



NEMESIS

november/december 1989

ZORGEN BAREN

Nieuwe voortplantingstechnieken

Uitkering bij

ZWANGERSCHAP EN BEVALLING

6

OMGANGSRECHT

VADER/GROOTVADER NA INCEST

Commentaar op het arrest van de Hoge Raad



NEMESIS

6 NEMESIS

Jaargang 5 november/december 1989 nummer 6

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 Samsom
H.D. Tjeenk Willink.
De Stichting Nemesis is één van de deelne-
mende organisaties in het Clara Wichmann
Instituut, het Wetenschappelijk Instituut
Vrouwen en Recht.

Abonnementen:

f59,50 per jaar (Bfr. 1190) losse nummers:
f11,95 (Bfr. 239)
Opbergband te bestellen door overmaking
van f15,- (Bfr. 300) op postrekeningnummer
24929 t.n.v.
Samsom H.D. Tjeenk Willink te Alphen aan
den Rijn, onder vermelding van opbergband
Nemesis.

Abonnementen-administratie:

Samsom H.D. Tjeenk Willink, Postbus 4,
2400 MA Alphen aan den Rijn
(telefoon 01720-66800)
Abonnementen kunnen schriftelijk tot uite-
lijk 1 december van het lopende abonne-
mentsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige
opzegging wordt het abonnement automa-
tisch met een jaar verlengd. Voor België:
Wolters Samsom België nv, Louizalaan 485,
1050 Brussel (tel. 02-723.1111)

Reprorecht:

Het overnemen, evenals het vermenigvul-
den van artikelen en illustraties is slechts ge-
oorloofd na schriftelijke toestemming van de
redactie.

Aanbevolen citeerwijze:

Nemesis 1989 nr. 1, pag. ...

Omslagontwerp en lay-out:

Fenna Westerdiep, Amsterdam

Advertenties Nemesis:

voor de opgave van advertenties en tarieven,
contact opnemen met Samsom Media 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

- 205 Jet Isarin
Zorgen baren
Voortplantingstechnologie

ARTIKELN

- 207 Mies Monster
Art. 44 lid 1b Ziektewet
Een papieren lijdensweg

KRONIEKEN

- 215 Margriet Adema en Helene Wüst
Art. 1637c lid 2 BW

ACTUALITEITEN

- 217 Samenstelling: Gerdie Ketelaars en Heikelien Verrijn Stuart
Rechtspraak
Nr 62 Hof Amsterdam, 26 juni 1989 m.n. Nora Holtrust
Omgangsregeling zaaddonor. Volledige noot.
Nr 64 : Kantonrechter Nijmegen, 28 juli 1989 m.n. Jenny E. Goldschmidt
Sexediscriminatie bij busverhuur
Nr 65: President Haarlem, 4 augustus 1989 m.n. Heikelien Verrijn Stuart
Straat- en contactverbod sexueel geweld
Nr 66: President Haarlem, 5 september 1989
Straat- en contactverbod sexueel geweld
Nr 67: Hof Amsterdam, 25 mei 1989
Vluchtelingenrecht, sexueel geweld.
Nr 68: Hof Amsterdam, 25 mei 1989
Vluchtenlingerecht, sexueel geweld
Nr 69: RvB Amsterdam, 1 februari 1989
AWW-uitkering ongehuwd samenwonenden
Nr 70: Hoge Raad, 3 oktober 1989 m.n. Nora Holtrust en Ineke de Hondt
Omgangsrecht incestpleger
Wetgeving
Literatuur

BERICHTEN

STRIP

Karin van Elderen



lid van de
nederlandse organisatie van
tijdschriftuitgevers n.o.u.

ISSN 0922 - 0801

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

(Byron) Childe Harold's Pilgrimage, Canto IV

*Voortplantingstechno-
logie*

Zorgen baren

'Well, as a result of pain, there are some who are born, others grow, still others die, and there are some who are born and do not die, and others who are not born nor do they die (they are the majority).'

César Vallejo

De status van de ongeborene baart ons zorgen. Is een ingevroren 'pre-embryo' menselijk leven of roerend goed? Is een bevruchte eicel buiten de baarmoeder erfgenaam of onderzoeksmateriaal? Is een kind een genetisch, biologisch of sociaal product? Hebben ongeborenen recht op een gezonde levensstijl van hun (draag)moeder? Wat is menswaardig leven? Wat is ouderschap? En, hoe staat het met het kind?

