerst worden ingegaan op de vraag of een geldige overeenkomst tussen een prostituée en exploitant mogelijk is. Daarna zal gekeken worden of een dergelijke overeenkomst de elementen kan bevatten die haar tot arbeidsovereenkomst kwalificeren.

Een nietige overeenkomst?

Alhoewel het in een groot aantal gevallen miskenning van de werkelijkheid betekent, wordt er in het hierna volgende van uitgegaan dat aan de totstandkomingsvereisten (1) handelingsbekwaamheid, (2) toestemming(!) en (3) een bepaalbaar onderwerp (art. 1356 BW), bij het aangaan van een overeenkomst tussen een prostituée en een exploitant, wordt voldaan.

Het vierde vereiste, de geoorloofde oorzaak, is meer omstreden.^{10?} Een overeenkomst heeft een ongeoorloofde oorzaak, en is derhalve nietig, indien zij in strijd is met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 1371 jo. 1373 BW).

Strijd met de wet?

De vraag naar strijdigheid met de wet van een overeenkomst zal na het verdwijnen van de huidige artikelen 250bis en 432 WvSr geheel aan betekenis hebben verloren. Het is nu reeds discutabel of deze artikelen de geldigheid van overeenkomsten kunnen aantasten. Uit de wetsgeschiedenis valt niet op te maken dat de bepalingen de strekking hebben om ermee strijdige overeenkomsten nietig te doen zijn. Het feit dat de bepalingen alleen exploitanten en souteneurs strafbaar stellen ondersteunt deze opvatting. Mocht echter een dergelijke strekking al aangenomen worden, dan lijkt het toch in het licht van de op handen zijnde wetswijziging¹¹ niet langer houdbaar dat het 'gewoonte maken van het opzettelijk teweegbrengen of bevorderen' van prostitutie (art. 250bis WvSr) de geldigheid van een overeenkomst aantast. Hetzelfde geldt voor de redenering dat een dergelijke overeenkomst 'ontucht' in de zin van de genoemde strafrechtelijke bepalingen oplevert.

Het nieuwe artikel 250bis WvSr stelt 'slechts' strafbaar de exploitatie die gepaard gaat met dwang en geweld. Wanneer er bij de totstandkoming van een overeenkomst sprake is van dwang, dan is de overeenkomst vernietigbaar op grond van art. 1357 jo. 1359 BW. Er is dan sprake van een wilsgebrek. Bij de vraag naar de geldigheid van een overeenkomst komt het nieuwe art. 250bis WvSr niet meer aan de orde.

Strijd met de goede zeden of de openbare orde

'Goede zeden' en 'openbare orde' refereren beide aan ongeschreven recht. Gelet op het feit dat nauwelijks tot geen onderscheid gemaakt wordt tussen goede zeden en openbare orde¹², zal dat ook hier niet gebeuren.

Overeenkomsten worden om twee redenen in strijd met de goede zeden of de openbare orde beschouwd. In de eerste plaats is dat het geval indien aan de

overeenkomst laakbare motieven ten grondslag liggen. Daarnaast onderscheidt men de overeenkomst met een onzedelijke inhoud. De laatste categorie is in het kader van deze verhandeling vooral van belang.

De inhoud van een overeenkomst wordt als strijdig met de goede zeden of de openbare orde gezien, wanneer deze verplicht tot een onzedelijke prestatie. Daarvan is zowel sprake indien de verbintenissen voortvloeiende uit de overeenkomst, onzedelijke gedragingen opleveren alsook in de gevallen waarin nakoming van de overeenkomst niet mogelijk is zonder overtreding van een dwingende wetsbepaling.¹³ Dit laatste zal na inwerkingtreding van het nieuwe art. 250bis WvSr niet meer het geval zijn. Een exploitant van een prostitutie-inrichting zal dan immers niet meer, bij nakoming van de overeenkomst, een strafrechtelijk bordeelverbod overtreden. Het lijkt onwaarschijnlijk dat onder vigeur van de huidige artt. 250bis en 432 onder 3 WvSr van nietigheid wegens overtreding van de bepalingen nog sprake is: nu vervolging op grond van de artikelen nauwelijks nog voorkomt, zou het inconsistent zijn, zeker met het oog op de op handen zijnde wetswijziging, de geldigheid van overeenkomsten er door te laten aantasten.

Anders is het gesteld met de onzedelijke gedragingen die het gevolg kunnen zijn van een overeenkomst tussen een prostituée en een exploitant. Nu kan bepaald niet worden gezegd dat prostitutie een algemeen aanvaard verschijnsel is. Ondanks het feit dat het aantal mannen dat gebruik maakt van de diensten van deze beroepsgroep niet gering is en het aantal vrouwen dat er in werkzaam is niet te verwaarlozen¹⁴, wordt een bordeel in de straat zeker niet als een 'normaal' verschijnsel gezien. Toch is niet staande te houden dat prostitutie een onzedelijke gedraging is, die de geldigheid van een overeenkomst tussen een prostituée en exploitant aantast. Tegenover een 'dubbel' moralistisch denken staat een ontwikkeling waarin het streven tot uitdrukking komt prostitutie als volwaardige arbeid te erkennen. Dit streven is niet alleen waar te nemen binnen de organisaties van prostituées zelf.¹⁵ In de nota *Bestrijding van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes*¹⁶ wordt voorgesteld prostitutie als een beroep te benaderen. Een beroep waarvoor vrouwen op grond van haar zelfbeschikingsrecht kunnen kiezen. Het streven van regering en parlement is erop gericht de uitoefening van het beroep te decriminaliseren en te reguleren. De afschaffing van het bordeelverbod is daar een uitdrukking van.

Het zou getuigen van een grote mate van hypocrisie een overeenkomst ongeldig te oordelen vanwege de prostitutie-gedragingen die er uit voortvloeien. In het licht van bovengenoemde feiten en ontwikkelingen mag worden verwacht dat de rechter de ongeldigheid van een overeenkomst, tussen een prostituée en een exploitant, wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde niet al te licht zal aannemen.

Minister van Justitie Korthals Altes ziet nog een andere reden om bij het aangaan van een overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak aan te nemen. Hij acht deze gelegen in het feit dat een souteneur geen nakoming van de overeenkomst kan vorderen. Met een

beroep op haar lichamelijke integriteit kan een prostituee dit immers weigeren, stelt de minister.¹⁷ Het is echter onjuist uit dit gegeven de ongeoorlooftheid van een overeenkomst af te leiden. Het zou begrijpelijker zijn wanneer hij stelde dat het ongeoorloofd ware te achten dat een prostituee door het aangaan van een overeenkomst afstand doet van haar recht op eerbiediging van haar lichamelijke integriteit. De redenering zou dan zijn dat de overeenkomst nietig is 'wegens strijd met de wet, namelijk het grondwettelijk vastgelegde recht op lichamelijke onschendbaarheid of wegens strijd met de goede zeden, namelijk het beginsel dat iedereen recht heeft op respect voor zijn lichamelijke integriteit'.¹⁸ Echter die redenering is een miskennis van het feit dat art. 11 Grondwet niet alleen omvat de vrijwaring van schending van en inbreuk op het lichaam, maar tevens het recht naar eigen inzicht over het lichaam te beschikken.

Het probleem van de minister lijkt echter van een andere orde: het feit dat de exploitant geen nakoming kan vorderen. Dat tast echter de geldigheid van een overeenkomst niet aan. De onmogelijkheid van zo'n vordering is niet zo uitzonderlijk. Zo is de kans op succes van een werkgever zijn werknemster in geval van werkweigeren te dwingen een bedongen arbeidsprestatie toch te verrichten sinds de invoering van art. 1639a lid 2 BW en art. 9 lid 3 BBA nihil. Dit staat aan de geldigheid van de overeenkomst echter niet in de weg. Een eventuele vordering tot schadevergoeding blijft tot de mogelijkheden behoren.

Aangetekend moet worden dat met het het voorgaande niet gezegd is, dat het weigeren van klanten of handelingen 'werkweigeren' in de zin van art. 1639p BW, en daarmee een grond voor ontslag zou opleveren. Daarop wordt nog teruggekomen.

De opvatting dat noch wettelijke bepalingen, noch de goede zeden en de openbare orde, noch de onmogelijkheid om nakoming te vorderen aan de geldigheid van een overeenkomst in de weg staan, lijkt in het licht van het voorgaande gewettigd.

De arbeidsovereenkomst

Een arbeidsovereenkomst vereist de elementen 'arbeid', 'loon' en 'dienstbetrekking gedurende zekere tijd' (art. 1637a BW). Doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst zijn de feitelijke omstandigheden. Dat betekent dat partijen niet, met miskennis van de feiten, het bestaan van een arbeidsovereenkomst kunnen uitsluiten.

In de verhouding tussen een prostituee en een exploitant zullen de elementen 'arbeid' en 'loon' de minste moeite opleveren. Problematischer is het met 'dienstbetrekking gedurende zekere tijd'. Alhoewel aan 'gedurende zekere tijd' soms een zelfstandige aanvullende betekenis wordt toegekend, blijft dit hier buiten beschouwing.¹⁹ Belangrijker in dit kader is de gezagsverhouding die uit dit element wordt afgeleid. De vraag of er sprake is van zo'n verhouding laat zich niet met een onomwonden ja of nee beantwoorden. De verhoudingen binnen de prostitutie zijn immers complex en divers.²⁰ Dat geldt ook voor de verhou-

dingen binnen prostitutie-inrichtingen. Prostituees hebben in hun verhouding tot exploitanten vaak een zeer grote mate van zelfstandigheid. In veel gevallen is er sprake van een huurovereenkomst waarbij de exploitant ruimte en eventueel faciliteiten ter beschikking stelt. Soms betreft het een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Er zijn echter ook gevallen waarin de verhouding tussen exploitant en prostituee meer het karakter heeft van een werkgever-werknemer relatie. Er worden afspraken gemaakt omtrent werktijden, betalingen en de aard van de werkzaamheden. De vraag is evenwel of er in die gevallen sprake is van een, voor de arbeidsovereenkomst vereiste, gezagsverhouding.

De gezagsverhouding: jurisprudentie

Volgens vaste jurisprudentie is er sprake van een gezagsverhouding indien een werkgever aanwijzingsbevoegdheid heeft betreffende de bedongen arbeid.²¹ Deze formulering laat zeer veel ruimte. In de rechtspraak blijkt ook dat de 'gezagsverhouding' geen criterium is met een absolute invulling. De mate waarin een werkgever bevoegd dient te zijn aanwijzingen te geven met betrekking tot de inhoud en de uitvoering van de arbeid, wordt in de rechtspraak zeer gedifferentieerd benaderd. Illustratief hiervoor, en ook in dit kader van belang, zijn twee 'stripteasedanseres'-arresten.²²

In het eerste arrest uit 1961 achtte de Hoge Raad een arbeidsovereenkomst niet aanwezig; en wel vanwege het feit dat in casu de nachtclubeigenaar generlei zeggenschap had betreffende de inhoud van de bedongen arbeid, namelijk de uit te voeren dansen. In 1984 benaderde het rechtscollege een vergelijkbare kwestie anders. Het betrof toen danseressen en anmeermeisjes. Het Hof Den Haag had geoordeeld dat aan de vereiste gezagsverhouding was voldaan nu de werknemers verplicht waren de bedongen arbeid, gedurende de door de werkgever vastgestelde tijden, te verrichten. Naar de mening van de Hoge Raad had het Hof uit deze verplichting een gezagsverhouding kunnen afleiden.²³

In geval van een overeenkomst tussen een prostituee en een exploitant zal deze laatste veelal zeggenschap hebben met betrekking tot de tijden waarop de arbeid moet worden verricht. Dat is wellicht reeds voldoende om een gezagsverhouding aan te nemen. Maar met het vaststellen van werktijden houdt de zeggenschap van exploitanten in de meeste gevallen niet op. Die omvat meer. De aanwijzingsbevoegdheid strekt zich in veel gevallen ook uit tot de kleding van de prostituee, de wijze waarop de klandizie dient te worden benaderd, het slijten van drank en andere 'versnaperingen', etcetera. In het licht van de jurisprudentie kan in deze gevallen een gezagsverhouding worden aangenomen.

De gezagsverhouding: weigeringsrecht

De vraag is nu nog hoe het weigeren van klanten en handelingen door prostituees, al of niet met een beroep op de grondwettelijk gewaarborgde lichamelij-

ke integriteit, zich verhoudt tot deze gezagsverhouding.

Deze vraag kan niet los gezien worden van hetgeen de artt. 1639 en 1639d BW omtrent de plichten van werknemers bepalen. Uit deze artikelen volgt dat de grens van een gezagsverhouding wordt bepaald door hetgeen in redelijkheid van de werkneemster kan worden verlangd. Daarvoor is, naast hetgeen nadrukkelijk is overeengekomen, het gebruik bepalend. Zo is het binnen de prostitutie gebruikelijk dat prostitueés zèlf beslissen of ze klanten wensen af te werken en bepaalde handelingen wensen te verrichten. Daarbij dient onmiddellijk aangetekend te worden dat deze zeggenschap betrekkelijk is. Economische en andere vormen van afhankelijkheid vormen een ernstige aantasting van die zeggenschap. Dat neemt echter niet weg dat onderdeel van een overeenkomst tussen een prostituee en een exploitant kan zijn het recht om handelingen of klanten te weigeren. Dit recht kan, indien niet nadrukkelijk overeengekomen, worden ontleend aan het gebruik. Het feit dat dit weigeringsrecht, al of niet op basis van het gebruik, onderdeel uitmaakt van de overeenkomst tussen exploitant en prostituee, heeft twee belangrijke gevolgen. De gezagsverhouding tussen exploitant en prostituee, die zich uitstrekt over een aantal andere terreinen, wordt er niet door aangetast. In de tweede plaats levert een dergelijke weigering in beginsel geen werkweigering en daarmee geen grond voor ontslag in de zin van art. 1639p BW op.

Art. 11 GW: de lichamelijke integriteit

Moet nu nog aan art. 11 GW speciale betekenis worden toegekend? Daarvoor is in de eerste plaats van belang of aan dit grondrecht horizontale werking toekomt. Daaronder wordt verstaan de werking die grondrechten tussen burgers onderling hebben.²⁴ Bij de grondwetwijziging van 1983 is in beginsel de horizontale werking van grondrechten aanvaard.²⁵ De mate waarin en de wijze waarop er van deze werking sprake is, vond de regering een aangelegenheid voor de rechter.²⁶ Alhoewel vanuit verschillende hoeken kritisch op dit standpunt is gereageerd, heeft dit niet geleid tot belangrijke wijzigingen.²⁷

De formulering van art. 11 GW, 'Ieder heeft (...) recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam', nodigt uit tot het aannemen van horizontale werking. Ook de regering achtte horizontale werking van art. 11 GW 'denkbaar'.²⁸ Korthals Altes geeft inmiddels blijk van een duidelijker opvatting. Daar waar hij stelt dat een prostituee art. 11 GW jegens een exploitant kan inroepen, erkent hij impliciet de horizontale werking.²⁹

De rechtspraak met betrekking tot art. 11 GW is nog pril. Tot nu toe bleef de erkenning van horizontale werking beperkt tot het gezondheidsrecht.³⁰

Het is niet onwaarschijnlijk dat, gelet op de formulering van het artikel, het standpunt van de regering en de minister en de ontwikkelingen in de rechtspraak³¹, een werkneemster zich jegens haar werkgever op de door art. 11 GW gewaarborgde lichamelijke integriteit kan beroepen.

Wat is nu de betekenis van dit recht in de relatie prostituee-exploitant?

Zoals reeds gesteld zal een prostituee, met een beroep op het gebruik, klanten en verrichtingen kunnen weigeren. Dit weigeringsrecht hangt nauw samen met het feit dat prostitutie-arbeid een zware inbreuk op de lichamelijke integriteit betekent. In feite ligt aan dit recht van een prostituee en aan art. 11 GW hetzelfde beginsel ten grondslag: namelijk het recht zelf te kunnen beschikken op welke wijze en voor welke doeleinden het lichaam aan te wenden en zelf te kunnen bepalen in hoeverre inbreuken op dat recht toelaatbaar zijn. Dit zelfbeschikkingsrecht betekent enerzijds dat vrouwen en mannen de vrijheid³² hebben voor prostitutie-arbeid te kiezen. Anderzijds dat ze het recht hebben te bepalen waar de grenzen van die arbeid liggen, voorzover de lichamelijke integriteit in het geding is. Het weigeren van bepaalde handelingen of klanten met een beroep op art. 11 GW onderscheidt zich dan ook niet op essentiële wijze van een weigering met een beroep op het gebruik. Het feit dat bij zo'n weigering een gecodificeerd grondrecht in het geding is kan er wellicht extra gewicht aan toekennen.

Conclusie

Een overeenkomst tussen een exploitant van een prostitutie-inrichting en een prostituee heeft geen ongeoorloofde oorzaak. Zo'n overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a BW. Er kan sprake zijn van een gezagsverhouding. Daaraan staat het recht om klanten of handelingen, al dan niet met een beroep op art. 11 GW, te weigeren niet in de weg.

Gemeentelijke regelgeving en prostitutie-inrichtingen

Een andere belangrijke arbeidsrechtelijke ontwikkeling voor prostitueés is het feit dat gemeenten na de wijziging van art. 250bis WvSr, de afschaffing van het bordeelverbod, meer ruimte krijgen prostitutie te reguleren. Dit is ook de belangrijkste reden voor de wetwijziging: een te voeren beleid zal het repressief karakter kunnen overstijgen. De wetgever staat daarbij ook een betere arbeidsbescherming van prostitueés voor ogen.³³

Een vergunningenstelsel

Na afschaffing van het bordeelverbod zal een vergunningenstelsel voor prostitutie-inrichtingen in vele gemeenten praktijk worden. Daaraan wordt momenteel hard gewerkt.³⁴ Het belangrijkste motief voor zo'n stelsel lijkt de mogelijkheid tot het voeren van een (stringent) vestigingsbeleid.³⁵ Maar zo'n stelsel geeft ook mogelijkheden tot het stellen van arbeidsbeschermende voorschriften. Daarbij wordt gedacht aan een minimum leeftijd van prostitueés, maximale werktijden, kamers met warm en koud stromend water, schoon beddegoed, voldoende handdoeken en alarminstallaties om bij lastige klanten hulp in te roepen.³⁶

In de gevallen waarin een vergunninghouder de gestelde voorschriften niet in acht blijkt te nemen, kan de vergunning worden ingetrokken. In dat geval kan

eventueel door middel van bestuursdwang overgegaan worden tot sluiting van de inrichting.

De mogelijkheid van zo'n stelsel valt of staat echter met de gemeentelijke verordenende bevoegdheid ten aanzien van deze materie.

De autonome verordenende bevoegdheid

De gemeentelijke autonome verordenende bevoegdheid is neergelegd in art. 168 Gemeentewet. De bevoegdheid is beperkt tot de huishouding van de gemeente. Dat wil zeggen dat plaatselijke verordeningen niet in particuliere belangen van burgers mogen treden. De gemeente mag evenmin treden in rijks- of provinciale belangen. Het treden in zowel particuliere alsook rijks- of provinciale belangen levert overschrijding van de gemeentelijke bevoegdheid op. Bepalingen waarin die bevoegdheid wordt overschreden kunnen door de Kroon op grond van art. 185 GemW worden vernietigd. De rechter zal een bepaling die onverenigbaar is met een hogere regel onverbindend verklaren.

Tot de particuliere belangen van burgers worden de handelingen gerekend die elk karakter van openbaarheid missen. Zo'n karakter van openbaarheid wordt echter al gauw aangenomen. Het betreft niet alleen toestanden of handelingen die zintuiglijk waarneembaar zijn. Aan het openbaarheidsvereiste is reeds voldaan indien zo'n toestand of handeling van invloed is op de openbare orde, een zogenaamde reflexwerking heeft.³⁷

Regulering van raamprostitutie levert voor de gemeentelijke overheid aldus geen probleem op. Enig openbaar karakter kan er immers niet aan worden ontzegd. In de ogen van de Hoge Raad gaat een gemeente haar boekje evenmin te buiten wanneer bepalingen betrekking hebben op prostitutie die geheel binnen inrichtingen plaatsvindt. Ook al missen de handelingen 'elk karakter van openbaarheid', met de sluiting van een ' prostitutie'-perceel kan de openbare orde zijn gediend. De Hoge Raad achtte een APV-bepaling, op grond waarvan dergelijke percelen kunnen worden gesloten, niet onverbindend.³⁸

Op basis van de reflexwerking wordt de gemeentelijke regelgevende bevoegdheid dus verruimd.

Een groter struikelblok dan art. 168 GemW vormen andere regels van de hogere regelgever. Met name het huidige art. 250bis WvSr is voor de gemeentelijke overheid een ernstig probleem. Een gemeentelijke bepaling die geen repressief karakter heeft is al snel onverenigbaar met het in dit artikel neergelegde onderdeelverbod. Na de inwerkingtreding van het nieuwe art. 250bis WvSr is dat probleem voorbij.

De vraag naar het verenigbaar zijn van een gemeentelijke prostitutiebepaling met een hogere regel, blijft natuurlijk relevant. De rechter ziet in ieder geval geen probleem in regels die een aanvulling betekenen van de zedelijkheidsbepalingen in het Wetboek van Strafrecht.³⁹ Ook de regering heeft zich recent nog in die zin uitgelaten.⁴⁰

De vraag naar verenigbaarheid, is niet alleen aan de orde met betrekking tot bepalingen in het Wetboek van Strafrecht. Een beleid dat (mede) gericht is op verbetering van de arbeidspositie van prostituées zal

eventueel onverenigbaar kunnen zijn met hogere regelingen waaraan eenzelfde oogmerk ten grondslag ligt. Dat betreft met name de regelingen die arbeidsbescherming beogen. Een ander probleem is wellicht art. 19 lid 3 GW, dat de vrijheid van arbeidskeuze garandeert. Ook de vraag of vergunningvoorschriften deze garantie doorkruisen, is van belang.

Ervan uitgaande dat de gemeentelijke overheid een autonome verordenende bevoegdheid, op grond van art. 168 GemW, ten aanzien van prostitutie in inrichtingen heeft, zal nu worden nagegaan, of vergunningvoorschriften die arbeidsbescherming beogen verenigbaar zijn met een aantal hogere regelingen.

Vergunningvoorschriften en het recht op arbeid

Art. 19 lid 3 van de GW erkent het recht op vrije arbeidskeuze.⁴¹ Het invoeren van een vergunningstelsel voor prostitutie-inrichtingen zou een beperking van de vrije arbeidskeuze kunnen betekenen. Dat geldt zowel voor degenen die werkzaam willen zijn als prostituée als voor potentiële bordeexploitanten.

De vraag is nu of de gemeentelijke regelgever bevoegd is om door middel van vergunningvoorschriften beperkingen te stellen aan het uitoefenen van deze arbeid. Daarbij is tevens van belang dat de grondwetgever zich bij de wijziging in 1983 uitgesproken heeft tegen zogenaamde algemene beperkingen.⁴² Dat zijn beperkingen die het gevolg zijn van regelingen, die weliswaar niet het doel hebben een grondrecht aan te tasten, maar die dit wel als onbedoeld neveneffect hebben.

De minister van Binnenlandse Zaken heeft onlangs enige toelichting met betrekking tot de uitleg van art. 19 lid 3 GW gegeven. Hij wijst op het belang van onderscheid tussen vrijheid van arbeidskeuze en beroepsuitoefening. Wanneer voorschriften een verantwoorde beroepsuitoefening beogen hebben deze een ander motief dan het beperken van arbeidskeuze. Daarom hoeven ze niet als beperkingen in de zin van art. 19 lid 3 GW te worden beschouwd, merkt hij op. Zolang dergelijke voorschriften het recht op vrije arbeidskeuze niet illusoir maken heeft de minister er geen moeite mee. Ten aanzien van gemeentelijke vergunningstelsels merkt hij nog op dat deze, voorzover ze een verantwoorde beroepsuitoefening beogen, niet als een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze hoeven te worden aange-merkt.⁴³

Deze toelichting past geheel in de visie 'van redelijke uitleg' van grondrechten, waar de regering al bij de grondwetswijziging voor opteerde.⁴⁴ Die uitleg komt er op neer dat daar waar maatregelen van de overheid een grondrecht beperken, maar waar vernietiging ervan in strijd zou zijn met wat algemeen als redelijk wordt ervaren, niet al te licht ongrondwettigheid moet worden aangenomen.

In het licht van de uitleg die de minister geeft, en de reeds in een eerder stadium bepleite redelijke uitleg kan geconcludeerd worden dat het stellen van voorschriften aan bordeexploitatie, met het oog op arbeidsbescherming van prostituées, niet in strijd hoeft

te zijn met het grondwettelijk gegarandeerde recht op vrijheid van arbeidskeuze.

Arbeidsbescherming

Met betrekking tot arbeidsbescherming zijn twee wetten van grote betekenis: de Arbeidswet 1919 (Arbeidswet) en de Arbeidsomstandighedenwet (Arbo-wet). De vraag is nu: zijn deze wetten ook van toepassing op prostitueés, en indien dit het geval is, wat zijn dan de consequenties voor de gemeentelijke regelgever?

Aanvulling

Voordat wordt ingegaan op de geoorlooftheid van aanvulling van de Arbeidswet en de Arbo-wet door de gemeentelijke regelgever, dient nog iets te worden gezegd over de gevolgen van ongeoorloofde aanvulling. De gemeenteraad overschrijdt zijn regelgevende bevoegdheid indien regels in strijd met de bedoeling van de hogere regelgever worden aangevuld. Gevolg zal zijn de onverbindend verklaring door de rechter en/of vernietiging door de Kroon. Hetzelfde lot zal bepalingen ten deel vallen die een overschrijding van de regelgevende bevoegdheid kunnen betekenen. Bepalingen en ook vergunningvoorschriften betreffende prostitutie-inrichtingen zullen, zoals in het hierna volgende blijkt, in veel gevallen prostitueés betreffen die niet onder de Arbeidswet of de Arbo-wet vallen. In die gevallen waarin bepalingen of voorschriften betrekking hebben op prostitueés die wél onder de Arbeidswet of de Arbo-wet vallen, is de vraag naar geoorloofde aanvulling aan de orde. Wanneer nu geconcludeerd wordt dat aanvulling ongeoorloofd is, is de vraag naar de splitsbaarheid van de bepaling of het voorschrift van belang. Is een voorschrift niet te splitsen in een deel dat betrekking heeft op niet onder de Arbeidswet en Arbo-wet vallende prostitueés en een deel dat er wél onder valt, dan heeft dit verstrekkende gevolgen. Er is dan sprake van een zogenaamde onsplitsbare wilsverklaring. Het gevolg zal zijn dat de gemeente de exploitant van een prostitutie-inrichting niet aan de arbeidsbeschermende bepalingen kan houden. De rechter zal namelijk bij onsplitsbaarheid de voorschriften in hun geheel onverbindend verklaren.

De Arbeidswet 1919

Deze wet is met name van belang in verband met werk- en rusttijden. Daarnaast kunnen vrouwen en jeugdigen er speciale bescherming aan ontnemen.

De werking van de wet strekt zich volgens art. 1 uit tot 'arbeid, zijnde werkzaamheden in onderneming'. Is de arbeid in prostitutie-inrichtingen hieronder te rangschikken?

Van belang zijn de elementen arbeid, onderneming, en de zeggenschap die er uit wordt afgeleid. Van arbeid is zonder meer sprake.⁴⁵ Aan het vereiste dat het een onderneming met winstoogmerk⁴⁶ moet betreffen, wordt zonder twijfel voldaan. Het zeggenschapselement vereist niet persé een arbeidsovereenkomst. Echter, nu in het voorgaande geconcludeerd is dat van een gezagsverhouding sprake kan zijn, wordt

daarmee ook onder omstandigheden aan het zeggenschapsvereiste voldaan. Consequentie daarvan is, dat in ieder geval in die (zeldzame) gevallen de Arbeidswet van toepassing is. Onder de werking van de wet vallen ook gevallen waar sprake is van uitlening en terbeschikkingstelling van werknemers.⁴⁷ Dat is in de prostitutie geen zeldzaam verschijnsel.

Geconcludeerd mag dan ook worden dat verrichtingen van prostitueés 'werkzaamheden in onderneming' kunnen zijn. In die gevallen is de Arbeidswet van toepassing.

Arbeidsverboden

Op grond van de Arbeidswet is kinderarbeid verboden. Dit verbod is niet beperkt tot 'werkzaamheden in onderneming.' Prostitutie-arbeid verricht door jongeren beneden de 16 jaar kan naast het feit dat het eventueel strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de prostituant oplevert, op grond van deze wet worden tegengegaan.

Het arbeidsverbod kan uitgebreid worden tot jongeren beneden de 18 jaar. Dat is ook gebeurd. Het op art. 90 Arbeidswet gebaseerde Arbeidsbesluit Jeugdigen verklaart bepaalde categorieën arbeid, die schadelijk zijn voor de gezondheid, taboe. Van belang voor vrouwen is het arbeidsverbod van acht weken rondom de bevalling⁴⁸.

Arbeidsduur

De Arbeidswet geeft maximale werktijden waarvan echter bij AMvB kan worden afgeweken. Eén zo'n AMvB is het 'Restgroepen Besluit'.⁴⁹ Indien dit op prostitueés 'werkzaam in onderneming' van toepassing is, betekent dit dat voor deze groep twee dagen per week de maximale arbeidsduur niet tien maar twaalf uur is, en dat de dagelijkse rustduur tien uur zonder onderbreking (!) moet zijn. De maximale werktijd per week mag niet meer dan 55 uur zijn.

Welke ruimte laat de Arbeidswet de gemeentelijke regelgever? Is aanvulling met betrekking tot de leeftijd van prostitueés en maximale werktijden, met het oog op arbeidsbescherming, geoorloofd? De wetgeschiedenis en ook de rechtspraak geven geen opheldering. Het lijkt er echter niet op dat de ruimte die de Arbeidswet en de er op gebaseerde AMvB's geven onbeperkt is. Het uitsluiten van bepaalde categorieën van arbeid wordt dwingend opgedragen aan de regering. Er is sprake van een imperatief geredigeerde bepaling. De formele wetgever heeft gesteld dat bij AMvB wordt bepaald welke soorten van arbeid niet door jeugdigen mogen worden verricht.⁵⁰ Dat laat weinig ruimte voor gemeenten.⁵¹

Iets anders is het gesteld met de maximale werktijden. Hier geen bepaling die de regering opdraagt nadere regels te stellen. Wel de bevoegdheidsverlening ertoe.⁵² Van die bevoegdheid heeft de regering in een aantal gevallen gebruik gemaakt. Voor verschillende categorieën van arbeid zijn afwijkende werktijden vastgesteld. Zo zijn er bijvoorbeeld aparte regelingen voor pakhuisen en bioscopen. In de meeste andere gevallen is het 'Restgroepen Besluit' van toepassing. Een aantal categorieën is echter nadruk-

kelijk uitgesloten van dit Besluit, zoals landbouwarbeid en werkzaamheden in kantoren en koffiehuisen. Nu voor prostituées geen expliciete regeling is vastgesteld en prostitutie ook niet behoort tot de categorieën die worden uitgesloten van het 'Restgroepen Besluit', moet worden aangenomen dat dit besluit op prostituées 'werkzaam in onderneming' van toepassing is. De consequenties voor de maximale werktijden van deze prostituées zijn in het voorgaande reeds vermeld.

Nu de regering in een aantal expliciete gevallen afwijkende werktijden heeft vastgesteld en nu in veel andere gevallen, waaronder de prostitutie, het 'Restgroepen Besluit' van toepassing is, moet worden aangenomen dat ook hier geen ruimte voor de gemeente overblijft.

Geconcludeerd kan worden dat gemeentelijke bepalingen waarin een minimum leeftijd voor prostituées wordt vastgesteld, evenals bepalingen die maximale werktijden bevatten, onverenigbaar kunnen zijn met de Arbeidswet en het 'Restgroepen Besluit'. Dat is het geval, indien de bepalingen ook prostituées 'werkzaam in onderneming' betreffen en arbeidsbescherming als motief hebben. Wel moet worden opgemerkt dat dit de eventuele ruimte om regels te stellen vanuit bijvoorbeeld het oogpunt van zedelijkheid of openbare orde onverlet laat.

De Arbeidsomstandighedenwet

Van belang is ook de Arbo-wet. Deze wet beoogt een 'menswaardige arbeid te bevorderen'⁵³. Globaal gesteld is de wet, wanneer we ons beperken tot de prostitutie, op dezelfde groep van toepassing als de Arbeidswet.

In dit kader is vooral art. 24 Arbo-wet van belang. De regering c.q. de minister wordt opgedragen regels te stellen ter verzekering van de veiligheid, ter bescherming van de gezondheid en ter bevordering van het welzijn van de werknemers. Niet alleen het imperatieve karakter van deze bepaling geeft reden om aan te nemen dat de ruimte voor gemeentelijke regelgeving zeer beperkt is. De parlementaire geschiedenis geeft daar ook blijk van. Bewust heeft de formele wetgever gepoogd conflicten die kunnen ontstaan met regels, die worden gegeven op grond van andere wetten, te voorkomen. Daarom werden de onderwerpen, met betrekking tot welke de regering of minister nadere regels kan stellen, limitatief opgesomd.⁵⁴ Maar deze opsomming omvat een breed scala aan onderwerpen, waaronder eisen die gesteld kunnen worden aan de inrichting van gebouwen, aan de verlichting, aan toiletten en wasgelegenheden, aan persoonlijke beschermingsmiddelen en ter voorkoming van beroepsziekten. Door deze limitatieve opsomming wordt echter tevens de ruimte voor de gemeenten beperkt; en wel tot de niet in art. 24 genoemde onderwerpen.

Deze opvatting vindt ook steun in art. 58 Arbo-wet. Dit artikel verleent gemeenten expliciet de bevoegdheid tot regelgeving met betrekking tot de onderwerpen waarop de wet betrekking heeft. Maar die bevoegdheid wordt daar tevens beperkt tot bijzondere gevallen van plaatselijke aard waarin nog niet door een AMvB wordt voorzien. Van een dergelijke

AMvB is geen sprake. De wetsgeschiedenis noch de jurisprudentie geven aanknopingspunten omtrent hetgeen onder bijzondere omstandigheden van plaatselijke aard moet worden verstaan. Moeilijk kan echter worden volgehouden dat de aanwezigheid van prostitutie-inrichtingen als dergelijke omstandigheden beschouwd kunnen worden. In vele gemeenten zijn dergelijke inrichtingen aan te treffen. Ook het platteland blijft er niet van verstoken.⁵⁵ Hetzelfde geldt voor de commotie die de aanwezigheid van een prostitutie-inrichting veelal tot gevolg heeft. Geconcludeerd moet worden dat ook de Arbo-wet de gemeentelijke regelgevende bevoegdheid niet onberoerd laat. In het geval van vergunningvoorschriften, met het oog op arbeidsbescherming van prostituées, zal eerst een blik geworpen moeten worden op art. 24 van deze Wet. Met betrekking tot de vele in dit artikel genoemde onderwerpen heeft de vergunning verstrekkende gemeente geen regelgevende bevoegdheid. De te stellen voorschriften zullen dan ook geen betrekking mogen hebben op prostituées waarop de Arbo-wet van toepassing is. Het gevolg zal, bij onsplitsbaarheid, immers de onverbindendheid zijn. Echter ook hier kan worden opgemerkt dat de eventuele ruimte voor het stellen van voorschriften vanuit een ander motief niet door de Arbo-wet wordt beperkt. Het openbare orde motief of de zorg voor de gezondheid van de prostituanten(!) bieden de gemeenten wellicht meer mogelijkheden regels te stellen betreffende alarminstallaties, wasgelegenheden of schoon beddegoed.

Conclusie

Gemeenten zullen bij het stellen van vergunningvoorschriften, met als motief de arbeidsbescherming van prostituées, rekening moeten houden met het risico van onverbindendheid. De Arbeidswet en de Arbo-wet laten geen onbeperkte ruimte. Het gevolg zou kunnen zijn dat door de onsplitsbaarheid van de voorschriften geen enkele prostituée er enige bescherming aan kan ontfen.

Het schizofrene van de situatie is dat daar waar dezelfde voorschriften worden gesteld met het oog op de zedelijkheid, de openbare orde of de gezondheid van de prostituant er geen belemmeringen lijken te zijn. Daar kunnen prostituées wellicht geen troost, maar wel bescherming aan ontfen.

Tot slot

De vraagstelling of er sprake kan zijn van een arbeidscontract tussen een prostituée en een exploitant hebben we bevestigend beantwoord. Consequentie is dat arbeidsbeschermende wetten op deze groep prostituées van toepassing zijn, met als gevolg dat regelgeving is voorbehouden aan de Kroon en de minister. De controle op naleving ligt bij de Arbeidsinspectie. De gevolgen van het van toepassing zijn van arbeidsbeschermende regelgeving voor een gemeentelijk beleid gericht op arbeidsbescherming zijn eveneens aan de orde geweest. De gemeenten en prostituées zullen er rekening mee moeten houden dat arbeidsbeschermende voorschriften, die te ruim worden gesteld, in hun geheel onverbindend kunnen zijn.

Om tot een eenduidig beleid te komen dienen de centrale overheid, de gemeentelijke overheid en de Arbeidsinspectie hun activiteiten op elkaar af te stemmen.

Vooralsnog is het voor prostitueés raadzaam om in hun verhouding tot exploitanten zo goed mogelijke arbeidsomstandigheden te bedingen. Zij die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, verkeren niet alleen in de sterkste positie hiertoe, ze hebben met die overeenkomst ook de beste 'papieren' in handen.

Noten

* Met dank aan Ria Wolleswinkel en Rob Bakker voor hun kritisch commentaar, hetgeen niet afdoet aan de geheel eigen verantwoordelijkheid voor de inhoud van dit stuk van de auteurs. Rob van der Zee danken wij voor zijn technische bijstand.

