

IN NAAM DER KONINGIN

19

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 105.007.459/01
Rolnummer (oud) : 08/49

Rolnummer rechtbank : 06-170

arrest van de eerste civiele kamer d.d. 21 juli 2009

inzake

1. **STICHTING PROEFPROCESSENFONDS CLARA WICHMANN,**
gevestigd te Amsterdam.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

appellanten,
hierna te noemen: Clara Wichmann c.s.,
→ advocaat: mr. L.S.J. de Korte te 's-Gravenhage,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN,
zctelende te 's-Gravenhage,
geïntimeerde,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. R.J.M. van den Tweel te 's-Gravenhage.

Zaaknummer: 105.007.459/01

2

Het geding

Bij exploit van 24 oktober 2007 hebben Clara Wichmann c.s. hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 25 juli 2007, gewezen tussen Clara Wichmann c.s. en Federatie Nederlandse Vakbeweging als eisers en de Staat als gedaagde. Bij memorie van grieven (met producties) hebben Clara Wichmann c.s. tegen het bestreden vonnis vijf grieven aangevoerd, die door de Staat bij memorie van antwoord (met productie) zijn bestreden. Ten slotte hebben partijen stukken gefourneerd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1.1 Aangezien geen grieven zijn aangevoerd tegen de feiten die de rechtbank in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.8 van het bestreden vonnis heeft vastgesteld, zal ook het hof van deze feiten uitgaan.

2.1 Het gaat in deze zaak, samengevat en voor zover in appel nog van belang, om het volgende. Appellanten sub 2 tot en met 8 zijn vrouwen die als zelfstandige een onderneming voeren dan wel een beroep uitoefenen. Appellante sub 1 is een stichting die tot doel heeft om de emancipatie van vrouwen te bevorderen en hun discriminatie te bestrijden, in het bijzonder door grensverleggende jurisprudentie.

2.2 Met ingang van 1 januari 1998 is de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (WAZ) in werking getreden. Onder de WAZ waren zelfstandigen, tegen betaling van een premie, verplicht verzekerd tegen de gevolgen van arbeidsongeschiktheid. De WAZ voorzorg onder meer in een uitkering bij zwangerschap van vrouwelijke zelfstandigen gedurende 16 weken rond de bevalling. De hoogte van de uitkering bedroeg 100% van de uitkeringsgrondslag met een maximum van 100% van het minimumloon. Nadien is deze verzekering opgenomen in de Wet arbeid en zorg (WAZO).

2.3 Met ingang van 1 augustus 2004 is, door inwerkingtreding van de Wet einde toegang verzekering WAZ (Stb. 2004, 324), de publiekrechtelijke verplichte verzekering van zelfstandigen tegen het risico van inkomensverlies wegens arbeidsongeschiktheid, en daarmee het recht van zelfstandigen op een uitkering in verband met zwangerschap en bevalling, komen te vervallen. De wetgever was van oordeel dat het de voorkour verdiende dat dit risico desgewenst zou worden afgedekt door een door de betrokken zelfstandige zelf bij een commerciële verzekeringsmaatschappij af te sluiten verzekering.

2.4 Clara Wichmann c.s., die van mening zijn dat de verzekeringsmaatschappijen voorwaarden hanteren voor de verzekering van de gevolgen van zwangerschap en bevalling die nadeliger zijn dan die voorheen golden onder de WAZ en de WAZO (onder meer kan een wachttijd worden gehanteerd), stellen zich op het standpunt dat de Staat door afschaffing van de publiekrechtelijke verzekering handelt in strijd met, voor zover thans nog van belang, de Zelfstandigenrichtlijn (Richtlijn 86/613/EEG) en art. 11 lid 2 onder b van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (hierna: het Vrouwenverdrag). Zij vorderen in deze procedure een daarop gerichte verklaring voor recht en, voor appellanten 2 tot en met 8, schadevergoeding op te maken bij staat alsmede in de dagvaarding gespecificeerde bedragen als voorschot op de schadevergoeding.