Het zijn vragen van levensbelang. Vragen waarmee steeds meer mensen in hun dagelijks leven worden geconfronteerd. Maar in het dagelijks leven is voor dergelijke vragen geen plaats. Daar gelden slechts de logica en de waarde van het antwoord, dat wordt gegeven in de technische taal van een amorele cultuur. Juristen en – toekomstige – ouders die weigeren deze taal te spreken, zijn op zichzelf aangewezen. Tegen de culturele stroom in kiezen zij voor de onzekerheid van een nog fragmentarische, seculiere moraal in de hoop gewetensvol te kunnen antwoorden op de vragen waarvoor de nieuwe voortplantingstechnieken ons stellen. Hun hoop en twijfel zijn het enige verweer tegen een culturele tendens die, misschien nog meer dan de voortplantingstechnologie als zodanig, zorgen baart.

In de Verenigde Staten is de abortusstrijd een nieuwe fase ingegaan, in Nederland kan, om andere redenen, hetzelfde gebeuren. Door de nieuwe voortplantingstechnieken is het nog wankel zelfbeschikkingsrecht van vrouwen aan het veranderen in een vaandel waaronder wetenschap en staat beschikken over ongeborenen. Het recht op abortus kan over enige tijd een plicht worden voor vrouwen die een gehandicapt kind dragen. Het recht op gezondheid en zelfontplooiing kan ongemerkt verworden tot de plicht gezond leven voort te brengen. En terwijl het 'recht op kinderen' steeds meer lijkt samen te vallen met het recht op kinderopvang, neemt de macht van volwassenen over ongeboren en geboren kinderen toe. Terwijl wij de rechten van kinderen met voeten treden, wordt er geprobeerd op een achternamiddag de legale status van de ongeborene vast te stellen.

In medisch-technologische zin worden leven en dood in toenemende mate beheerst. Het zijn geen mysteries meer, maar kenbare en berekenbare verschijnselen. Nergens zijn de mogelijkheden en voordelen van beheersing groter dan in wat eens de moederschoot was. De ongeborene is tot inzet gemaakt van een belangenstrijd tussen ouders, staat en wetenschap. Het kind is de stille getuige van de juridische scherpslijperij die uit deze strijd voortvloeit. In de diepvries en op de crèche wordt gewacht op het moment dat volwassenen de verantwoordelijkheid gaan dragen voor het leven dat zij creëren, regeren, doden.

Maar de meeste volwassenen weten niets van het leven, niets van de dood. Zij vermijden slechts het mysterie dat gebleven is. Zij vermijden het omdat het onze cultuur ontbreekt aan mogelijkheden zich tot het mysterie te verhouden. Zonder God verliezen leven en dood hun betekenis. Het geluk wordt plat en comfortabel, het lijden zinloos, de dood een leegte. De resten van een christelijke traditie leven voort als dode taal, inhoudsloos ritueel; zij behouden een zekere zeggingskracht, maar missen overtuigingskracht. Elke uitspraak over het leven en de dood is uiteindelijk – letterlijk – ongegrond, willekeurig. Er is geen seculiere vorm gevonden voor de beleving van geboorte, volwassenwording, dood, geen gemeenschappelijke taal

waarin aan het leven betekenis kan worden gegeven. Discussies over leven en dood spelen zich af in een belangenstrijd tussen mannen en vrouwen, medici en leken, overheden en burgers. De strijd wordt gestreden in rechtszalen, spreekkamers en ten kantore van de ziektekostenverzekeraars. Rechterlijke macht, wetenschap en overheid trachten de waarde van het leven te wegen, te ontleden en te berekenen. De mondige burgers praten mee in de 'waardenloze' termen die hun door de instanties die zij met goddelijke alwetendheid en macht bekleden, worden gedicteerd. Overtollige embryo's, grijze golven en *quality adjusted life years* sturen onze gedachten in de richting van het waarde-oordeel dat past in een cultuur die het lijden en de dood wil uitbannen, het leven wil reduceren tot zinloos, maar rendabel overleven. Gedachteloos wordt er gevaren op het kompas van

een stuurloze cultuur. De emotionele leegte wordt gevuld met therapieën, narcotica en kinderen; de morele leegte met het recht. Vergeten wordt dat het kind noch het recht als zodanig betekenis géven aan het leven; beiden reflecteren, verdiepen en corrigeren de betekenissen die wij hen aanreiken. Zij kunnen ons niet bevrijden uit het vacuüm dat wij zelf hebben gecreëerd.