1. Zie daaromtrent bijvoorbeeld: G. Pheterson, *Positie van prostitueés weerspiegelt grenzen van vrouwenbeweging*, De Volkskrant 22 oktober 1986, pag. 152.
2. A. Amsberg, *Feministen ten onrechte in de bres voor hoeren*, De Volkskrant 25 oktober 1986, pag. 15.
3. B. Oving, *Prostitueés kunnen mannen leren respect te hebben voor vrouwen*, De Volkskrant 28 oktober 1986, pag. 15.
4. In de hierna volgende verhandeling is prostituee steeds verstaanbaar door prostituee.
5. Zie: G. Heerma van Voss, *Prostitutie en arbeidsrecht*, in: L. Bots (e.a. red.), *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Deventer 1986, pag. 38 e.v.
6. TK, 2 april 1987, 66-3501.
7. S. Altink, *Huizen van illusies*, Utrecht/Antwerpen, 1983, pag. 221 e.v.
8. Nota *Bestrijding van sexueel geweld tegen vrouwen en meisjes*, TK 1983-1984, 18 542, nrs. 1-2, pag. 33.
De Roze Draad, *Aanzet tot oprichting van een model-prostitutiebedrijf in de gemeente Utrecht*, 29 februari 1988.
9. Met name bij het element 'toestemming' kunnen, gezien vaak grote misstanden, vraagtekens worden gezet.
10. Zie bijvoorbeeld minister Korthals Altes, TK 2 april 1987, 66-3501.
11. Art. 250bis WvSr (nieuw): Degene die een ander door geweld of een andere feitelijkheid of door bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dwingt, dan wel door misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of door misleiding beweegt hem of haar uit de opbrengst van zijn of haar seksuele handelingen te bevoordelen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste achttien maanden of geldboete van de vierde categorie.
12. A.S. Hartkamp, *Verbintnissenrecht II*, Zwolle 1985, pag. 222-223 en 232-233.
13. HR 11 mei 1951, NJ. 1952, 128.
14. Naar schatting zijn er 15000 prostituee(s) in Nederland werkzaam. Schattingen omtrent prostituanten: 220.000 mannen bezoeken geregeld een prostituee (2 keer per week) en 1,5 miljoen incidenteel (1 keer per jaar). Zie: J.C.J. Boutellier, *Enkele cijfers over prostitutie*, Justitiële Verkenningen 1987, nr 1, pag. 36 e.v.
15. Zie bijvoorbeeld: *Handvest voor de rechten van prostitueés overal ter wereld*, Internationaal Comité voor de Rechten van Prostitueés, Amsterdam, februari 1985.
16. TK 1983-1984, 18 542, nrs. 1-2, pag. 32.
17. Zie noot 6.
18. P.H. Banda, *Het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam*, in: A.K. Koekkoek e.a., *Grondrechten*, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, Nijmegen 1982, pag. 256
19. Asser-Coehorst-De Leede-Thunnissen, Asser, *Bijzondere Overeenkomsten III*, Zwolle 1988, pag. 12.
20. De Rode Draad, *Prioriteiten bij een nieuw prostitutiebeleid*, december 1987, pag. 2.
21. Asser-Coehorst-De Leede-Thunnissen, a.w., pag. 13
22. HR 01 december 1961, NJ 1962, 79 en HR 17 april 84, NJ 1985, 18.
23. Overweging Hoge Raad: gezagsverhouding indien bevoegdheid 'bindende aanwijzingen en opdrachten te geven ten aanzien van onder meer de inhoud van de werkzaamheden, de wijze van uitvoering daarvan en/of de tijden waarop die werkzaamheden dienden te worden verricht'.
24. TK 1975-1976, 13 872, nr. 3, pag. 15 en 16.
25. Zie noot 24.
26. Bijl. Hand. II, 1976-1977, 13 872, nr. 7, pag. 10, Bijl. Hand. I, 1976-1977, 13 872, 13 873, nr. 55b, pag. 16-17
27. P.W.C. Akkermans, *De Grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle 1987, pag. 25.
28. Zie H.J.J. Leenen, *Handboek Gezondheidsrecht*, Alphen a/d Rijn 1988, pag. 43.
29. Zie noot 6.
30. Hof Arnhem, 12 juli 1988, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1988/83.
31. Met betrekking tot art. 10 GW, waarvan art. 11 GW een afgeleide is, wordt reeds langer de horizontale werking erkend. Bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam, 13 juni 1985, TvG 1985/50.
32. Bij die vrijheid is in noot 9 reeds een kanttekening geplaatst.
33. TK 1986-1987, 18 202, nr 3 en 9.
34. TK 1986-1987, 18 202, nr 9.
35. Zo bleek onder andere op een studiedag 'Gemeentebeleid en prostitutie', Rijksuniversiteit Limburg, 25 februari 1987.
36. Notitie van De Rode Draad, 'Prioriteiten bij een nieuw prostitutiebeleid', december 1987, pag. 8 e.v.
37. HR 12 november 1963, NJ 1964, 412 en HR 8 april 1980, NJ 1980, 330.
38. HR 10 oktober 1975, AB 1975, 303.
39. HR 5 juni 1979, NJ 1979, 553.
40. Zie wetsontwerp 15 836, Memorie van Toelichting, pag. 19-20
41. Art. 19 lid 3 luidt: Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.
42. Bijl. Hand. TK, 1975-1976, 13 872, nr 3, pag. 16-22.
43. Notitie aan de Vz. Tweede Kamer, Bijl. Hand. TK, 19 376, *Grondrecht vrijheid van arbeidskeuze*.
44. MvT, Bijlage TK, 13 872, nr 2, pag. 21-22, deel 1a.
45. Art. 1 Arbeidswet 1919.
46. HR 31 oktober 1910, W 9076.
47. HR 16 oktober 1922, NJ 1922, pag. 1307 en HR 19 maart 1923, NJ 1923, pag. 815.
48. HR 17 maart 1924, NJ 1924, pag. 572.
49. KB, 28 augustus 1958, Stb. 492.
50. Art. 90 Arbeidswet: Bij Algemene Maatregel van Bestuur wordt (...) voorgeschreven, dat bepaalde soorten van arbeid (...), door jeugdige personen niet mogen worden verricht.
51. Zie in deze zin noot van J. Teunissen onder uitspraak van Vz. CBB, gepubliceerd in RegelMaat 1987, pag. 187 e.v.
52. Art. 16 lid 2 Arbeidswet: Bij Algemene Maatregel van Bestuur kan worden bepaald, dat (...).
53. Considerans Arbo-wet
54. TK 1977-1978, 14 497, nr 4.
55. Scholtes, *Recente ontwikkelingen rond prostitutie*, reader 'Rechtstreeks, Gemeentebeleid en prostitutie', Maastricht 1987, pag. 11.

RECHT UIT HET HART

Sollicitatie-ervaringen

Geachte redactie,

In de populaire pers en in wetenschappelijke bladen wordt regelmatig, zelfs op zorgelijke toon, geschreven over het ontbreken van vrouwen op tal van maatschappelijke terreinen. Zoals bekend is er een negatieve correlatie tussen het maatschappelijk aanzien (en macht) van de baan en het aantal vrouwen dat zo'n baan vervult. Wanneer hiervoor een betrekkelijk bescheiden positieve-actiebeleid in stelling wordt gebracht, branden er zo veel emoties los – ook binnen de vrouwenbeweging – dat een ieder zich weer haastig terugtrekt in de eigen schulp. Ook u wijst als redactie positieve actie af en knuppelt de mensen terug in het hok; zo blijven de Queen Bees op eenzame hoogte kleumen aan de top. Het is niet mijn bedoeling uw redactie tot een andere stellingname te bewegen. Liever ga ik in op uw intentie die goed is, maar die positieve actie als strategie afwijst. Laten we dan eens een andere strategie proberen, eentje die gebaseerd is op *oral history*. Er zijn hele series vrolijke anecdotes over het verloop van sollicitatieprocedures met een minder vrolijke afloop: de vrouw werd afgewezen, de man werd benoemd. Wij hebben ook allemaal onze eigen manier gevonden om overeind te krabbelen en toch lekker bezig te blijven; onze eigen lijn te blijven volgen, slim te manoevreren binnen de grens die wij ons zelf gesteld hebben: niet conformeren of slechts tot op zekere hoogte. Nu gaat het bijna steeds om verhalen in kleine kring, roddels op partijtjes of in de wandelgangen van congressen doorverteld. Verhalen dus die verloren gaan als we dood zijn. Het klinkt wat cru, maar dat is wat er gebeurt als we er niets aan doen. Op zich zou dit nog niet zo'n ramp zijn, maar wij weten ook dat de officiële verhalen wel blijven voortbestaan. De partijprogramma's, de beleidsnota's, de inspanningen die de politiek en de wetenschap zich telkens opnieuw getroosten om vrouwen aan de bak te brengen, maar helaas, ze willen niet of ze kunnen niet, heel verve-

lend; iedereen doet zo z'n best en toch lukt het maar niet. Volgende generaties die zich bezighouden met *the battle of the sexes* zullen dus een heel verkeerd beeld krijgen van de werkelijkheid waarin wij nu in Nederland leven. De levensechte, kleurrijke ervaringen van vrouwen die proberen een plaatsje te veroveren zodat zij het intellectuele debat kunnen beïnvloeden vanuit een 'machtpositie' ontbreken immers. In notulen en verslagen worden de echte conflicten verhuuld. Weinigen gaan – na een teleurstellende sollicitatie-ervaring – naar de rechter. Hierdoor blijft de strijd, zoals deze in de dagelijkse praktijk gestreden wordt, onzichtbaar en komt de eigen identiteit waar wij ook in het werk naar zoeken, niet van de grond. Rosi Braidotti, hoogleraar vrouwenstudies in Utrecht, zegt het zo:

'Maar mijn punt is dit: als wij alleen maar nadenken over meedoen, gelijk zijn, en het subject zijn daartoe beperken, lopen we in de val. Doordat wij dan niet denken over het soort vrouwen dat wij willen zijn. Daarom wil ik vasthouden aan het reconstrueren van onze geschiedenis, die er een is van uitsluiting, interrupties, stiltes; dat is wat vrouwen altijd ervaren hebben, zelfs onze moeders nog, zelfs wij – zelf.' (*De Groene Amsterdammer*, 22 februari 1989)

Het advies is duidelijk: voor de draad met deze verhalen! Alleen door openbaarmaking gaat de ervaring niet verloren, wordt – zoals Anthony Giddens zegt – ervaringsbewustzijn omgezet in discursief bewustzijn en – als volgende stap – politiek bewustzijn.

Nu weten we ook welke rem op openbaarmaking zit, want wie wordt afgewezen is toch 'minder goed' en bovendien wil je ook niet als lastig persoon te boek staan. Zo kan het gebeuren dat zelfs een lid van de Commissie Gelijke Behandeling klaagster wijst op de maatschappelijke repercussies (Nan Koppe in *Vrij Nederland* van 22 februari 1988). Het is het bekende argument van zelfbescherming.

Nog onlangs heeft mevrouw Barth,

hoogleraar in de analytische wijsbegeerte, de waarde van de kwalificatie 'de beste' onderuit gehaald. Na een presentatie van de geijkte argumenten tegen voorkeursbehandeling stelt zij:

'Deze argumenten tegen voorkeursbehandeling stammen uit de tijd waarin we met z'n allen geloofden dat er doorgaans 'objectieve' normen worden toegepast en dat 'de beste' sollicitant bijna uitzonderingsvrij ook voorgedragen en gekozen wordt. Dit slik ik bij God niet meer. De meeste mensen geloofden ook nog dat 'mannen' doorgaans *nu eenmaal* van nature beter gekwalificeerd zouden zijn dan 'vrouwen' om het ambt van (vul maar in) te vervullen. Ook dit gezichtspunt hoef ik God betere niet langer te respecteren. Ik heb gewoon te veel gezien.' (*Vrij Nederland*, 11 februari 1989)

Wij hebben te veel gezien, maar waarom delen wij deze ervaring niet met anderen? Omdat wij bang zijn voor onze carrière? Omdat wij bang zijn voor kritiek in de zin van: ze moest zo nodig? Waarom zouden wij dan wel openlijk er voor uitkomen? Niet alleen om het nageslacht een realistisch beeld te geven, maar ook en vooral als veranderingsstrategie. Door het wegstoppen van deze ervaringen, waar 'de benoemers' op speculeren, blijven deze patronen van systematische uitsluiting onzichtbaar en dus onaantastbaar. Dit doorbreken is punt één. Pas dan weten wij ook hoe dit proces beter te bestrijden. Mijn ervaring is dat het positieve-actiebeleid bij de Universiteit van Amsterdam zulke enorme weerstanden heeft opgeroepen omdat het een – tot dan toe alleen voor de inner circle bekende – praktijk van smoezelige onderhandelingen rond hoogleraarsplaatsen openbrak. Dit gescharrel kon nu opeens niet meer – althans niet op de oude voet – want er kwamen buitenstaanders die zich ermee gingen bemoeien. Tenslotte, het allermooiste zou zijn wanneer uit het geheel van deze onthullingen iemand als Rosi Braidotti 'het nieuwe vrouwelijke subject' kan construeren, maar dat hoeft nu niet direct.

Ik kom tot mijn voorstel:

Nemesis opent een rubriek waarin telkens één van ons iemand die zij goed kent ondervraagt over haar ervaringen in sollicitatieland. Ieder mag natuurlijk haar eigen toon kiezen, maar het prettigst zou zijn een luchtige benadering. Ik weet zo'n

vier à vijf mensen die hieraan mee willen doen. Het geheel kan een sneeuwbaaleffect hebben, wanneer telkens de geïnterviewde de volgende klant aandraagt.

J. Soetenhorst-de Savornin Lohman

Naschrift redactie

Het openstellen van een rubriek van sollicitatie-ervaringen gaat ons te ver. Maar in onthullende artikelen, waarin namen en rugnummers niet worden geschuwd, zijn wij uiteraard altijd geïnteresseerd.

Het recht om te scheiden

Op het congres 'Het recht of het belang van het kind', onlangs op de Vrije Universiteit te Amsterdam gehouden, lieten Crombag en zijn collega Elzinga een bom vallen door een echtscheidingsverbod voor te stellen voor echtgenoten waarvan het jongste kind nog geen 12 jaar oud is. Mijn eerste reactie toen ik het las was: belachelijk. Dergelijke achterlijke opvattingen over het huwelijk tref je toch alleen nog in landen als Ierland? Maar de volgende dag werd ik voor de zoveelste keer geconfronteerd met het feit dat voor veel vrouwen in Nederland het in feite niet eens mogelijk is om bij hun echtgenoot of partner weg te gaan als het water hen tot aan de lippen staat. Geen formeel echtscheidingsverbod, weliswaar, maar wel een zware sanctie op het beëindigen van de (huwelijks)relatie, namelijk uitzetting uit Nederland.

Magdalena Guevarra, afkomstig uit de Philippijnen, is getrouwd geweest met een Nederlander. Uit dit huwelijk is een zoontje geboren. Daarnaast had zij ook een dochtertje uit een vorig huwelijk. Alhoewel Magdalena en haar Nederlandse echtgenoot al in 1985 waren getrouwd, is zij, samen met haar kinderen, pas in juli 1988 naar Nederland gekomen. Voor die tijd had haar man zes maanden bij haar en de kinderen in de Philippijnen doorgebracht. In december van 1988 kreeg Magdalena te horen dat haar man in oktober, toen zij tijdelijk moest worden opgenomen in het ziekenhuis, geprobeerd had haar dochter, toen dertien jaar oud, aan te randen. Mede om die reden (inmiddels bleek haar man ook alcoholist te zijn) besloot Magdalena om het huis te verlaten en vertrok zij met haar twee kinderen naar een Blijf-van-mijn-lijf-huis. Vervolgens heeft zij zelfstandige woonruimte kunnen regelen. Toen zij nog bij haar man

woonde, had zij een baan. Daar zou ze in principe weer terecht kunnen, ware het niet dat zij inmiddels haar verblijfsvergunning was kwijtgeraakt wegens het feit dat zij niet meer bij haar man woonde. Ook bij het herzieningsverzoek is haar verzoek om een verblijfsvergunning afgewezen, en Magdalena en haar twee kinderen zijn nu ondergedoken, om te voorkomen dat zij worden uitgezet.

Het Nederlandse vreemdelingenbeleid voorziet in de mogelijkheid voor mensen als Magdalena om een zelfstandige verblijfsvergunning te krijgen, mits zij al drie jaar getrouwd zijn met een Nederlander of een in Nederland gevestigde buitenlander en het jaar voorafgaand aan het verzoek samen met hun echtgenoot in Nederland hebben doorgebracht. Magdalena was wel drie jaar getrouwd met haar Nederlandse echtgenoot toen zij bij hem wegging, maar ze was nog geen jaar in Nederland. Dus geen verblijfsvergunning. Het gevolg van dit beleid is dat vrouwen en kinderen gedwongen zijn bij man en vader te blijven en alle vormen van mishandeling te verdragen tot zij eindelijk aan de voorwaarden voor een zelfstandige verblijfsvergunning voldoen.

In het Beleidsplan Emancipatie staat als doelstelling 'het bevorderen van de ontwikkeling van de huidige maatschappij ... naar een pluriforme maatschappij waarin ieder ongeacht sexe of burgerlijke staat de mogelijkheid heeft een zelfstandig bestaan te verwerven en waarin vrouwen en mannen gelijke kansen, vrijheden en verantwoordelijkheden kunnen realiseren'. Dat seksueel geweld, en zeker wanneer dat wordt gericht tegen kinderen, een ernstige belemmering vormt om deze doelstelling te bereiken, is alom bekend. De Nota Bestrijding van seksueel ge-

weld tegen vrouwen en meisjes uit 1984, van de voormalige staatssecretaris Kappeyne van de Copello, stelt onder andere als doelstelling van een beleid tegen seksueel geweld het vergroten van de mogelijkheden van vrouwen en meisjes tot verzet tegen seksueel geweld.

Bij het emancipatiebeleid, daarbij inbegrepen het beleid tegen seksueel geweld, gaat het om 'facetbeleid'. Dit houdt in dat de beginselen neergelegd in de Emancipatienota vorm moeten krijgen binnen het beleid van de verschillende ministeries, onder andere Justitie. Het Ministerie van Justitie onderkent in zijn 'Inventarisatie van onderwerpen op het terrein van justitie die betrekking hebben op de positie van de vrouw' dat 'emancipatoire maatregelen dienen te worden getroffen in die gevallen waarin gestreefd wordt naar gelijke behandeling van mannen en vrouwen in een situatie waarin tengevolge van de tot nu toe bestaande rolverdeling de positie van de vrouw bijzonder kwetsbaar is' (pag.6). In dezelfde notitie van Justitie is een paragraaf opgenomen over het vreemdelingenbeleid en seksueel geweld. De problematiek van vrouwen en kinderen met een afhankelijke verblijfsvergunning die slachtoffer worden van (seksuele) mishandeling wordt daarbij niet genoemd. Wordt het niet tijd, gezien de beleidsvrijheid waarover Justitie beschikt wanneer het gaat om verlening van verblijfsvergunningen, en gezien de verplichting die op Justitie rust om op haar eigen beleidsterreinen de emancipatoire doelstellingen van het kabinet vorm te geven, dat wordt afgezien van een beleid dat tot gevolg heeft dat vrouwen en kinderen gedwongen worden zich te schikken in, onder andere, seksueel misbruik van de kant van man of vader?

Volgens het regeerakkoord heeft het huidige kabinet zich voorgenomen de voorgestelde herziening van de Nederlandse vreemdelingenwet opnieuw onder de loep te nemen. Het is te hopen dat nu eindelijk een wettelijke regeling zal worden getroffen die ervoor zorgt dat de beginselen van het Nederlandse emancipatiebeleid ook voor buitenlandse vrouwen zullen gelden, en zeker voor vrouwen en kinderen die slachtoffer zijn, of dreigen te worden, van seksueel geweld. Het is ook te hopen dat buitenlandse vrouwen,

die al jaren strijden voor een zelfstandige rechtspositie, eindelijk in brede kring steun zullen vinden binnen de Nederlandse vrouwenbeweging. Niet alleen ten behoeve van buitenlandse vrouwen, maar ook ten behoeve van zichzelf, om voorstellen als die van Crombach en Elzinga definitief tot het rijk der fabelen te verbannen.

Wie Magdalena wil steunen in haar verzoek om een zelfstandige verblijfsvergunning, kan contact opnemen met Damayan Social Services

Committee, p/a Pernambucodreef 26, 3563 CS Utrecht (030-621760). Wie buitenlandse vrouwen in het algemeen wil steunen in hun strijd voor een zelfstandige verblijfsvergunning, kan contact opnemen met het Komitee zelfstandige verblijfsvergunning voor migranten vrouwen, p/a Van Musschenbroekstraat 108, 1091 DD Amsterdam (020-941854).

Sarah van Walsum

Abortusbrieven

De juridische context van abortus

In *Nemesis* 1989 nr 5 schreef Dorien Pessers over de geruchtmakende uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof Webster vs. Reproductive Health Services van 3 juli 1989. De uitspraak bracht haar tot de stelling dat het overweging verdient abortus te plaatsen in de sfeer van de sociale grondrechten. Wij ontvingen twee reacties, waarin wordt gepleit voor handhaving van abortusvrijheid als klassiek grondrecht. Burkens schreef zijn reactie in briefvorm. Met toestemming van de auteur wordt daaruit geciteerd.

... Je beschouwingen zetten me aan het denken. Vooralsnog heb je me nog niet overtuigd, dat het inderdaad wenselijk zou zijn de abortusvrijheid te verplaatsen buiten het 'instrumenteel krachtloze niveau' van de (klassieke) grondrechten. Het is wel juist dat de sociale dimensie van de abortusproblematiek in het kader van de privacy-bescherming nauwelijks tot haar recht kan komen. Privacy is wezenlijk iets van handen-af. Maar juist daardoor is privacy betrekkelijk geïmmuniiseerd ten opzichte van politieke controverses – men doet een oogje dicht. Brengt men de abortusproblematiek op het niveau van sociale grondrechten (in casu de overheidszorg voor gezondheid en maatschappelijke ontplooiing), dan zit men middenin de controverses hoe ver deze zorg strekt. Voor de Verenigde Staten lijkt mij dit een onbe- gaanbare weg, althans wanneer men

verwacht langs deze weg aan het Supreme Court positieve aanwijzingen te kunnen ontworstelen. Men blijft dan zitten met wellicht een rhetorisch gelijk, maar de facto met niets.

Dogmatisch zou ik meer heil zien in een 'vermaatschappelijkte' interpretatie van de privacy: de overheid heeft tot plicht een daadwerkelijke realisering van privacy mogelijk te maken, onder verdiscontering van de sociale belemmeringen. Ook dat haalt wat controverses in huis, maar men kan voortdurend steun blijven vinden in het privacy-concept en – uit een oogpunt van gelijkheid – in de verwezenlijking daarvan door hen die het in de samenleving beter getroffen hebben.

Marten Burkens

Het recht op abortus: nimmer ab ovo doordacht

In het belangwekkend redactioneel van Dorien Pessers, *Van Roe naar Webster* – de juridische context van abortus, in *Nemesis* 1989 nr 4 wordt, mijns inziens terecht, gezocht naar een betere juridische fundering van 'het recht op abortus' dan tot nu toe voorhanden. Het artikel verdient onderwerp van een voor Nederland nieuw debat te worden, ook omdat hier niet alleen abortus *on trial* is. Vandaar een bijdrage, nu eens instemmend, dan weer niet.

Het Amerikaanse Supreme Court poneerde in 1973, in *Roe vs Wade*, dat abortus provocatus viel onder het (in 1965 constitutioneel verklaarde) recht op bescherming van

de privé-sfeer. Daarmee kwam abortus in de invloedssfeer van de *basic liberties*, geldend te maken tegenover de Staat. Met andere woorden: abortus betreft een belang dat kan en moet worden geplaatst tegenover 'de belangen van de Staat'. In 1989, in *Webster vs Reproductive Health Service*, verlaat het Supreme Court, sprekend over 'the state's compelling interest', dit standpunt niet. Wel pakt de bedoelde (als altijd politieke) belangenafweging nu beslissend anders uit: 'De boodschap is duidelijk: de belangen van de vrouw en die van de Staat concurreren vanaf de conceptie' (Pessers, pag. 167).

Als het Supreme Court 'het principiële zelfbeschikkingsrecht van vrouwen onderuitgehaald' (ibid.) heeft, is het omdat de bovenbedoelde afweging nu zó uitvalt dat de belangen van de Staat die van de vrouw in feite per definitie, en dus bij voorbaat weggedrukt. Bij wijze van spreken in termen van de Europese doctrine: de Staat heeft steeds een 'pressing social need' om abortus te verbieden. Dit laat zich zeggen met behoud van de (*rechts*)-*theoretische* constructie van een op de privacy gebaseerd recht op abortus. Het is door de lapidaire wijze waarop de 'belangenafweging' wordt verricht, dat het recht zelf wordt geannuleerd. Het procédé is hier te lande bekend: zo ging het tot voor kort – en gaat het in hoge mate nog steeds – met fundamentele rechten van vreemdelingen. Terwijl niemand hardop zou durven beweren dat hun geen mensenrechtengaranties toekwamen, werd het excuus van de Staat dat een uitzet-

tingsmaatregel 'noodzakelijk' was 'in een democratische samenleving', eigenlijk altijd ongezien valide bevonden. Als *rechtssubjecten* hebben vrouwen en vreemdelingen een frappant vergelijkbare, ofschoon niet synchrone, geschiedenis. Met het om zich heengrijpen van de rechtsstaat worden ze er in steeds nettere woorden uitgeschreven.

Ik geloof dus niet dat het probleem moet worden gezocht in het feit dat abortus is geformuleerd als een belang dat behoort tot het te respecteren privé-domein. Het probleem zit 'm in de 'toegestane inbreuken' tijdens de Staat. Voor de Europese Commissie bij het Europees Mensenrechtenverdrag valt abortus onder het privé-leven (en onder omstandigheden ook onder het family life), beschermd door art. 8 van het verdrag, zodat inbreuken aan de diverse criteria van art. 8 lid 2 moeten worden getoetst. De Amerikanen zijn meen ik in het human rights denken (nog) niet zo sterk als de Europeanen. Wat vrouwen en vreemdelingen betreft, zijn allerlei rechten van de mens in het beste geval slechts accessoir aan de constitutionele *equal protection clause*, lijkt het. Inbreuken vallen dan onder het chapter (on)gerechtvaardigd onderscheid. Zo heeft het Supreme Court huwelijk en *family* onder de hoede van de Constitutie gebracht door wetten die een substantiële inmenging in zulke relaties vormen, onderworpen te willen zien aan 'critical examination of the state interests advanced in support of the classification'. (American Journal of International Law, oktober 1989, pag. 870.) Maar in elk geval wordt er gevraagd om een rechtvaardiging door 'sufficiently important state interests' en om regels die strak genoeg zijn 'to effectuate only those interests' (ibid.) Op het oog bevinden zich de beide abortus-beslissingen van het Supreme Court binnen dit redeneerpatroon (zie met name de meerderheidsopinie in Roe vs Wade, Pessers, pag. 166). In zoverre is het niet erg speculatief (verg. Pessers, voetnoot 10) om, ten minste ten aanzien van de papieren positie van de Staat, een duidelijke parallel met de Europese rechtscultuur te constateren.

Intussen is er een merkwaardige innerlijke tegenstelling aanwezig in

de idee van het recht op abortus als behorend tot het mensenrecht op bescherming van het privé-leven. De rechten van 'de mens' zijn, per definitie, niet van een bepaalde groep. Ze dicteren nu juist dat man en vrouw, wit en zwart, gelijke rechten hebben. Het recht op abortus wordt echter, voor zover erkend, vrijwel altijd beschouwd als een recht van vrouwen – en dit op historisch goede gronden. Abortus was en is immers het *lot* van vrouwen. Het kwam waarschijnlijk niet op in de hoofden van de aktievoerders rond Bloemenhove destijds, het recht op abortus met zoveel woorden te proclameren onder het banier van de *mensenrechten* (nog daargelaten dat de Nederlandse juristen die zich ertegenaan bemoeiden, het traditiegetrouw te druk hadden met de theologische aspecten). Ook het onderhavige Nemesis-redactioneel staat in de sleutel van een soeverein recht van *vrouwen*. Iets botst hier, maar het lijkt mij een typisch geval te zijn van een dialektiek die volgens Hegel het hogere in zich draagt. Zeggen dat het recht op eerbiediging van de privé-sfeer het recht van alle mensen is, is geen ontkenning van het feit dat de een z'n privé-sfeer de ander haar privé-sfeer niet is. Ieders privé-leven heeft recht op bescherming. Voor vrouwen lijkt mij dat recht eens te meer essentieel, als, in Pessers' woorden (pag. 167), de privé-sfeer voor de politiek en publiek actieve burger een vrijplaats is waarin hij geacht wordt vrouw en kinderen aan te treffen. Wie maken dan immers de dienst uit op overheidsniveau? Het beeld lenend van Pessers: de protectie van het privé-leven tegen de Staat (en dóór de Staat) zou wel eens 'het meest vrouwelijke recht' kunnen zijn dat we rijk zijn. MacKinnon (ibid.) zaagt een cirkel: de betekenis van de privé-sfeer in de ideologie van de onderschikking van vrouwen wordt volgens haar miskend 'by seeking protection behind a right to that privacy' (mijn cursivering). 'In the same act' geeft zij het hele recht prijs. Ik zou er geen traan om laten, ware het niet dat het privé-leven bestaat in onze samenleving, en als het er niet was, moest het worden uitgevonden. Het probleem abortus wordt niet in de hoek van individuele vrouwen geduwd – het bevindt zich in die hoek en die verdient bescherming.

Ik zie ten minste twee redenen om opgelucht te zijn over het feit dat abortus onderdak wordt verschaft onder het recht op eerbiediging van het privé-leven. In de eerste plaats wordt hiermee principieel erkend dat de overheid zich in beginsel niet mag mengen in de keuze van de vrouw (tussen twee kwaden, inderdaad). Erkend wordt blijkbaar dat het gaat om haar leven. Dat heeft een zware symbolische lading, die mijns inziens niet moet worden onderschat. Ik vraag me af wanneer deze erkenning ooit zou zijn bereikt als de persistente claim van abortus als *vrouwenrecht* opname onder de *mensenrechten* catalogus had verhindert. Deze opname, hoewel ondenkbaar zonder de vrouwenbeweging, is bijna achter haar rug om gegaan. Het Amerikaans feminisme is blijkbaar nog niet van de verrassing bekomen. Misschien heeft men met name over het hoofd gezien dat het Supreme Court in 'Roe' geen zelfstandig grondrecht op abortus in de Constitutie heeft gevonden. Abortus is geformuleerd als een *privé-belang*, thuishorend in de privé-sfeer. Het was een staaltje kunst- en vliegwerk om via het recht op eerbiediging van de privacy abortus aan de Constitutie vast te knopen. In feite was 'Roe' de eerste Court-beslissing waarin het recht op bescherming van de privé-sfeer, uitdrukkelijk en in een gewichtige meerderheidsopinie, als een recht van alle individuen in de Constitutie werd 'ingelesen'. (In de bovengenoemde beslissing uit 1965, *Griswold vs Connecticut*, was een verbod op het gebruik van anti-conceptiva door getrouwde paren een ongerechtvaardigde inmenging in hun constitutioneel beschermde privacy genoemd.) Onder het Europese *Mensenrechtenverdrag* is abortus evenmin rechtstreeks een fundamenteel recht.

In de tweede plaats werpt deze plaatsbepaling tussen de 'klassieke' mensenrechten een hogere dam op tegen de macht van de kerken in de staat dan een definiëring in de nog maagdelijke context van de 'sociale' rechten. De kerken waren langdurig gekant tegen de oorspronkelijke idee van de rechten van de mens. Vrijheid van geweten, meningsuiting, religie, vereniging en vergadering was hun weinig minder dan een gruwel. Voor allerlei keuzevrijheden in de privé-sfeer heeft de

paus nog altijd geen goed woord over. Zeker in verband met abortus heeft deze overweging aan actualiteitswaarde niet ingeboet.

Natuurlijk is overheidsonthouding bij abortus niet aanvaardbaar. Teveel verschrikking, teveel wantoestanden. De Staat moet afblijven van de klassieke vrijheden en tegelijk voorwaarden scheppen voor de verwezenlijking ervan. Ik zie daarin geen zweem van een contradictie – integendeel. De gedachte dat de klassieke mensenrechten overheids-onthouding zouden gebieden, is een relict uit de tijd van de nachtwakersstaat van de bourgeoisie. De idee van de mensenrechten ging aan die staat vooraf en heeft die staat overleefd. Vooral door de vervolgingen vóór en tijdens de Tweede Wereldoorlog is men hard door elkaar geschud wat dit betreft. Ook de roep om erkenning van sociale, economische en culturele rechten wijst op de veranderde inzichten omtrent de rol van de Staat bij de waarborging en handhaving van de rechten van de mens. Een scherpe scheidslijn tussen deze en de klassieke rechten is dan ook niet onproblematisch, getuige bij voorbeeld de subsidiëring van overheidswege van pers en politieke partij, van school en schouwburg. Wie garanties van de overheid wil, heeft naar mijn gevoel momenteel een juridisch sterkere kaart in handen met een der 'onvervreemd-bare' klassieke rechten, dan met de sociale rechten waarvan de toekenning van a tot z afhangt van de aanwezigheid en de verdeling van meestal schaarse middelen. Precies al die condities die zouden bijdragen aan de oplossing (in beide betekenissen) van het abortusprobleem – gezondheidszorg, scholing, armoedebestrijding – berusten niet of onvoldoende op rechtsaanspraken.

Tegen aanvallen als die van het Supreme Court op het recht op abortus is een verdediging vanuit het recht op eerbiediging van het privé-leven niet opgewassen zolang men deze ziet als een positie met-de-rug-tegen-de-muur. Indachtig de principiële erkenning van de keuzevrijheid van de vrouw kan men denk ik nog een heel eind vooruit. Daarvoor lijkt mij een verdieping van het denken over de in het geding zijnde belangen noodzakelijk. En dat vergt de moed ook het recht op abortus zelf opnieuw ter discussie te stellen.

Kan het recht op abortus als een 'absoluut recht' worden gedacht, zoals bij voorbeeld het recht niet te worden onderworpen aan foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of straffen? Met andere woorden: kan het een recht zijn waarop onder geen omstandigheden inbreuk mag worden gemaakt? Een ongebreidel recht op abortus? Dat zou dan voor de hele duur van de zwangerschap moeten gelden, moeten we aannemen; anders is het al niet meer een absoluut recht. Ik vermoed dat het doden van een bijna voldragen foetus zó gevaarlijk dicht bij het doden van een pas geboren kind komt, dat de norm 'gij zult niet doden' wel moet gelden voor het leven vóór de geboorte. Misschien bracht pas de uitbanning van eeuwenoude praktijken van kindermoord het eeuwenlang algemeen aanvaarde verschijnsel van abortus binnen het juridisch voorstellingsvermogen. Zou de staatsinmenging bij abortus dan niet gezien kunnen worden als een brede veiligheidsmarge om het verbod van kindermoord ten volle tot gelding te brengen? Is de zielsverhuizing van abortus van strafrecht naar grondrechten ten slotte toch nog te geruisloos verlopen?

De vraag is namelijk welke 'staatsbelangen' er nu eigenlijk op het spel staan, als we zoeken naar rechtvaardigingen voor inbreuken op het recht op abortus. Blackmun's 'bescherming van prenataal leven' (Roe vs Wade, Pessers, pag. 166) voldoet niet, omdat deze formulering het bestaan van een algemeen aanvaarde norm 'gij zult geen abortus plegen of ondergaan' vóóronderstelt, hetgeen betekent: *subject closed*. Het meest on-ideologische staatsbelang zou zijn dat een (bepaalde) Staat kampt met bevolkingsarmoede (te weinig soldaten, te weinig arbeidskrachten) of met een onevenwichtige bevolkingssamenstelling (vergrijzing). Geboortepremies en een abortusverbod lijken vanuit het oogpunt van zo'n Staat min of meer voor de hand te liggen. Andere staatsbelangen vereisen meer hersengymnastiek – en in feite een flinke portie staatstheorie. Het 'belang' van de Staat bij het afdwingen van naleving van het verbod op moord, doodslag, euthanasie, abortus. Dat is minder de Staat als regulerende overheid dan de Staat als 'opperste rechter' in het

(paradoxaal vage) gebied van de meest elementaire normen. Laten we zeggen dat de Staat hier het 'recht op leven' of de persoonlijke veiligheid beschermt, niet van de ongeborenen, maar juist van de levenden. (Een kwestie van sociaal contract eigenlijk.)

Dan zouden we, voor de 'belangenafweging', in elk geval het begin hebben van een nadere uitleg van de belangen van de Staat. Dat is de – ik vrees, bij het abortusvraagstuk schromelijk verwaarloosde – taak van juristen. Het belang van de Staat bij de hem opgedragen bescherming van het leven *tout court* versus het belang van de vrouw bij de eveneens aan de Staat opgedragen bescherming van haar privé-leven. Dat is niet het belang van het ongeboren leven versus het belang van de zwangere vrouw, zoals Blackmun c.s. ook nog zouden kunnen bedoelen, maar het belang van de maatschappij versus het belang van het individu (de individuele vrouw).

Als het leven van de zwangere vrouw op het spel staat, is het voor de Staat betrekkelijk eenvoudig. Binnen het te beschermen 'recht op leven' is het leven van deze vrouw belangrijker dan dat van een foetus. De cynische verklaring zou kunnen zijn dat de Staat in haar per saldo al veel heeft geïnvesteerd; bovendien is haar 'grensnut' op korte termijn groter. Dit is het meest algemeen erkende aspect van de regulering van het recht op abortus, misschien zelfs de oorspronkelijke kern van dit *recht*. Waar vrouwen nog dikwijls in het kraambed het leven lieten (laten), was (is) dit waarschijnlijk nog lang niet zo'n vanzelfsprekendheid.