2.5 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De rechtbank overwoog dat artikel 4 van

Zaaknummer: 105.007.459/01

3

de Zelfstandigenrichtlijn niet de betekenis heeft dat de lidstaten worden verplicht tot het treffen van een publiek stelsel van uitkeringen wegens zwangerschap en bevalling voor vrouwelijke zelfstandigen en dat artikel 8 van die richtlijn de lidstaten slechts verplicht te onderzoeken of, en zo ja op welke wijze, vrouwelijke zelfstandigen in aanmerking komen voor een uitkering tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap, maar de lidstaten niet de verplichting oplegt om bij wege van publiekrechtelijke voorziening voor uitkeringen wegens zwangerschap en bevalling zorg te dragen. De rechtbank verwerpt ook het, op het arrest van het HvJ EG van 18 oktober 2001 (inzake *Gharcetveran*, Jurispr. 2001, p. I-7687) gegronde betoog dat de Staat, nu hij op de in de WAZ en vervolgens de WAZO geregelde wijze invulling aan zijn verplichtingen ingevolge art. 8 Zelfstandigenrichtlijn heeft gegeven, daarvan niet meer ten nadele van vrouwelijke zelfstandigen mag afwijken. Artikel 8 van de Zelfstandigenrichtlijn behelst slechts een onderzoeksplicht en gaat niet over de vraag of aan de uitkomsten van dat onderzoek enig gevolg gegeven moet worden, aldus de rechtbank. Ten slotte overweegt de rechtbank dat artikel 11 lid 2 sub b Vrouwenverdrag geen rechtstreekse werking heeft en, ten overvloede, dat het artikel alleen betrekking heeft op in loondienst werkende vrouwen en niet ook op vrouwen die als zelfstandige werkzaam zijn.

3.1 Clara Wichmann c.s. hebben hun grieven toegelicht in één samenhangend verhaal. Het hof zal de grieven dan ook gezamenlijk behandelen. Daarbij gaat het kort gezegd om de vraag of de Staat in strijd heeft gehandeld met de artikelen 4 of 8 Zelfstandigenrichtlijn dan wel art. 11 lid 2 sub b Vrouwenverdrag, en of Clara Wichmann c.s. daarop voor de rechter een beroep kunnen doen.

Artikel 11 lid 2 sub b Vrouwenverdrag

3.2 Artikel 11 lid 2 sub b Vrouwenverdrag luidt als volgt:

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

....
b. verlof wegens bevalling in te voeren met behoud van loon of met vergelijkbare sociale voorzieningen, zonder dat dit leidt tot verlies van de vroegere werkkring, de behaalde anciënniteit of de hun toekomstige sociale uitkeringen;

3.3 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat deze bepaling geen rechtstreekse werking heeft. De daarin neergelegde opdracht aan de verdragsstaten om 'passende maatregelen' te nemen wijst veelmeer op een instructienorm. De in het artikel gebruikte term 'verzekeren' slaat niet rechtstreeks op het in te voeren verlof maar op 'het daadwerkelijk recht van vrouwen op arbeid', welk recht als zodanig te algemeen is om zich voor toepassing door de nationale rechter te lenen. Het resultaat van de te nemen maatregelen, 'verlof wegens bevalling', is in deze bepaling ook niet voldoende nauwkeurig omschreven. Welke modaliteiten (duur van het verlof, vorm en hoogte van de uitkering) het in te voeren verlof moet hebben is immers niet voorgeschreven. Dit maakt dat het voor de rechter moeilijk zo niet onmogelijk om in een voorliggend geval te toetsen of aan de verplichtingen van dit artikel uitvoering is gegeven. Voor appellanten 2 tot en met 8 betekent het bovendien dat de rechter niet kan vaststellen welke schade zij hebben geleden. Dat voor de Staat een verplichting bestond een uitkering te verzekeren op het hiervoor onder 2.2 genoemde niveau (appellanten 2 tot en met 8 baseren immers daarop het gevorderde voorschot op schadevergoeding) kan immers niet uit art. 11 lid 2 sub b worden afgeleid.

Zaaknummer: 105.007.459/01

4

3.4 De conclusie is dat grief III faalt. Grief IV, die zich richt tegen een overweging ten overvloede, faalt bij gebrek aan belang. Ook indien die grief gegrond zou zijn zou dat, nu grief III niet slaagt, niet tot toewijzing van de vordering kunnen leiden.