De vraag naar de wenselijkheid en de levensvatbaarheid van een seculier geweten gaat vooraf aan de vraag of de nieuwe voortplantingstechnieken moeten worden opgenomen in het ziekenfondspakket. Het ontwikkelen van een seculier geweten is de taak van individuele mensen. Als laatste bolwerk van de moraal kan het recht hen behulpzaam zijn. Voer voor juristen.

Waarom wordt art. 44 lid 1b Ziektewet niet afgeschaft?

Een papieren lijdensweg

In de vorige aflevering van *Nemesis*¹ werd in de Rubriek 'Recht uit het hart' geconstateerd dat het wetsvoorstel verlenging en flexibilisering van het zwangerschaps- en bevallingsverlof² niet aan het beoogde doel beantwoordt. De voorstellen zijn onvoldoende om de complicaties rondom de combinatie zwangerschap, ouderschap en arbeid weg te nemen en onvoldoende om de arbeidsplicht voor de 1990-generatie tot een uitvoerbare plicht te maken.

Het wetsvoorstel rechtvaardigt daarmee de vraag in hoeverre de regering werkelijk bereid is de arbeidsmarktpositie van vrouwen te verbeteren en met daden wil waarmaken wat zij met de mond belijdt. Deze vraag komt niet alleen voort uit de magere inhoud van het wetsvoorstel. Er zijn talrijke andere knelpunten in de regelgeving rondom zwangerschap en bevalling die noch in het wetsvoorstel noch elders worden aangeroerd. Nog treuriger is het daarom dat de regering zelfs weigert om een knelpunt dat wél in het wetsvoorstel aan de orde komt, tot een oplossing te brengen.

Het gaat hier om art. 44 lid 1b ZW.

Art. 44 lid 1b heeft een sterk remmende werking op de kans tot de arbeidsmarkt toe te treden tijdens zwangerschap en is daarom een belemmerende factor in de combinatie zwangerschap en arbeid.

Hieronder wordt uiteengezet welk een papieren lijdensweg door nota's en wetsvoorstellen art. 44 lid 1b ZW inmiddels heeft afgelegd en wat de verschillende motieven zoal geweest zijn die leidden tot handhaving van de bepaling.

Voor een goed begrip wordt ter inleiding ingegaan op het doel, de inhoud en de gevolgen van de bepaling.

Ratio en inhoud van art. 44 lid 1b ZW

Art. 44 lid 1b ZW geeft de bedrijfsvereniging (Bv) binnen zekere grenzen de bevoegdheid de zwangerschaps- en bevallingsuitkering, die 100% van het normale loon bedraagt (art. 29 lid 7 en 8 ZW), geheel of gedeeltelijk te weigeren, als de zwangerschap al aanwezig is bij de aanvang van de verzekering. Nader gepreciseerd: de uitkering mag worden geweigerd als de vrouw zwanger is bij aanvang van de verzekering of bij een bevalling die plaatsvindt binnen zes maanden na aanvang van de verzekering.

Als ratio voor art. 44 lid 1b ZW is bij de totstandkoming meegegeven: 'In Duitsland heeft men de ervaring opgedaan dat vaak zwangere vrouwen kort vóór hare bevalling een arbeidsovereenkomst aangingen, dikwijls slechts in schijn, om uitkering uit de ziekenkas te krijgen (...). Dezelfde ervaring heeft men in Oostenrijk gemaakt, weshalve het jongste ontwerp een bepaling daartegen behelst'.³

Met andere woorden, het doel van de bepaling is het voorkomen van misbruik.

Art. 44 lid 1b kan niet los worden gezien van art. 44 in zijn geheel. Deze bepaling gaat in op allerlei vormen van misbruik. Zo kent lid 1a onder ten 1e de weigeringsbevoegdheid ook toe in geval van gewone (dus niet aan zwangerschap of bevalling gerelateerde) ziekte (arbeidsongeschiktheid) bij aanvang van de verzekering. Hierover is bij de totstandkoming gezegd: 'het gevaar dat zieke personen een schijnovereenkomst zouden aangaan ware anders te groot. Het is hetzelfde beginsel dat ten grondslag ligt aan art. 269 Wetboek van Koophandel'.⁴ De achterliggende gedachte is dus een verzekeringsbeginsel: een brandend huis kan men niet verzekeren. Bezie men de leden 1a ten 1e en 1b van art. 44 ZW samen, dan rijst echter de vraag of lid 1b geen overbodige bepaling is. Immers, art. 19 lid 2a ZW kent al van oudsher de als 'fictie' aangeduide regel: 'Voor de toepassing van deze wet wordt onder ziekte mede verstaan zwangerschap en bevalling'.⁵ Welnu, als dan zwangerschap en bevalling gelijk staat met ziekte dan mag art. 44 lid 1a ZW toch ook worden geacht te gelden bij arbeidsongeschiktheid in verband met zwangerschap en bevalling?