Maar nu gaat de voortschrijding van de medische technologie een historische rol spelen. Enerzijds is het leven van de gevaarlijk zwangere vrouw thans vaak te redden, anderzijds echter is in een steeds vroeger stadium van de zwangerschap de foetus levensvatbaar. De slagschaduw van het verbod van kindermoord over de zwangerschap gaat daardoor steeds verder (terug) reiken. Dit proces heeft zich naar mijn idee in werkelijkheid voltrokken. Als straks een vrucht in de eerste maanden van de zwangerschap al levensvatbaar is, of wie weet vanaf de innesteling na de kunstmatige bevruchting, blijkt het te bescher-

men recht op leven de kenmerken van een olievlek te hebben. Het is inderdaad tendentieel voor de hele duur van de zwangerschap aan de orde. In deze zin bevat 'Webster' een kern van waarheid – niet noodzakelijk van rechtvaardigheid. Een logische implicatie van het feit dat het juridisch denken over abortus nooit verder is gekomen dan het criterium van de levensvatbaarheid. Dat was altijd al een halve waarheid (en dus misschien wel een hele leugen), en daarvoor heeft het Supreme Court dan nu de rekening gepresenteerd. Het lijkt wel of hier nu eens een keer onvoldoende is gejuridificeerd.

Dan wordt het voor de Staat allengs minder eenvoudig: het toekennen van een recht op abortus kan niet meer worden gelegitimeerd met de levensvatbaarheid van de jonge foetus. Dat zien we nu al, een verlies van onschuld bij abortus; bij abortus rijst een *schuld*vraag, dankzij de medische technologie. De Staat wordt meer dan goed is voor een seculiere Staat opgeroepen over leven en dood.

Binnen het stramien van de belangenafweging lijkt deze ontwikkeling maar op één manier het hoofd te bieden. Tegenover het, bijna zinsondanks, verzwaarde toezicht van de Staat op naleving van het verbod op doden, behoeft ook het belang van de individuele vrouw bij bescherming van haar privé-leven een veel grondiger interpretatie. Dat komt, niet toevallig, precies overeen met de bedoelingen van de voorstanders van liberalisering van abortuspraktijken. Als dezen zeggen: 'het gaat om háár leven', bedoelen zij niet haar letterlijk overleven,

maar de kwaliteit van haar bestaan. De kwaliteit van het bestaan, het politieke en filosofische issue van onze tijd, is een relatief recente ontdekking. De kwaliteit van het bestaan van vrouwen is zelfs nog maar amper ontdekt.

Zo ben ik weer terug bij de aloude vraagstelling: hoe moet dat nu verder met deze vrouw, als zij haar ongewenste kind moet krijgen? What about her life? Of – want daarom gaat het – leveren we haar weer uit aan aborteurs met breinaaldtechnieken? Het oude verhaal, maar opnieuw opgeschreven, in een poging het binnen het paradigma van het door de Staat te behoeden recht op bescherming van het privé-leven te formuleren. Is dat zinvol? Jazeker, volgens mij. Juristen kunnen niet aan de zijlijn blijven toeschouwen hoe juridisch ongeschoolde vrouwen met hun roep om verantwoorde abortus machteloos blijven tegenover de vermeende rechtstaal van de Staat, met alle onverantwoorde abortuspraktijken of onverantwoord moederschap van dien. Zolang abortussen blijkbaar niet door ingrijpende maatschappijhervormingen worden uitgebannen, is dit ambachtelijke soort juridisch activisme geboden. Abortus is stellig een sociale quaestie, maar deze is mijns inziens moeiteloos (nu ja) onder te brengen binnen het godsgeschenk van het fundamentele recht op eerbiediging van het privé-leven. Na een secure vaststelling van de belangen over en weer, dient immers de afweging van die belangen de redelijkheidstoets te doorstaan. Voorlopig zal die toets er on-

geveer zo moeten uitzien: mag de Staat, nalatig aan alle kanten tegenover vrouwen en kinderen, zo'n hoge tol eisen van een individuele vrouw? Is dat redelijk? Is dat een behoorlijke belangenafweging? Het antwoord op deze vragen is helemaal niet zo eenvoudig, maar ze zullen moeten worden gesteld. Ik denk dat de 'Roe'-rechters zich kwetsbaar hebben gemaakt door een tekort aan *judicial restraint*; juridisch hebben zij zich het inderdaad te gemakkelijk gemaakt, waardoor de 'Webster'-rechters nu deels voor open doel hebben kunnen scoren. Rehnquist, in zijn meerderheidsopinie in de Webster-zaak (Pessers, pag. 166), wraakt niet zonder reden het Roe-Court als 'the country's medical board'. Hij heeft gelijk: de opgave is 'a body of constitutional doctrine'. Kunnen vrouwen die niet aan? Jawel. Het hoopgevend begin is er al, aan de andere kant van de oceaan. De eerste en enige vrouw tussen de *brethren*, een Reagan-benoeming van 1981, die anti-abortusgroepen en Moral Majority op de achterste benen bracht omdat zij in 1974 als senator in Arizona tegen een anti-abortusvoorstel had gestemd en omdat zij haar steun had verklaard aan het befaamde grondwetsamendement tot gelijkberechtiging van vrouwen, O'Connor dus, lanceerde in 'Webster' wat mij betreft niet een vaag criterium (verg. Pessers, pag. 167), maar de eerste zwaluw: abortus-restricties mogen geen *unduly burden* op vrouwen leggen. Niet dat het daarmee al lente is.

José J. Bolten

ACTUALITEITEN

RECHTSPRAAK

Nr 71

* Hoge Raad,
10 november 1989

Rek.nr 7554

Mrs Sniijders, voorzitter, De Groot, Bloembergen, Haak en Roelvink.
Conclusie Advocaat-Generaal Moltmaker.

B., verzoeker, advocaat mr A.B.B. Beelaar, mr A. Willems, tegen 1. Ambtenaar van de Burgerlijke Stand te Amsterdam en 2. V.W.L. Baughn, verweerders.

Erkenning buitenechtelijk kind. Art. 224 lid 1 aanhef en onder b BW. Art. 8 EVRM. Man wil het kind erkennen, waarvan de vrouw met wie hij samenwoont in verwachting is. De man is nog gehuwd. Uit dit huwelijk zijn geen kinderen geboren. Zijn verzoek tot echtscheiding is door Rechtbank en Hof afgewezen: wel is hij gescheiden van tafel en bed.

De man heeft met instemming van de moeder de Ambtenaar van de Burgerlijke Stand verzocht hem in de gelegenheid te stellen het kind te erkennen. Dit verzoek wordt ex art. 244 lid 1 afgewezen. De echtgenote verzet zich tot aan de Hoge Raad tegen de erkenning van het buitenechtelijke kind. De man heeft beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad stelt voorop dat 'voor een man en voor het kind

waarvan hij de biologische vader is en tot hetwelk hij in een als *family life* in de zin van art. 8 lid 1 EVRM aan te merken relatie staat, in deze verdragsbepaling besloten ligt dat zij in beginsel over en weer aanspraak erop hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als familierechtelijke rechtsbetrekking'. Deze zinsnede is letterlijk afkomstig uit HR 8 april 1988, Rechtspraak Nemesi 1988 nr 12. De vraag staat nu centraal of het Hof terecht heeft aangenomen dat art. 8 lid 2 EVRM toepassing van art. 224 rechtvaardigt. Dit is volgens de Hoge Raad niet het geval.

Conclusie Advocaat-Generaal Moltmaker

(...)

2.8 In het definitieve wetsvoorstel tot herziening van het afstammingsrecht (TK 1987-1988, 20 626) wordt het verbod weer gehandhaafd. De MvT (stuk nr. 3) zegt daarover op bladzijde 11: 'In de eerste plaats vrezen wij dat een erkenning door een gehuwd man, die samen met zijn vrouw ook nog (een) kind(eren) heeft, nadelige gevolgen zou kunnen hebben voor de verdere psycho-sociale ontwikkeling van deze (dit) kind(eren) en voor de vader-kindrelatie binnen dat gezin. Het risico is aanwezig dat zulk een handelen tot ernstige spanningen binnen het gezin leidt, zeker indien de echtgenote zich hierdoor gekwetst weet, hetgeen op de directe omgeving nadelig kan uitwerken. Dit alles zou ook de relatie tussen de man en het door hem erkende kind in ongunstige zin kunnen beïnvloeden en mede daarom de belangen van dat kind kunnen schaden. Verder moet men zich realiseren dat, de omstandigheden in aanmerking genomen, van een volwaardig vaderschap veelal geen sprake zal kunnen zijn.

Een ander aspect dat wij in onze overwegingen hebben betrokken is het volgende. Een van de gevolgen van een Nederlandse erkenning is dat het minderjarig kind dat een vreemde nationaliteit bezit, door erkenning automatisch de Nederlandse nationaliteit verkrijgt. Invoering van de mogelijkheid tot erkenning door een gehuwd man zou, gelet op voornoemd gevolg, in bepaalde situaties – met name in het kader van adoptie van buitenlandse kinderen – kunnen leiden tot een oneigenlijk gebruik van de erkenningsprocedure. Duidelijk is dat misbruik dan wel oneigenlijk gebruik van de erkenningsprocedure zo mogelijk dient te worden voorkomen'

2.9 I.Jansen, FJR 1988, blz. 245, merkt op: '... dat het hier vrijwel zonder uitzondering om de verwekker van het kind zal

gaan, terwijl het wetsvoorstel op andere plaatsen er terecht vanuit gaat dat *deze* man in verband met het EVRM zijn vaderschap moet kunnen vestigen. De geschetste bezwaren lijken, juist omdat zij niet in alle situaties behoeven te gelden, wellicht ook de oplossing te wettigen van een rechterlijke toetsing van de voorgenomen aanvaarding door de gehuwde man in het individuele geval, à la het nieuwe artikel 210, lid 2, Boek I BW. Overigens, de man die niet gehuwd is, maar kinderen in een ander gezin heeft, mag wèl tot aanvaarding overgaan. Hoe zit het dan met de mogelijke nadelige gevolgen voor de kinderen of bijvoorbeeld met de mogelijke ernstige spanningen binnen het gezin, en met de gekwetste partner?'

W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Ouderschap, anders geregeld?*, rede Nijmegen 1988, blz. 9, onderschrijft de argumenten van de MvT voorzover de erkenner niet de verwekker is van het kind. Zij meent dat de redenering echter niet opgaat voor de gehuwde man die wèl het kind heeft verwekt. In een dergelijk geval zou zij de mogelijkheid van erkenning (respectievelijk gerechtelijke vaststelling van het vaderschap) dan ook niet willen uitsluiten.

E.A.M. de Hilster, HPS 1090, blz. 25, betwijfelt of het absolute verbod in overeenstemming is met het EVRM en wijst nog op een merkwaardig verschil in benadering van het wetsvoorstel: een vrijwillige aanvaarding door een gehuwd man staat het wetsvoorstel niet toe, maar het wetsvoorstel voorziet wel in een 'gedwongen' aanvaarding door een gehuwd man, te weten de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Gesteld voorts – aldus deze schrijver – dat men met de handhaving van het verbod primair voor ogen heeft gehad oneigenlijk gebruik van het instituut erkenning te voorkomen, dan zou de mogelijkheid van erkenning door een gehuwde man weer ten tonele kunnen worden gevoerd, indien in de toekomst niet meer automatisch aan een erkenning het Nederlanderschap wordt verbonden.

Zie over dat laatste de Notitie Schijnerkenningen, TK 1987-1988, 20 476, blz. 4-6.

Ook A.W.M. Willems, FJR 1989, blz. 166, vraagt zich af of het verbod van art. 1:224, lid 1, letter b, niet in strijd is met art. 8 EVRM. Een buiten-toepassingverklaring van de bepaling acht hij alleen verdedigbaar ten opzichte van de biologische vader die *family life* heeft met zijn buitenechtelijk kind. Ik neem aan dat de schrijver met *family life* hier bedoelt (een zekere mate van) sociaal ouderschap.

2.10 De reacties in het VV (TK 1988-

De rubriek ACTUALITEITEN wordt samengesteld in samenwerking met het Clara Wichmann Instituut.

Redactie: Gerdie Ketelaars en Heikelen Verrijn Stuart. De met een * aangeduide berichten en uitspraken zijn te vinden op het Clara Wichmann Instituut. Kopieën van deze integrale teksten zijn tegen vergoeding te bestellen.

De redactie stelt toezending van ongepubliceerde uitspraken en opmerkelijke berichten zeer op prijs.

Toezending van scripties graag met informatie over de wijze waarop de scriptie besteld kan worden.

Adres: Singel 373,
1012 WL Amsterdam
Telefoon:
020-24 94 33/2 / 59 91

1989, 20 626, nr 5, vastgesteld 1 februari 1989) zijn verdeeld.

Van de grotere fracties vonden de leden van de CDA-fractie dat in de belangenafweging het niet in gevaar brengen van het bestaande huwelijk/gezin zwaar mocht wegen. Het argument met betrekking tot het verkrijgen van de Nederlandse nationaliteit vonden zij oneigenlijk. Herziening van de automatische nationaliteitsverkrijging zou de mogelijkheid van misbruik moeten tegengaan. De leden van de PvdA-fractie vroegen waarom een gehuwde man het kind niet kan aanvaarden, terwijl wel een gerechtelijke vaststelling en een onderhoudsactie mogelijk zijn. Zij achtten het de vraag of de relatie toch al niet de nodige spanning heeft moeten verwerken.

De leden van de VVD waren evenmin onder de indruk van de argumenten die gebruikt worden voor de handhaving van het verbod. De vraag is waarom de beoordeling van het gevaar voor ontwijking van het bestaande huwelijk niet aan de betrokkenen zelf wordt overgelaten.

3. Toetsing door de rechter

3.1 Naar mijn mening is het absolute verbod van art. 1:224, lid 1, aanhef en onder b, BW in strijd met de artt. 8 en 14 EVRM. Het recht van de biologische vader op familierechtelijke betrekkingen met zijn kind en het – wellicht nog sterkere – recht van het buitenechtelijke kind op familiebetrekkingen met zijn biologische vader moet onder omstandigheden zwaarder kunnen wegen dan dat van de echtgenote en de andere kinderen (zo die er zijn). Een belangenafweging door de rechter zou hier zeker op zijn plaats zijn. De man die wil erkennen zou dan zo nodig bereid moeten zijn bijvoorbeeld via een biogenetisch onderzoek te bewijzen dat hij de verwekker van het kind is.

3.2 Art. 8, lid 2, EVRM vergt een toetsing in concreto. Zie daarover de wetgeschiedenis van de goedkeuringswet van het EVRM, in het bijzonder VV Tweede Kamer, zitting 1953-1954-3043, nr 5, blz. 2 en MvA (stuk nr 6), blz. 2. Zie voorts HR 12 december 1986, NJ 1986, 188, nt. EAA (zie ook met name deze noot), overwegende: 'De vraag of de inmenging gerechtvaardigd is of kan zijn, kan slechts worden beantwoord door in het licht van de omstandigheden van het geval tegen elkaar af te wegen enerzijds de ernst van de aldus op het recht tot eerbiediging van hun gezinsleven gemaakte inbreuk en anderzijds de belangen die door het toelatingsbeleid worden gediend.'

In dezelfde zin HR 18 december 1987, NJ 1988, 844, nt. AHJS, waar nog aan vorenstaande overweging wordt toegevoegd: '... waarbij ter beoordeling van de ernst van de inbreuk onder meer relevant kan zijn hoelang betrokkenen hebben samengewoond, de aard en de inten-

siteit van de na verbreking van de samenwoning onderhouden contacten ...' EHRM 21 juni 1988, NJ 1988, 746, nt. EAA, overweegt dat het vereiste, dat de inbreuk 'nodig' is, impliceert dat zij beantwoordt aan een dringende behoefte en, in het bijzonder, dat zij evenredig is aan het legitieme doel dat ermee kan worden nagestreefd. Dit legitieme doel moet worden afgewogen tegen de ernst van de inbreuk van klagers' recht op eerbiediging van hun gezinsleven.

3.3 De vraag is of bij het buiten toepassing laten van art. 1:224, lid 1, aanhef en onder b, BW de rechter een niet in het wettelijk systeem passende regeling treft, iets waartoe hij niet bevoegd is (HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510, nt. EAA en EAAL). Naar het mij voorkomt kan niet worden gezegd dat het toelaten van een erkenning door de gehuwde man op zichzelf een regeling is die niet in het wettelijk systeem past. Wel zou dan moeten worden aangenomen dat de echtgenote van de erkenner behoort tot de personen die ingevolge art. 1:225, lid 2, BW vernietiging van de erkenning kunnen vragen.

Het lijkt ook niet juist te menen dat hier de niet in onze wet bekende figuur van erkenning na toestemming van de rechter (vgl. art. 319bis van het Belgische BW) zou worden geïntroduceerd. Er is sprake van twee bepalingen, art. 8, lid 1, EVRM en art. 1:224 BW, die onder bepaalde omstandigheden met elkaar conflicteren en waarbij het aan de rechter is om in geval van geschil te beslissen welke van die bepalingen moet prevaleren. Procedureel lijkt mij de inspraak van de echtgenote en eventueel de andere kinderen van de erkenner voldoende gewaarborgd via bepalingen als art. 429f, 429h en 429n Rv. (vgl. ook HR 8 april 1988, NJ 1989, 170, nt. EAAL). De echtgenote is in het onderhavige geval dan ook door het hof (kennelijk) terecht ontvankelijk geacht in haar hoger beroep.

4. De toetsing in het onderhavige geval

4.1 In het onderhavige geval lijken geen van de bedenkingen die men tegen de erkenning zou kunnen hebben aanwezig. Uit het huwelijk zijn geen kinderen geboren; de man is van tafel en bed gescheiden en heeft – aldus het hof – een feitelijk en ongestoord gezinsleven met het kind en de moeder. Dit laatste lijkt mij eerder een argument pro dan contra de mogelijkheid tot erkenning.

De echtgenote heeft in hoger beroep ook niet concreet aangegeven in welk opzicht haar belangen door de erkenning worden geschaad. Zij volstaat in grief III met de algemene stelling dat art. 224 is geschreven tot bescherming van de vrouw in haar bestaande huwelijk en dus mede ter voorkoming van tegen haar huwelijk en gezin gerichte misstanden.

4.2 Volledigheidshalve merk ik nog op dat in het Wetsontwerp Herziening van

het echtscheidingsrecht, TK 1985-1986, 19 242, art. 1:152 wordt geschrapt. In de MvT (stuk nr 3, blz. 27) wordt dit onder meer verdedigd door te wijzen op de in de praktijk geconstateerde omstandigheid dat het daar bedoelde verweer (de duurzame ontwijking is in overwegende mate te wijten aan de eiser) nog wel eens wordt misbruikt om de tegenpartij tot (meestal financiële) concessies te dwingen.

4.3 Het feit dat de man na de ontbinding van het huwelijk ingevolge art. 1:179 BW het kind alsnog kan erkennen, acht ik onvoldoende reden om de erkenning thans onmogelijk te oordelen. De ontbinding kan nog enkele jaren duren en het kan in het belang van het kind zijn de erkenning niet langer dan nodig is uit te stellen. Zie EHRM 18 december 1987, NJ 1989, 99, nt. EAA, overwegende: 'Whilst in the instant case the applicant's child was born one month after his parents' marriage, the death of one of the parents or even a delay in completing the legal formalities would have been enough to cause the child to be born out of wedlock.'

5. Conclusie

Het cassatiemiddel in al zijn onderdelen gegrond bevindend, concludeer ik tot vernietiging van de beschikking van het hof en tot bekrachtiging van de beschikking van de rechtbank.

Het arrest

(...)

3.2 De rechtbank heeft het verzoek van de man toegewezen op de grond, kort weergegeven, dat art. 224 lid 1, aanhef en onder b, inbreuk maakt op het door art. 8 EVRM beschermde gezinsleven van de man met zijn met hem in gezinsverband samenwonende kind en dat onder de omstandigheden van het onderhavige geval de vrouw geen rechten meer heeft welke die inbreuk rechtvaardigen. Het Hof heeft daarentegen geoordeeld, kort samengevat, dat toepassing van art. 224 lid 1, aanhef en onder b, in het onderhavige geval is toegestaan op grond van het bepaalde in lid 2 van art. 8 EVRM. Het middel richt zich tegen dat oordeel.

3.3. Voorop moet worden gesteld dat voor een man en voor het kind waarvan hij de biologische vader is en tot hetwelk hij in een als 'vie familiale/family life' in de zin van art. 8 lid 1 EVRM aan te merken relatie staat, in deze verdragsbepaling besloten ligt dat zij in beginsel over en weer aanspraak erop hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als familierechtelijke rechtsbetrekking (HR 8 april 1988, NJ 1989, 170). Blijkens rov. 3.2 van de bestreden beschikking is ook het Hof hiervan uitgegaan.

In cassatie is dan ook uitsluitend aan de orde de vraag of het Hof terecht heeft aangenomen dat art. 8 lid 2 EVRM toe-

passing van art. 224 lid 1, aanhef en onder b, rechtvaardigt.

3.4 Het Hof heeft in zijn rov. 3.3 geoordeeld dat de bepaling van art. 224 lid 1, aanhef en onder b, 'als zodanig en in het algemeen geacht moet worden een toegestane inmenging te zijn als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM op het in lid 1 van dat artikel genoemde recht'.

Onderdeel A van het middel bestrijdt dat oordeel met het betoog, kort samengevat, dat een ongeclausuleerd erkenningsverbod als neergelegd in art. 224 lid 1, aanhef en onder b, verder gaat dan art. 8 lid 2 EVRM toestaat.

Dit betoog is juist. De vraag of een bij de wet voorziene inmenging met betrekking tot het in art. 8 lid 1 bedoelde recht in een democratische samenleving nodig is in het belang van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, kan slechts worden beantwoord door in het licht van de omstandigheden van het geval tegen elkaar af te wegen enerzijds de ernst van de door die inmenging op het bedoelde recht gemaakte inbreuk en anderzijds de belangen welke die wettelijke regeling beoogt te beschermen. Uit vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens volgt voorts dat een inmenging als bedoeld in art. 8 lid 2 slechts 'nodig' is indien zij beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte en, in het bijzonder, evenredig is aan het legitieme doel dat ermee wordt nagestreefd (zie laatstelijk de uitspraak van het Europese Hof van 21 juni 1988, NJ 1988, 746). Een wettelijke bepaling als de onderhavige, die het onder alle omstandigheden onmogelijk maakt dat een onwettig kind door zijn vader wordt erkend zolang deze gehuwd is, sluit een concrete belangenafweging als vorenbedoeld uit en miskent het door het Europese Hof tot uitdrukking gebrachte evenredigheidsvereiste.

Het onderdeel treft dus doel.

3.5 Inderdeel B keert zich tegen het oordeel van het Hof (rov. 3.4 van de bestreden beschikking) dat, nu art. 224 lid 1, aanhef en onder b, 'een absoluut wettelijk verbod inhoudt', de rechter niet bevoegd is de toepasselijkheid van die bepaling te doen afhangen van de omstandigheden van het geval.

Uit het hiervoor onder 3.4 overwogene volgt dat ook dit onderdeel terecht is voorgesteld.

3.6 Onderdeel C bestrijdt 's Hof's oordeel (rov. 3.5) dat ook indien de rechter wel bevoegd is de toepassing van de onderhavige bepaling te doen afhangen van de omstandigheden van het geval, de feitelijke omstandigheden van dit geval zodanig zijn dat toepassing van die bepaling een toegestane inmenging als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM vormt.

Het onderdeel slaagt. Uit de door het Hof in zijn beschikking onder 2 vastgestelde in rov. 3.5, tweede zin, mede in aanmerking genomen omstandigheden kan niet volgen dat de vrouw bij toepas-

sing van de omstreden bepaling enig belang heeft dat voldoende zwaar weegt om een inbreuk te rechtvaardigen op de aanspraak van de man en het kind om hun door art. 8 lid 1 beschermde relatie rechtens als familierechtelijke rechtsbetrekking te doen erkennen.

3.7 Uit het voorgaande volgt dat de beschikking van het Hof niet in stand kan blijven. De Hoge Raad kan de zaak zelf afdoen, waarbij de hiervoor onder 3.1 omschreven feiten als vaststaand kunnen worden aangemerkt. Uit die feiten kan niet volgen dat de vrouw bij toepassing van de omstreden bepaling enig belang heeft dat voldoende zwaar weegt om een inbreuk te rechtvaardigen op de aanspraak van de man en het kind om hun door art. 8 lid 1 beschermde relatie rechtens als familierechtelijke rechtsbetrekking te doen erkennen. De vrouw heeft in de feitelijke instanties ook niet aangegeven in welk opzicht haar belangen door een erkenning zouden worden geschaad. Onder die omstandigheden moet worden geconcludeerd dat toepassing van art. 224 lid 1, aanhef en onder b, in het onderhavige geval een niet door art. 8 lid 2 EVRM toegestane inmenging met betrekking tot het in art. 8 lid 1 gewaarborgde recht van de man en het kind oplevert, en art. 224 lid, aanhef en b, te dezen buiten toepassing moet blijven. De beschikking van de Rechtbank moet dan ook worden bekrachtigd.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het Gerechtshof te Amsterdam van 2 januari 1989;

bekrachtigt de beschikking van de Rechtbank te Amsterdam van 12 april 1988.

(...)

Noot

1. Er lijkt zich een ontwikkeling voor te doen met betrekking tot de wens naar ouderschap. Vroeger 'wildten' zowel mannen als vrouwen graag véél kinderen; een wens die in ieder geval krachtig ondersteund werd door dominee en pastoor. Tegenwoordig vinden veel vrouwen één of twee kinderen wel genoeg. Immers, een slimme meid zorgt dat zij zich op haar toekomst voorbereidt en dat zij kind en carrière combineert. Mannen echter lijken zich niet genoeg vader te voelen met één echtgenote en slechts één of twee kindertjes en verwekken daarom bij hun vriendinnen ook kinderen. Aangezien verwekkerschap alléén geen juridisch vaderschap oplevert, willen zij de kinderen graag erkennen, zodat het kroost hun naam kan dragen. Pas dan voelen zij zich een echte pater familias. Volgens Van Mourik heeft de Hoge Raad op 10 november 1989 dan ook voor mening gehuwde man een vreugdevolle be-

slissing genomen (De Telegraaf, 9 december 1989).

2. Het karakter van het huwelijk is veranderd van een voor het leven bedoelde levensgemeenschap naar een zo goed als eenzijdig opzegbare overeenkomst. Tot 1971 kon men alleen scheiden als er sprake was van één van de vier echtscheidingsgronden (bijvoorbeeld overspel). Na 1971 werd de enige grond voor echtscheiding: duurzame ontwrichting van het huwelijk. Nog vóór de invoering van de nieuwe echtscheidingswet in 1971 gingen er stemmen op om van het huwelijk een eenzijdig opzegbare overeenkomst te maken. De wetgever was evenwel van mening dat het niet altijd mogelijk moest zijn dat de ene echtgenoot zonder meer de huwelijksvereenkomst met de andere echtgenoot eenzijdig zou kunnen opzeggen.

In het geval een echtgenoot echtscheiding vordert, kan dan ook de andere echtgenoot zich tegen deze vordering verweren als hij/zij van mening is dat de duurzame ontwrichting in overwegende mate aan de andere echtgenoot is te wijten. Wel kan de eisende echtgenoot subsidiair scheiding van tafel en bed eisen om dan na een wachttijd van drie jaar het huwelijk alsnog geruisloos te laten ontbinden. Dit in 1971 in de wet gekomen verweer van art. 1:152 BW staat tegenwoordig opnieuw ter discussie. In wetsvoorstel 19 242 uit 1985 wordt voorgesteld om art. 152 te schrappen. De M.v.T. noemt als motief voor het schrappen van deze bepaling dat het bedoelde verweer nog wel eens wordt misbruikt om de tegenpartij tot (meestal financiële) concessies te dwingen. Het is nog maar de vraag in hoeverre deze bewering waar is en het is eveneens de vraag in hoeverre er sprake is van misbruik wanneer een vrouw het onredelijk vindt dat haar man op dezelfde financiële voet kan blijven doorleven, terwijl zij haar hand bij de bijstand moet ophouden.

Geén vraag is evenwel dat dit verweer nog steeds in de wet staat en dat Mevrouw B haar echtgenoot niet tot financiële concessies dwingt. Zij voert verweer omdat zij diep gekwetst is dat haar man haar voor een nieuwe vrouw verlaat, die hij bovendien onmiddellijk zwanger maakt. Het enige wat zij vraagt is tijd om haar emoties te verwerken voor het haar aangedane leed en daarbij beroept zij zich volkomen legitiem op een wetsartikel. Dit wetsartikel geeft haar niet de mogelijkheid een scheiding te voorkomen, maar wel om een scheiding enige tijd uit te stellen. Haar leed wordt door de Hoge Raad echter volkomen gebagatelliseerd door te ontkennen dat uit de feiten zou blijken dat de vrouw 'enig belang heeft dat voldoende zwaar weegt'. Mocht dit onverhoopt al anders zijn, dan is het volgens de Hoge Raad haar eigen schuld dat daarmee geen rekening is gehouden omdat de vrouw 'in

de feitelijke instanties ook niet heeft aangegeven in welk opzicht haar belangen door een erkenning zouden worden geschaad'.

Het is des te opmerkelijker dat de Hoge Raad niet alleen meent de beschikking van het Hof te moeten vernietigen, maar tevens meent de zaak zelf te kunnen afdoen. Mevrouw B heeft volgens het proces-verbaal van de zitting bij de Rechtbank wél aangegeven waarom haar belangen geschaad zouden zijn. Erg uitgebreid is dit verder niet aan de orde gekomen, omdat zij waarschijnlijk meende er op te mogen vertrouwen dat de rechter zich aan de wet zou houden. Niet aan de orde komt nu bijvoorbeeld de vraag in hoeverre de rechter mevrouw A haar belangen niet geschaad acht vanwege het feit dat zij geen kinderen heeft. Zowel de Rechtbank als de Hoge Raad noemen deze omstandigheid namelijk expliciet. Volgens de Rechtbank is met name het feit dat er geen kinderen zijn een reden om te concluderen dat de huwelijksband nog slechts op papier bestaat. Betekent dit dat de uitspraak anders geluid zou hebben als het echtpaar wél kinderen had gehad? Zou het echter juist niet zo kunnen zijn, dat nu de vrouw geen kinderen heeft, het voor haar extra pijnlijk is dat haar man nog tijdens haar huwelijk een kind bij een andere vrouw verwekt?

Als de Hoge Raad een zaak vernietigt en er nog beslist dient te worden over feiten, dient de Hoge Raad het geding te verwijzen (zie art. 421 BRv.), tenzij het een punt van ondergeschikte aard betreft. Volgens Ras wordt in het gros van de gevallen een geding verwezen (*De Burgerlijke kamer*. In: *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988*, Zwolle 1988, pag. 82). In deze zaak merkt de Hoge Raad enerzijds op dat de vrouw onvoldoende heeft aangegeven in welk opzicht haar belangen zijn geschaad, anderzijds gaat hij er blijkbaar maar meteen van uit dat deze feiten van ondergeschikte aard zullen zijn, want de Hoge Raad doet het geding zelf af.

3. Op het moment dat deze zaak bij de Rechtbank aanhangig werd gemaakt, lag er een Voorontwerp en een (nog niet openbaar) Wetsvoorstel afstammingsrecht waarin werd voorgesteld het verbod van erkenning door de gehuwde man af te schaffen. Het is dus niet zo verwonderlijk dat de advocaat van de man hierop een beroep doet en dat de Rechtbank het verzoek van de man toewijst.

Op het moment dat deze zaak bij het Hof speelt is inmiddels de definitieve versie van het Wetsvoorstel afstammingsrecht gepubliceerd (TK 20 626). In dit wetsvoorstel wordt het verbod van erkenning door een gehuwde man uitdrukkelijk en uitvoerig gemotiveerd gehandhaafd. Het is dus ook niet verwonderlijk dat het Hof de erkenning door een gehuwde man af-

wijst. Het Hof stelt: 'Wanneer, zoals in het onderhavige geval, omtrent de betrokken materie recentelijk een wetsontwerp is ingediend waarin de desbetreffende nationale wetsbepaling uitdrukkelijk wordt gehandhaafd, zal de rechter, in afwachting van het oordeel van de wetgever, bij die toetsing (aan het EVRM; nh,idh) nauwe grenzen moeten stellen aan zijn rechtsvormende taak en de nationale wetsbepaling zoveel mogelijk moeten respecteren'.

De Hoge Raad komt met een complete verrassing. De gehuwde man mag een kind wél erkennen. Het wetsvoorstel waarin wordt voorgesteld dit niet toe te laten, wordt gewoon helemaal niet genoemd. Hoewel het wetsvoorstel inmiddels de eerste ronde in de Tweede Kamer heeft doorlopen, waarbij geen indicatie aanwezig is dat de Kamer erkenning door een gehuwde man mogelijk wil maken, doet de Hoge Raad of zijn neus bloedt. Hij kan het family life van art. 8 EVRM zelf wel invullen. De Hoge Raad gaat hier duidelijk te ver in zijn rechtsvormende taak. Niet alleen door de wettelijke bepaling van art. 224 buiten toepassing te laten, maar ook door impliciet art. 1:152 BW alvast aan de kant te schuiven. Nu er twee wetsvoorstellen in de Tweede Kamer liggen die deze materie beogen te regelen, had de Hoge Raad ons inziens op de uitkomst hiervan behoren te wachten.

Volgens de Europese Commissie dwingt art. 8 EVRM overigens helemaal niet tot het uitgangspunt dat een man en een kind er over en weer recht op hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend, zeker niet wanneer de man getrouwd blijft met een andere vrouw dan de moeder. 'There is no right under the Convention for a man to obtain a judicial declaration regarding the paternity of a child of a woman to whom he is not married or with whom he has not an established family relationship' (zie E.C. 11 maart 1981, Digest of Strasbourg Case Law, Vol. 3, 1984, pag. 95 Noot, en Rechtspraak Nemesi 1990 nr 71).

Het mag dan zo zijn dat in deze casus de man reeds feitelijk gezinsleven met het kind had, op grond waarvan een beroep op eerbiediging van dat gezinsleven niet onbegrijpelijk is, dat neemt niet weg dat de gehuwde vrouw ook recht op bescherming van haar gezinsleven heeft. Zo niet, dan kunnen we het huwelijk maar beter helemaal afschaffen en de getrouwheid, hulp en bijstand van art. 1:81 meteen op de schroot hoop deponeren.

Betekent dit dat wij erkenning van een kind door de gehuwde man te allen tijde afwijzen? Hoofdregeel moet ons inziens zijn dat de man gescheiden moet zijn voordat hij mag erkennen. Daarop kan wel een uitzondering mogelijk zijn, bijvoorbeeld als een man gehuwd is met een geestelijk gehandicapte vrouw, waarvan hij niet wil scheiden omdat hij

de verantwoordelijkheid voor haar wil blijven dragen. In alle andere gevallen moet de man zijn verantwoordelijkheidsgevoel laten spreken vóórdat hij een kind verwekt.

4. In deze zaak hebben heel wat mensen hun zegje gedaan. Behalve uiteraard de verschillende rechterlijke instanties, ook de Raad voor de Kinderbescherming, twee maal een ambtenaar van de Burgerlijke Stand en twee maal het Openbaar Ministerie. Alleen de ambtenaar van de Burgerlijke Stand in eerste instantie en het Hof zijn van mening dat de gehuwde man eerst moet scheiden en dan pas mag erkennen. A-G Moltmaker zet alle vóóren tegenstanders van erkenning door de gehuwde man keurig op een rijtje en vindt meer vóór- dan tegenstanders. Die tegenstanders (waaronder ondergetekenden), merkt hij op, 'spreken in dit verband niet over de rechten van het kind'. Blijkbaar is het hem nog niet opgevallen dat wij zelden of nooit over 'het belang van het kind' spreken. Ons inziens worden belangen van kinderen bijna altijd op een zodanige manier uitgelegd, dat zij buitengewoon handig overeenkomen met de belangen van ouders. Echtscheiding bijvoorbeeld is voor de één juist wel in het belang van het kind, omdat hij/zij dan niet tussen twee vuren blijft zitten, terwijl anderen juist bepleiten om ouders van minderjarige kinderen het scheiden 'in het belang van het kind' zo moeilijk mogelijk te maken.

Slaan we overigens in bovengenoemde situatie niet een stap over? Als we zo begaan zijn met het belang van het kind, is het dan niet logischer om het waarschuwend vingertje omhoog te steken en de gehuwde man (en zijn concubine) er op te wijzen dat hij aan het belang van het kind had moet denken door eerst te scheiden en dan pas te verwekken?

Bij dit laatste kan ons natuurlijk tegenwerpen worden dat het gedrag van ouders niet op kinderen verhaald moet worden. Maar hoeveel belang heeft een kind nu eigenlijk bij erkenning?

a. Een kind kan er belang bij hebben te weten van wie het afstamt. Erkenning is daar evenwel niet voor nodig, uitkomen voor het verwekkerschap is voldoende.

b. Een kind kan er belang bij hebben van zijn (rijke) vader te erven. Het is de gehuwde man niet verboden een testament te maken.

c. Een kind kan belang hebben bij de betaling van levensonderhoud door de man. De verwekker van een kind is op grond van de wet hiertoe ook verplicht.

5. Ras, oud-voorzitter van de Hoge Raad, noemt vier criteria die medebepalend kunnen zijn voor het trekken van de grenzen van rechterlijke rechtsvorming. Deze zijn: urgentie van de zaak, aard van de materie, inpassing in het wettelijk stelsel en de stand van zaken van wetgeving (a.w. pag. 80/81). Wanneer we deze

vier criteria 'loslaten' op de onderhavige zaak, dan valt op dat de Hoge Raad in ieder geval buiten deze grenzen is getreden.

In de eerste plaats is er in deze kwestie geen sprake van een maatschappelijke of individuele urgentie. De maatschappij heeft geen urgente behoefte aan gelegitimeerde polygynie, terwijl het individuele geval ook niet urgent te noemen is. Immers de man kan, zoals gezegd, het belang van het kind ook zonder erkenning dienen.