Zelfstandigenrichtlijn

4.1 Clara Wichmann c.s. doen een beroep op de artikelen 4 en 8 van de Zelfstandigenrichtlijn alsmede, in verband daarmee, het algemeen beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen zoals tot uitdrukking gebracht in artikel 2 en 3 van het Verdrag tot oprichting EG.

Artikel 4 van de Zelfstandigenrichtlijn luidt als volgt:

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

Artikel 8 van de Zelfstandigenrichtlijn luidt:

De Lid-Staten verbinden zich ertoe te onderzoeken of en op welke wijze vrouwelijke zelfstandigen en echtgenoten van zelfstandigen tijdens de onderbreking van hun werkzaamheden wegens zwangerschap of moederschap,

- aanspraak kunnen maken op vervangingsdiensten of op het grondgebied bestaande sociale diensten, of
- in aanmerking kunnen komen voor uitkeringen in het kader van een stelsel van sociale zekerheid of een ander openbaar stelsel van sociale bescherming.

4.2 De Staat heeft onweersproken aangevoerd dat een aanvankelijk voorstel voor deze richtlijn, waarin een verplichting was opgenomen om een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap in te voeren, door de Raad niet werd overgenomen, maar werd afgezwakt tot de onderzoeksverplichting die nu is neergelegd in artikel 8 van de richtlijn. Tegen deze achtergrond acht het hof het reeds om deze reden niet aannemelijk dat artikel 4 tot invoering van een dergelijke voorziening zou verplichten. Dan zou de Raad in artikel 4 hebben bepaald wat hij in artikel 8 nu juist niet wilde opnemen, hetgeen onlogisch voorkomt. Het hof gaat er dan ook van uit dat artikel 4 geen verplichting inhoudt tot het invoeren van een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap. Artikel 8 houdt slechts een onderzoeksplicht in en zoals uit het voorgaande blijkt is die bepaling bewust daartoe beperkt gehouden. Ook daarin kan derhalve geen verplichting worden gelezen om een uitkering voor vrouwelijke zelfstandigen wegens zwangerschap en moederschap in te voeren, nog daargelaten dat dit artikel er niet toe strekt aanspraken aan burgers te geven. Hieraan doet niet af dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WAZ is vermeld dat met invoering van de uitkeringsregeling rond zwangerschap invulling wordt gegeven aan de verplichting die Nederland heeft op grond van de Zelfstandigenrichtlijn. Een dergelijke mededeling bindt de Staat niet in die zin dat hij niet meer zou mogen betogen dat een dergelijke invulling met een publiekrechtelijke regeling *niet* als verplichting uit die richtlijn voortvloeit.

Zaaknummer: 105.007.459/01

5

4.3 Het voorgaande wordt niet anders door het algemene beginsel van gelijkheid van mannen en vrouwen bij de uitleg van de Zelfstandigenrichtlijn te betrekken. Uit het voorgaande blijkt dat deze richtlijn waar het betreft de rechten van vrouwelijke zelfstandigen bij zwangerschap en moederschap bewust een beperkte strekking heeft gekregen. Het algemene beginsel van de gelijkheid van mannen en vrouwen kan de werking van de richtlijn niet doen ontslaan in een resultaat dat de richtlijnwetgever bewust niet heeft gewild.

4.4 Het voorgaande betekent dat ook de grieven I en II falen. Grief V heeft geen zelfstandige betekenis en deelt het lot van de overige grieven.

4.5 Het vonnis van de rechtbank zal worden bekrachtigd. Clara Wichmann c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partijen worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis waarvan hoger beroep;
- veroordeelt Clara Wichmann c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot heden begroot op € 300,- voor verschotten en € 894,- voor salaris van de advocaat en bepaakt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A. Boele, T.H. Tanja-van den Broek en G. Dulek-Schermers en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 21 juli 2009, in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr.
advocaat opp. gezind.
De griffier van het Gerechtshof
te 's-Gravenhage

LSJ de Korte