Hoe dit ook zij, het nut van een aparte bepaling is nooit als discussievraag opgeworpen, ook al is daar enkele malen wel aanleiding voor geweest. Met name omdat de zich ontwikkelende uitleg door de rechter van art. 44 lid 1a ten 1e ZW automatisch werd geacht ook te gelden voor lid 1b. Toen bijvoorbeeld de doelstelling van art. 44 lid 1a ten 1e werd verruimd, verruim-

de tevens de doelstelling van lid 1b. In 1977 sprak de CRvB uit dat art. 44 lid 1b ZW niet alleen dient om misbruik of oneigenlijk gebruik tegen te gaan maar ook om een zekere - beperkte - risicoselectie mogelijk te maken.⁶ Hoewel bij het toevoegen van deze doelstelling zeer zeker juridische vraagtekens zijn te zetten,⁷ zou het te ver voeren om daarop in het kader van dit artikel in te gaan en bovendien zal hierna blijken dat de doelstelling op zich minder relevant is.

Ook de werking van art. 44 lid 1b is door de rechtspraak verruimd. De weigeringsbevoegdheid ziet volgens talloze uitspraken niet alleen op de zwangerschaps- en bevallingsuitkering maar ook op de gewone ziekengelduitkering bij arbeidsongeschiktheid die voortvloeit uit het zwangerschapsverlof, voorzover die arbeidsongeschiktheid in verband staat met de zwangerschap.⁸

Bij dit alles geldt wel dat voorafgaande verzekeringen (uit voorafgaande dienstverbanden) tot op zekere hoogte in aanmerking worden genomen. Mits het gaat om verzekeringen op grond van de ZW. De tekst van art. 44 lid 1b ZW geeft omstandig aan in hoeverre dat het geval is. Niet op grond van de ZW verzekerd zijn bijvoorbeeld ambtenaren. Gaat men dus van een baan van de overheid naar de private sector dan is dat voorafgaande dienstverband niet relevant voor de toepassing van art. 44 lid 1b ZW, op een enkele welomschreven uitzondering na.⁹

Met betrekking tot het uitoefenen van de weigeringsbevoegdheid geldt dat het in beginsel aan de Bv's is voorbehouden een eigen beleid inzake de weigering te voeren, mits dat beleid in eigen reglementen is vastgelegd en dan consequent wordt gehanteerd. Over de hantering van de weigeringsbevoegdheid zijn veel rechterlijke uitspraken. Tot 1983 was het beoordelingscriterium de 'kwade trouw' van betrokkene,¹⁰ dat wil zeggen dat getoetst werd of er slechts een dienstverband was aangegaan teneinde verzekerd te geraken ingevolge de ZW met als enig doel een zwangerschaps- en bevallingsuitkering te krijgen. In de uitvoeringspraktijk werd de kwade trouw echter niet altijd als weigeringsgrond gehanteerd en ook overigens liep het beleid van de verschillende Bv's onderling nogal uiteen.

Met het doel dit uiteenlopende beleid en het aantal beroepen op de rechter dat daarvan het gevolg was, aan banden te leggen, bracht de Federatie van Bedrijfsverenigingen (FBV) op 30 november 1983 daarom tenslotte een nieuwe richtlijn uit, richtlijn nr. C 757. In deze richtlijn zijn tevens de wettelijke regels enigszins gemitigeerd, maar de weigeringsbevoegdheid als zodanig bleef onverkort gehandhaafd.

Dekker-VJV

De meerbesproken zaak Dekker-VJV (Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassenen Plus te Wormer), Rb Haarlem 10 januari 1983, NJ 1984, 594 en HR 24 juni 1988, NJ 1988, 1002¹¹ illustreert treffend wat de gevolgen zijn als de hiervoor weergegeven regels rigoureus worden toegepast.