Wat precies onder het tweede criterium, de aard van de materie, moet worden verstaan is niet zo duidelijk. Volgens Wessels (*De relatieve betekenis van de Hoge Raad voor de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling*, NJB 1989, nr.30, p.1118-1122) zou hiermee onder andere bedoeld kunnen zijn dat er sprake is van verouderde wetgeving. Daarvan is in casu geen sprake. Boek 1 BW dateert uit 1970 en het Wetsontwerp afstammingsrecht uit 1988 handhaaft, zoals gezegd, het erkenningsverbod voor een getrouwde man uitdrukkelijk.

Het derde punt, de mogelijkheid van inpassing in het wettelijk stelsel, wierp onlangs nog een dam op tegen rechterlijke rechtsvorming. In NJ 1989, 740 kwam de Hoge Raad enerzijds wél tot de conclusie dat het huidige naamrecht in strijd is met art. 26 BuPo-Verdrag, maar dat het anderzijds 'slechts aan de wetgever is om te bepalen op welke wijze het best aan het beginsel van art. 26 BuPo kan worden voldaan'. (Zie hierover *Nemesis* 1989, nr. 2, pag. 73-77.) De Hoge Raad wilde het discriminatoire naamrecht dus niet hervormen. Gevreesd werd voor praktische en principiële bezwaren bij het invoeren van de mogelijkheid dat kinderen de naam krijgen van hun moeder. Welke bezwaren dat nu precies zijn, wordt niet duidelijk. Zo moeilijk moet dat toch niet zijn?

Praktische en zeker principiële bezwaren zijn er daarentegen wél aan te voeren tegen de mogelijkheid van erkenning door gehuwde mannen. Hoe moeten we praktisch en principieel denken over de (proces)rechtelijke positie van bijvoorbeeld de vrouw van de gehuwde man, en wat te doen als de man wel wil erkennen maar niet wil scheiden? Kan de rechter de toestemming van de ongehuwde vrouw bij erkenning door een gehuwde man ook vervangen en krijgt een tegen de wil van de vrouw erkend kind ook de naam van de man? Moet zijn eigen vrouw überhaupt (zoals in België) betrokken worden in de rechterlijke toetsing en is gezamenlijke ouderlijke macht mogelijk als de man getrouwd blijft? Stuk voor stuk lastiger vraagstukken dan het intoetsen van een achternaam van een kind bij de geboorte-aangifte.

Waarom is het trouwens in deze situatie zo erg dat de man met erkenning moet wachten tot zijn echtscheiding geregeld is? Waarom is het voor een echtpaar dat

weliswaar pas drie jaar getrouwd is, maar al vijftien jaar samenwoont, dan niet erg om te moeten wachten op de adoptie (zie HR 10 november 1989, RvdW 1989, 244)?

Tenslotte wordt als vierde criterium de stand van zaken van wetgeving genoemd. Hoe dichter een wetwijziging nabij is, des te minder vlug zou de Hoge Raad in het wetgevingsproces mogen ingrijpen. Ook hiervan trekt de Hoge Raad zich in deze zaak niets aan (zie boven). Concluderend: noch urgentie of aard van de zaak, noch gemakkelijke inpasbaarheid in het wettelijk stelsel, noch de stand van wetgeving gaven aanleiding om te doen wat de Hoge Raad heeft gedaan. (Zie ook F. Bruinsma, N. Huls, *De Vries en de kunst van het wetgeven*, NJB 1989, pag. 596.)

Wat de rechtsvormende taak van de Hoge Raad betreft stelt Ras (a.w. p.78) ook nog dat: 'de Hoge Raad een regel kan formuleren als de feiten daarvoor voldoende aanknopingspunten bieden, dat wil zeggen als zij voldoende typisch zijn, zodat een reeks van gevallen door de regel wordt bestreken. Dan strookt het met de op eenheid en rechtsontwikkeling gerichte taak van de Hoge Raad om het voortouw te nemen. Maar als het geval a-typisch is, bijvoorbeeld gecompliceerd of uitzonderlijk, heeft de Hoge Raad, juist omdat hij geen derde instantie is, zich terughoudend op te stellen'. De Hoge Raad doet met betrekking tot het familierecht nu juist wél rechtsvormende uitspraken in a-typische zaken en vrouwen hebben daarvan al de nadelige consequenties ondervonden.

Neem bijvoorbeeld de zaak waarin de toestemming van de moeder bij de erkenning van haar kind werd doorbroken (HR 8 april 1988, NJ 1989, 170). De feiten in deze zaak waren duidelijk a-typisch. De moeder kon niet zelf voor haar kind zorgen, zodat het kind bij pleegouders verbleef die op hun beurt de verzorging van het kind gedeeltelijk aan de biologische vader overlieten. De op grond van deze a-typische constructie door de Hoge Raad geformuleerde regel dat het weigeren van toestemming door de moeder misbruik van haar bevoegdheid kan opleveren, wordt nu te onpas gebruikt, bijvoorbeeld door vaders die hun kind oorspronkelijk zelf niet wilden erkennen en die ook niet voor het kind zorgen. Afdedwongen erkenning wordt nu niet alleen gebruikt om het kind alsnog 'op hun naam te krijgen', maar ook als juridisch opstapje voor het verzoek de voogdij van de moeder over te nemen (zie *Rechtspraak Nemesis* 1988, nr. 23, pag. 232-235).

De zaak van de gehuwde erkenner is ook buitengewoon a-typisch. Niet het feit dat een getrouwde man een kind verwekt bij een andere dan zijn eigen vrouw. Wél dat zijn vrouw, als het op echtscheiding aankomt, gebruik maakt van haar recht zich tegen de echtscheiding te verweren zo-

dat er eerst een periode van (maximaal) drie jaar scheiding van tafel en bed moet volgen, voordat de echtscheiding uitgesproken kan worden. Ook hier zou de praktijk wel eens zo kunnen uitpakken dat de regel geformuleerd op basis van deze a-typische situatie, gebruikt gaat worden in de veelvoorkomende situaties dat de man gewoon getrouwd blijft maar wel de juridische vader wil zijn van kinderen van meer dan één vrouw.

Al eerder wezen wij bovendien op het niet denkbeeldige gevaar van gelegaliseerd draagmoederschap. Wanneer immers een gehuwde man het kind van een niet gehuwde moeder ook zonder haar toestemming mag erkennen, kan vervolgens de situatie ontstaan dat de moeder door het echtpaar als draagmoeder wordt beschouwd, terwijl dat helemaal niet in de bedoeling van de moeder lag. Misschien is bij haar wel de verwachting gewekt dat de man zou gaan scheiden. Weliswaar zal de rechter over voogdijwisseling en tenslotte over stiefouderadoptie moeten beslissen (waarvoor de ongehuwde moeder geen absoluut vetorecht heeft), maar misschien gaat de rechter daarbij wel uit van de gedachte dat het in het belang van het kind is een moeder plus een vader te hebben in plaats van een moeder alleen. Met als legitiematie het belang van het kind, zou het kind dan tegen de wil van de moeder van haar kunnen worden afgenomen en in een twee-oudergezin worden geplaatst.

Nora Holtrust, Ineke de Hondt

Nr 72

* **European Commission of Human Rights,**

11 March 1981

Application no 9034/80.

R, applicant, against The United Kingdom.

Art. 8 EVRM. Volgens de Europese Commissie dwingt art. 8 EVRM niet tot het uitgangspunt dat een man en een kind er over en weer recht op hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend, zeker niet wanneer de man getrouwd blijft met een andere vrouw dan de moeder.

(...)

THE LAW

1. The applicant complains of the proceedings by which the English courts refused to declare that he is the father of the child to whom Miss S. gave birth on 28 September 1975. He alleges, on the one hand, that the length of these proceedings was excessive and, on the other hand, that there was a distortion of evidence and a wrong assessment of the facts before the courts.

Article 6, para. 1 of the Convention en-

sure inter alia, that in the determination of his civil rights and obligations 'everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law'.

As far as the length of the proceedings complained of is concerned, the Commission notes that the issue of paternity was not raised by the applicant with the High Court of Justice before May 1979 and that the case was decided at first instance on 30 July 1979 and on appeal on 22 January 1980. Leave to appeal to the House of Lords was refused on 27 March 1980. In these circumstances, the Commission is satisfied the the applicant's case was heard within a reasonable time.

As far as the fairness of the hearings is concerned, the Commission considers, after an examination of the judgements complained of, the the courts gave the parties full opportunities to present their case.

The Commission finds therefore no appearance of a violation of the rights set forth in Article 6, para. 1 of the Convention. This part of the application is therefore manifestly ill-founded within the meaning of Art. 27, para. 2.

2. The applicant further complains of the refusal of the English courts to declare that he is the father of the said child. He invokes in this respect Article 8 of the Convention which secures to everyone the right to respect for his private and family life.

There is no right under the Convention for a man to obtain a judicial declaration regarding the paternity of a child of a woman to whom he is not married or with whom he has not an established family relationship.

In the present case, the applicant is not married to the mother of the child and has never lived in a family relationship with her and her child.

There is therefore no appearance of a violation of Art. 8 of the Convention and the remainder of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Art. 27, para. 2.

(...)

Nr 73

* Hoge Raad,
10 november 1989.

Rek.nr. 7581

Mrs. Snijders, Bloembergen, Haak, Roelvink en Davids.
Advocaat-Generaal Ten Kate.

Mevrouw K., verzoekster, advocaat mr H.H. Keereweer, tegen V., verweerder, advocaat mr A.P. Visser.

Omgangsregeling. Biologische vader. Art. 8 EVRM. Family life. Ontvankelijkheid. Biologisch vaderschap alleen

is niet aan te merken als *family life* in de zin van art. 8 EVRM. Er zijn bijzondere omstandigheden nodig naast het biologisch vaderschap voor de ontvankelijkheid van het verzoek om een omgangsregeling. De Hoge Raad herzielt in dit arrest de regel dat voor ontvankelijkheid *family life* tussen vader en kind moet bestaan omdat dit reeds het geval is als de betrekking tussen vader en kind berust op biologisch ouderschap, neergelegd in HR 22 februari 1985, NJ 1986, 3; HR 10 mei 1985, NJ 1986, 5; HR 15 juli 1985, NJ 1986, 6, en HR 16 mei 1986, NJ 1986, 627. De Hoge Raad conformeert zich hiermee aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens 21 juni 1988, NJ 1988, 746. Zie ook Rechtspraak Nemesi 1989 nr 26; José J. Bolten, *Mensen en Staten. De grote woorden in de Berrehapzaak*, in Nemesi 1988 nr 6, pag. 206-212; Nora Holtrust en Ineke de Hondt, *Het Marckx-arrest* in Nemesi 1986 nr 3, pag. 98-105. De man is biologisch vader van het kind. Vader en moeder zijn nimmer gehuwd geweest, noch hebben zij samengewoond. Gedurende het eerste levensjaar geen contact tussen vader en kind, daarna wel, maar niet staat vast hoe vaak. Moeder is getrouwd, kind is door echtgenoot erkend.

Beoordeling van het middel

(...)

3.2 Voorop moet worden gesteld dat in HR 22 februari 1985, NJ 1986, 3, 10 mei 1985, NJ 1986, 5, 15 juli 1985, NJ 1986, 6, en 16 mei 1986, NJ 1986, 627, als regel is aanvaard enerzijds dat een verzoek als het onderhavige slechts ontvankelijk is wanneer tussen vader en kind *vie familialefamily life* bestaat in de zin van art. 8 EVRM, en anderzijds dat aan deze eis reeds is voldaan als de betrekking tussen vader en kind berust op biologisch ouderschap. Het Hof heeft deze regels gevolgd. Het middel stelt de vraag aan de orde of deze rechtspraak heroverweging verdient in het licht van de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens van 21 juni 1988, NJ 1988, 746.

In die uitspraak heeft het Europese Hof, voorzover hier van belang, geoordeeld (a) dat tussen een uit een wettig huwelijk geboren kind en zijn ouders door het enkele feit van zijn geboorte (en vanaf die geboorte) een als *vie familialefamily life* aan te merken band bestaat, en (b) dat die band door latere gebeurtenissen kan worden verbroken.

3.3 Deze uitspraak van het Europese Hof noopt inderdaad tot heroverweging van de onder 3.2 vermelde rechtspraak, nu deze berust op rechtstreekse toepasselijkheid van art. 8 EVRM. In het bijzonder is herziening nodig van de door de Hoge Raad toen aanvaarde regel dat tussen de biologische vader en zijn kind steeds – en derhalve door de enkele ge-

boorte – een als *vie familialefamily life* aan te merken betrekking bestaat.

Deze regel is in de eerste plaats onveringbaar met het hiervoor onder (a) weergegeven oordeel van het Europese Hof, waarin besloten ligt dat het voor de vraag of de enkele geboorte van het kind reeds een als *vie familialefamily life* aan te merken betrekking tussen het kind en zijn vader in het leven roept, aankomt op de aard van de relatie tussende vader en de moeder, waaruit het kind is geboren. In het geval waarop de uitspraak van het Europese Hof betrekking had was dat een wettig huwelijk. Aangenomen mag worden dat hetzelfde geldt in geval van een relatie tussen de vader en de moeder welke in voldoende mate met die van een huwelijk op één lijn valt te stellen om haar te kwalificeren als *vie familialefamily life*. In het licht van die uitspraak is er voorts geen reden om uit te sluiten dat ook uit na de geboorte van het kind ontstane omstandigheden kan voortvloeien dat tussen de vader en het kind zich een zo nauwe persoonlijke betrekking vormt dat deze als *vie familialefamily life* moet worden beschouwd. Maar ook in dat geval zijn daartoe bijkomende omstandigheden vereist en derhalve meer dan het enkele biologisch vaderschap.

De voormelde, door de Hoge Raad geformuleerde regel is voorts evenmin verenigbaar met het hiervoor onder (b) bedoelde oordeel van het Europese Hof, waarin besloten ligt dat een als *vie familialefamily life* aan te merken betrekking tussen de biologische vader en zijn kind door latere gebeurtenissen dit karakter kan verliezen.

3.4 Ten aanzien van de behandeling van een verzoek van de biologische vader tot het vaststellen van een omgangsregeling tussen hem en zijn kind leidt het vorenoverwogene tot het volgende.

Voor de ontvankelijkheid van het verzoek is vereist dat de verzoeker behalve het biologisch vaderschap ook bijkomende omstandigheden als vorenvermeld stelt waaruit voortvloeit dat er tussen hem en het kind een band bestaat die kan worden aangemerkt als *vie familialefamily life* in de zin van art. 8 EVRM, zodat voor een onderzoek naar de eventuele gerechtvaardigheid van een omgangsregeling plaats is.

Indien de moeder zich tegen het verzoek verweert en daarbij aanvoert dat een band als voormeld tussen vader en kind ontbreekt, is het aan het beleid van de rechter overgelaten of hij de in dit verband over en weer gestelde feiten met het oog op de toewijsbaarheid van het verzoek terstond wil onderzoeken alvorens over te gaan tot de beoordeling van de gerechtvaardigheid van de vaststelling van een omgangsregeling, dan wel dat onderzoek wil verrichten in het kader van het onderzoek dat voor laatstgenoemde beoordeling nodig is.

3.5 Uit het vorenoverwogene volgt dat

het middel doel treft. Het enkele feit dat de vader het kind heeft verwekt is niet voldoende om aan te nemen dat tussen hem en het kind een als *vie familiare/family life* in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking bestaat. Na verwijzing zal, nadat partijen de gelegenheid is geboden hun stellingen voorzover nodig aan te passen, alsnog moeten worden onderzocht of uit het door de vader gestelde volgt dat tussen hem en het kind een als *vie familiare/family life* aan te merken betrekking bestaat. Tevens zal dan aan de orde kunnen komen de door de moeder in appel subsidiair aangevoerde stelling dat door latere gebeurtenissen een dergelijke betrekking tussen de vader en het kind is opgehouden te bestaan.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 24 februari 1989;

verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

Noot

Tot 10 november 1989 werd met name de vermeende betekenis van art. 8 EVRM ontleend aan het Marckx-arrest van het Europees Hof. Het Marckx-arrest dat als koevoet werd gebruikt om aanspraken van verwekkers te promoveren tot mensenrechten. (Zie Nemesis 1986, nr. 3, pag. 98-105). Nu heeft de Hoge Raad een nieuwe vondst, namelijk het Berrehab-arrest, waarmee hij het Nederlandse familierecht meent te kunnen hercodificeren (E.H. 21-6-1988, NJ 1988, 746). Je houdt je hart toch vast wat dat nu weer allemaal teweeg zal brengen.

In ieder geval zijn met dit arrest als doorslaggevend argument op 10 november 1989 weer twee 'nuanceringen' in ons familierecht aangebracht. Niet alleen volgt volgens de Hoge Raad uit dit arrest dat gehuwde mannen voortaan ook kinderen mogen erkennen (zie dit nummer van Nemesis, Rechtspraak nr. ...), maar ook geeft het de Hoge Raad aanleiding om terug te komen op zijn standpunt uit 1985, dat verwekkers zonder meer ontvankelijk zijn in een omgangsverzoek (NJ 1986, 3).

Het vasthouden aan ons van meet af aan ingenomen standpunt, dat louter en alleen biologische feiten geen juridische eisen rechtvaardigen, tegen de stroom van juichende commentaren in, bezorgde ons af en toe een Don Quichot gevoel. Kennelijk is de Hoge Raad eindelijk toch geschrokken van de consequenties van zijn eigen uitspraak, nu spermadonors en incestvaders met de uitspraak van 1985 in de hand omgang claimen. Voortaan is verwekkerschap alléén hier-

voor niet voldoende. In bovenstaande zaak overweegt de Hoge Raad: 'Voor de ontvankelijkheid van het verzoek is vereist dat de verzoeker behalve het biologisch vaderschap ook bijkomende omstandigheden als vorenvermeld stelt waaruit voortvloeit dat er tussen hem en het kind een band bestaat die kan worden aangemerkt als *vie familiare/family life* in de zin van art. 8 EVRM, zodat voor een onderzoek naar de eventuele gerechtvaardigheid van een omgangsregeling plaats is'. Het zal niemand verbazen dat wij met dit opnieuw 'omgaan' van de Hoge Raad blij zijn.

Ongehuwde moeders in Nederland kunnen in ieder geval weer wat geruster ademen na de door de Hoge Raad gezaaide paniek. Teneinde vrouwen het haar aangedane leed rustig te laten verwerken, stellen we voor dat de raadsheeren en de A-G's die zich met familierecht bezighouden maar eens een paar maanden vakantie nemen.

Nora Holtrust, Ineke de Hondt

Nr 74

* Gerechtshof 's-Gravenhage

2 juni 1989

Reg.nr. 1254-88

Mrs Brocker, Luteyn en De Savornin Lohman.

J., appellante, procureur mr M.B. van der Kleij.

Homohuwelijk. Artt. 8, 12 en 14 EVRM, art. 26 BuPo-Verdrag en art. 1 Grondwet. Het recht te huwen komt slechts toe aan een man en een vrouw. Opheffen van het huwelijksverbod voor homofiele paren kan alleen de wetgever en behoort niet tot de taak van de rechter. Cassatie is ingesteld. Het middel tot cassatie is onder het arrest van het Hof opgenomen. Zie ook de tekst van de Deense wet, opgenomen in de rubriek Wetgeving van dit nummer.

(...)

Het hoger beroep

4. Aan de orde is de vraag of, kort samengevat, twee personen van hetzelfde geslacht, in dit geval twee vrouwen, hier te lande met elkaar kunnen huwen. Appellante en mevrouw K. hebben het voornemen daartoe. De ambtenaar van de Burgerlijke Stand te R. heeft daaraan echter niet willen meewerken. Hij heeft zijn zienswijze daaromtrent bij brief, gedateerd 27 juni 1988, aan appellante kenbaar gemaakt.

5. Appellante is van oordeel dat het voorgenomen huwelijk niet geweigerd mag worden. Zij bestrijdt dat de Nederlandse Wet het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht verbiedt. Zij acht bovendien een verbod voor een dergelijk huwelijk in strijd met de Grondwet en met

de toepasselijke verdragen, meer in het bijzonder met respectievelijk de artt. 8, 12 en 14 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), de artt. 2, 23 en 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BuPo-Verdrag) en art. 1 Grondwet.

Beoordeling van het hoger beroep

6. De rechtbank heeft in haar beschikking uitvoerig gemotiveerd waarom het verzoek afgewezen behoort te worden. Het hof kan zich volledig met de inhoud van die beschikking verenigen en beschouwt deze hierbij als ingelast en herhaald. Een kopie van die beschikking wordt aan onderhavige beschikking gehecht.

7. Daarnaast overweegt het hof naar aanleiding van de stellingen in hoger beroep, die overigens inhoudelijk nagevoeg overeenkomen met het gestelde in eerste aanleg, het volgende.

8. Appellante beroept zich thans op art. 23 lid 2 BuPo-Verdrag (het gegarandeerde recht te huwen), welk lid haars inziens in tegenstelling tot het vierde lid wel rechtstreekse werking heeft. Daargelaten of dat juist is, moet ook het beroep op dit tweede lid falen. Uit de verdragstekst valt niet af te leiden dat het recht te huwen geldt voor personen van hetzelfde geslacht. Integendeel, met name het rechtstreeks daaraan gekoppelde recht een gezin te stichten, welk recht bij gebreke van een nadere uitwerking in traditionele zin verstaan moet worden, wijst er op dat hier slechts sprake is van een huwelijk tussen personen van verschillend geslacht. In zoverre garandeert art. 23 lid 2 BuPo-verdrag derhalve dezelfde rechten als art. 12 ECRM; beide teksten komen, afgezien van een verwijzing naar nationaal recht in dit artikel 12, ook bijna letterlijk overeen.

9. De stelling dat homofiele paren mitsdien gediscrimineerd worden verwerpt het hof. Daarvoor valt geen steun te vinden in de verdrags- en wetsteksten en evenmin in de rechtspraak. Het beroep op bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen doet daaraan niets af. Appellante heeft daaromtrent niet zodanige feiten of omstandigheden gesteld, dat het huwelijksverbod voor homofiele paren niet langer gerechtvaardigd geacht moet worden en dat verdragen en wet voortaan anders uitgelegd en toegepast behoren te worden.

10. Voorts is het op zichzelf juist dat heterofiele paren, die niet door voortplanting een gezin willen/kunnen stichten, toch het recht hebben te huwen. Dat impliceert echter niet dat ook homofiele paren het recht behoren te hebben te huwen. De uitzondering die in het eerste geval aan de orde is, noodzaakt er geenszins toe tot een regel verheven te worden en om die reden het andere geval toe te staan.

11. Kenmerk van het huwelijk is bovendien dat de huwelijkspartners fysiek in

staat zijn op zodanige wijze geslachtsverkeer met elkaar te hebben dat dit tot voortplanting kan leiden. Het huwelijksrecht dient dus primair om deze voortplantingsmogelijkheid, zijnde een van de meest verstrekkende en natuurlijke gevolgen van de levensgemeenschap van man en vrouw, te legaliseren. Die voortplantingsmogelijkheid hebben homofiele paren niet en dus vallen zij buiten het (bestaande) huwelijksrecht. Het is ook niet een gevolg van dit huwelijksrecht dat appellante haar privé-leven niet de vorm en inhoud kan geven die zij wenst, maar van het feit dat zij gekozen heeft voor een duurzame relatie met iemand van hetzelfde geslacht.

12. Bij dit alles komt dat de Hoge Raad nog zeer recent (HR 24 februari 1989, RvdW 89, 65) heeft beslist dat aan personen van hetzelfde geslacht niet het recht op gezamenlijke ouderlijke macht toekomt omdat zij niet beiden in een familierechtelijke betrekking tot het kind kunnen staan. Daarbij werd (mede) als uitgangspunt genomen dat zij niet konden huwen. Aangenomen mag worden dat, ware het laatstgestelde twijfelachtig geweest, daaraan een overweging gewijd zou zijn.

13. De slotsom moet zijn dat het recht te huwen slechts toekomt aan een man en een vrouw en dat er geen plaats is het huwelijksverbod voor homofiele paren op te heffen. Het verzoek van appellante moet dan ook worden afgewezen.

14. Tot slot wijst het hof er overigens op dat, zoals ook de rechtbank al overwoog, het niet de taak van de rechter is een dergelijk verzoek te honoreren vanwege de vergaande consequenties die opheffing van het huwelijksverbod zou hebben. Het zou er immers toe leiden dat, buiten de democratische besluitvorming om, eens en voor al wijziging zou worden gebracht in een complexe materie, die gebaseerd is op een in de gehele westerse wereld hecht verankerd, reeds eeuwen bestaand en door velen nog steeds als hoogst vanzelfsprekend beschouwd beginsel dat alleen tussen een man en een vrouw een huwelijk mogelijk is. Hetgeen appellante verlangt is in ons staatsstelsel dan ook bij uitstek het terrein van de wetgever.

Beslissing

Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking van de arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 5 december 1988.

(...)

Middel van cassatie

Schending van het recht, in het bijzonder van de artt. 9, 29a, 31, 34, 80, 100, 197 en 199 van Boek I van het Burgerlijk Wetboek, artt. 1 en 120 van de Grondwet, artt. 8, 12 en 14 van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en artt. 2, 23 en 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politie-

ke rechten; doordat het Hof heeft overwogen als in r.o.v. 4 tot en met 14 van de bestreden beschikking verwoord en op grond daarvan heeft beschikt als in het dictum van die beschikking vervat; ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

Anders dan het Hof overweegt, kunnen naar huidig (in Nederland geldend) recht twee personen van hetzelfde geslacht, in dit geval twee vrouwen, hier te lande met elkaar huwen.

in de eerste plaats verbiedt de Nederlandse wet een dergelijk huwelijk niet. Een uitdrukkelijk verbod van een huwelijk als door J. gewenst, is in die wet niet te vinden, en een uitleg waarbij een dergelijk verbod geïmpliceerd wordt geacht in het systeem van de wetgeving is niet noodzakelijk en bovendien rechtens onjuist, mede gelet op het in de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel.

Voorzover de Nederlandse wetgeving een huwelijk als door J. gewenst al niet zou toestaan, dient die wet in zoverre buiten beschouwing te blijven, gelet op de door J. ingeroepen bepalingen van internationaal recht, met name het recht om te huwen, voorzover nodig uitgelegd in samenhang met het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod.

Aanvulling en toelichting

1. In *Ars Aequi* 36 (1987), pag. 644-650 treft men de beantwoording van rechtsvraag (170) over het zogeheten Homohuwelijk aan, welk antwoord door mr C. Waaldijk is gegeven. Deze bespreekt in dat antwoord de vragen welke in de onderhavige zaak aan de rechter zijn voorgelegd. Met dat antwoord is het – hier als herhaald en ingelast aan te merken – betoog gegeven ter ondersteuning van hetgeen J. in de feitelijke instanties heeft aangevoerd en thans in cassatie opnieuw naar voren brengt. J. maakt dat antwoord tot het hare, met inbegrip van de twijfels die mr Waaldijk daarbij ten onrechte niet onvermeld laat. (Een verwante materie is aan de orde in R. van Vliet, *Erkenning: mensenrecht of mannenrecht?*, NJB 1988, pag. 1263-1267, met verdere verwijzingen naar ook in deze zaak relevante rechtspraak en literatuur).

2. In het in deze zaak aangevoerde middel wordt allereerst aangevoerd dat, anders dan Rechtbank en Hof hebben aangenomen, naar Nederlands recht van een onmogelijkheid van een huwelijk tussen twee vrouwen geen sprake is. Met mr Waaldijk realiseert J. zich dat er in de literatuur eensgezindheid over bestaat dat het huidige recht de door haar gestelde mogelijkheid niet kent. In het antwoord van mr Waaldijk (pag. 165, onder 1) wordt een betoog ontwikkeld dat aangeeft waarom de tekst van het Burgerlijk Wetboek zich niet tegen een huwelijk van mensen van hetzelfde geslacht verzet, ook al bevat die tekst enkele aanknopingspunten voor de door J. verworpen, maar gangbare stelling dat volgens Ne-

derlands recht een dergelijk huwelijk onmogelijk is, en waarom bij een juiste, aan de maatschappelijke ontwikkelingen aangepaste uitleg daarvan een dergelijk huwelijk toelaatbaar moet worden geacht.

3. Neemt men al aan dat het Nederlandse recht zich wel tegen een dergelijke huwelijk verzet, dan dient die regel te worden getoetst aan de door J. ingeroepen bepalingen van internationaal recht, met name de artt. 8, 12 en 14 van het ECRM en de artt. 2, 23 en 26 van het BuPo-Verdrag. Wat het ECRM betreft, realiseert J. zich dat in de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens van 17 oktober 1986 in de zaak Rees is beslist dat het recht om te huwen als door art. 12 ECRM gegarandeerd, betrekking heeft op het traditionele huwelijk, dat tussen een man en een vrouw. Op de door mr Waaldijk aangevoerde gronden dient echter voor een wat dynamischer interpretatie van dat Verdrag te worden gekozen, waarbij niet alleen op art. 12 wordt gelet, maar dat artikel wordt geïnterpreteerd in samenhang met het recht op privacy en op gezinsleven van art. 8 en het discriminatieverbod van art. 14. Het enkele feit dat de opstellers van art. 12 uitsluitend hebben gedacht aan een relatie tussen personen van verschillend geslacht, staat aan een dergelijke interpretatie niet in de weg.

4. Zou men het door J. gestelde al niet willen of kunnen baseren op het ECRM, dan kan een betoog van gelijke strekking worden ontwikkeld op basis van art. 23, lid 2, in samenhang met artt. 2 en 26 van het BuPo-Verdrag. Met name iun haar aanvullend appèlschrift d.d. 5 februari 1989 heeft J. haar beroep op die bepalingen uitgewerkt; hier moge naar dat betoog worden verwezen.

5. Verder verdient bespreking de vraag of in een geval als dit de rechter in een positie is om een uitspraak te doen als door J. verlangd. Naar haar oordeel is de ingreep die in dit geval van de rechter wordt verlangd, beperkt en zijn derhalve geen (te) ingrijpende aanpassingen vereist, zoals bijvoorbeeld wel het geval was bij het op grond van vergelijkbare bepalingen van internationaal recht toestaan van (gedeelde) ouderlijke macht buiten huwelijk. De uitkomst van de in gevallen als dit te maken keuze is evident: men dient naast het huwelijk tussen personen van verschillend geslacht óók dat dat tussen personen van gelijk geslacht toe te staan. Voorzover bepalingen over het huwelijk kennelijk een levensgemeenschap van personen van verschillend geslacht veronderstellen, zoals bijvoorbeeld die betreffende het vaderschap van staande huwelijk geboren kinderen, zijn de daardoor opgeroepen problemen niet van dien aard dat reeds daarom de rechter zich van ingrijpen behoort te onthouden.

6. In het licht van het bovenstaande kunnen bij de verschillende rechtsoverwe-

gingen uit de beschikking van het Hof de volgende kanttekeningen worden geplaatst. Weliswaar is juist, zoals het Hof in r.ov. 8 overweegt, dat (ook) art. 23, lid 2, BuPo-Verdrag het huwelijk tussen personen van verschillend geslacht kennelijk tot uitgangspunt neemt, maar daarmee is een interpretatie als door J. voorgestaan, nog niet uitgesloten; voor een uitleg 'in traditionele zin' als door het Hof verkozen, pleiten geen zodanige argumenten, dat de door J. voorgestane, dynamische interpretatie niet mogelijk, en zelfs geboden, zou zijn. Anders dan het Hof in r.ov. 9 overweegt, is een verbod van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht wel degelijk discriminerend. De ontwikkelingen waarop J. zich in de feitelijke instanties heeft beroepen, maken duidelijk dat, ook in dit verband, het onderscheid tussen heterosexuele en homofiele paren een onvoldoende zakelijke rechtvaardiging heeft. Daarbij zij opgemerkt dat het niet aan J. is om de gronden voor een dergelijke discriminatie te weerleggen, maar aan de nationale wetgever om deze aan te voeren; in zoverre is het uitgangspunt dat het Hof in r.ov. 9 kiest, (kennelijk) onjuist. Voor het standpunt van J. pleit dat ook bij een huwelijk tussen personen van verschillend geslacht, de traditionele kenmerken van het huwelijk niet aanwezig behoeven te zijn; zo verzet niets zich tegen een huwelijk van heterofiele paren dat niet gericht is of zelfs niet gericht kan zijn op voortplanting; daarbij doet, anders dan het Hof in r.ov. 10 lijkt te veronderstellen, niet werkelijk terzake in hoeverre een dergelijk huwelijk nog steeds een uitzondering en het op voortplanting gerichte gezin regel is. Ook de in r.ov. 11 gestelde eis van 'fysiek in staat zijn' (tot geslachtsverkeer) kent het Nederlandse recht niet: heterofiele paren kunnen ook indien de fysieke mogelijkheid ontbreekt, met elkaar huwen. Het enkele feit dat homofiele paren geen voortplantingsmogelijkheid, in de door het Hof bedoelde zin van het tezamen verwekken van kinderen, hebben, maakt dat niet anders. Tenslotte: in HR 24 februari 1989, door het Hof in r.ov. 12 genoemd, is de vraag die in deze zaak aan de orde is, niet, en zeker niet ten principale, beslist; de overwegingen waarop het Hof doelt, geven niet meer dan een samenvatting van de uitgangspunten van de beslissing waartegen in dat geval beroep was ingesteld, maar een 'eigen' beslissing van de cassatierechter over de aan de orde zijnde vraag wordt in die beschikking niet gegeven.

(...)

Nr 75

* Centrale Raad van Beroep,
28 september 1989
Rolnr. ZFW 1988/5

Mrs J. Boesjes (voorzitter), J. Janssen en Ch. de Vrey.

Het Regionaal Ziekenfonds Zuid-Limburg te Maastricht, eiseres, tegen M.Th.S. te M., gedaagde.

Sociale zekerheid. Samenwonen. ZFW. Indirecte discriminatie.

Gedaagde wil als medeverzekerde in de zin van de Ziekenfondswet worden aangemerkt. Zij woont ongehuwd samen en voert een gemeenschappelijke huishouding met haar partner die verplicht verzekerd is. De Raad oordeelt dat art. 4 lid 1 ZFW, dat inhoudt dat meeverzekerd is de echtgenot(o)t(e) van de verzekerde, indien deze behoort tot het huishouden van de verzekerde en de verzekerde als kostwinner is aan te merken, zich niet uitstrekt tot samenwonenden. Geen discriminatie in de zin van art. 26 BuPo-Verdrag (IVBPR). Art. 2 lid 2 jo 6 IVESCR heeft geen directe werking. Er is volgens de Raad in casu geen sprake van indirecte discriminatie ten nadele van vrouwen en dus faalt beroep op de Derde EEG-Richtlijn.

(...)

1. Het onderwerp van het geschil

Het verzoek van gedaagde berust op de omstandigheid dat zij ongehuwd samenwoont en een gemeenschappelijke huishouding voert met een partner die verplicht verzekerd ingevolge de ZFW is.

De bestreden beslissing berust op de gedachte, dat ingevolge art. 4, eerste lid, ZFW medeverzekerd is de echtgenote of echtgenoot van de verzekerde, indien deze behoort tot het huishouden van de verzekerde en de verzekerde als haar of zijn kostwinner is aan te merken; dat onder echtgenote of echtgenoot slechts is te verstaan de vrouw of de man met wie de verzekerde wettig gehuwd is; dat gedaagde hieraan niet voldoet en derhalve niet als medeverzekerde kan worden aangemerkt.

Naar de mening van de wederpartijen van de ziekenfondsen in de onderhavige vijf gevoegd behandelde gedingen is deze uitleg van art. 4 ZFW discriminerend en in strijd met een of meer van de volgende rechtsnormen:

- art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR);
- art. 2, tweede lid, jo art. 9 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR);
- art. 14 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM);
- de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 december 1978, nr. 79/7/EEG (de derde EEG-Richtlijn);

- het gelijkheidsbeginsel als ongeschreven norm;
- art. 1 van de Grondwet (GW).

2. Beperking van de omvang van het geschil in de tijd in verband met de invoering van nieuwe regelgeving

Bij art. 1, eerste lid onder a, van de Regeling medeverzekering ziekenfondsverzekering is met ingang van 1 januari 1988 als medeverzekerde ingevolge art. 4, negende lid, ZFW aangewezen de persoon, jonger dan 65 jaar, die duurzaam een gezamenlijke huishouding voert met een verzekerde van verschillend of gelijk geslacht zonder met hem of haar gehuwd te zijn en de verzekerde als haar of zijn kostwinner is aan te merken, tenzij het betreft een bloedverwant in de eerste of tweede graad. Vervolgens is met ingang van 1 januari 1989 in art. 1, tweede lid, ZFW de bepaling opgenomen dat in deze wet en de daarop berustende bepalingen mede als gehuwd of als echtgenoot worden aangemerkt, niet gehuwde personen van verschillend of gelijk geslacht, die duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren, tenzij het betreft personen tussen wie bloedverwantschap in de eerste of tweede graad bestaat.

Dit brengt mee dat het onderwerp van het onderhavige geschil is beperkt tot de vraag of een persoon, die ongehuwd samenwoont met een partner die verplicht verzekerd ingevolge de ZFW is, reeds vóór 1 januari 1989 een aanspraak had als medeverzekerde te worden aangemerkt.

3. De uitleg van art. 4, eerste lid, ZFW

Zoals de Raad reeds eerder heeft overwogen, lijdt het geen twijfel, dat ten tijde van het totstandkomen van het bepaalde in art. 4 ZFW met 'echtgen(o)t(e)' diegene werd aangeduid met wie de verzekerde wettig gehuwd was. Weliswaar zijn sindsdien de ontwikkeling met betrekking tot de verschillende samenlevingsvormen en de opvattingen daaromtrent verder voortgeschreden, doch de Raad ziet ten aanzien van het begrip 'echtgen(o)t(e)' geen zodanig voortgeschreden rechtsontwikkeling dat het aan de rechter gegeven is onder dat begrip mede te begrijpen degene met wie men in gemeenschappelijke huishouding samenwoont zonder wettig gehuwd te zijn. De Raad heeft dan ook tot de conclusie moeten komen, dat de bestreden beslissing op een correcte uitleg en toepassing van de ZFW berust. De bestreden beslissing zou slechts dan voor vernietiging in aanmerking komen wanneer zij in strijd zou zijn met enige bindende en rechtstreeks werkende bepaling van hogere orde.