De feiten in deze zaak zijn bekend: mevrouw Dekker wordt door de VJV te Wormer, een instelling voor bijzonder onderwijs, niet in dienst genomen omdat zij zwanger is en de zwangerschaps- en bevallingsuitke-

ring door de betrokken uitkerende instantie, de Stichting Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs (hierna het Risicofonds) zal worden geweigerd. Het gevolg van de weigering zou zijn dat VJV zelf gedurende de verlofweken het loon van mevrouw Dekker zou moeten doorbetalen omdat de op VJV's toepasselijke regeling voor aanspraken bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekten, het KB van 19 december 1967, Stb. 1967, 683 jo. het KB van 24 december 1975, Stb. 1975, 767,¹² daartoe verplicht. Deze financiële verplichting zou tot gevolg hebben dat de werkgelegenheid van VJV in gevaar kwam.

Doordat de rechtsvraag in de procedure werd toegespitst op de al of niet rechtmatigheid van het handelen van de werkgever zijn de overige aspecten van deze zaak onderbelicht gebleven. Zij zijn echter in verband met de weigeringsbevoegdheid wel degelijk interessant.

Ten tijde van haar sollicitatie werkte mevrouw Dekker nog bij een VJV-instelling in Amsterdam die kennelijk niet viel onder het bijzonder onderwijs. Deze VJV was aangesloten bij de BVG, en in dat dienstverband was mevrouw Dekker dus gewoon verzekerd voor de ZW. De arbeidsongeschiktheidsverzekering van de VJV te Wormer is echter ondergebracht bij het Risicofonds. Het Risicofonds is geen 'gewone' Bv (ook al wordt de administratie gevoerd door de BVG). Wel heeft het, evenals gewone Bv's, een eigen ziekengeldreglement, waarin onder andere de weigeringsbevoegdheid is opgenomen. Het verschil tussen de weigeringsbevoegdheid van het Risicofonds en de ZW is dat het Risicofonds geen regeling kent waarbij voorafgaande verzekeringen op grond van de ZW in aanmerking worden genomen.

Tussen de twee dienstverbanden van mevrouw Dekker zou precies een maand komen te liggen. Extra zuur was dus in dit geval dat als de VJV te Wormer aangesloten was geweest bij een gewone Bv de uitkering nooit had kunnen worden geweigerd op grond van art. 44 lid 1b ZW omdat er voldoende verzekeringsverleden was.¹³

Gevolgen van weigeren

Dekker-VJV speelde zich af in de sfeer van het onderwijs. De weigeringsbevoegdheid berustte niet op een wettelijke regeling maar op het ziekengeldreglement van het Risicofonds (en op de toepasselijke KB's, zie noot 13). De loondoorbetalingsverplichting berustte niet op de wet of op een cao maar eveneens op de genoemde KB's. Dit alles wil echter niet zeggen dat eenzelfde situatie zich niet in de private sector kan voordoen.

Een loondoorbetalingsverplichting bij ziekte is te vinden in het BW. Sinds de invoering van de Stelselherziening Sociale Zekerheid verplicht art. 1638c lid 1 BW de werkgever om bij ziekte gedurende de eerste zes weken in ieder geval het minimumloon uit te betalen. Deze verplichting is in het algemeen niet zo zwaar omdat dat loon mag worden verminderd met het bedrag van een eventuele vergoeding uit hoofde van een wettelijk voorgeschreven ziekteverzekering (art. 1638c lid 2 BW). Wanneer echter ziekengeld of de zwangerschaps- en bevallingsuitkering op basis van art. 44 lid 1b ZW wordt geweigerd, zal de werkgever zes weken zelf het hele minimumloon moeten be-

talen. Althans, in theorie. Er kan enige twijfel over bestaan omdat ook in art. 1638c lid 1 BW een soort weigeringsbevoegdheid is ingebouwd. De tweede zinsnede van art. 1638c lid 1 onthefte de werkgever van de loondoorbetalingsplicht wanneer 'de ziekte of het ongeval door zijn (de werknemer) opzet of onzedelijkheid veroorzaakt of het gevolg is van een lichaamsgebrek waaromtrent hij bij het aangaan der overeenkomst den werkgever opzettelijk valse inlichtingen heeft gegeven'.¹⁴

Als de werkneemster eerlijk de zwangerschap heeft gemeld bij de sollicitatie dan is er geen sprake van valse inlichtingen, maar wordt zij waarschijnlijk niet aangenomen. Heeft zij gezwegen of gelogen over de zwangerschap bij indiensttreding dan heeft zij wel opzettelijk valse inlichtingen gegeven. Sinds echter de wetgever in de MvA bij de Reparatielwet Gelijke Behandeling te kennen heeft gegeven dat het geoorloofd is over zwangerschap te zwijgen of te liegen, zonder dat dit gevolgen heeft voor de arbeidsrechtelijke positie¹⁵ kan het zwijgen over zwangerschap en bevalling niet worden aangemerkt als het 'opzettelijk valse inlichtingen geven'. Het gevolg is dan dus inderdaad dat de werkgever die zes weken geheel uit eigen zak moet betalen.