4. Art. 26 IVBPR

Wat art. 26 IVBPR betreft overweegt de Raad dat het Comité voor de rechten van de mens, bedoeld in art. 28 e.v. IVBPR,

als zijn oordeel heeft uitgesproken (beslissing van 16 april 1987, nr. 180/1984, in de zaak D., gepubliceerd in RSV 1988/201), dat een ongelijk rechtsregime voor ongehuwd samenwonenden in vergelijking met gehuwd samenwonenden nog geen discriminatie in de zin van art. 26 IVBPR inhoudt. Aangezien in de onderhavige casus de ongelijkheid naar 's Raads oordeel niet ingrijpender is dan in de zaak D. en er voorts geen enkele aanleiding is te veronderstellen dat de rechtsopvatting binnen het geheel der Verdragsluitende Staten inmiddels is gewijzigd ten opzichte van de stand van zaken op basis waarvan het Comité voor de rechten van de mens zijn oordeel in de zaak D. gaf, kan van de thans bestreden beslissing niet worden gezegd dat deze in strijd is met art. 26 IVBPR.

5. Art. 2, tweede lid, jo. 9 IVESCR en art. 14 EVRM

Met betrekking tot deze verdragsbepalingen volstaat de Raad er mee op te merken, dat art. 2, tweede lid, IVESCR geen rechtstreekse werking heeft en dat het discriminatieverbod van art. 14 EVRM alleen geldt voor de rechten en vrijheden, welke in dat Verdrag zijn vermeld, waartoe niet behoort een sociaal zekerheidsrecht als in dit geding aan de orde.

6. De derde EEG-Richtlijn

Wat de derde EEG-Richtlijn betreft – al aangenomen dat deze ratione personae van toepassing is – wijst de Raad er op, dat deze betrekking heeft op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op nader aangegeven gebieden en discriminatie op grond van geslacht verbiedt. Betoogd is dat in casu sprake is van zogenaamde indirecte discriminatie en dat op grond daarvan de toepassing van art. 4 ZFW in de geest van de bestreden beslissing in strijd is met de derde Richtlijn.

De Raad overweegt te dien aanzien, dat met indirecte discriminatie in het algemeen wordt aangeduid een situatie waarin een (ogenschijnlijk) sexe-neutrale norm in de praktijk in het overgrote merendeel van de gevallen uitpakt ten nadele van hetzij de vrouw hetzij de man – naar in casu gesteld: in dit geval ten nadele van de vrouw. Om in een geval als het onderhavige tot die conclusie te komen dient men echter te beschikken over meer statistische gegevens dan thans beschikbaar zijn. Bovendien rijst ook hier de vraag, zoals zo dikwijls bij statistische verwerkingen, wat precies moet worden geteld, van welke categorieën moet worden uitgegaan, wat met wat moet worden vergeleken, etc. Al aangenomen dat zich bij de ongehuwd samenwonenden hetzelfde arbeidspatroon voordoet als bij de gehuwd samenwonenden, namelijk dat in verreweg de meeste gevallen de man de kostwinner is, dan rijst de vraag of het in het kader van de ZFW juist is bij de telling uit te

gaan van de categorie der medeverzekerden in plaats van die der verzekerden: het eerste kan een redenering opleveren met als conclusie dat binnen de groep der ongehuwd samenwonenden art. 4 ZFW vooral ten nadele van de vrouw strekt; een telling van de verzekerden kan daarentegen worden gehanteerd voor een betoog dat uitmondt in de conclusie dat vooral de man wordt getroffen aan wie de mogelijkheid wordt onthouden zijn partner in de ziekenfondsverzekering te introduceren waardoor op hem (hij is immers kostwinner) een zwaardere financiële last drukt. Zo zijn er verschillende kanttekeningen te plaatsen en vragen te stellen.

De Raad is tot de conclusie gekomen, dat er te veel redenering met te veel arbitraire keuzemomenten nodig is om met voldoende duidelijkheid als vaststaand aan te kunnen nemen dat art. 4, eerste lid, ZFW (indirecte) discriminatie naar geslacht inhoudt. Ook is naar 's Raads oordeel geen sprake van een zodanig vermoeden in die richting, dat daardoor de bewijslast zou verschuiven in diervoege, dat gedaagde zou dienen aan te tonen dat in casu discriminatie naar geslacht ontbreekt. In wezen is bij art. 4 ZFW sprake van een achterstelling van ongehuwd samenwonenden bij gehuwd samenwonenden, doch dat houdt op zich nog geen discriminatie naar geslacht in. Van strijd met de derde EEG-Richtlijn kan dan ook niet worden gesproken.

7. Het gelijkheidsbeginsel; art. 1 GW

Wat het beroep op het gelijkheidsbeginsel betreft, wijst de Raad er op dat het in dit geding gaat om art. 4 ZFW, zijnde een wet in formele zin, en dat hij een zodanige wetsbepaling niet vermag te toetsen aan art. 1 van de Grondwet en in beginsel evenmin aan algemene rechtbeginselen. Ook het beroep op 's Raads jurisprudentie met betrekking tot de gelijke behandeling van ongehuwd samenwonenden op basis van een notarieel samenlevingscontract in het kader van de toepassing van bepaalde militaire rechtspositionele regelingen kan geen doel treffen, nu daar geen wet in formele zin, doch lagere regelgeving ter toetsing stond.

8. Slotsom

Aangezien de Raad ook overigens niet is gebleken dat de bestreden beslissing in strijd is met enige rechtsregel waaraan de Raad vermag te toetsen, komt deze beslissing niet voor vernietiging in aanmerking.

(...)

Nr 76

*** Raad van Beroep Zwolle,**

17 maart 1989

NWW 88/190/18

Voorzitter mr H.J. Buysman.

Mevr. A., advocate mr A.J.T. van Tilborg, klaagster, tegen Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen te Zeist, gemachtigde J.A.M. der Weduwen.

WW. Recht op part-time werken na bevalling. Werkgever weigert vrouw part-time werk waarom zij verzocht in verband met haar bevalling. Zij neemt ontslag. De BVG weigert WW omdat zij te weinig sollicitatie-activiteiten heeft ontwikkeld vóór haar ontslag en omdat de reden voor het ontslag in de particuliere sfeer ligt.

(...)

Motivering

Tengevolge van het namens klaagster tegen de beschikking van 's raads voorzitter ingediende verzoekschrift is die beschikking vervallen. De behandeling van het geschil is ter zitting van de raad voortgezet.

De raad kan zich geheel verenigen met de gronden waarop de beschikking van zijn voorzitter d.d. 24 november 1988 beruiste en neemt die gronden over.

Klaagsters gemachtigde voert in haar verzetschrift in de eerste plaats aan dat klaagster zeer tijdig een verzoek om vermindering van arbeidsuren bij haar werkgeefster heeft ingediend, doch dat klaagsters werkgeefster het verzoek heeft afgewezen op een tijdstip dat klaagster, gezien haar zwangerschapsverlof, geen kans meer maakte op een ander dienstverband. Uit de stukken (en wel met name klaagsters aanvraag om een WW-uitkering d.d. 7 december 1987) blijkt evenwel dat klaagster in juni 1987 heeft verzocht om vermindering van arbeidsuren. Klaagsters werkgeefster heeft voormeld verzoek – zo blijkt uit de brief van klaagsters gemachtigde d.d. 27 april 1987 – medio juli 1987 afgewezen. Onder deze omstandigheden gaat het te ver klaagsters werkgeefster te verwijten dat zij te traag heeft gereageerd op klaagsters verzoek van juni 1987.

Klaagsters gemachtigde voert in de tweede plaats aan dat de combinatie zorg voor jonge kinderen en een volledige baan een te zware belasting betekent voor klaagster, zodat daarom ook een tijdelijke voortzetting van het dienstverband in redelijkheid niet gevergd kan worden. Uit de stukken blijkt dat klaagsters uit het vorenstaande voortvloeiende keuze tot beschikbaarstelling gedurende 16 uur per week ook door verweerder gerespecteerd wordt. Verweerder heeft immers klaagster recht op uitkering ontzegd gedurende 24 uur per week, omdat zij zich slechts gedurende 16 uur per week voor werk beschikbaar stelt. Klaagster kan zich met dat onderdeel van verweerdens beslissing ook verenigen. Verweerder heeft klaagster voor 16 uur per week evenwel uitkering ingevolge de WW geweigerd, met name om-

dat zij – zoals ter terechtzitting door verweerders gemachtigde is benadrukt – vóór het ontstaan van haar werkloosheid op 14 december 1987 te weinig sollicitatie-activiteiten aan de dag heeft gelegd, zodat zij daarom verwijtbaar werkloos is.

Ter terechtzitting heeft klaagsters gemachtigde aangevoerd dat klaagster in de periode vóór het einde van haar zwangerschapsverlof pogingen heeft gedaan om werk te vinden. De raad is terzake met verweerder van oordeel dat deze pogingen, afgaande op hetgeen daaromtrent ter terechtzitting is medegedeeld, zich hebben beperkt tot het informeren naar de mogelijkheden van arbeid en geen concrete sollicitaties betroffen.

De raad is van mening dat het op klaagsters weg had gelegen zeker vanaf het moment dat zij wist dat haar werkgeefster haar verzoek om vermindering van arbeidsuren had afgewezen (juli 1987) actief te solliciteren.

De raad is met zijn voorzitter van mening dat verweerders sanctie overeenkomstig zijn beleid is getroffen. Uit de KC/DB voorlegger blijkt voldoende waarom verweerder in het onderhavige geval is afgeweken van de gebruikelijke sanctie bij ontslagname om een in de privé-sfeer gelegen reden van 20 procent gedurende 13 weken. Hetgeen klaagsters gemachtigde daaromtrent in haar verzetschrift heeft aangevoerd kan dan ook niet tot een andere beslissing leiden. Gezien het vorenstaande dient beslist te worden als volgt.

Inhoud der uitspraak

De Raad van Beroep te Zwolle, recht doende, verklaart het beroep ongegrond.

Noot

Ter vergelijking een andere beslissing van de BVG die gunstiger uitviel en dus niet aan de Raad van Beroep werd voorgelegd.

Mevrouw B werkt als verpleegkundige 4 dagen in de week. Na de bevalling van haar tweede kind wil zij nog maar drie dagen blijven werken. De werkgever gaat hiermee accoord. Tevens echter wil de vrouw het kind zes maanden borstvoeding geven. Dat blijkt op het werk niet mogelijk. Toen deed zij het voorstel om met onbetaald verlof die zes maanden vol te maken. Inclusief het bevalingsverlof, opgespaarde vakantie en het al bestaande (CAO-)recht op één maand onbetaald verlof, zou dit praktisch neerkomen op twee maanden extra onbetaald verlof. Daarop wilde de werkgever helaas niet ingaan. De vrouw nam ontslag per einde bevalingsverlof plus vakantie. De BVG weigerde aanvankelijk de uitkering omdat de vrouw om particuliere redenen ontslag had genomen. Het bestuur van de BVG oordeelde evenwel anders. Er werd alsnog een uitkering toe-

gekend, maar onder toepassing van een sanctie. Het bestuur achtte de vrouw verwijtbaar werkloos omdat zij ontslag had genomen 'zonder dat er zodanige bezwaren tegen voortzetting van de dienstbetrekking bestonden dat dit redelijkerwijs niet van haar zou kunnen worden gevergd'. De uitkering werd gedurende 13 weken verlaagd van 70 naar 60 procent.

De beslissingen zijn niet opzienbarend, maar zij spreken boekdelen over de frictie tussen de beleden emancipatie-ideologie en de alledaagse realiteit.

Drie omstandigheden bemoeilijken de combinatie arbeid en kleine kinderen: het zelf voeden, de arbeidsintensiteit van de verzorging en het feit dat de lieve kleinen niet zonder meer alleen kunnen worden gelaten. Structurele voorzieningen, waarbij een deel van de zorg- en oppastaken door derden worden overgenomen, zijn in ons land slechts in zeer beperkte mate aanwezig. Weliswaar heeft men het recht het kind onder werktijd borstvoeding te geven, maar de werkgever is niet verplicht een ruimte beschikbaar te stellen waar het kind tussen de voeding door ook kan verblijven (Hof Amsterdam 30 mei 1980, NJ 1981, 136 en 5 juli 1984, NJ 1985, 119). Kinderopvang, zeker voor hele kleintjes, is temauwernood aanwezig en heel veel grootmoeders zijn inmiddels als herintreedster full-time aan het werk. In deze context is het begrijpelijk dat vrouwen na de bevalling om minder uren vragen of om langer onbetaald verlof. Hetzij omdat zij het kind zelf willen voeden, hetzij omdat zij – terecht – vrezen de 'dubbele belasting' zo kort na de bevalling niet aan te kunnen en meestal om alle drie de redenen tegelijk. Vrouwen zeggen dan vroom dat zij 'kiezen voor het kind'. Een misleidende voorstelling van zaken: er is geen sprake van een 'keuze', maar van regelrechte chantage. In onze maatschappij laat niemand een baby van zes weken onverzorgd en ongevoed gedurende acht uur of langer alleen thuis. Men zou bovendien nog beschuldigd kunnen worden van poging tot moord.

De hiervoor weergegeven beslissingen hebben hier alles mee te maken.

Het aantal uitspraken van de Centrale Raad van Beroep onder de oude WW op dit punt is niet omvangrijk. Vastomlijnde criteria die speciaal waren toegesneden op de combinatie zorg voor babies en betaalde arbeid zijn in die tijd niet ontwikkeld. Vast was wel dat de wens het kind zelf te voeden, gebrek aan oppas en geen deeltijdarbeid kunnen vinden, onveranderd werden aangemerkt als omstandigheden die geheel in de particuliere sfeer lagen. Vast was ook dat de WW-uitkering vrijwel altijd werd geweigerd. Wat varieerde was de grond

waarop werd geweigerd. Die kon bijvoorbeeld berusten op het vertonen van te weinig inventiviteit en activiteit bij het zoeken naar oplossingen voor het zelf voeden, en zelfs op onvoldoende doortastendheid in het overleg met de werkgever (CRvB 17 juli 1984, RSV 1984/241). Ook is wel geoordeeld dat er niet ruim genoeg voor de bevalling al was omgezien naar oppas (CRvB 21 november 1984, RSV 1975/131) of dat onvoldoende was aangetoond hetzij dat er geen oppasmogelijkheid was, hetzij dat de bereidheid aanwezig was zich in ruimere mate beschikbaar te stellen voor de arbeidsmarkt zodra die oppas er wel was (CRvB 21 januari 1981, RSV 1981/176). Slechts in één geval van aperte overmacht werd beslist dat de werkloosheid niet-onvrijwillig was (CRvB 19 februari 1985, RSV 1985/205, zie ook Jeanette Ebbens, *Werkloos geworden moeders; borstvoeding, kinderopas en het recht op een werkloosheidsuitkering*, Nemesis 1984 nr 5, pag. 381).

Veel vaker werd evenwel teruggevallen op de 'neutrale' standaardformule: het vertonen van te weinig sollicitatie-activiteiten. Wat de Centrale Raad van Beroep zich bij die activiteiten voorstelde, met het zwangerschaps- en bevalingsverlof in het vooruitzicht, heeft hij echter nooit nader geëxpliciteerd. Wel werd de uitkering ook op die grond onveranderd geweigerd (zie ook W.C. Monster en M.P. Timmers-de Vin, *Positierecht, Rechtspositie van zwangere vrouwen en pas bevallen werkneemsters*, Samsom 1989, pag. 154-155, 167-170 en 201).

Onder de nieuwe WW is een genuanceerder uitkeringsbeleid mogelijk. De uitkering kan thans ten dele worden geweigerd, dat wil zeggen op de toegekende uitkering kan een sanctie worden toegepast. Nieuw is nu in de hiervoor weergegeven beslissingen dat de uitkering bij ontslagname in verband met privé-omstandigheden in beginsel niet meer geheel wordt geweigerd. De standaard sanctie van de BVG schijnt in dit geval te zijn een korting van 20 procent gedurende 13 weken, zo is uit de beslissing van de Raad van Beroep op te maken.

Toch zijn er diverse beoordelingsverschillen in de twee zaken. Mevrouw A krijgt niets. Mevrouw B wordt slechts 10 procent gekort gedurende 13 weken. Nergens is uit op te maken wat de reden is voor het verschil in sanctie. Getoetst aan de standaard sancties en standaard misdragingen die de FBV in een circulaire (C776 van 18 november 1986 en gewijzigd d.d. 6 juni 1989, zie PS 1989, pag. 791) opstelde, valt de eerste sanctie in de categorie verwijtbaar werkloos tengevolge van 'zonder meer ontslag nemen; ontoelaatbaar wangedrag' en de tweede in de categorie verwijtbaar werkloos 'terwijl behoud van arbeid mogelijk was'. Voorts wordt bij mevrouw A

over de sollicitatie-activiteiten gesproken en bij mevrouw B niet. En tot slot zou mevrouw A alleen uitgekeerd kunnen krijgen over de tijd dat zij zich beschikbaar stelde voor de arbeidsmarkt, terwijl daar bij mevrouw B geen sprake van is. Zij stelt zich in beginsel geheel beschikbaar en krijgt dus over haar oorspronkelijke dagtaak uitgekeerd.

Al met al valt ook uit deze beslissingen geen lijn voor de toekomst te destilleren. Hoogstens kan de 'slimme' conclusie worden getrokken dat niet om deeltijdwerk moet worden gevraagd, maar om de mogelijkheid om het kind op het werk te voeden. Als dat laatste niet lukt kan vervolgens om langer onbetaald verlof worden gevraagd en als dat niet wordt toegestaan kan men ontslag nemen. Zo wordt dan keurig binnen de grenzen die het recht heeft getrokken een langer verlof gerealiseerd, terwijl het recht op een WW-uitkering is veiliggesteld.

Eenzijds is het op zich verheugend dat onder de nieuwe WW in beginsel de mogelijkheid blijkt te bestaan een uitkering te krijgen bij werkloosheid in verband met privé-omstandigheden. Anderzijds moet worden vastgesteld dat die uitkering maar tijdelijk is; de arbeidsplaats is verloren gegaan en juist aan behoud van die arbeidsplaats heeft men meer dan aan welke uitkering ook. Omdat dit verlies van dienstbetrekking vooralsnog meer vrouwen zal treffen dan mannen is bovendien sprake van directe discriminatie. In de conclusie van de Advocaat-Generaal van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak Dekker/VJV overweegt ook de Advocaat-Generaal immers dat moederschap is verbonden aan het vrouw-zijn en dat het gebruiken van moederschap als geoorloofd argument om iemand niet in dienst te nemen 'van nature directe discriminatie wegens geslacht' oplevert. Hetzelfde mag dus worden gezegd van moederschap als geoorloofd argument om iemand niet in dienst te houden.

Er is daarom alles voor te zeggen om – in hedendaagse terminologie – de 'vervuiling bij de bron' aan te pakken. Die bron is in dit geval de weigering van de werkgever mee te werken aan een oplossing.

Heel formeel beschouwd heeft de werkgever, geheel overeenkomstig het contractenrecht, niet de plicht de overeenkomst op verzoek van de wederpartij te wijzigen. De werknemer heeft niet het recht minder uren te gaan werken, de werkgever niet de plicht om aan een verzoek daartoe gehoor te geven. De beste illustratie daarvoor is wel het feit dat het ouderschapsverlof wettelijk moet worden geregeld met als essentie dat de werkgever wel een plicht tot instemming met verkorting van de werktijd wordt opgelegd (Wetsvoorstel Regelen betreffende de aanspraak op ouderschapsverlof, TK 1987-1988, 20 528).

Anderzijds kan men zich afvragen of ook zonder wettelijke regeling van het ouderschapsverlof de beginselen van het contractenrecht wel onverkort gelden ten aanzien van de arbeidsovereenkomst. Daartoe kan bijvoorbeeld worden gewezen op de verplichting tot overwerk die onder omstandigheden bestaat. Ook dan is er in feite sprake van een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst, maar dan in het belang van de werkgever. Op grond van goed werknemerschap (artt. 1639 en 1639d BW) kan de werknemer in redelijkheid niet weigeren dit overwerk te verrichten.

Omgekeerd is het verdedigbaar dat op basis van het goede werkgeverschap (art. 1638z BW) de werkgever in redelijkheid niet kan weigeren toe te stemmen in verkorting of wijziging van de werktijden als het verzoek daartoe verband houdt met de zorg voor babies en jonge kinderen. Op zijn minst kan daaraan worden ontleend dat de weigering van de werkgever op redelijke argumenten moet berusten en dat die argumenten door de rechter in kort geding kunnen worden getoetst.

Een andere grondslag kan worden gevonden in het eind november 1987 in werking getreden ILO-Verdrag nr 156 en de bijbehorende Aanbeveling nr 165 (Trb. 1981, 244 en 1982, 101. Zie over Verdrag en Aanbeveling uitgebreider: K. Wenholt, *Arbeidsparticipatie van vrouwen met gezinsverantwoordelijkheid*, SMA 1987, pag. 408). Beide documenten betreffen de gelijke kansen en gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke arbeiders met gezinsverantwoordelijkheid. Hoewel een Aanbeveling formeel geen rechtskracht heeft en niet behoeft te worden goedgekeurd, liggen de zaken in dit geval toch enigszins anders. Verdrag en Aanbeveling zijn gezamenlijk aan de orde geweest tijdens de goedkeuringsbehandeling en kennelijk werd aanvaard dat zij onlosmakelijk bij elkaar hoorden. Zij verplichten tot een gefaseerde invoering van allerlei maatregelen en met name tot de mogelijkheid om na het zwangerschapsverlof een ouderschapsverlof te kunnen opnemen. Art. 22 lid 1 van de Aanbeveling is daarin zeer concreet: 'Elk van beide ouders dient, binnen een tijdvak onmiddellijk volgend op het zwangerschapsverlof, de mogelijkheid te hebben verlof te krijgen (ouderschapsverlof), zonder dat hij of zij zijn of haar betrekking verliest en met behoud van alle desbetreffende rechten.' Uit de schriftelijke behandeling van de goedkeuringsprocedure blijkt dan ook dat de regering meende niet geheel aan het Verdrag te kunnen voldoen zonder een wettelijke regeling voor ouderschapsverlof. De goedkeuringsprocedure van Verdrag en Aanbeveling liep derhalve parallel aan het uitgesproken voornemen tot de instelling van een wettelijk recht op ouderschapsverlof (Nota Combinatie ouderschap-betaalde arbeid,

TK 1985-1986, 19 368) en in de parlementaire stukken van de onderscheiden regelingen zijn veelvuldig onderlinge verwijzingen te vinden.

Aangenomen mag dus worden dat de regering van oordeel was dat het recht op ouderschapsverlof zonder meer uit het Verdrag voortvloeide. En daarom mag tevens worden aangenomen dat een recht op ouderschapsverlof ook thans reeds bestaat, zelfs al heeft het wetsvoorstel betreffende het ouderschapsverlof de parlementaire procedure nog niet geheel doorlopen. Blijkens de Aanbeveling hoeft wetgeving op dit punt ook niet te worden afgewacht. Uit de artt. 22 lid 2 van de Aanbeveling jo de artt. 9 van het Verdrag of 3 van de Aanbeveling is op te maken dat de lengte, de duur en de voorwaarden van een ouderschapsverlof, zoals is bedoeld in art. 22 lid 1 van de Aanbeveling, niet alleen kunnen worden vastgesteld door wetgeving, maar ook door rechterlijke beslissingen.

Op deze grond kan worden gesteld dat geen genoeg genomen behoeft te worden met een weigering van de werkgever de werktijd te verkorten of te onderbreken en dat de mogelijkheid bestaat voor de rechter in kort geding verkorting van de werktijd af te dwingen. Dit is ten overvloede eveneens nog af te leiden uit art. 32 van de Aanbeveling, waarin alle ruimte aan het particulier initiatief wordt gelaten om maatregelen te bevorderen. Ook een kort geding kan als een particulier initiatief worden beschouwd.

Een dergelijke procedure is ook in het zicht van de Wet op het ouderschapsverlof niet zinloos of overbodig. Het is voorstelbaar dat zelfs na inwerkingtreding van deze wet werknemers of werknemers meer willen dan waarop het ouderschapsverlof recht zal geven. Het ouderschapsverlof is immers een minimumregeling: er is slechts gedurende een half jaar recht de wekelijkse arbeidsuren tot maximaal 20 uren per week te reduceren. Te weinig van alles om een structurele oplossing te worden genoemd. Interventie van de rechter geeft de mogelijkheid de verlofrechten aan de individuele behoeften aan te laten aansluiten op 'maatwerk' te leveren. En 'maatwerk' is nu precies waar de werkgeversorganisaties op aandringen.

Mies Monster

Nr 77

**Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen,
14 november 1989**

Conclusie van de Advocaat-Generaal Marco Darmon
Zaak 177/88.

E.J.P. Dekker tegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV).

Zwangerschap. Sollicitatie. Zwanger-

schaps- en bevallingsuitkering. Zie Van Elderen en Van Driem in *Nemesis* 1984 nr 1, pag. 39, Konijn in *Nemesis* 1986 nr 6, pag. 260, en Monster in *Nemesis* 1988 nr 5, pag. 194.

De Hoge Raad heeft vier vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap voorgelegd. Hieronder volgen de antwoorden van de Advocaat-Generaal Marco Darmon (zaak 177/88) op deze vragen.

Samenvatting van de conclusie van de Advocaat-Generaal Marco Darmon in de zaak Dekker/VJV.

Alvorens de Advocaat-Generaal toekomt aan de beantwoording van deze vragen gaat hij in op het schriftelijke commentaar van de Commissie.

De Commissie is van mening dat de Richtlijn niet op correcte wijze in het Nederlandse recht is overgenomen (*transposition incorrecte*), aangezien, ook al is er sprake van specifieke wetgeving ter uitvoering van de Richtlijn, in het nationale recht van de Lidstaat afwijkende regelingen voorkomen. Desondanks kan de Richtlijn slechts worden ingeroepen tegenover de Staat en overheidsorganen. Hiermee is de Advocaat-Generaal het niet eens. De Advocaat-Generaal maakt onderscheid tussen directe werking van een Richtlijn (bij afwezigheid van adequate nationale wetgeving) en het inroepen van een Richtlijn uitsluitend in verband met Richtlijn-conforme interpretatie van nationale wetgeving, met name van nationale uitvoeringswetgeving.

Het beroep op de Richtlijn met het oog op de interpretatie kan altijd dus ongeacht de werking, direct of niet, van de Richtlijn en ongeacht de betrokken partijen. Het beroep op de Richtlijn bij ontbreken van adequate nationale wetgeving is beperkt tot die bepalingen die voldoende precies en onvoorwaardelijk zijn, en kan volgens de jurisprudentie van het Hof niet de betrekkingen tussen burgers bepalen.

Het Hof heeft in een eerdere uitspraak reeds benadrukt dat het recht van de burgers om een Richtlijn in rechte tegen een in gebreke zijnde Lidstaat in te roepen een minimumgarantie is. De prejudiciële

vraag moet dus worden verstaan in beperkte zin, namelijk die van interpretatie van de Richtlijn, en de nationale rechter verlangt geen uitspraak over de kwestie van de directe werking.

1. Handelt een werkgever, hetzij direct, hetzij indirect, in strijd met het in art. 2 lid 1 en art. 3 lid 1 van de Richtlijn nr 76/207 (van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden) bedoelde beginsel van gelijke behandeling, wanneer hij weigert met een door hem geschikt bevonden sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te gaan op grond van de nadelige gevolgen die voor hem van haar bij die sollicitatie bestaande zwangerschap zijn te verwachten in verband met een regeling van de overheid betreffende arbeidsongeschiktheid, waarin met verhindering om dienst te verrichten wegens ziekte wordt gelijkgesteld verhindering in verband met zwangerschap?

De Advocaat-Generaal is van mening dat de artt. 2 lid 1 en 3 lid 1 van de Richtlijn aldus moeten worden uitgelegd dat de weigering van een werkgever om een vrouwelijke werknemer in dienst te nemen vanwege het feit dat zij zwanger is, directe discriminatie oplevert op grond van geslacht, ongeacht de eventuele financiële gevolgen voor de werkgever. Moederschap is verbonden aan het vrouw zijn en moederschap gebruiken als geoorloofd argument om iemand niet in dienst te nemen is dus van nature directe discriminatie vanwege geslacht. De Advocaat-Generaal heeft volledig begrip voor de financiële nood situatie van VJV, maar hij is van mening dat het principe van gelijke behandeling niet mag wijken voor dergelijke moeilijkheden, die voornamelijk een gevolg zijn van het feit dat in de sociale wetgeving zwangerschap op één lijn wordt gesteld met ziekte. Een dergelijke gelijkstelling is technisch verdedigbaar als het gaat om de hoogte van de uitkering, maar absoluut niet toelaatbaar als zij leidt tot een weigering om een zwangere vrouw in dienst te nemen. Teneinde het volledige effect van de Richtlijn te verzekeren en de effectiviteit van het gemeenschapsbeginsel van gelijke behandeling bij de toegang tot de dienstbetrekking te garanderen moeten de lidstaten alle nodige maatregelen treffen om te voorkomen dat het aannemen van een zwangere – even capabele – vrouw meer kost dan het aannemen van een man, door de toepassing van nationale regels uit het sociale zekerheidsrecht.

2. Maakt het daarbij verschil of mannelijke sollicitanten ontbraken?

Op grond van dezelfde overwegingen is de Advocaat-Generaal van mening dat het niet van belang is of er al dan niet mannelijke kandidaten beschikbaar waren voor de vervulling van de vacature.

3. Is het verenigbaar met de artt. 2 en 3: a. dat, wanneer vaststaat dat het beginsel van gelijke behandeling jegens de afgevoerde sollicitante is geschonden, daarnaast voor toewijzing van een op die schending gegronde vordering als de onderhavige nog schuld van de werkgever vereist; of b. dat bij vaststaan van een zodanige schending de werkgever zijnerzijds nog een beroep op een rechtvaardigingsgrond kan doen, zonder dat zich één van de gevallen van art. 2 leden 2-4 voordoet?

Volgens de Advocaat-Generaal is de kern van de vraag of schending van het gemeenschapsrecht zonder sanctie kan blijven, zodra de werkgever zich kan beroepen op aan het nationale recht ontleende schuldsluitingsgronden of rechtvaardigingsgronden. De Advocaat-Generaal is van mening dat het nuttig effect van de bepalingen van de Richtlijn zou worden tegengegaan, indien bij schending van het discriminatieverbod van de Richtlijn de eis wordt gesteld dat de werkgever daarnaast nog verwijtbaar heeft gehandeld.

Het klassieke civiele aansprakelijkheidsrecht veronderstelt de aanwezigheid van schuld, schade en causaal verband tussen de schuld en de schade (art. 1401 BW). Maar de schuld staat al vast, voordat kan worden toegekomen aan de beoordeling van de aansprakelijkheid. De schuld is gelegen in de schending van de communautaire norm als zodanig, dat wil zeggen in de discriminatoire daad of gedraging zelf.

Evenzo zou het aanvaarden van rechtvaardigingsgronden – die in elke Lidstaat weer anders zijn – het nuttige effect van het communautaire principe van gelijke behandeling en de eenheid van toepassing van de norm, aanzienlijk verminderen. Zodra een vrouwelijke werknemer heeft bewezen dat er sprake is van discriminatie en zij dientengevolge schade heeft geleden, kan naar de mening van de Advocaat-Generaal geen enkele aan het nationale recht ontleende rechtvaardigingsgrond door de werkgever worden ingeroepen. Het is vervolgens de taak van de nationale rechter om in overeenstemming met het nationale recht de gewraakte gedraging te sanctioneren, nu de Richtlijn de wijze van sanctionering aan de Lidstaten heeft overgelaten, mits – zoals blijkt uit de jurisprudentie van het Hof – de sancties 'voldoende efficiënt zijn om het doel van de Richtlijn te bereiken'. Uit bovenstaande volgt dat het niet in overeenstemming is met de artt. 2 en 3 van de Richtlijn om, in geval van gebleken

Met ingang van *Nemesis* 1989 nr. 2 zijn rechterlijke uitspraken en ontwikkelingen op het gebied van wetgeving zonnig en zomogelijk van annotaties voorzien. Annotatoren zijn de vaste medewerksters en de redactie van *Nemesis*. Sinds *Nemesis* 1988 nr. 1 zijn de uitspraken genummerd. Aanbevolen citeerwijze: Rechtspraak *Nemesis* 1989 nr. 38.

schending van het beginsel van gelijke behandeling bovendien te eisen dat er sprake is van een bewezen aperte schuld van de werkgever of de mogelijkheid voor de werkgever open te laten om een aan het nationale recht ontleende rechtvaardigingsgrond in te roepen; dit alles uiteraard daargelaten de leden 2 tot 4 van art. 2.

4. Indien de schuld als bedoeld onder 3 mag worden geeïst dan wel rechtvaardigingsgronden kunnen worden ingeroepen, is dan voor het ontbreken van schuld, onderscheidenlijk de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond voldoende dat de werkgever risico's loopt als onder de feiten weergegeven, of moeten de artt. 2 en 3 aldus worden uitgelegd dat hij zich volledige zekerheid heeft verschafte dat de uitkering wegens arbeidsongeschiktheid wordt geweigerd, onderscheidenlijk dat het verlies aan formatieplaatsen wordt geleden, en hij al het mogelijke heeft gedaan om zulks te voorkomen?

Gezien de beantwoording van vraag drie ziet de Advocaat-Generaal geen reden deze vraag te beantwoorden.

(Met dank aan mevrouw mr A.M. Luttmer-Kat voor hulp bij de interpretatie.)

L'arrêt

(...)

7. La solution de cette affaire suppose cependant résolues au préalable certaines difficultés écrites. Pour l'essentiel, celle-ci estime que la directive n'a pas fait l'objet d'une transposition correcte en droit néerlandais puisque, s'il existe une loi de 'transposition', il subsiste dans le droit interne de cet Etat membre des dispositions réglementaires contradictoires. En conséquence, il faudrait, eu égard à votre jurisprudence Marshall⁶, s'interroger sur le point de savoir si le centre de formation peut véritablement se voir opposer les dispositions de la directive, compte tenu de l'absence d'un effet dit 'horizontal'⁷.

8. Nous abordons ici une des difficultés que ne peut manquer de susciter la situation ambiguë du droit national en cause dans cette affaire. En effet, la coexistence de la loi néerlandaise relative à l'égalité de traitement des hommes et des femmes en matière d'accès à l'emploi et de l'arrêté royal dont l'article 3, en assimilant la maternité à la maladie, pourrait bien être contraire à la directive constituée pour les particuliers, selon les propres termes de votre arrêt Commission contre France, 'une situation de fait ambiguë en maintenant (...) un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit communautaire'⁸.

9. Une telle contradiction de normes de droit interne de valeur différente nous paraît pouvoir fonder, le cas échéant, un recours en manquement de la part de la Commission conformément à votre jurisprudence précitée. Si l'on entend concevoir de façon unitaire la notion de transposition incorrecte, il faut dès lors considérer que la simple existence d'un texte réglementaire particulier, contraire à une loi plus générale ayant transposé une directive, conduit à déclarer que la directive n'est pas correctement transposée. Certes, si votre Cour a précisé, dans un arrêt Kolpinghuis Nijmegen, que 'le point de savoir si les dispositions d'une directive peuvent être invoquées en tant que telles devant une juridiction nationale ne se pose que si L'Etat en cause n'a pas transposé la directive en droit national dans les délais ou s'il en a fait une transposition incorrecte'⁹, elle n'a jamais défini la notion de transposition incorrecte. Quoi qu'il en soit, une telle notion ne saurait être définie différemment selon que votre Cour est saisie d'un recours en manquement ou d'une question préjudicielle.

10. Considérant qu'il y a eu en l'espèce transposition incorrecte, la Commission en déduit que, conformément à votre arrêt Marshall, la directive ne peut être invoquée qu'à l'encontre de l'Etat et des organismes qui en émanent. Une telle déduction nous semble cependant procéder d'une inversion des facteurs. En effet, votre Cour a déjà souligné combien le droit, pour les justiciables, d'invoquer en justice une directive à l'encontre d'un Etat membre défaillant était une garantie minimale¹⁰. Votre jurisprudence couramment nommée de 'l'effet direct des directives' n'est qu'une ultima ratio, destinée à pallier autant que faire se peut l'absence de transposition ou une transposition incorrecte d'une directive. Dès lors, si une autre technique du droit communautaire permet de donner tout son effet utile à l'article 189, alinéa 3, du traité, il faut d'abord y recourir avant d'examiner la question d'un éventuel 'effet direct'.

(...)

21. Comme nous l'avons déjà laissé entendre, ces deux affaires de principe conduisent votre Cour à décider de la place qu'il nous faut réserver, dans nos sociétés européennes, à la maternité.

22. Pendant longtemps, la vie économique, domaine réservé des hommes, n'a pas eu à prendre en considération les différences physiologiques entre les deux sexes. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Dès lors, il faut opérer la difficile conciliation des exigences de la vie professionnelle avec la maternité.

23. Poser le problème, c'est parfois y

répondre. Y a-t-il un événement qui soit plus lié à la spécificité même de la femme? Accorder l'égalité de traitement aux travailleurs féminins avec leurs homologues masculins peut-il se concevoir sans prendre en considération la maternité?

24. Une telle exigence n'a d'ailleurs pas échappé au législateur danois puisqu'alors que la directive, dans son article 2, paragraphe 1, vise 'toute discrimination fondée sur le sexe (...) par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial' les lois danoises no 161 et no 162 du 12 avril 1978 relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi visent les discriminations 'par référence notamment à la grossesse ou à l'état matrimonial ou familial'.

25. Dès lors, dans l'affaire Dekker, il nous paraît qu'un refus d'embauche en considération de la maternité prochaine, en ce qu'il prend en compte un événement qui concerne exclusivement les travailleurs féminins, est une discrimination directe fondée sur le sexe. Il ne nous semble pas possible, en effet, de faire ici application de votre jurisprudence Jenkins¹⁷, Bilka¹⁸ et Rinner-Kühn¹⁹ sur les discriminations indirectes qui n'a jamais trouvé à s'appliquer qu'en présence d'éléments susceptibles in abstracto de concerner les deux sexes – par exemple la qualité de travailleur à temps partiel – mais qui se révélaient in concreto être le plus souvent liés à la situation des femmes plutôt qu'à celle des hommes. La maternité ne peut jamais – pardonnez ce truisme – concerner que les femmes; la prendre en compte pour justifier un refus d'embauche est donc par nature une discrimination directe fondée sur le sexe.

26. En vain soutiendrait-on qu'une telle position ne pourrait relever que de l'article 2, paragraphe 3, de la directive qui prévoit que celle-ci 'ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité'. Cet article ne vise qu'à permettre aux Etats membres de prendre des mesures contraires au principe de l'égalité de traitement de manière à accorder une protection particulière aux travailleurs féminins, par exemple en leur réservant le bénéfice de certains droits. En d'autres termes, il s'agit notamment de ce que le droit américain connaît sous le nom de 'affirmative action'. C'est d'ailleurs sur le fondement de cet article que votre Cour, dans son arrêt Hofmann²⁰, a reconnu la compatibilité avec la directive d'une législation octroyant aux seules femmes le bénéfice d'un congé à l'occasion de la maternité sans accorder aux pères un congé similaire. En revanche, il ne s'agit ici que d'établir la stricte égalité entre les travailleurs masculins et les

travailleurs féminins afin que ne soit pas pris en considération, lors de leur venue sur le marché de l'emploi, un événement qui affecte exclusivement les travailleurs féminins.

27. Encore nous faut-il préciser qu'un tel principe demeure sans influence sur la possibilité pour les Etats membres, en ce qui concerne l'octroi des indemnités journalières en matière de congé de maternité, de fixer des conditions de durée d'assurance ou de travail. Les deux choses sont distinctes. L'employeur ne peut refuser d'embaucher. Si, le cas échéant, son employée ne remplit pas la condition réglementaire de durée d'assurance ou de travail, le principe de l'égalité de traitement exige qu'elle soit traitée comme ses homologues masculins et qu'éventuellement elle ne perçoive pas d'indemnités journalières.

28. La difficulté réside beaucoup plus – et l'affaire Dekker le démontre amplement – dans l'existence de législations qui mettent à la charge des employeurs le paiement partiel des indemnités journalières durant le congé de maternité.
(...)

30. Nous avons parfaitement conscience du fait que le centre de formation, s'il avait embauché Madame Dekker, se serait vraisemblablement heurté à des difficultés financières provenant de l'absence de prise en charge par le Risicofonds des indemnités auxquelles l'intéressée aurait éventuellement eu droit. Toutefois, il ne nous paraît pas que le principe de l'égalité de traitement, tel que nous vous proposons de le considérer, doive céder le pas devant de telles difficultés qui proviennent essentiellement de l'assimilation de la grossesse à la maladie, assimilation techniquement justifiée lorsqu'il s'agit du calcul du montant des indemnités journalières mais tout à fait critiquable lorsqu'elle conduit à un refus d'embauche.

31. Pour assurer le plein effet de la directive et l'effectivité du principe communautaire de l'égalité de traitement en matière d'accès à l'emploi, il appartient aux Etats membres de prendre toutes les mesures utiles pour que l'obligation faite aux employeurs d'embaucher une femme enceinte – dès lors qu'elle est la plus compétente, ce qui n'est pas contesté dans l'affaire 177/88 – ne le place pas, du fait de l'application des dispositions de droit interne en matière notamment de sécurité sociale, dans une situation moins favorable que s'ils avaient embauché un travailleur masculin.

32. Nous vous proposons en conséquence de répondre ici à la première question que les articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive doivent être interprétés en ce sens que le refus par un employeur d'embaucher un travailleur

féminin au motif qu'il est en état de grossesse constitue une discrimination fondée directement sur le sexe, quelles que soient les conséquences financières qui peuvent résulter pour l'employeur.

33. Les motifs qui nous ont conduit à cette proposition de réponse nous amènent à vous suggérer de répondre à la seconde question en ce sens qu'il est indifférent qu'il y ait eu ou non des candidats de sexe masculin au moment de l'embauche.

34. Les troisième et quatrième questions concernent l'application éventuelle des règles de droit interne en matière de responsabilité civile. Le juge a quo vous demande en substance si, en présence d'une discrimination commise par un employeur en violation de la directive, les dispositions de droit national relatives à l'exigence d'une faute et à l'existence éventuelle de causes d'exonération sont applicables. Nous nous trouvons en présence des difficultés classiques de répartition entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national. Votre Cour, dans ses arrêts von Colson et Kamann²⁷, Harz²⁸ et Commission contre Allemagne²⁹, s'est déjà penchée sur ces difficultés en ce qui concerne les sanctions des discriminations prohibées par la directive. Il s'agit ici de savoir si la violation des exigences du droit communautaire peut demeurer sans sanction dès lors que l'employeur peut exciper d'une absence de faute ou de l'existence de causes d'exonération tirées du droit national.

35. A cet égard, il nous paraît que ce serait contrarier l'effet utile des dispositions de la directive s'il était exigé, en présence d'une discrimination violant le texte communautaire, de faire également la preuve d'une faute distincte commise par l'employeur. Certes, le droit de la responsabilité civile 'classique' suppose l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Il nous semble cependant que, dans une telle hypothèse, la faute est constituée par la violation même de la norme communautaire, c'est-à-dire par l'acte ou le comportement discriminatoire.

36. Pareillement, admettre l'efficacité de causes d'exonération, nécessairement différentes suivant les droits des Etats membres, amoindrirait notablement l'effet utile du principe communautaire de l'égalité de traitement ainsi que l'unité d'application de la norme communautaire. Dès lors qu'un travailleur féminin a fait la preuve d'une discrimination à son égard ainsi que du dommage occasionné par cette discrimination, aucune cause d'exonération tirée du droit national ne nous paraît pouvoir être opposée par l'employeur et il appartiendra alors

au juge national d'assurer la sanction de ce comportement en application de son droit interne puisque la directive a laissé cette matière au libre choix des Etats membres, sous réserve, selon votre jurisprudence, que les sanctions 'soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive'³⁰.

37. Nous vous proposons en conséquence de répondre à la troisième question en ce sens qu'il est incompatible avec les articles 2 et 3 de la directive, lorsqu'est établie une violation du principe de l'égalité de traitement, d'exiger en outre la preuve d'une faute distincte commise par l'employeur ou d'admettre la possibilité pour ce dernier d'invoquer une cause d'exonération tirée du droit interne, sous réserve, bien évidemment, des dispositions des paragraphes 2 à 4 de l'article 2.

(...)

51. Nous concluons donc à ce que vous disiez pour droit dans l'affaire 177/88:

1. les articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de la directive du Conseil no 76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail doivent être interprétés en ce sens que le refus opposé par un employeur à un travailleur féminin de l'embaucher au motif qu'il est en état de grossesse constitue une discrimination directement fondée sur le sexe;

2. la réponse à la première question n'est pas modifiée selon qu'il y ait ou non des candidats de sexe masculins à l'emploi en cause;

3. les articles 2 et 3 de la directive précitée s'opposent, lorsqu'est établie une violation du principe de l'égalité de traitement tel qu'il est reconnu à ces articles, à ce que la sanction de cette violation soit subordonnée à la preuve d'une faute distincte commise par l'employeur ou à l'absence de causes d'exonération tirées du droit interne, autres que celles figurant à l'article 2, paragraphes 2 à 4;

4. il n'y a pas lieu de répondre à la quatrième question.

(...)

Noten

6. 152/84, arrêt du 26 février 1986, p. 723.

7. observations écrites de la Commission, p. 14 et 15 de la version française.

8. 167/73, Commission contre France, arrêt du 4 avril 1974, Rec.p. 359, point 41.

9. 80/86, arrêt du 8 octobre 1987, Rec. p. 3969, point 15.
 10. 102/79, Commission contre Belgique, arrêt du 6 mai 1980, Rec. p. 1473, voir surtout le point 12.
 (...)

17. 96/80, Rec. 1981, p. 911.
 18. 170/84, Rec. 1986, p. 1607.
 19. 171/88, arrêt du 13 juillet 1989, non encore publié.
 20. 184/83, arrêt du 12 juillet 1984, Rec. p. 3047.
 (...)

27. 14/83, arrêt du 10 avril 1984, Rec. p. 1891.
 28. 79/83, arrêt du 10 avril 1984, Rec. p. 1921.
 29. 248/83, arrêt du 21 mai 1985, Rec. p. 1459.
 30. 14/83 et 79/83, précités.
 (...)

Nr 78

* President Rechtbank Arnhem, 17 november 1989

KG 1989/713; KG 1989/711; KG 1989/644; KG 1989/714; KG 1989/712; KG 1989/710

President mr L.R. van der Weij.

Zes eiseressen A tot en met F en een eiser G, advocaten mrs G. van Driem, K. Spaargaren, I. van Westerlaak en J. van Delft, tegen H.O.Th. Finkensieper, gedaagde in kort geding, advocaat mr B.J.M. van Meer te Arnhem.

Art. 1401 BW, art. 242 Sr, art 246 Sr, art. 249 lid 2 Sr.

Kort geding. Bewijs. Voorschot op immateriële schadevergoeding. Sexueel misbruik door psychiater/directeur van 'Zetten' van pupillen en patiënten in de periode van 1972 tot 1985. Finkensieper wordt wegens sexueel misbruik vervolgd. Vooruitlopend op de strafzaak vorderen vijf vrouwelijke en één mannelijke ex-pupillen/patiënten schadevergoeding in kort geding. De President acht aannemelijk dat Finkensieper zich regelmatig aan sexueel misbruik van vrouwelijke pupillen heeft schuldig gemaakt. Deze algemene rechtsoverweging vormt de achtergrond waartegen de individuele vorderingen worden getoetst. De eis van de mannelijke eiser wordt, nu het voorhanden zijnde bewijsmateriaal niet voldoende waarschijnlijk maakt dat ook ten aanzien van jongens systematisch seksuele praktijken plaatsvonden, dan ook afgewezen.

Toewijzing van f 3.000,- per eiseres op voorwaarde van zekerheidsstelling. In onderstaande samenvatting heeft de redactie drie van de zeven vorderingen opgenomen.

Het incident

Gedaagde heeft er bezwaar tegen gemaakt dat door eisers in het geding

wordt gebracht het eerder genoemde proces-verbaal met bijlagen.

Het bezwaar van gedaagde valt in drieën uiteen:

a. Het proces-verbaal zou onbevoegd (immers in strijd met het terzake gevolgde beleid) aan mr van Driem zijn toegezonden;

b. Overlegging in de procedure zou schending opleveren van het recht op eerbiediging van het privéleven van gedaagde en derden;

c. Overlegging van uitsluitend het proces-verbaal zou een incompleet beeld geven aangezien in de strafzaak door de rechter-commissaris getuigen zijn gehoord en andere getuigen alsnog zullen worden gehoord.

Bezwaar b. Het belang van eisers bij overlegging van het proces-verbaal is duidelijk: de inhoud van het proces-verbaal vormt een wezenlijk onderdeel van het hen ter beschikking staande bewijsmateriaal. Het privacy-belang van gedaagde – dat door de publiciteit rond de strafzaak inmiddels is gerelativeerd – weegt tegen dat belang niet op. Het bezwaar betreft ook belang van derden. Dat kunnen dan slechts (vermoedelijke) slachtoffers van gedaagde zijn. Gedaagde is niet degene die voor die belangen kan opkomen. Overigens hebben eisers aannemelijk gemaakt dat met prudent beleid van alle procesdeelnemers te vermijden is dat ter zitting ter sprake komende vertrouwelijke gegevens door niet procesdeelnemers aan te identificeren personen kunnen worden gekoppeld. Bezwaar b wordt verworpen.

Bezwaar a. Ook indien juist is dat de officier van justitie bij verstrekking van het proces-verbaal aan eisers niet conform geldend beleid heeft gehandeld, kan niet gezegd worden dat verstrekking van het proces-verbaal onbevoegd heeft plaatsgehad.

Gesteld noch aannemelijk geworden is immers dat er redenen zouden zijn waarom de officier van justitie - gelet op de bij de verstrekking van het proces-verbaal betrokken belangen - niet ten gunste van eisers van bestaand beleid zou hebben mogen afwijken.

Bezwaar a gaat niet op.

Bezwaar c strandt reeds daarop dat niets gedaagde belet het volgens hem incomplete beeld aan te vullen met andere beschikbare informatie dan het betrokken proces-verbaal.

Op grond van het vorenstaande zal eerdergenoemd proces-verbaal als gedingsstuk worden toegelaten.

(...)

Het geschil en de beoordeling daarvan

1. Eisers vorderen voorschotten op hetgeen zij terzake van immateriële schade van gedaagde te vorderen (zullen blijken te) hebben. De vorderingen zijn gebaseerd op een onrechtmatig handelen van gedaagde dat – in hoofdzaak – bestaat uit sexueel misbruik van eisers in diver-

se varianten (lopend van het tonen van zijn geslachtsdeel tot verkrachting toe). De vraag is allereerst in hoeverre zulk een misbruik in dit kort geding komt vast te staan.

2. In het geding gebracht is een proces-verbaal van twee rechercheurs van de rijkspolitie met 54 bijlagen (zelf veelal ook processen-verbaal). Onder de bijlagen bevinden zich 19 processen-verbaal waarin ex-bewoners van Zetten verklaren tijdens hun verblijf in Zetten door gedaagde met woorden en/of daden sexueel te zijn benaderd (de verklaring van X hoeft niet noodzakelijk op seksuele benadering te wijzen en blijft daarom hier buiten beschouwing). Naast bedoelde 19 processen-verbaal is er één proces-verbaal waarin een niet in Zetten verbleven hebbende ex-patiënte van gedaagde een verklaring aflegt omtrent hetgeen tussen haar en gedaagde op sexueel gebied is voorgevallen. De bedoelde verklaringen spreken vrijwel alle van betastingen door gedaagde, in grote meerderheid (tevens) van seksuele handelingen waarbij het geslachtsdeel van gedaagde een rol speelde (het tonen ervan, masturberen, orale sex, anale sex en – al dan niet onderbroken – coïtus), en in een beduidend aantal gevallen van het inbrengen van voorwerpen in de vagina.

Slechts bij hoge uitzondering wordt melding gemaakt van seksuele handelingen van gedaagde ten opzichte van jongens (verklaring van eiser G en Y respectievelijk bijlagen 30 en 23 bij eerder genoemd (hoofd-) proces-verbaal).

3. Bovenbedoelde verklaringen zijn alle afgelegd in of omstreeks de eerste maanden van 1989. Van belang is na te gaan of de verklaringen in die zin wortels in het verleden hebben dat de inhoud ervan eerder in enigerlei vorm binnen Zetten is geventileerd. In twee gevallen is dat concreet aantoonbaar.

a. Het eerste geval betreft de enige aangeefster wier verklaring geanonimiseerd is. Zij verklaart in het terzake van haar aangifte opgemaakte proces-verbaal (bijlage 26) ondermeer dat gedaagde in de periode van april 1982 tot en met augustus 1984 regelmatig gemeenschap met haar had. Deze aangeefster (die is geboren op 29 juli 1966) heeft omstreeks de zomer van 1988 bij brief haar vroegere groepsleider, de heer Kort, geïnformeerd dat gedaagde haar een tijdlang sexueel had misbruikt. De heer Kort verklaart aan de politie (bijlage 12) dat hij aangeefster kent als een eerlijk meisje. Ze was in of omstreeks de jaren 1982/1983 in therapie bij mevrouw De Caluwe. Deze verklaart (bijlage 14) dat een pupil – en dat is dan blijkbaar de hier bedoelde anonieme aangeefster – haar in (vermoedelijk) 1982/1983 heeft aangesproken over handtastelijkheden door gedaagde. Zij heeft daarbij verteld dat zij bij gedaagde op de bank moest liggen, dat hij haar dan betastte en dat zij ook hem moest betasten. De verklaring van

mevrouw De Caluwe vindt op verscheidene essentiële punten bevestiging in de verklaring van mevrouw De Haan (bijlage 13).

b. Het tweede geval betreft een meisje dat bij naam bekend is, maar niet door verbalisanten kon worden getraceerd (pagina 26 van het proces-verbaal). Zij heeft in of omstreeks 1973/1974 in Zetten gezeten. Zij heeft in 1974 aan de toenmalige groepsleider De Haar ondermeer verteld dat zij bij gedaagde aan zijn penis had moeten zitten (verklaring van De Haar van 23 januari 1989, bijlage 16). De Haar verklaart dat hij geen enkele reden had aan het verhaal van het meisje te twijfelen. Ook mevrouw Milzink heeft het meisje in Zetten meege maakt. Zij verklaart (bijlage 15) dat het meisje haar indertijd heeft verteld dat ze van gedaagde 'gekke dingen had moeten doen'.

4. Van belang is in dit verband ook een verklaring van mevrouw Van der Corput (bijlage 17). Zij had als maatschappelijk werkster bij de voogdijvereniging Jeugd en Gezin te Nijmegen sinds 1972 te maken met plaatsingen in Zetten. Zij verklaart indertijd van een pupil te hebben gehoord dat ze in de behandelkamer door gedaagde werd ingespoten met een stof waarvan ze weerloos en willoos werd, dat ze naakt op een behandeltafel had moeten liggen en dat gedaagde haar overal had betast. Hoewel de naam van de pupil in de verklaring van mevrouw Van der Corput niet wordt vermeld, kent zij die naam blijkbaar wel.

5. Ook buiten de kring van medewerkers van Zetten en plaatsende instanties zijn reeds geruime tijd geleden meldingen gedaan van seksueel misbruik in allerlei vorm door gedaagde van pupillen/patiënten. Verwezen wordt in dit verband naar hetgeen hierna wordt overwogen met betrekking tot het bewijs van de grondslag van de onderscheidene vorderingen, alsmede naar de door H op 30 januari 1989 aan de politie afgelegde verklaring (bijlage 37) voorzover betreffende I.

6. Het in de rechtsoverwegingen 2 tot en met 5 besproken bewijsmateriaal maakt waarschijnlijk dat gedaagde zich in de periode dat hij als psychiater en/of directeur aan Zetten verbonden was, regelmatig ten opzichte van vrouwelijke pupillen aan seksueel misbruik in diverse varianten (tot herhaalde verkrachting toe) heeft schuldig gemaakt. Noch de door gedaagde overgelegde verklaringen van de door de rechter-commissaris in strafzaken gehoorde getuigen noch de door gedaagde aan de politie afgelegde verklaringen doen aan die waarschijnlijkheid af. Het voorhanden bewijsmateriaal laat niet toe als waarschijnlijk aan te nemen dat ook jongens systematisch in de seksuele praktijken van gedaagde betrokken werden.

7. Het in de vorige rechtsoverweging overwogene vormt de achtergrond waartegen de aan de individuele vorderingen

ten grondslag gelegde feiten op hun waarheidsgehalte dienen te worden getoetst. Die toetsing vindt hieronder van geval tot geval plaats.

(...)

10. De vordering van eiseres C

Aan de vordering is ten grondslag gelegd herhaald seksueel misbruik daarin bestaande dat gedaagde eiseres zichzelf liet bevredigen in zijn bijzijn, dat hij voorwerpen in haar vagina stopte, haar borsten betastte en haar tot orale sex en gemeenschap met hem dwong of bracht. Het gestelde misbruik vindt zijn bewijsrechtelijke basis primair in de verklaring die eiseres op 26 januari 1989 aan de politie heeft afgelegd (bijlage 33) en de daarmee in grote lijnen overeenkomende uitvoerige handgeschreven verklaring van eiseres gevoegd bij het van eerstgenoemde verklaring opgemaakte proces-verbaal. Ter beoordeling van het waarheidsgehalte van de verklaringen van eiseres zijn twee feiten van belang. Dat is allereerst dat blijkens de door eiseres in het geding gebrachte verklaring van mevrouw A. Peters te Beuningen eiseres reeds in 1974 tegenover haar over handtastelijk optreden van gedaagde heeft gesproken. Vervolgens vindt een deel van de verklaringen van eiseres, te weten het deel dat over een mede-pupil genaamd O gaat, (enige) bevestiging in de door eerdergenoemde mevrouw Milzink en heer De Haar op 25 en 26 respectievelijk 23 januari 1989 aan de politie afgelegde verklaringen (bijlage 15 respectievelijk 16).

Op grond van het vorenstaande mag – in het licht van het in de aanhef van rechtsoverweging 6 overwogene – als waarschijnlijk worden aangenomen dat gedaagde eiseres herhaaldelijk op de hierboven vermelde wijzen seksueel heeft misbruikt. Eiseres was toen (omstreeks) 18 jaar oud.

11. De vordering van eiseres D

Aan de vordering is ten grondslag gelegd seksueel misbruik in velerlei varianten. Bewijsrechtelijk vindt het gestelde misbruik steun in de verklaring die eiseres op 7 maart 1989 aan de politie aflegde alsmede in een in het geding gebrachte verklaring van Janna Groot. De laatste verklaart dat eiseres haar omstreeks begin 1986 ondermeer heeft verteld dat gedaagde haar herhaaldelijk dwong tot geslachtsgemeenschap, dat hij voorwerpen in haar vagina stak, dat eiseres zichzelf van gedaagde moest vingeren en hem moest pijpen.

Op grond van een en ander mag – in het licht van het in rechtsoverweging 6 overwogene – als waarschijnlijk aangenomen worden dat gedaagde eiseres inderdaad, zoals in de dagvaarding gesteld, heeft betast, haar heeft gedwongen zich te masturberen, haar herhaaldelijk heeft verkracht, haar heeft gedwongen zijn

sperma door te slikken en voorwerpen in haar vagina heeft gestopt.

Eiseres heeft in Zetten verbleven van ongeveer haar 12-de tot ongeveer haar 15-de jaar.

(...)

14. De vordering van eiseres F

Aan de vordering van eiseres wordt ten grondslag gelegd dat gedaagde seksueel misbruik heeft gemaakt of heeft trachten te maken van eiseres. Ter adstructie daarvan wordt in concreto slechts gesteld dat eiseres gedaagde met de hand moest bevredigen, terwijl ze geheel naakt met een speculum in haar vagina op de onderzoekstafel van gedaagde lag en gedaagde in zijn blote piemel stond. Eiseres heeft haar medewerking geweigerd.

Het weergegeven gebeuren heeft zich blijkens de door eiseres aan de gemeentepolitie van Velsen afgelegde verklaring kennelijk bij één gelegenheid afgespeeld, en wel bij het eerste (onderszoeks-) contact tussen eiseres en gedaagde. Eiseres verklaart daaromtrent dat gedaagde haar inwendig heeft onderzocht en daarbij een zogenaamde eendenbek heeft ingebracht. Terwijl zij met de ingebrachte eendenbek op de behandeltafel lag zou gedaagde zijn onderlichaam ontbloot hebben en haar gevraagd hebben hem af te trekken. De verklaring van gedaagde past geheel in het algehele beeld zoals dat blijkens rechtsoverweging 6 uit het voorhanden bewijsmateriaal naar voren komt. Dat is voldoende aanleiding bij de verdere beoordeling van de vordering voorshands van de juistheid van de verklaring uit te gaan. Eiseres was 12 jaar toen zij in Zetten werd geplaatst.

Naast het hiervoor besproken seksuele gebeuren verwijt de dagvaarding gedaagde blijkbaar dat hij eiseres met een injectie heeft wegemaakt en haar tegen haar wil de prikpil heeft gegeven. Onduidelijk is in hoeverre het verwijt – mede – tot grondslag van de vordering is gemaakt. Zo lijkt punt 9 van de dagvaarding de grondslag van de vordering samen te vatten tot het gedwongen worden tot het gedogen van seksuele handelingen. Duidelijk is in elk geval dat gedaagde er bij zijn verweer vanuit is gegaan dat de vordering uitsluitend gebaseerd is op gedragingen in het seksuele vlak. Gegeven de onduidelijkheid van de dagvaarding en het feit dat in de procedure (vrijwel) alle bewijsmateriaal en (vrijwel) de gehele behandeling ter terechtzitting op zodanige gedragingen gericht (geweest) is, mocht gedaagde daarvan ook uitgaan. Dat brengt mee dat – wat er zij van de bedoelingen van de steller van de dagvaarding – het toedienen door gedaagde van eerder genoemde injectie en prikpil in deze procedure niet als grondslag van de vordering mag gelden.

15. In de rechtsoverwegingen 6, 8, 9, 10, 11 en 13 zijn gedragingen van gedaagde

als waarschijnlijk aangenomen. De bedoelde waarschijnlijkheid wordt zo groot geoordeeld dat er in redelijkheid geen rekening mee behoeft te worden gehouden dat de bodemrechter tot het oordeel kan komen dat het thans als waarschijnlijk aangenomene onvoldoende vaststaat om er een veroordeling tot schadevergoeding op te baseren. Dat betekent dat thans moet worden onderzocht in hoeverre de eiseressen wier vordering in genoemde rechtsoverwegingen werd behandeld, van de gedragingen van gedaagde schade hebben ondervonden. Een soortgelijk onderzoek zal moeten plaatsvinden ten aanzien van eiseres F wier vordering in rechtsoverweging 14 werd behandeld. Ten aanzien van eiser G kan reeds thans worden vastgesteld dat er vanwege het onvoldoende vaststaan van het door hem beweerdte seksuele misbruik voor toewijzing van een voorschot op schadevergoeding geen plaats is.

(...)

18. De schade van eiseres C en toerekening daarvan aan gedaagde

Met betrekking tot eiseres is in het geding een psychiatrisch rapport van de hand van de psychiater Robert A. Jackson, verbonden aan het Graylingwell Hospital te Chichester. In dat hospitaal is eiseres – na eerder contact in 1978 – in 1986 enige tijd opgenomen geweest. Eveneens in het geding is een rapport van de klinisch psycholoog John Le Lievre, die tussen september 1985 en december 1988 contact met eiseres had. Uit de rapporten komt eiseres naar voren als een typisch slachtoffer van seksueel misbruik in haar jeugd. Als symptomen van dat slachtofferschap worden genoemd intense zelfhaat, pogingen zichzelf iets aan te doen en 'the ambivalent self-destructive need for short-lived sexual relationships'. Noch genoemde psychiater noch genoemde psycholoog laten er twijfel over bestaan dat de persoon van eiseres door het door haar ondergane seksuele misbruik ernstige schade heeft geleden. Uit de rapporten blijkt dat eiseres in haar vroege jeugd door haar grootvader is misbruikt. Niettemin is de heer Jackson van oordeel dat de behandeling in Zetten 'directly harmful' is geweest en zegt de heer Le Lievre dat 'the sexual abuse she experienced as a teenager while undergoing psychiatric treatment was a major contributory factor in her recent emotional breakdown'. Op grond van het vorenstaande kan gevoegelijk worden aangenomen dat eiseres ten gevolge van in haar jeugd ondergaan seksueel misbruik een aanzienlijke zogenaamde immateriële schade heeft geleden en dat die schade voor een niet onbelangrijk deel toegeschreven kan worden aan het haar in Zetten door gedaagde aangedane misbruik. Ook hier valt dan te bedenken dat laatstbedoeld misbruik niet alleen rechtstreeks van invloed is geweest op de persoon van eiseres, maar

zonder twijfel ook indirect, en wèl doordat eiseres – voor gedaagde voorzienbaar – voor haar slachtofferschap van het misbruik tot op heden geen of slechts beperkte erkenning heeft gevonden.

19. De schade van eiseres D en toerekening daarvan aan gedaagde

Door eiseres zijn drie produkties overgelegd die zicht geven op haar psychisch functioneren. De arts Noorda verklaart dat eiseres de afgelopen ongeveer 10 jaar meerdere malen opgenomen is geweest in psychiatrische ziekenhuizen.

Mevrouw Dulfer-Visser, medewerkster van de Riagg te Amsterdam, verklaart – ook in vroegere jaren – langdurig contact met eiseres te hebben gehad. Zij heeft eiseres leren kennen als een vrouw met een ernstig, soms levensbedreigend, klachtenpatroon. De reeds eerder in dit vonnis genoemde mevrouw Janna Groot beschrijft eiseres als een angstig persoon. Eiseres heeft haar reeds jaren geleden verteld over het haar door gedaagde aangedane seksuele misbruik.

Het vorenstaande laat de gevolgtrekking toe dat de psychische gezondheid van eiseres langdurig en ernstig gestoord is (geweest). Gegeven de aard en de omvang van het haar aangedane seksuele misbruik, haar leeftijd ten tijde van het misbruik en het feit dat het misbruik plaatsvond in de setting van gedwongen of in elk geval als gedwongen beleefde hulpverlening, is aannemelijk dat bedoelde storing in betekende mate terug te voeren is op het eiseres door gedaagde aangedane seksuele misbruik.

Daarbij valt dan te bedenken dat het misbruik niet alleen rechtstreeks op de persoon van eiseres van invloed is geweest, maar zonder twijfel ook een indirect effect heeft gehad doordat eiseres – door gedaagde voorzienbaar – voor haar slachtofferschap van het misbruik tot op heden geen of slechts beperkte erkenning heeft gevonden.

Op grond van het vorenoverwogene mag aangenomen worden dat eiseres ten gevolge van het seksuele misbruik van gedaagde niet te verwaarlozen immateriële schade heeft opgelopen.

(...)

21. De schade van eiseres F en toerekening daarvan aan gedaagde

In het geding is een rapport van H. de Levita-Isaac, arts en psycho-analytica. Haar conclusie dat eiseres lijdt aan een 'Post-traumatic Stress Disorder' kan gevoegelijk worden onderschreven. De vraag is echter of het verantwoord is de traumatisering van eiseres voor het geheel of voor een niet te verwaarlozen gedeelte aan seksueel misbruik door gedaagde toe te schrijven. Van belang is dan allereerst dat het seksuele misbruik door gedaagde – voorzover uit het bewijsmateriaal af te leiden – beperkt gebleven is tot het ene in rechtsoverweging 14 weergegeven gebeuren. Voorts moet

in overweging genomen worden dat belangrijke andere traumatiserende factoren voor de hand liggen: een weinig gelukkige jeugd, seksueel misbruik door haar vader en de wijze waarop zij – los van het seksuele misbruik – in Zetten is behandeld. Opvallend is in dit verband de grote rol die bedoelde behandeling (als onderdeel waarvan ook de in rechtsoverweging 14 genoemde injectie en prikpil kunnen worden beschouwd) zowel in het als produktie in het geding gebrachte handgeschreven verhaal van eiseres als in haar verklaring aan de politie speelt.

Wellicht mag de conclusie getrokken worden dat de behandeling van eiseres in Zetten voor een niet onbelangrijk gedeelte debet is aan de traumatisering van eiseres. Voor het – beperkte – seksuele misbruik van eiseres door gedaagde gaat die conclusie echter te ver. In dit verband is ten aanzien van het rapport van mevrouw De Levita-Isaac nog van belang dat de aan de gestelde diagnose ten grondslag liggende symptomen niet of goeddeels niet op een traumatiserend gebeuren van seksuele aard (behoeven te) wijzen.

De conclusie moet zijn dat in dit kort geding onvoldoende aannemelijk is geworden dat de traumatisering van eiseres voor een niet te verwaarlozen deel aan het seksuele misbruik door gedaagde is toe te schrijven. Dat betekent dat er geen ruimte is de vordering tot betaling van een voorschot op schadevergoeding toe te wijzen.

22. In het vorenstaande is ten aanzien van vijf eiseressen vastgesteld dat zij een (tenminste) niet te verwaarlozen immateriële schade hebben geleden die aan seksueel misbruik door gedaagde kan worden toegeschreven.

Toeschrijving van de schade aan het misbruik door gedaagde betekent, bij gebreke van omstandigheden die tot een ander oordeel (kunnen) leiden, dat de schade aan gedaagde kan worden toegerekend. Vaststelling van bedoelde schade is in een kort-gedingprocedure niet op verantwoorde wijze mogelijk. Wel mogelijk is toewijzing van een voorschot op het uiteindelijk als schadevergoeding verschuldigde bedrag.

Voor toewijzing van zo'n voorschot is dan een spoedeisend belang vereist.

23. Ten aanzien van elk der vijf eiseressen is de kern van het gestelde spoedeisend belang gelegen in beperking van toekomstige schade. Het schadebeperkende effect van toewijzing van een voorschot wordt daarbij allereerst aldus geadstrueerd dat met het voorschot activiteiten kunnen worden bekostigd die verwerking van het ondergane misbruik kunnen vergemakkelijken en/of een positieve bijdrage aan het herstel kunnen leveren.

Het aldus geconstrueerde schadebeperkende effect van een voorschot is bij

gebreke van voldoende concretisering van bedoelde activiteiten en gegeven het feit dat omtrent de huidige psychische gesteldheid van eiseressen geen (afgeronde) informatie beschikbaar is, te twijfelachtig om toewijzing van een voorschot van spoedeisend belang te kunnen achten.

24. Ook los van activiteiten tot herstel kan toewijzing van een voorschot echter schadebeperkend werken. Eiseressen spreken in dit verband over genoegdoening, versterking van het zelfrespect en erkenning van slachtofferschap en aangedaan onrecht.

Gezien alleen reeds de ernst van het jegens elk der eiseressen gepleegde seksuele misbruik en het feit dat eiseressen tot op heden – vele jaren na het misbruik – voor het haar aangedane leed en onrecht nog nauwelijks erkenning hebben gevonden, is meer dan aannemelijk dat elk der eiseressen ten gevolge van dat misbruik nog steeds lijdt onder krenking van zelfrespect en rechtsgevoel. Een door de rechter bevolen betaling van een voorschot op het uiteindelijk ter zake aan schadevergoeding toe te wijzen bedrag is ongetwijfeld een geschikt middel om dat lijden voor de toekomst te verzachten.

25. Bij bepaling van de hoogte van het toe te wijzen voorschot is van belang dat de voor eiseressen van een veroordeling te verwachten positieve effecten niet in een recht-evenredig verband staan met de hoogte van de toe te wijzen voorschotten. Dat schept ruimte bij de bepaling van de hoogte van de voorschotten rekening te houden met de financiële omstandigheden van gedaagde en het feit dat hem – los van het onderhavige kort geding – mogelijk nog andere claims boven het hoofd hangen.

Op grond van het vorenstaande komt toewijzing van een voorschot van f 3.000,- per eiseres gerechtvaardigd voor. Gedaagde heeft tenminste bijna twintig jaar lang als psychiater(-directeur) een ruim inkomen verdiend. Over het bedrag van de gezamenlijke voorschotten moet hij, ook nu hij op een uitkering aangewezen is, de beschikking hebben of op korte termijn de beschikking kunnen krijgen. Ten aanzien van elk der voorschotten geldt tenslotte dat er in redelijkheid geen rekening mee behoeft te worden gehouden dat de uiteindelijk door de bodemrechter vast te stellen schadevergoeding minder dan het thans toegewezen voorschot zal belopen.

26. Een aantal der eiseressen ziet een spoedeisend belang daarin dat verhaalbaarheid van de vordering tot schadevergoeding in de toekomst twijfelachtig is. Zij hanteren aldus het kort geding in feite als middel tot bewaring van recht. Ook indien zij dat – vanwege de onmogelijkheid of ontoereikendheid van het middel van conservatoir beslag – terecht zouden doen, geldt echter dat de kort-gedingrechter rekening moet/mag houden

met de financiële omstandigheden van gedaagde en mogelijke andere claims. Ook in de hier besproken gedachtengang is dan geen hoger voorschot toewijsbaar dan telkens f 3.000,-.

27. Niet in te zien valt op welke grond een aan eiseres C toe te wijzen voorschot (mede) geleden – en dus niet meer te beperken – materiële schade zou kunnen betreffen. Het gehele aan haar toe te wijzen voorschot betreft dus immateriële schade.

28. De meerbedoelde vijf eiseressen zijn aangewezen op een minimum inkomen. Afdwongen betaling van voorschotten schept aldus restitutie-risico's. Eiseressen hebben aangeboden die risico's te ondervangen door zekerheidstelling. Een zekerheidstelling als bedoeld is op haar plaats en zal als voorwaarde aan de betaling van de voorschotten worden verbonden.

29. Ten aanzien van meerbedoelde vijf eiseressen is gedaagde als de in het ongelijk gestelde partij te beschouwen. In de door eiser G en eiseres F aangespannen zaken zijn dezen de in het ongelijk gestelde partijen. De in het ongelijk gestelde partijen zullen een proceskostenveroordeling te dragen krijgen.

Beslissing

De president, rechtdoende in kort geding:

Weigert de door eiser G en eiseres F gevorderde voorzieningen.

Veroordeelt gedaagde aan elk der eiseressen A, B, C, D, en E te betalen een bedrag van f 3.000,- als voorschot op de haar toekomende schadevergoeding.

Bepaalt dat het voorschot telkens eerst betaald behoeft te worden indien door of namens eiseres voor de terugbetaling van het voorschot deugdelijke zekerheid is gesteld voor een periode lopend tot 1 jaar na betaling van het voorschot of zoveel langer als nog niet in een – vóór ommekomst van bedoeld jaar door gedaagde aangevangen – appell-/cassatie-procedure respectievelijk bodemprocedure over het toegewezen voorschot respectievelijk de schadeplichtigheid van gedaagde onherroepelijk is beslist.

Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

Nr 79

* Kantongerecht Hoorn,

26 juni 1989

Rep.nr. 187/89

Mr J.C. van Dijk, kantonrechter.

X, verzoekster, advocate mr J. Boot, tegen B.V. Q te Hoorn, verweerster, advocaat mr W.J.M. Loomans.

Ongewenste intimiteiten. Immateriële schadevergoeding f 20.000,- en aanvulling op loon. Ontbinding arbeids-overeenkomst.

De werkneemster was in- en verkoop-

assistente van de directeur van de betreffende onderneming. In die functie ging zij vaak met hem mee op buitenlandse reizen. Tijdens deze reizen en op het werk zelf constateerde zij keer op keer dat haar werkgever ten opzichte van haar seksueel opdringerig gedrag vertoonde en seksueel getinte opmerkingen maakte.

Gesprekken waarbij zij haar ongenoegen hierover uitte brachten maar korte tijd verandering in zijn gedrag teweeg. Uiteindelijk meldde zij zich weer overspannen en vroeg aan de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

De kantonrechter veroordeelt het gedrag van de directeur in duidelijke bewoordingen en merkt onder andere op: 'Geen werknemer (m/v) hoeft te wijken voor ongewenste intimiteiten van de meerdere of van collega's (m/v) hetzij door deze maar te accepteren, hetzij door ontslag te nemen.'

(...)

X is sedert 2 november 1981 in vaste dienst bij Q, laatstelijk in de functie van directie-assistente, met name belast met de in- en verkoop van goederen. Haar salaris bedroeg laatstelijk f 3.830,- bruto per maand exclusief vakantietoeslag ad 7,5 procent en 24 vakantiedagen.

Sedert 1 juni 1986 is haar positie in het bedrijf van Q gewijzigd. Door haar aanstelling als directie-assistente, mede belast met de in- en verkoop, ging zij nauw samenwerken met de directeur, Y. Dat hield onder meer in, dat zij nog meer dan voorheen met hem mee ging op zakenreizen, in Europa, maar ook in Zuid-Oost Azië. Ook overigens in het kantoor van Y had zij veelvuldig contact met Y. Geleidelijk aan begon zij te ontdekken dat de hechte samenwerking met Y als zijn assistente op het persoonlijke vlak ook gevolgen had. Y maakte haar duidelijk in woord en gebaar dat haar activiteiten voor hem zich niet dienden te beperken tot de zakelijke kant. Zij ervoer zijn aanrakingen en opmerkingen als hinderlijk, doch was kennelijk niet bij machte Y van de onjuistheid daarvan te overtuigen. Dit legde een psychische druk op haar, waardoor zij een aantal periodes arbeidsongeschikt werd. Haar huisarts was op de hoogte van de spanningen die op het werk bestonden.

In november 1986 vond tijdens een zakenreis in Duitsland een incident plaats dat haar hevig beroerde. Y heeft toen haar hotelkamerdeur ingetrapt en haar geslagen. Na een korte rustperiode hervatte Y zijn oude gedrag jegens haar weer, ondanks haar pogingen om afstand te scheppen.

In het voorjaar van 1988 heeft op verzoek van X een gesprek plaatsgehad met Y in aanwezigheid van de partner van X. Zij heeft hem toen (weer) uitgelegd dat zij niet van zijn gedrag jegens haar geëindigd was en dat zij zich daardoor zo

onder druk gezet voelde, dat zij haar werk niet kon doen en zich af en toe ziek moest melden.

Na enige tijd bleek haar dat Y zijn gedrag na dit gesprek helemaal niet wijzigde. In augustus 1988 vond weer een gesprek plaats. Het werd X toen duidelijk dat Y zijn houding en gedrag jegens haar niet wilde wijzigen. Zij bleek hier niet meer tegen opgewassen en meldde zich ziek.

X meent dat in deze omstandigheden er geen andere oplossing is dan een beëindiging van het dienstverband. Zij lijdt hierdoor ernstige schade in materiële zin, daar zij er niet in zal slagen om elders een gelijkwaardige functie en salaris te verwerven, terwijl de gebeurtenissen in de afgelopen jaren haar ook geestelijke schade hebben toegebracht (zoals blijkt uit het veelvuldig ziekteverzuim veroorzaakt door de spanningen die bij haar ontstonden door de bejegening van de directeur). Zij acht daarom een vergoeding van f 30.000,- wegens immateriële schade en een suppletie gedurende 2 jaar tot het laatstgenoten brutoloon redelijk.

Q heeft tegen het verzoek verweer gevoerd. Q gaat accoord met de gevraagde ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Zij meent echter dat er geen enkele grond is voor toekenning van een vergoeding. Volgens Q is er geen sprake van ongewenste intimiteiten in de werkrelatie tussen haar directeur en X. De functiewijziging in 1986 was veroorzaakt door een samenwerkingsprobleem tussen X en twee andere collega's. Het was X zelf die zocht naar een meer persoonlijke relatie met Y. De salarisontwikkeling sedert 1981 is met name ingegeven door de persoonlijke omstandigheden aan de zijde van X, haar financiële moeilijkheden en de zorg voor een kind en 'huisman' en niet door haar arbeidsprestaties.

Dat X zich steeds minder 'lekker' in het bedrijf ging voelen werd veroorzaakt door financiële problemen en spanningen thuis en doordat zij een reorganisatie binnen het bedrijf niet kon bijbenen.

De relatie met Y was overigens al die tijd uitstekend. Het incident in het hotel in Duitsland ontstond door onbeheerst gedrag van X.

In het gesprek dat in het voorjaar van 1988 plaatsvond in aanwezigheid van de vriend van X, werd met name gesproken over het functioneren van X in de Q-organisatie en het was voor Y toen een complete verrassing te horen dat X problemen had met zijn gedrag in woord en gebaar jegens haar. Hij had dit zelf volstrekt niet zo ervaren. Overigens lag daar geen seksuele bedoeling aan ten grondslag.

Ook in het gesprek in augustus 1988 is het met name gegaan over het functioneren van X en heeft Y haar toen verzocht om weer mee te gaan op de buitenlandse inkoopreizen.

Beoordeling van het verzoek

Die dienstbetrekking, functie en salaris staan niet ter discussie tussen partijen. Evenmin de vraag of de arbeidsovereenkomst ontbonden moet worden. Kernpunt van het geschil is, dat X van mening is dat de directeur Y het door zijn gedrag en houding jegens haar onmogelijk heeft gemaakt dat zij de arbeidsovereenkomst continueert. Zij voelde zich onder druk gezet door Y die een meer persoonlijke relatie nastreefde en wel zodanig dat hij daarbij zich veroorloofde haar te omarmen, te zoenen, haar borsten te betasten en seksueel getinte opmerkingen te maken, waaruit X afleidde dat Y meer van haar verlangde dan een werkassistent-schap.

Dit veroorzaakte zodanige spanningen, met name toen zij bemerkte dat Y niet op haar afwerendheid reageerde en in augustus 1988 wver hervatting van de gezamenlijke buitenlandse reizen verlangde, dat zij arbeidsongeschikt raakte en thans geen andere oplossing ziet dan beëindiging van het dienstverband. Hierdoor lijkt zij een inkomstenderving, want met haar opleiding (LEAO en niet-gediplomeerde kinderverzorging) en haar eenzijdige werkervaring (alleen bij Q) is niet te verwachten dat zij elders een gelijkwaardig salaris als bij Q (f 3.830,- per maand) zal kunnen verwerven.

Q, en met name haar directeur Y, acht een en ander volstrekt onjuist. Uit de stellingen van partijen en met name uit hetgeen bij de mondelinge behandeling door X en Y is verwoord, is voor ons genoegzaam aannemelijk geworden, dat de verhouding tussen de directeur Y en zijn inkoopassistent X ingrijpend is verstoord.

Die verstoring is veroorzaakt, omdat beiden een geheel verschillende, ja zelfs tegengestelde wijze van met elkaar omgaan in het werk voortaan. X wilde uitsluitend een werkrelatie met Y. Zij ervoer zijn gedrag en de houding van Y jegens haar als evenzovele pogingen van de mannelijke meerdere om de vrouwelijke mindere naar zijn hand te zetten en wel zo, dat zij een seksueel getinte relatie zouden hebben.

Y ontkent dat hij zich jegens X heeft misdragen. Op zichzelf is het zeer wel mogelijk dat Y in zijn belevingswereld zijn houding en gedrag jegens X volstrekt niet als onoorbaar heeft gezien, doch dat is in deze niet essentieel. Het is aan Y als directeur/werkgever toe te rekenen dat hij onvoldoende zorgvuldig is omgegaan met dit personeelslid en met de wijze waarop zij zijn gedrag en houding heeft ervaren jegens haar. Juist bij een zo persoonlijke werkrelatie als tussen de directeur van een klein bedrijf en zijn assistente, die dikwijls meeging op meerdaagse zakenreizen, dient de directeur erop bedacht te zijn dat zijn medewerkster (zijn ondergeschikte) niet gediend is van de wijze waarop de directeur haar bejegt. De gezagsver-

houding en de omstandigheden tijdens een reis maken het moeilijk voor de medewerkster om die grenzen aan te geven, zodat juist van de directeur een zorgvuldig gedrag moet worden verwacht.

Uit de gebeurtenissen in Duitsland, tijdens een reis in 1986 (haar kamerdeur intrappen, zonder dat voor dit gedrag een aanvaardbare verklaring is gegeven en welk gedrag juist de superioriteit van de directeur en de afhankelijke ondergeschiktheid van de assistente onderstreept), de terugkerende periodes van arbeidsongeschiktheid wegens overspanning, het gesprek in het voorjaar van 1988 in het bijzijn van de vriend van X en uit het gesprek in augustus 1988, waarin Y onder andere te kennen gaf dat hij X weer mee wilde hebben op reis, terwijl anderzijds uit niets gebleken is dat Y begreep wat X steeds bedoelde, althans uit niets gebleken is, dat hij zijn houding en gedrag jegens haar wijzigde, kan geen andere conclusie getrokken worden dan dat X zich onder druk gezet voelde door Y en daar niet tegen opgewassen was, terwijl Y geen blijk heeft gegeven daarvoor begrip te hebben en/of zijn houding en gedrag jegens X te veranderen.

Q heeft nog aangevoerd dat X – als het haar zo hoog zat – wel eerder had kunnen vertrekken, met name na het Duitsland-incident. Dit argument verwerpen wij. Immers, daardoor zou zij als ondergeschikte en afhankelijke partij de dupe worden van het ontoereikende besef en inzicht van de werkgever. Geen werknemer (m/v) hoeft te wijken voor ongewenste intimiteiten van de meerdere of collega's (m/v) hetzij door deze maar te accepteren, hetzij door ontslag te nemen.

Wij achten in deze omstandigheden de verstoorde verhouding in belangrijke mate aan de directeur/werkgever toe te rekenen, zodat het redelijk is dat X terzake van deze beëindiging een vergoeding ontvangt. Deze heeft betrekking enerzijds op de inkomsterving die X ongetwijfeld zal lijden, zoals hierboven reeds weergegeven, en anderzijds op de immateriële schade die zij door dit alles heeft geleden (mede gezien het verslag van haar huisarts).

Ten aanzien van de verwachte inkomstenderving achten wij, gezien de duur van het dienstverband, de functie van X, haar leeftijd, opleiding en haar kansen op de arbeidsmarkt en gezien de omstandigheden waaronder de beëindiging plaatsvindt, een vergoeding bestaande uit een suppletie gedurende 12 maanden tot het laatstgenoemde brutoloon redelijk en billijk.

De vergoeding wegens immateriële schade stellen wij, op grond van het voorgaande ex aequo et bono vast op f 20.000,-. X krijgt gedurende 2 weken na dagtekening dezes de gelegenheid haar verzoekschrift in te trekken.

De beslissing

(...)

Verklaren de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 augustus 1989.

Kennen aan X toe en veroordelen mitsdien, voorzover nodig, Q tot een betaling van een vergoeding bestaande uit een eenmalige betaling van f 20.000,- en een suppletie gedurende 12 maanden te rekenen vanaf 1 augustus 1989 op de door haar te ontvangen uitkering c.q. loon uit dienstbetrekking elders tot het laatstgenoten brutosalaris.

(...)

Wijzen af het meer of anders verzochte.

(...)

Nr 80*** Raad van Beroep 's Gravenhage, 15 november 1989**

Reg.nr. WWV 1988/22344.

Mevrouw T. te Z., klaagster, tegen College van Burgemeester en Wethouders te Z., verweerder.

WWV voor gehuwde vrouw. Klaagster is in 1979 werkloos geworden en heeft tot 19 november 1979 een WW-uitkering ontvangen. Op 27 september heeft zij alsnog een WWV-uitkering aangevraagd. Om het effect van de discriminatie zoveel mogelijk te beperken moet volgens de Raad gekeken worden naar de eerste dag van werkloosheid respectievelijk de dag waarop de WW-uitkering is beëindigd voor beantwoording van de vraag of klaagster werkneemster en werkloos was in de zin van de WWV. Indien dit het geval is, dient te worden aangenomen dat dit ook zo was op 23 december 1984, tenzij het tegenovergestelde duidelijk blijkt. Dus omdraaiing van de bewijslast. Het niet meer kunnen aantonen van sollicitatieactiviteiten mag niet (volledig) voor rekening van klaagster komen. Van de gemeente mag een terughoudende opstelling worden verwacht. Zie ook Centrale Raad van Beroep, 10 mei 1989, Rechtspraak Nemesi 1989 nr 51 m.n. Annie Lenting.

Motivering

(...)

Terzake van art. 26 IVBPR heeft de Centrale Raad van Beroep in een uitspraak van 10 mei 1989, WWV 1988/63, overwogen dat het IVBPR weliswaar op 11 maart 1979 voor Nederland in werking is getreden, maar dat dit niet betekent dat aan de bepalingen van dit verdrag ook vanaf die datum rechtstreekse werking als bedoeld in art. 93 en 94 van de Grondwet toegekend kan worden.

(...)

Deze uitspraak van de Centrale Raad van Beroep betekent naar het oordeel van de Raad dat aan art. 26 IVBPR in relatie tot art. 13, lid 1, onder 1 van de

WWV geen zelfstandige betekenis toekomt naast art. 4, eerste lid, van de Richtlijn 79/7 van de EEG. De opmerking namens klaagster dat het Comité voor de Rechten van de Mens in een uitspraak van 9 april 1987 in de zaak B./Gemeente Arnhem (RSV 1987/245) uitgaat van een rechtstreekse werking van art. 26 IVBPR vanaf 11 maart 1979, heeft de Raad niet tot een ander standpunt kunnen brengen. Het moment waarop aan art. 26 IVBPR rechtstreekse werking toekomt kan – voorzover het niet door de wetgever is bepaald – alleen door de nationale rechter worden vastgesteld.

Op grond van bovenstaande overwegingen heeft de Raad vast moeten stellen dat klaagster aan de WWV geen aanspraken kan ontlenen vóór 23 december 1984, omdat tot die datum het bepaalde in art. 13, eerste lid, onder 1 aan het recht op een uitkering in de weg blijft staan.

De bestaande jurisprudentie inzake de WWV, in recente uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van 10 en 19 mei 1988 bevestigd, leert dat het recht op een WWV-uitkering – ongeacht de datum van aanvraag – ontstaat op het moment dat betrokkene voldoet aan het bepaalde in art. 2 en 9, eerste lid, van de WWV en zich geen uitsluitingsgrond voordeelt als bedoeld in art. 13, eerste lid. Dit betekent dat de vraag of klaagster recht heeft op een WWV-uitkering beoordeeld moet worden naar de situatie op 23 december 1984 en de Raad dus voor de vraag staat of klaagster op die datum voldeed aan het bepaalde in art. 2 en art. 9, eerste lid van de WWV.

De Raad heeft zich echter gerealiseerd dat met deze beoordeling niet volledig recht wordt gedaan aan de hierboven geciteerde overweging van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het arrest D. c.s., namelijk voorzover daarin sprake is van een vrouw die zich in een gelijke situatie bevindt. Voor een vrouw die vóór 23 december 1984 werkloos is geworden of van wie het recht op een WW-uitkering vóór 23 december 1984 is geëindigd, is het recht op een WWV-uitkering niet eerder kunnen ontstaan vanwege een discriminerende bepaling in de wet. Zij is dus niet te vergelijken met een man die – om welke reden dan ook – zelf zijn aanvraag om een uitkering heeft uitgesteld tot 23 december 1984 of later, maar hoogstens met een man die vóór het ingaan van zijn recht op een WWV-uitkering getroffen was door een van de anderen uitsluitingsgronden van art. 13, eerste lid.

Om het effect van de discriminerende bepaling in art. 13, eerste lid, onder 1, van de WWV zoveel mogelijk te beperken dient daarom naar het oordeel van de Raad de vraag of klaagster voldoet aan het bepaalde in art. 2 en art. 9, eerste lid, van de WWV eerst beantwoord te worden naar de situatie op de eerste dag van de werkloosheid respectievelijk de dag

waarop de WW-uitkering is beëindigd. Zo deze vraag naar de situatie op dat moment bevestigend beantwoord is, moet aangenomen worden dat klaagster ook op 23 december 1984 aan die voorwaarden voldeed en daarna daaraan is blijven voldoen, tenzij het tegenovergestelde duidelijk gebleken is.

Voor wat betreft de toetsing aan de bepaalde in art. 2 en art. 9 eerste lid, van de WWV meent de Raad vast te moeten houden aan de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep inhoudende dat in het algemeen werknemerschap in de zin van de WWV aangenomen mag worden, indien voorafgaand aan de werkloosheid in loondienst gewerkt is en dat als werkloos beschouwd mag worden: 'diegene die in betekende mate niet in voor hem normale omvang werk heeft en wiens blijvende arbeidsongeschiktheid of wiens geheel van bezigheden aan een reële beschikbaarstelling voor het arbeidsproces niet in de weg staat.' (Centrale Raad van Beroep 25 januari 1989, WWV 1988/12, JSV 1989/108)

De Raad heeft zich bij deze toetsing voorts nog laten leiden door de overwegingen van de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraak van 24 augustus 1988 (WWV 1988/25, JSV 1988/324): 'Het gaat naar 's Raads mening te ver onder die omstandigheden te spreken van het feitelijk ontbreken van reële beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt, nog in aanmerking genomen dat er ook geen aanwijzing is dat mevrouw A zelf een poging tot het verkrijgen van arbeid na 24 april 1986 achterwege heeft gelaten of er op andere wijze blijkt van heeft gegeven niet méér werk te ambiëren dan zij in feite vanaf dat tijdstip had.

Een andere vraag is of mevrouw A mogelijk te kort is geschoten door zich te beperkt ter beschikking te stellen, onvoldoende activiteiten te ondernemen om beschikbaarheid te realiseren en/of haar inschrijving bij het GAB in augustus 1986 te laten verlopen. Wat dit betreft onderschrijft de Raad de mening van de raadvrouw van mevrouw A dat zodanig tekortschieten van mevrouw A niet kan worden beantwoord door haar ingaande 24 april 1986 niet (gedeeltelijk) werkloos te achten, zoals is geschied, maar door het eventueel toepassen van een maatregel als bedoeld in art. 14, eerste lid, aanhef en sub g of h, van de WWV.'

De Raad wil hieraan (ten overvloede, want het toepassen van sancties is in dit geding niet aan de orde) nog toevoegen dat het toepassen van een sanctie als bedoeld in art. 14 van de WWV wegens het niet verlengen van de inschrijving bij het GAB in het geval klaagster, die op grond van een discriminerende bepaling in de WWV van het recht op uitkering werd uitgesloten, door hem niet in overeenstemming met de redelijkheid geacht wordt.

Voor wat betreft het toepassen van een sanctie wegens onvoldoende activiteiten gericht op het vinden van nieuw werk doen zich door het tijdsverloop andere problemen voor. De Raad is van oordeel dat in de situatie als hier ter sprake het risico van het niet meer kunnen aantonen van sollicitatieactiviteiten niet (volledig) voor rekening van klaagster mag komen en dat derhalve van verweerder ten aanzien van het toepassen van art. 14 een terughoudende opstelling verwacht mag worden.

De Raad is van oordeel dat de bestreden beslissing in het licht van bovenstaande overwegingen geen stand kan houden. Op de eerste werkloosheidsdag was klaagster zeker aan te merken als werknemer in de zin van de WWV en was zij werkloos in de zin van art. 9, eerste lid, van de WWV.

Hoewel er ook bij de Raad enige twijfel bestaat over klaagsters beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt in de hierop volgende periode, heeft de Raad uit de beschikbare gedingstukken en de verklaring van klaagster ter terechtzitting niet als vaststaand kunnen afleiden dat klaagster zich in een later stadium en op 23 december 1984 in het geheel niet meer beschikbaar heeft willen stellen voor de arbeidsmarkt of dat zij zozeer door andere bezigheden in beslag is genomen, dat aan haar beschikbaarheid geen reële betekenis toegekend kan worden. Voor het niet kunnen vinden van een nieuwe functie kan ook het feit, dat klaagster geen Nederlandse van geboorte is en de daaruit voortvloeiende taalproblemen, een verklaring zijn, terwijl ook klaagsters opleiding de toegang tot de arbeidsmarkt niet vergemakkelijkt zal hebben. De Raad heeft ook nog overwogen of klaagsters verminderde arbeidsgeschiedenis aan een beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt in de weg gestaan heeft. De Raad heeft echter geconcludeerd dat deze verminderde arbeidsgeschiedenis voldoende vertaling heeft gevonden in de mededeling van klaagster, dat zij zich steeds ook beperkt beschikbaar heeft gesteld voor arbeid, zodat daaraan verder geen gevolgen verbonden dienen te worden.

De Raad is van oordeel – mede in het licht van bovenstaande overwegingen – dat de bestaande twijfel in het voordeel van klaagster uitgelegd dient te worden. Het beroep van klaagster is dan ook gegrond bevonden.

Beslissing

Gegronde verklaring van het beroep. Nietigverklaring van de bestreden beslissing met de bepaling, dat verweerder een nieuwe beslissing zal nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen. Bepaling dat verweerder aan klaagster

het door deze betaalde griffierecht zal vergoeden.

Nr 81

* Raad van Beroep Groningen, 4 oktober 1989

Reg.nr. AOW 3687-185

Mr A.H.J. Lennaerts, voorzitter; J. van Dellen en H. Oolders, leden.

Mevrouw B. te B., klaagster, tegen Sociale Verzekeringsbank Amsterdam, verweerder.

AOW en korting wegens niet-verzekerde jaren van echtgenoot. In eerste instantie heeft de Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EG. Uit het antwoord hierop, gepubliceerd in Rechtspraak Nemesis 1989 nr 56 m.n. Len Andringa, bleek dat de Derde Richtlijn niet van toepassing is op personen die geen arbeid hebben verricht. In de noot onder dit arrest werd de verwachting uitgesproken dat met toepassing van art. 26 BuPo-Verdrag deze regeling geen lang leven zou zijn beschoren. De Raad heeft inderdaad art. 26 BuPo-Verdrag van toepassing verklaard en de beslissing vernietigd.

(...)

Motivering

De Raad heeft reeds in zijn bevel overwogen dat met name het Verdrag van New York van 19 december 1966, goedgekeurd bij Rijkswet van 24 november 1978, Stb. 624, hierna te noemen IVBPR, in een later stadium van de procedure nog aan de orde zou kunnen komen.

Verweerder heeft ter terechtzitting van 13 september 1989 uitvoerig betoogd dat de in de bestreden beslissing vervatte korting van klaagsters ouderdomspensioen niet strijdig is met het bepaalde in art. 26 IVBPR, welk artikel van betekenis is voor de rechten welke aan de AOW kunnen worden ontleend.

Verweerder heeft aangevoerd dat sprake is van een indirect onderscheid, waarvoor rechtvaardigingsgronden zijn.

De Raad is, in tegenstelling tot verweerder, van oordeel dat de korting op klaagsters ouderdomspensioen voortvloeit uit de toepassing van een wetsregel, waaraan het gevolg ten grondslag ligt van een wetsregel, welke een direct onderscheid maakte tussen personen van verschillend geslacht (zie eerste alinea blz. 5 van 's Raads bevel).

Dit onderscheid is, gezien de wordingsgeschiedenis van art. 26 IVBPR en gelet op – onder meer – de uitspraak van de CRvB d.d. 5 januari 1988, AAW 1983/S 90, RSV 1989/200, niet een door art. 26 IVBPR verboden onderscheid, indien het berust op redelijke en objectieve gronden waaraan iedere gedachte van discriminatie vreemd is.

Noch in de bewoordingen noch in de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet van 28 maart 1980, Stb. 180, en van het Koninklijk Besluit van 26 april 1985, Stb. 297, heeft de Raad ook maar enige zinsnede kunnen ontdekken, welke is gewijd aan de vraag of personen als klaagster, ondanks de verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling in de AOW per 1 april 1985, gevolgen mogen blijven ondervinden van de wetsbepaling, welke bij die verwezenlijking werd geschrapt wegens het discriminerende karakter van die regel.

De Raad moet het er dan ook voor houden dat de wetgever de gevolgen van de ongelijke behandeling van personen als klaagster kennelijk voor, op en na 1 april 1985 heeft willen doen voortduren.

Door het ontbreken van naar buiten blijvende aandacht voor de positie van personen als klaagster heeft de Raad niet kunnen achterhalen welke reden(en) de wetgever voor het laten voortduren van de ongelijke behandeling heeft gehad. De Raad kan dus niet oordelen dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad te discrimineren.

De Raad acht deze conclusie te meer gerechtvaardigd, nu uit de wordingsgeschiedenis van de Wet van 3 mei 1989, Stb. 126, blijkt dat de wetgever zich er terdege van bewust is dat sprake is van een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen bij de kortingen, welke voortvloeien uit de nawerking van de te dezer zake relevante – vervallen – wetsregel, doch dat in het midden is gelaten of sprake is van discriminatie, zodat dit oordeel door de feitelijke ontwikkelingen uitsluitend aan de rechter is overgelaten (MvA blz. 16, 17 en 21, TK 1988-1989, 20 610; Eindverslag blz. 4; Nota naar aanleiding van het Eindverslag blz. 12).

De Raad overweegt voorts niet in te kunnen stemmen met verweerders betoog dat reeds het stelsel van de AOW en de uit een gelijke behandeling voortvloeiende financiële gevolgen duidelijk doen zijn welke redenen aan de nawerking van het onderscheid ten grondslag ligt. Financiële gronden (vgl. CRvB 5 januari 1988, AAW 1983/S 90, RSV 1989/200) noodzakelijk niet tot het voortduren van het onderscheid, nu de wetgever desgewenst de bij en/of krachtens de AOW aangegeven regels kan aanpassen zonder daarbij – weer – een discriminerend onderscheid te maken.

Met name is het niet vanzelfsprekend dat een niet-discriminerende behandeling van klaagster er – blijvend – toe moet leiden dat zij inkomsten heeft (Nederlands ouderdomspensioen ingevolge de AOW en een Duitse Witwenrente), welke door de wetgever te hoog zouden kunnen worden geacht (verweerder meent dat dit het geval is).

Evenmin noodzaakt het opbouw karakter van de AOW tot de nawerking van meergenoemd onderscheid. Het sedert 1 april

1985 geldende stelsel, waarbij voor ieder der partners de opbouw van AOW-rechten op grond van de eigen verzekeringsloopbaan geschiedt, toont het tegendeel aan.

De Raad heeft dus geen rechtvaardigingsgronden kunnen vinden voor de ongelijke behandeling van klaagster ten opzichte van de met haar vergelijkbare mannelijke AOW-gerechtigde.

De Raad dient thans nog de vraag te beantwoorden of klaagster met betrekking tot de bestreden beslissing aan art. 26 IVBPR rechtstreeks rechten kan ontlenen.

Gezien de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep met betrekking tot het tijdstip, waarop art. 26 IVBPR voor de onderscheiden sociale verzekeringswetten rechtstreekse werking heeft, neemt de Raad aan dat art. 26 IVBPR ten aanzien van de AOW op 23 december 1984 rechtstreekse werking heeft. Klaagster kan dus aanspraak maken op het door art. 26 IVBPR verleende recht op non-discriminatie met betrekking tot haar bij de bestreden beslissing vastgestelde recht op ouderdomspensioen ingevolge de AOW.

Nu de bij en/of krachtens de AOW gegeven regels door de wetgever niet zijn aangepast, teneinde klaagster met ingang van 23 december 1984 de aanspraken te verlenen, welke de man heeft wiens feitelijk verleden gelijk is aan dat van klaagster, had verweerder art. 13 AOW ten aanzien van klaagster buiten toepassing moeten laten met betrekking tot de op grond van (laatstelijk) art. 2, eerste lid, onderdeel f, van het Koninklijk Besluit van 19 oktober 1976, Stb. 557, niet-verzekerde jaren. De bestreden beslissing berust dus deels op een onjuiste feitelijke grondslag.

Op grond van het vorenstaande wordt beslist als volgt.

Beslissing

De Raad van Beroep te Groningen, recht doende, vernietigt de bestreden beslissing, voorzover daarbij op klaagsters ouderdomspensioen ingevolge de AOW een korting is toegepast wegens niet-verzekerde jaren.

Nr 82

* Raad van Beroep Rotterdam, 17 april 1989

Reg.nr AWW 1988/2407 AI

Mr W.I. Degeling, voorzitter, drs. C.D. Van de Merwe en H. Gotjé, leden.

X, klaagster, tegen de Sociale Verzekeringsbank, Amsterdam.

Gelijkstelling ongehuwd en gehuwd samenwonenden. AWW-uitkering komt toe aan de weduwe die wel gehuwd was met haar overleden partner, maar aan wie de AWW-uitkering

is geweigerd omdat de echtgenoot op het moment van huwelijksluiting ouder was dan 65 jaar en het huwelijk niet vijf jaar heeft geduurd. Voorafgaand aan het huwelijk is gedurende jaren sprake geweest van een duurzaam gezamenlijke huishouding. In zijn motivering verwijst de Raad onder meer naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 7 december 1988 (Rechtspraak Nemesis 1989, nr 29), waarin ook ten aanzien van de AWW betekenis aan art. 26 BuPo-Verdrag werd toegekend, zodat op die grond aan een man een AWW-uitkering werd toegekend.

De Raad van Beroep Rotterdam komt tot het oordeel dat onder 'huwelijk' in de zin van de AAW ook 'duurzaam samenwonen' moet worden verstaan, waarbij het duurzame karakter in casu aanwezig werd geacht. De Sociale Verzekeringsbank heeft tegen de uitspraak hoger beroep aangetekend, maar heeft de termijn laten verstrijken.

Vergelijk uitspraken Raad van Beroep Haarlem (Rechtspraak Nemesis 1989, nr 47) en Raad van Beroep Amsterdam (Rechtspraak Nemesis 1989, nr 69 met noot).

Gronden

(...)

In dit geding is aan de orde of gelet op hetgeen is aangevoerd de bestreden beslissing waarbij verweerder heeft geweigerd klaagster een uitkering krachtens de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) toe te kennen, in stand kan blijven en met name of het bepaalde in art. 14 van de AWW buiten toepassing dient te worden gelaten vanwege strijd met het bepaalde in art. 26 van het internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, New York 11 maart 1979, verder te noemen het BuPo-Verdrag.

(...)

In art. 14, lid 1, sub c en lid 3 van de AWW is bepaald:

'1. Geen recht op weduwenpensioen, noch op tijdelijke weduwenuitkering heeft de weduwe:

c. wier echtgenoot op de dag van de huwelijksluiting de leeftijd van 65 jaar had bereikt of overschreden, tenzij de weduwe met deze echtgenoot, voordat hij de leeftijd van 65 jaar had bereikt, reeds eerder gehuwd is geweest.

(...)

3. Het bepaalde in het eerste lid, onder c, blijft voorts buiten toepassing indien:

a. het huwelijk tenminste vijf jaar heeft voortgeduurd, of

b. uit het huwelijk een of meer kinderen zijn geboren.

Voor de toepassing van het bepaalde in de vorige zinsnede wordt een kind, waarvan de weduwe op de dag van het overlijden van haar echtgenoot zwanger is, als op die dag reeds geboren aangemerkt.'

Klaagsters echtgenoot had op de dag van de huwelijksluiting de leeftijd van 72 jaar en klaagster was nooit eerder met deze man gehuwd geweest.

Het huwelijk, dat gesloten is op 12 maart 1986, heeft geen vijf jaar geduurd; evenmin zijn er kinderen uit dit huwelijk geboren.

De Raad is van oordeel dat klaagster aan voormelde bepalingen van de AWW geen recht op een weduwenpensioen kan ontlenen. In het aanvullend klaagschrift en het aanvullend verzetschrift heeft klaagsters gemachtigde een beroep gedaan op het bepaalde in art. 26 BuPo-Verdrag.

Daarmede heeft deze beoogd: gelijkstelling voor de wet van de status van duurzaam samenwonen zonder huwelijk met de status van duurzaam samenwonen binnen een huwelijk.

(...)

Zoals de Centrale Raad van Beroep reeds in zijn uitspraak van 14 mei 1987, WUV 1984/82, RSV 1987/246, AB 1987, 543, alsmede in zijn uitspraken van 5 januari 1988, AAW 1981/B 126, RSV 1988/198, AB 1988, 253; AAW 1983/S 22, RSV 1988/199, AB 1988, 254; AAW 1983/S 90, RSV 1988/200 en AAW 1982/S 122, AB 1988, 252, heeft doen blijken, is art. 26 BuPo-Verdrag, mede gelet op art. 2 van dat verdrag, ook van betekenis waar het gaat om sociale zekerheidsrechten en vergelijkbare aanspraken. Met name komt hier – naar uitdrukkelijk uit de evenvermelde uitspraken van 5 januari 1988 blijkt – te dezen geen art. 26 BuPo-Verdrag uitsluitende betekenis toe aan de omstandigheid dat ten aanzien van sociale zekerheidsrechten bij het te zelfder tijd en plaats totstandgekomen Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (Trb. 1978, 178) in verplichtingen voor de verdragsluitende partijen is voorzien tot het op nationaal niveau (nader) gestalte geven van de in laatstbedoeld Verdrag erkende rechten. Overwegingen van eenzelfde inhoud als ten grondslag liggende aan vorenvermelde uitspraken, hebben de Centrale Raad van Beroep bijkens de uitspraken van 7 december 1988, AWW 1987/46, AB 1989, 10, en AWW 1987/17 ook ten aanzien van de AWW gevoerd tot het oordeel dat art. 26 BuPo-Verdrag betekenis heeft.

De vraag of de in art. 14, lid 3, sub a van de AWW vervatte beperking tot het 5 jaar gehuwd moeten zijn geweest waar het gaat om aan die wet te ontlenen aanspraken na het overlijden van een der echtelieden, zich niet verdraagt met art. 26 BuPo-Verdrag, beantwoordt de Raad bevestigend. De Raad merkt hierbij op dat, ook wanneer ervan wordt uitgegaan dat de evenbedoelde beperking in de AWW eerder gerechtvaardigd was, zulks reeds geruime tijd en in ieder geval ten tijde van het overlijden van de heer X (op 11 november 1987) niet meer het geval was in verband met de toen reeds

opgetreden veranderingen in de hier van belang zijnde maatschappelijke omstandigheden.

Met de vaststelling dat de AWW met haar in art. 14, lid 3, sub a vermelde beperking in strijd is met art. 26 BuPo-Verdrag, en zulks al sedert ettelijke jaren, is aan de orde de vraag of klaagster rechtstreeks rechten aan dat artikel kan ontnemen of – anders gezegd – of dat artikel zogenaamde rechtstreekse werking heeft en behoort tot de in artt. 93 en 94 van de Grondwet bedoelde, een ieder verbindende bepalingen. Die vraag beantwoordt de Raad bevestigend, waartoe het navolgende wordt opgemerkt.

Met het meewerken van het ingaande 11 maart 1979 van kracht worden van – ook – art. 26 BuPo-verdrag, bij de ondertekening van welk verdrag Nederland geen beperking terzake van de AWW heeft aangebracht, heeft de wetgever de verplichting aanvaard de bij dat artikel gewraakte discriminatie op te heffen. Die verplichting heeft de wetgever voorts nog onderstreept bij het totstandbrengen van de nieuwe Grondwet met art. 1 daarvan.

In zijn hiervoor genoemde – ook in zijn vorenvermelde uitspraken van 5 januari 1988 en 7 december 1988 te dezen gereleveerde – uitspraak van 14 mei 1987 acht de Centrale Raad van Beroep grond aanwezig het rechtens voor niet onaanvaardbaar te houden dat discriminatie in de nationale wetgeving in sommige situaties slechts geleidelijk kon worden opgeheven. Waar de wetgever evenwel niet tot opheffing van de discriminatie overgaat – hetgeen overigens reeds in enkele sociale verzekeringswetten is gedaan en waarbij de gelijkstelling van gehuwden met ongehuwd samenwonenden tot norm is gerealiseerd – zal na verloop van tijd het moment aanbreeken waarop aan art. 26 BuPo-Verdrag in relatie tot de betrokken nationale wetgeving rechtstreekse werking niet meer kan worden ontzegd.

Mede gelet op het feit dat gelijkstelling van gehuwden en ongehuwd samenwonenden in een aantal sociale verzekeringswetten reeds heeft plaatsgevonden, acht de Raad de zoëven bedoelde periode voor een geleidelijk opheffen van discriminatie in ieder geval ten tijde van het overlijden van de echtgenoot van klaagster reeds ruimschoots verstreken.

De Raad is van oordeel dat het voor Nederland geldende, ook reeds in de 'oude' Grondwet neergelegde stelsel van het doorwerken van internationaal en supranationaal recht in het nationale recht met zich meebrengt dat bij de rechterlijke beslissing de discriminatie in het geval dat er strijd met art. 26 BuPo-Verdrag bestaat en aan dit artikel rechtstreekse werking toekomt, moet worden opgeheven, ook wanneer de discriminatie niet aan een uitzonderingsbepaling is toe te schrijven. Dat stelsel laat derhalve, wat de AWW betreft, naar het

oordeel van de Raad niet toe dat hij zou volstaan met het noemen van de wetgever als hebbende exclusief de taak om bij strijd van de AWW met art. 26 BuPo-Verdrag, welke is ontstaan als gevolg van niet-tijdige opheffing van discriminatie door wetwijziging, een oplossing te zoeken voor de tijd dat die strijdigheid reeds bestaat en nog zal voortduren.

Weliswaar moet de wetgever met het oog op art. 26 BuPo-Verdrag de keuze worden gelaten uit verschillende mogelijkheden tot het opheffen van het in geding zijnde onderscheid tussen gehuwd en ongehuwd samenwonen, doch waar het – zoals in casu – evenwel gaat om voor de opheffing der discriminatie gelegen tijd waarin de justitiabele art. 26 BuPo-Verdrag ten dienste staat, brengt het voor Nederland geldende stelsel van het doorwerken van internationaal en supranationaal recht in het nationale recht met zich mee dat de over laatstbedoelde tijd gemaakte aanspraken op een pensioen ingevolge de AWW door het bestuursorgaan en door de rechter dienen te worden beoordeeld naar de in de wet neergelegde criteria met inachtneming van art. 26. BuPo-Verdrag.

De rechtstreekse werking dient voor het ter toetsing van de rechter staande geval het effect te hebben dat bij het bestaan van recht op uitkering en pensioen van weduwen op grond van de AWW aan de na het overlijden van de echtgenoot achterblijvende de in deze wet voor een weduwe voorziene aanspraken toekomen, ongeacht of er sprake is van vijf jaar gehuwd te zijn geweest dan wel van vijf jaar ongehuwd te hebben samengewoond.

In de inmiddels gewijzigde AOW en ABW worden met gehuwden gelijkgesteld niet gehuwde personen die duurzaam een gezamenlijke huishouding voeren, tenzij het personen betreft tussen wie bloedverwantschap in de eerste of tweede graad bestaat. De Raad is van oordeel dat klaagster aan bovengenoemd criterium van 'duurzaam voeren van een gezamenlijke huishouding' voldeed. Dat oordeel is gebaseerd op het volgende:

- Klaagster heeft uittreksels uit het bevolkingsregister overgelegd waaruit blijkt dat zowel klaagster als haar overleden echtgenoot vanaf 7 september 1977 op hetzelfde adres hebben gewoond.
- Klaagster en haar overleden echtgenoot hadden, zo blijkt uit de gedingsstukken, een gezamenlijke girorekening welke reeds bestond op 2 januari 1978; van die rekening werd onder andere de huur, de verzekering en lidmaatschap omroepvereniging betaald.
- Er is op 1 december 1978 voor klaagster een levensverzekering gesloten bij de N.V. Levensverzekering Maatschappij Victoria Vesta alwaar klaagsters overleden echtgenoot geregistreerd stond als verzekeringsnemer.
- De huurovereenkomst welke per 26

juni 1978 is aangegaan, is op 21 juni 1978 door zowel klaagster als haar overleden echtgenoot ondertekend.

Daar klaagster met de heer X gedurende de periode van tenminste 7 september 1977 tot 12 maart 1986 als ongehuwd samenwonenden en van 12 maart 1986 tot 11 november 1987 als gehuwden duurzaam een gezamenlijke huishouding voerde en er geen bloedverwantschap bestaat in de eerste en tweede graad, voldoet klaagster aan de criteria die door de Centrale Overheid gesteld zijn aan het gelijkstellen van gehuwden en ongehuwd samenwonenden in de reeds aangepaste sociale verzekeringswetten.

Nu de nationale wetgever is overgegaan tot voormelde gelijkstelling kan het door de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraak van 13 november 1986, TAR 1987/13 vereiste notariële samenlevingscontract dat vanaf 1 januari 1985 noodzakelijk werd geacht ter bepaling van gelijkstelling met gehuwden, geen toepassing meer vinden aangezien er op de datum van overlijden van klaagsters echtgenoot reeds sprake was van voormelde gelijkstelling door de nationale wetgever in enkele sociale verzekeringswetten. Derhalve moeten in elk geval op deze datum, 11 november 1987, de jaren dat klaagster voor haar huwelijk met de heer X heeft samengewoond, worden gelijkgesteld met huwelijkse jaren.

Hieruit volgt dat klaagster uit hoofde van het overlijden van haar echtgenoot op 11 november 1987 in verband met art. 26 BuPo-Verdrag aanspraak heeft op pensioen op grond van de AWW, omdat onder 'huwelijk' in art. 14, lid 3, sub a van de AWW ook 'duurzaam samenwonen' in vorenvermelde zin moet worden verstaan.

De bestreden beslissing komt voor vernietiging in aanmerking.

Inhoud der uitspraak

Vernietiging van de bestreden beslissing.

Gegroundverklaring van klaagsters beroep.

Bepaling dat verweerder een nieuwe beslissing neemt met inachtneming van het hiervoor overwogene.

Bepaling dat verweerder aan klaagster het door haar gemachtigde gestorte griffierecht vergoedt.

WETGEVING

Homohuwelijk in de Deense wet

Aangenomen door het Folketing op 26 mei 1989

Voorstel tot Wet op het geregistreerde partnerschap

Artikel 1

Twee personen van dezelfde kunne kunnen hun partnerschap laten registreren.

Registratie**Artikel 2**

Hoofdstuk 1 en art. 12 en art. 13, eerste lid en tweede lid, eerste volzin, van de 'aegteskabslov' (wet op het huwelijk) zijn van vergelijkbare toepassing op de registratie van het partnerschap, vergelijk evenwel het tweede lid.

Tweede lid. Registratie van het partnerschap kan alleen plaatsvinden wanneer beide partijen of een van hen vaste woonplaats hier te lande hebben/heeft en de Deense nationaliteit bezit(ten).

Derde lid. Regels voor de procedure in verband met de registratie van partnerschap, onder andere een kritisch onderzoek van de vraag in hoeverre aan de voorwaarden van registratie is voldaan, worden door de minister van justitie vastgesteld.

Rechtsgevolgen**Artikel 3**

Registratie van het partnerschap heeft met de in art. 4 aangevoerde uitzondering dezelfde rechtsgevolgen als in-het-huwelijk-treding.

Tweede lid. Bepalingen in de Deense wetgeving, die betrekking hebben op huwelijk en echtgenoten, moeten van vergelijkbare toepassing zijn op geregistreerd partnerschap en geregistreerde partners.

Artikel 4

De regels in de 'adoptionslov' (adoptiewet) inzake echtgenoten zijn niet van toepassing op het geregistreerde partnerschap.

Tweede lid. Art. 13, derde volzin en art. 15, derde lid, in de 'myndighedslov' (mondigheidswet) inzake echtparen zijn niet van toepassing op het geregistreerde partnerschap.

Derde lid. Bepalingen in de Deense wetgeving die bijzondere regels bevatten over de ene partij in een huwelijk, bepaald door de kunne van deze partij, zijn niet van toepassing op het geregistreerde partnerschap.

Vierde lid. Bepalingen in internationale verdragen zijn niet van toepassing op het geregistreerde partnerschap, tenzij de mede-ondertekenaars zich hierbij aansluiten.

Ontbinding**Artikel 5**

De hoofdstukken 3, 4 en 5 van de 'aegteskabslov' en hoofdstuk 42 van de 'retsplejelov' (wet op de rechtspleging) zijn van vergelijkbare toepassing op de ontbinding van een geregistreerd partnerschap, vergelijk evenwel tweede en derde lid.

Tweede lid. Art. 48 van de 'aegteskabslov' is niet van toepassing op ontbinding van een geregistreerd partnerschap. Derde lid. Ongeacht art. 448c van de 'retsplejelov' kunnen geregistreerde

partnerschappen altijd hier te lande worden ontbonden.

Vankrachtswordingsbepalingen etcetera**Artikel 6**

Deze wet wordt van kracht op 1 oktober 1989.

Artikel 7

Deze wet geldt niet voor de Faroer en Groenland, maar deze wet kan bij koninklijk besluit geheel of gedeeltelijk van kracht worden voor deze gebiedsdelen met de afwijkingen die de bijzondere Faroerse en Groenlandse omstandigheden voorschrijven.

*Toelichting op het wetsontwerp***1. Inleiding**

Het Folketing heeft de afgelopen jaren een aantal debatten gevoerd en een aantal besluiten genomen die van betekenis zijn voor homoseksuele mannen en lesbische vrouwen. Ondanks onenigheid over enkele besluiten hebben de debatten een positieve houding onthuld ten aanzien van maatschappelijke gelijkstelling van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen; een houding die veel verder reikt dan de politieke partijen die de verschillende besluit- en wetsontwerpen naar voren hebben gebracht.

Het staat buiten kijf dat deze politieke welwillendheid ook de actuele houding onder de bevolking weerspiegelt. In toenemende mate wordt geaccepteerd dat homoseksuele mannen en lesbische vrouwen een leven naar hun eigen keuze leiden en dat relaties tussen twee personen van hetzelfde geslacht in precies dezelfde mate als relaties tussen twee personen van verschillende kunne gebaseerd zijn op liefde, wederzijdse verantwoordelijkheid en solidariteit. Oftewel zoals de oprichter van de landelijke vereniging voor homoseksuele mannen en lesbische vrouwen, Axil Axlil, in zijn boek *Homofile kampar* (Homofiele gevechtsjaren) schrijft: 'Wij homoseksuelen voelden ons noch ziek noch misdadig. Wij beschouwden ons als mensen die om de een of andere reden zijdens moeder natuur anders geschapen waren, maar wij vonden dat onze vorm van liefdesleven even mooi en even vol emoties kon zijn als dat van de zogenaamde 'normale' mensen.'

Aan deze algemeen gewijzigde houding ten opzichte van samenwoning van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen is echter een jarenlange ontwikkeling voorafgegaan die begon met het voorstel gedaan door de 'straffelovskommissionen of 1905' (straffelovskommissie van 1905) in haar rapport uit 1912, tot een aanzienlijke liberalisering vergeleken met de geldende wetgeving en die ertoe geleid heeft dat de liberalisering – na meerdere pogingen – in de

strafwet van 15 april 1930 werd doorgevoerd. Met toenmalige maatstaven gemeten werd het als een belangrijke aanwinst beschouwd dat de minister van justitie C.Th. Zahle in verband met het voorstel zei dat 'wanneer geen betaling plaatsheeft en wanneer geen misbruik van jonge mensen plaatsvindt, gesteld moet worden dat de relatie de rechterlijke autoriteiten niet aangaat'. Deze uitspraken markeerden de acceptatie door de politieke besluitvormers van relaties tussen twee personen van dezelfde kunne. Homoseksuele mannen en lesbische vrouwen beschouwden het als een belangrijke vooruitgang omdat het betekende dat rechtsvervolgning wegens homoseksualiteit niet mocht plaatsvinden. Maar van een daadwerkelijke gelijkstelling van relaties tussen twee personen van dezelfde en twee personen van verschillende kunne was echter op generlei wijze sprake. Enerzijds bestond er noch onder de bevolking noch onder de politici enig begrip hiervoor en anderzijds beschouwden de meeste homoseksuele mannen en lesbische vrouwen dergelijke ideeën als zijnde onrealistisch, zolang zij hun handen vol hadden aan het vermijden van rechtsvervolgning en discriminatie. Alleen op visionaire ogenblikken werd over daadwerkelijke gelijkstelling gediscussieerd. Daarbij kwam nog dat de houding van de toenmalige minister van justitie vermoedelijk niet in overeenstemming was met de visie terzake van de bevolking en de uitoefenende autoriteiten. Gebaseerd op een twijfelachtig vonnis uit 1936 werd het begrip 'betaling' geïnterpreteerd als iedere materiële geste, van bezoeken aan café's e.d. tot een sigaret toe. Vermoedelijk tegen de bedoelingen van de minister van justitie Zahle in, vond er derhalve rechtsvervolgning in grote omvang van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen plaats tot eind van de zestiger jaren, toen met name lid van de Folketing, Else Merete Ross, en de toenmalige ministers van justitie, K. Axel Nielsen en Knud Thestrup, in het geheugen gegrift staan wegens initiatieven die het tij van de onwaardige behandeling van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen deden keren.

Sindsdien heeft er onder de bevolking en onder de politieke besluitvormers – ongeacht politieke kleur – een zeer aanzienlijke wijziging van de instelling plaatsgevonden, waardoor het actueel wordt om nog meer wetsinitiatieven te nemen met het oog op gelijkstelling van relaties tussen twee personen van dezelfde kunne met relaties tussen twee personen van verschillende kunne.

1. In 1984 heeft het Folketing besloten een commissie te constitueren die de leefsituatie in de maatschappij van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen in het licht moest stellen.

2. In 1986 heeft het Folketing een gelijkstelling met betrekking tot successie-

rechten aangenomen, geldende voor twee personen van dezelfde kunne en voor echtparen.

3. In 1987 heeft het Folketing besloten de bestaande antidiscriminatiewetgeving uit te breiden zodat deze ook voor onder andere homoseksuele mannen en lesbische vrouwen geldt.

Hierbij komt nog dat de toenmalige minister van binnenlandse zaken, Knud Enggaard, en de 'Kommunaludvalg' (commissie gemeenteaangelegenheden) van het Folketing in het begin van 1987 in internationale kringen in hoge mate de aandacht op zich vestigde toen zij de Nederlandse Vereniging tot Integratie van Homosexualiteit COC bezocht in verband met een studiereis over bestrijding van de ziekte AIDS. Tevens ondervindt de Deense landelijke vereniging voor homoseksuele mannen en lesbische vrouwen in toenemende mate waardering, onder andere in de samenwerking rond de Deense AIDS-bestrijding.

De eerdergenoemde commissie, die de leefsituatie van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen in het licht moest stellen, heeft in januari 1988 rapport uitgebracht. Tegelijkertijd hebben de partijen S, SF en RV in het Folketing een ontwerp ingediend tot wet op het geregistreerde partnerschap.

Onderhavig wetsontwerp dat, afgezien van de vankrachtwordingsbepaling, identiek is met het tijdens het afgelopen folketingszittingsjaar ingediende wetsontwerp, is in hoofdzaak gebaseerd op het voorstel en de overwegingen die de grote minderheid in genoemde commissie naar voren heeft gebracht over het onderwerp geregistreerd partnerschap.

2. Het doel van het wetsontwerp

Afgezien van de overduidelijke behoefte aan gelijkstelling tussen twee gelijkwaardige samenlevingsvormen, die in een jarenlange ontwikkeling actueel geworden is, beoogt dit wetsontwerp ook andere doeleinden.

1. De acceptatie in de maatschappij van relaties tussen twee personen van dezelfde kunne, tot uitdrukking gebracht in concrete wetgeving, zal de partners van een zodanige relatie dezelfde rechtmatige garanties, dezelfde rechten en dezelfde plichten waarborgen als die welke tussen echtgenoten gelden.

2. Een partnerschapsinstelling zal beter waarborgen dat homoseksuele mannen en lesbische vrouwen een leven kunnen leiden in overeenstemming met hun eigen wensen en naar eigen keuze. Dit is niet in de laatste plaats van betekenis voor jonge mensen voor wie het – wijst de ervaring uit – een moeilijk en langdurig proces is om een keuze te maken in overeenstemming met hun gevoelens en behoeften wanneer zij tevens bij hun overwegingen rekening moeten houden met irrationele zaken zoals onder andere de

reactie van de maatschappij en van hun omgeving.

3. Een formele erkenning door middel van expliciete wetgeving zal de mogelijkheden verbeteren van vaste relaties die ook van langere duur zijn tussen twee personen van dezelfde kunne, aangezien de aanwezigheid van of alleen al het gevoel van een negatieve reactie zijdens de omgeving – zo wijst de ervaring uit – de duurzaamheid van deze vaste relatie in negatieve richting beïnvloedt.

4. De partnerschapsinstelling is een noodzakelijkheid teneinde twee personen van dezelfde kunne die een paar vormen dezelfde rechten te kunnen waarborgen als echtgenoten ten opzichte van andere wetgeving, bijvoorbeeld de woning-, de pensioen- en de vreemdelingenwetgeving, en om daardoor een aantal menselijk belastende situaties te kunnen verhinderen.

5. De mogelijkheid, houdende dat twee personen van dezelfde kunne kunnen kiezen voor het sluiten van een geformaliseerd partnerschap, houdt in dat zij evenals twee personen van verschillende kunne twee keuzemogelijkheden krijgen: de geformaliseerde en de niet-geformaliseerde.

Daarentegen is het wetsontwerp niet het gevolg van de ernstige situatie met betrekking tot de ziekte AIDS, ook al heeft deze ziekte de doorvoering ervan wel actueel gemaakt. Ook zonder het bestaan van deze ziekte zou het besluit van een partnerschapsinstelling relevant zijn. Maar natuurlijk kan niet worden ontkend dat deze ziekte er toe heeft geleid dat in zodanige mate de schijnwerper op de algehele leefsituatie van homoseksuelen is geplaatst, dat onder andere chef-arts Henrik Zoffmann bij meerdere gelegenheden heeft gesteld dat betere levensvoorwaarden, gewijzigde instelling en minder druk op de vaste paar-relaties tussen twee personen van dezelfde kunne het aantal willekeurige paar-relaties tussen homoseksuelen kan reduceren en daardoor kan bijdragen aan de bestrijding van de verspreiding van deze ziekte. De voorstelindieners zijn van mening dat deze opvatting correct is, maar de overige zwaarwegende – en van de tijd-factor onafhankelijke – argumenten vóór dit wetsontwerp in aanmerking genomen kan deze opvatting alleen maar als extra (positief) pluspunt worden beschouwd, wanneer dit wetsontwerp wordt doorgevoerd.

3. Internationale perspectieven

Denemarken heeft sowieso een goede naam onder homoseksuele mannen en lesbische vrouwen in het buitenland. Ondanks problemen is Denemarken een van de weinige landen in de wereld waar het mogelijk is voor homoseksuele mannen en lesbische vrouwen om een mesnwaardig leven te leiden.

Vermoed wordt – en denklijk terecht – dat een zo markante kwalitatieve vooruitgang ten behoeve van de homoseksuele mannen en lesbische vrouwen als het besluiten tot een concrete partnerschapsinstelling met rechten en plichten op dit moment nauwelijks elders dan alleen in Denemarken zal kunnen worden doorgevoerd.

In grote delen van de wereld zal de behandeling door het Folketing van onderhavig wetsontwerp derhalve met grote belangstelling worden gevolgd, aangezien Denemarken – indien zij tot een goedkeuring van het wetsontwerp besluit – als eerste land de eerste stap zal doen in de richting van een – in ieder geval in West-Europa – onafwendbare ontwikkeling.

In het kader van de jaarlijkse conferentie van ILGA (International Lesbian and Gay Association) die in 1986 in Denemarken heeft plaatsgevonden, hebben vele buitenlandse afgevaardigden de hoop uitgedrukt dat het Folketing het partnerschapsontwerp zou aannemen. Dit zou de condities voor hun werk verbeteren, niet alleen met het oog op verkrijging van vergelijkbare bepalingen, maar ook met het oog op verwerving van rechten die men in Denemarken reeds jarenlang als vanzelfsprekende mensenrechten heeft opgevat.

Er bestaat nog steeds een aantal landen, ook in Europa, waar homosexualiteit zelfs niet is toegestaan of waar wettelijke voorzieningen getroffen zijn tot discriminatie vanwege homosexualiteit.

De voorstelindieners zijn van mening dat de goedkeuring van onderhavig wetsontwerp – goed voorbeeld doet goed volgen – de werkzaamheden voor de mensenrechten van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen in veel landen over de gehele wereld zal kunnen beïnvloeden.

4. Hoofdinhoud

Algemene opmerkingen

Het wetsontwerp houdt in dat alle rechtsgevolgen van het huwelijk worden overgedragen op het geregistreerde partnerschap, afgezien van de uitzonderingen die in het wetsontwerp vermeld staan en die uit de opmerkingen erbij blijken.

De voorstelindieners hebben verkozen de aanduiding 'geregistreerd partnerschap' te gebruiken, enerzijds met als motivering dat deze aanduiding geschikt wordt gevonden, anderzijds met als motivering dat de landelijke vereniging van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen een aantal jaren lang deze aanduiding heeft gebruikt voor een registratiewetgeving voor homoseksuele paren, reden waarom deze aanduiding als bekend mag worden voorondersteld, in ieder geval onder homoseksuelen. Het sluiten van geregistreerd partnerschap is niet voorbehouden aan homoseksuelen, aangezien

dit een definitie zou vergen van wat een homoseksuele relatie inhoudt. Een dergelijke definitie is vermoedelijk niet mogelijk en evenmin wenselijk.

Personen van dezelfde kunne zonder seksuele relaties tot elkaar die voldoen aan de voorwaarden die overigens gesteld worden met betrekking tot het sluiten van geregistreerd partnerschap, zullen aldus onder dit wetsontwerp vallen. Het wetsontwerp eist niet dat de personen die geregistreerd wensen te worden met elkaar samenleven. De 'aegteskabslov' eist evenmin dat echtgenoten samenleven, noch vóór noch tijdens het huwelijk.

De voorstelindieners vestigen er de aandacht op dat er in het aantal bepalingen uit de huwelijkswetgeving dat van vergelijkbare toepassing is op het geregistreerd partnerschap, uitdrukking worden gebruikt als 'man', 'echtgenote', e.d. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de artt. 1, 11 en 26 in de 'lov om aegteskabets retsvirkninger' (wet op de rechtsgevolgen van het huwelijk). De voorstelindieners vinden het niet nodig om de tekst in al zulk soort bepalingen te wijzigen, maar zij vinden dat dit probleem kan worden opgelost met analoge gevolgtrekkingen of door middel van een doelstellingsinterpretatie van de desbetreffende bepalingen.

Daarentegen zal het nodig zijn de bepalingen in de huwelijkswetgeving te wijzigen waarin voorwaarden worden gesteld inzake een eerder gesloten huwelijk, vergelijk het gelijktijdig hiermede ingediende wetsontwerp inzake wijziging van de huwelijkswet, de erfwet, de strafwet en de wet op successie en schenkingen (wijzigingen als gevolg van de invoering van het geregistreerd partnerschap).

Opmerking bij iedere bepaling van het wetsontwerp afzonderlijk

Ad art. 1

Vastgesteld wordt dat slechts twee personen van dezelfde kunne een geregistreerd partnerschap kunnen sluiten. Zoals vermeld onder de algemene opmerkingen wordt niet geëist dat deze twee personen een seksuele verhouding met elkaar hebben of alleen maar samenwonen. Aan de andere kant volgt uit deze bepaling dat geregistreerd partnerschap alleen betrekking heeft op paren. Een groep personen, bijvoorbeeld de deelnemers aan een commune, kunnen aldus deze regeling niet gebruiken om bijvoorbeeld onderling legaal erfrecht in te voeren. Verder worden er nog meer voorwaarden gesteld aan deze twee personen, aangezien beiden moeten voldoen aan de voorwaarden die gelden voor het aangaan van een huwelijk, vergelijk de opmerkingen ad art. 2.

Ad art. 2

Het eerste lid betreft de voorwaarden tot het aangaan van een huwelijk en de be-

palingen inzake een kritisch onderzoek van de vraag in hoeverre aan deze voorwaarden is voldaan op het geregistreerd partnerschap, evenwel met de uitzonderingen die voortvloeien uit art. 2, tweede lid.

Dit betekent onder andere dat personen die jonger zijn dan 18 jaar geen geregistreerd partnerschap mogen sluiten zonder de toestemming van het 'statsamt' (provinciaal overheidsorgaan) en van de ouders.

Het verbod, waarvan niet kan worden gedispenseerd, in art. 6 van de 'aegteskabslov' wordt eveneens overgenomen, zodat geregistreerd partnerschap niet kan worden gesloten tussen bloedverwanten in recht op- en neergaande lijn of tussen broers/zusters, maar wel tussen neven en nichten (dat wil zeggen kinderen van broers en zusters van vader en moeder). Bovendien wordt het verbod op bigamie overgenomen, vergelijk art. 9 van de 'aegteskabslov' en de boedelscheidingsvoorwaarden in art. 10 van deze wet.

Het wetsontwerp houdt verder in dat de bepalingen inzake huwelijk in kerk en op stadhuis niet van toepassing zijn op het geregistreerd partnerschap.

De minister van justitie wordt gemachtigd om nadere regels vast te stellen voor de procedure in verband met de registratie van partnerschap, vergelijk derde lid. Het tweede lid voorziet in bijzondere regels wat betreft de eis van de band van de partijen met Denemarken. Hoofdstuk 1 van de 'aegteskabslov' inzake voorwaarden tot het aangaan van een huwelijk en hoofdstuk 2 over de huwelijksvoltrekking eisen niet dat een Deense huwelijksvoltrekking alleen kan plaatsvinden wanneer een van de partijen of beide partijen vaste woonplaats in Denemarken heeft/hebben of Deens staatsburger is/zijn.

Natuurlijk moet het paar tijdens de huwelijksvoltrekking in Denemarken aanwezig zijn, maar niets verhindert dat buitenlanders hier te lande huwen, ongeacht de omstandigheid dat beiden of een van hen in het buitenland gevestigd zijn/is. In het belang van het kritisch onderzoek van de vraag in hoeverre aan de voorwaarden tot het aangaan van een huwelijk is voldaan, moet het paar echter een aantal dagen voor de huwelijksvoltrekking hier te lande verblijf houden, terwijl de overheidsinstelling belast met dit onderzoek de zaak in behandeling neemt.

Een overname op dit punt van bovengenoemde regels ten aanzien van het aangaan van een huwelijk zal er toe kunnen leiden dat zuiver buitenlandse paren hier te lande geregistreerd partnerschap kunnen sluiten, zonder dat deze registratie enige betekenis in hun land van herkomst krijgt. De voorstelindieners vinden deze consequentie niet doelmatig. Derhalve moet de regeling alleen kunnen worden toegepast in gevallen waarin

tenminste een van de partners in Denemarken woonachtig is.

Ten aanzien van de plaats van de registratie wordt opgemerkt dat de voorstelindieners bezwaar hebben tegen regels die Deense diplomaten toestemming geven om registraties in het buitenland te verrichten, zoals met een parallel in de huwelijkswetgeving conform art. 22 van de 'aegteskabslov' wel mogelijk zou zijn. Als voorwaarde wordt gesteld dat het desbetreffende land toestaat dat vreemde autoriteiten registratie van homoseksuelen op zijn grondgebied verrichten. Een dergelijke toestemming zal vermoedelijk niet kunnen worden verkregen.

Als gevolg van de omstandigheid dat art. 22 van de 'aegteskabslov' niet van toepassing is, moeten visumaanvragers die naar Denemarken wensen te komen ten einde een geregistreerd partnerschap te sluiten een visum kunnen krijgen, ongeacht de omstandigheid dat normaliter geen visa worden afgegeven aan aanvragers afkomstig uit het desbetreffende land.

LITERATUUR

Martha A. Field: Surrogate Motherhood. The legal and human issues. Cambridge. Harvard University Press, 1988, 215 pag., ISBN 0-674-85748-8, f 68,80.

In de eerste vier hoofdstukken wordt uiteengezet welke juridische mogelijkheden er bestaan met betrekking tot draagmoederschap. In de laatste vijf hoofdstukken verklaart en verdedigt de schrijfster de oplossing waar zij voor kiest. Zij vindt dat contracten die voor de geboorte van het kind zijn gemaakt niet afdwingbaar mogen zijn. Een moeder die zich terugtrekt als draagmoeder moet het gezag over het kind behouden zonder dat zij hoeft te bewijzen dat zij een betere ouder zal zijn dan de biologische vader van het kind.

Olympe de Gouges: Verklaring van de rechten van de vrouw en burgeres. Ingeleid en van commentaar voorzien door Dr. Hannelore Schröder. Kampen. Kok Agora, 1989, 140 pag., ISBN 90-242-7622-5, f 24,75.

Olympe de Gouges, geboren in 1748 te Montauban, vestigde zich omstreeks 1766 in Parijs en trad vanaf 1780 als schrijfster en politieke activiste in de openbaarheid.

In 1791 schreef zij de 'Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne' en stuurde deze aan de koningin en de Nationale Vergadering.

In de verklaring van de rechten van de

vrouw en burgeres verzet Olympe de Gouges zich tegen het uitsluiten van de halve mensheid, de vrouwen, uit de mensheid. Zij eist gelijkheid en vrijheid voor vrouwen.

Jalna Hanmer e.a.: Women, policing, and male violence. International perspectives.
London. Routledge, 1989, 221 pag., ISBN 0-415-00693-7, f 45,55.

Dit boek bevat acht artikelen die het politie-optreden bij geweld tegen vrouwen beschrijven. De situatie in Australië, Engeland, Nederland en America wordt vergeleken.

In het afsluitende hoofdstuk wordt bekeken hoe het politie-optreden bij geweld tegen vrouwen kan worden verbeterd.

Catherine A. MacKinnon: Toward a feminist theory of the state.
Cambridge. Harvard University Press, 1989, 330 pag., ISBN 0-674-89645-9, f 74,40.

De schrijfster analyseert politiek, sexualiteit en het recht vanuit het oogpunt van vrouwen. Ze gebruikt daarbij de discussie over het marxisme en feminisme als uitgangspunt.

De onderwerpen verkrachting, abortus, pornografie en seksuele gelijkheid worden besproken in relatie met de liberale staat.

The legal relevance of gender. Some aspects of sex-based discrimination.
Edited by Sheila McLean and Noreen Burrows.

London. The MacMillan Press, 1988, 287 pag., ISBN 0-333-40772-5.

Dit boek bevat de volgende bijdragen:

1. Sheila A.M. McLean: The legal relevance of gender: some aspects of sex-based discrimination.
2. Tom Campbell: Sex discrimination: Mistaking the relevance of gender.
3. O.F. Robinson: The historical background.
4. W.M. Gordon: Property and succession Rights.
5. T.D. Fergus: Women and the parliamentary franchise in Great Britain.
6. Noreen Burrows: Employment and gender.
7. Jane D.N. Bates: Gender, social security and pensions: the myth of the 'everyday housewife'.
8. Tom Mullen: Nationality and immigration.
9. Chris Docherty: Female offenders.
10. Sheila A.M. McLean: Female victims in the criminal law.
11. Patricia Lucie: Discrimination against males in the USA.
12. Tom Mullen: Affirmative action.
13. Noreen Burrows and Esin Orücü: The international approach to discrimination.

Renée Römken: Geweld tegen vrouwen in heteroseksuele relaties. Een landelijk onderzoek naar de omvang, de aard, de gevolgen en de achtergronden.
Amsterdam. SUA, 1989, 374 pag., ISBN 90-800-273-1-6, f 65,-.

Uit dit landelijk onderzoek komt naar voren dat ruim een op de negen volwassen vrouwen in ons land in de relatie met haar mannelijke partner herhaaldelijk eenzijdig werd of wordt geconfronteerd

met fysiek en/of seksueel geweld. De spreiding in het voorkomen van eenzijdig geweld tegen vrouwen is zo groot dat maatschappelijk gezien niet van bepaalde groepen met een sterk verhoogd risico kan worden gesproken.

De schrijfster pleit voor afstemming en coördinatie van beleidsmaatregelen en uitvoerende activiteiten. Een landelijk coördinatiepunt met betrekking tot 'geweld tegen vrouwen' is een goed begin. Tevens moet veel aandacht worden besteed aan voorlichting om op deze manier een maatschappelijke discussie over 'geweld tegen vrouwen' te initiëren.

Dit onderzoek werpt nog vele vragen op. Vervolgonderzoeken zijn dan ook noodzakelijk.

Wet gelijke behandeling in perspectief. Redactie mr. Astrid Mattijssen, dr. mr. Martin Moerings.

Utrecht. Interfacultaire Werkgroep Homostudies, 1989, 141 pag., ISBN 90-6839-017-1, f 15,-.

Op 3 maart 1989 werd aan de Rijksuniversiteit Utrecht de studiedag 'Wet gelijke behandeling in perspectief' gehouden. Dit boek is een bewerking van de lezingen die op deze studiedag zijn gehouden.

In dit boek staan de volgende drie thema's met betrekking tot de algemene wet gelijke behandeling centraal: verdragen en grondrechten, werkingssfeer en uitzonderingen, de handhavingsmogelijkheden en sancties.

Dit boek bevat als bijlagen de Algemene wet gelijke behandeling (Kamerstukken nr. 20.501), de Wet tegen seksdiscriminatie (initiatief van Van Nieuwenhoven en Haas-Berger) en de wijzigingsvoorstellen bij de Wet tegen seksdiscriminatie.

ZOJUIST VERSCHENEN:

RECHTSPRAAK GELIJKE BEHANDELING M/V deel II: 1987-1989

door Mr. drs. Annemarie Gerritsen

Een uitgave van de Stichting NJCM-Boekerij, nr. 13 (216 pag.)

In 1987 verscheen deel I, dat de periode 1975-1986 beslaat. Beide delen tezamen bieden de gebruiker een representatief overzicht van de rechtspraak van de Commissies Gelijke Behandeling zoals deze hebben gefunctioneerd tot 1 juli 1989.

In deze uitgaven wordt geanalyseerd welke uitleg de Commissies geven aan de begrippen direct/indirect onderscheid, welke uitzonderingen mogelijk zijn en in hoeverre de adviezen van de Commissies bindende kracht bezitten.

Prijs: f 20,- voor NJCM-leden
f 25,- voor niet-leden

EENMALIGE AANBIEDING: Tijdelijk zijn Deel I (621 pag., oorspr. f 40,-) en Deel II gezamenlijk verkrijgbaar voor slechts f 55,-! (NJCM-leden f 40,-)

EVENEENS VERSCHENEN:

ERFELIJKHEIDSONDERZOEK EN MENSENRECHTEN

Stichting NJCM-Boekerij nr. 12 (68 pag.)

Dit boek bevat een bundeling van de tijdens de NJCM-algemene ledenvergadering 1989 gehouden inleidingen en discussie. De toepassing van erfelijkheidsonderzoek bij het aangaan van arbeids- en verzekeringsovereenkomsten wordt afgezet tegen het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De centrale vraag luidt: "Is wetgeving noodzakelijk?"

Prijs: f 10,- voor NJCM-leden
f 12,50 voor niet-leden

Inlichtingen, aanmeldingen, bestellingen:
NJCM
Hugo de Grootstraat 27
2311 XK Leiden
071 - 277748

Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten

Het NJCM is de Nederlandse sectie van de International Commission of Jurists (ICJ). De vereniging NJCM stelt zich ten doel te ijveren voor de bescherming en bevordering van de fundamentele rechten van de mens.

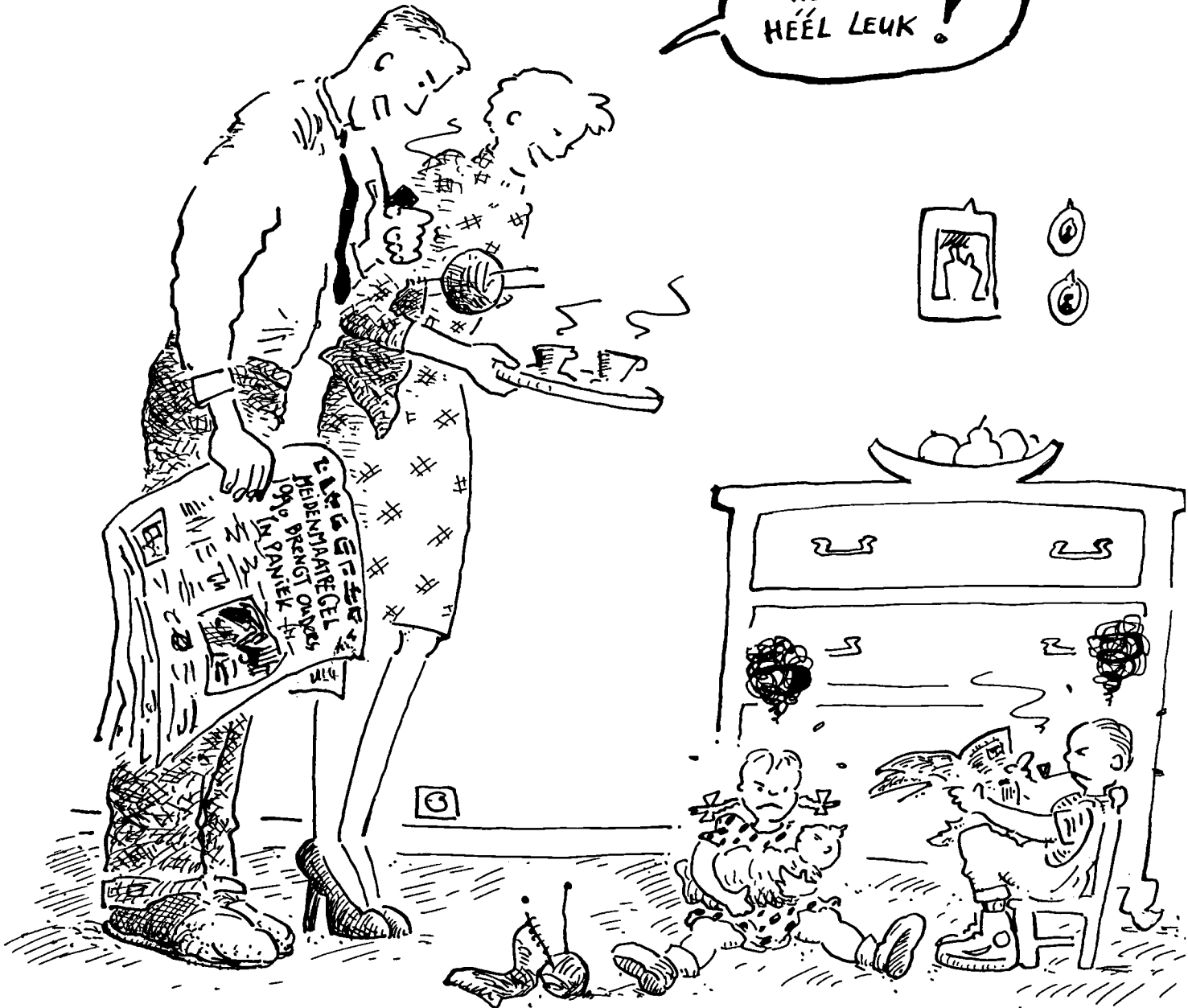
Invulling van deze doelstelling geschiedt o.m. door het geven van beleidsgerichte adviezen aan de overheid, het uitbrengen van persberichten n.a.v. actuele ontwikkelingen, het entameren van wetenschappelijk onderzoek en het geven van juridische bijstand op het gebied van de rechten van de mens.

Het lidmaatschap van het NJCM staat open voor juristen en juridische studenten. De contributie bedraagt f 47,50 (studenten f 32,50) per jaar. Ieder lid ontvangt het NJCM-Bulletin.

EH.. WIJ Zouden GRAAG ZIEN
DAT JULLIE **ROLWISSELINGETJE**
SPEELDEN INPLAATS VAN
GEWOON VADERTJE EN
MOEDERTJE..

. DUS DAN NEEMT ALEX
DE POP EN HET BREIWERK
EN NATASJA DE KRANT
EN DE PIJP ?

HET IS
HEÉL LEUK !



TJDSCHRIFT OVER VROUWEN EN RECHT