Ook is het denkbaar dat een werkgever op basis van een cao het gehele loon moet doorbetalen. In de meeste cao's is vastgelegd dat de werkgever het ziekengeld aanvult tot 100% van het normale loon. In de praktijk wordt deze bepaling meestal zo uitgelegd dat die aanvulling slechts plaatsvindt als er inderdaad ziekengeld wordt uitbetaald, en niet als er helemaal geen ziekengeld wordt gegeven. Dat neemt echter niet weg dat er wellicht bedrijven zijn waar de cao onder omstandigheden royaler wordt toegepast.¹⁶ In ieder geval is het duidelijk dat ook in de private sector het weigeren van de uitkering financieel terugslaat op de werkgever, zodat deze - begrijpelijk - op zijn beurt zal proberen die gevolgen af te wentelen op de werkneemsters. Daardoor zijn de gevolgen voor een werkneemster in meerdere opzichten significant. Ten eerste beperkt de mogelijkheid van de weigeringsbevoegdheid de toegang tot de arbeidsmarkt, zoals blijkt uit de zaak Dekker-VJV.

Daarnaast kan het niet in aanmerking nemen van ziekengeldverzekeringen die berusten op een andere regeling dan de ZW, vrouwen belemmeren van dienstbetrekking te verwisselen tijdens zwangerschap. Als die andere werkkring een promotie zou inhouden, brengt de weigeringsbevoegdheid tevens mee dat vrouwen in hun promotiekansen worden belemmerd.

Als de werkgever al over zijn bezwaren heen kan stappen en de dienstbetrekking toch aangaat, is iedereen in staat uit te rekenen dat het inkomen van de werkneemster aanzienlijk daalt. In dat geval ontvangt zij meestal slechts gedurende zes weken het minimumloon uit hoofde van art. 1638c lid 1 BW. De overige verlofweken of eventuele in verband met de zwangerschap of bevalling staande ziekte-dagen ontvangt zij niets.

Ook heeft zij geen recht op uitkeringen uit anderen hoofde. Voor zover zij samenleeft met een verdienende partner heeft zij over het algemeen geen recht op een uitkering op grond van de ABW, dit zal alleen het geval zijn als de partner niet verdient. Ook deze uitke-

ring is evenwel lager dan het normale loon uit dienstbetrekking. Recht op toeslag uit de Toeslagenwet (TW) is er onder deze omstandigheden evenmin. Art. 5 lid 2 TW kent geen recht op toeslag toe als 'loonderingsuitkering niet tot uitbetaling komt op grond van enig handelen of nalaten van betrokkene dat hem redelijkerwijs kan worden verweten'.

De werking van art. 44 lid 1b ZW heeft dus tot gevolg dat of de toetreding tot de arbeidsmarkt, of de promotiekansen worden belemmerd, en als dat niet het geval is is er de kans dat het inkomen terugloopt of tot nul wordt gereduceerd.

Toelaatbaarheid van art. 44 lid 1b ZW

Aan de hand van tal van argumenten kan worden betoogd dat de weigeringsbevoegdheid van art. 44 lid 1b ZW ongeoorloofd is.

Allereerst is het maken van onderscheid op grond van zwangerschap en bevalling directe discriminatie, zie de op 1 juli j.l. in werking getreden nieuwe tekst van de artt. 1637ij lid 5 BW en 1 WGB (Reparatielwet).¹⁷

Daarvóór was echter ook de nationale rechter deze mening al toegedaan. In de zaak Dekker-VJV overweegt het Hof Amsterdam 15 mei 1986, NJ 1988, 1002: '(...) niet uitgesloten is dat VJV het Risicofonds desnoods in rechte zou hebben kunnen dwingen uit te keren zulks in verband met de inhoud en strekking van de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen en van de genoemde Tweede Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen'.¹⁸

Omdat het maken van onderscheid op grond van zwangerschap discriminatie vormt is art. 44 lid 1b ZW ook in strijd met de derde EG-richtlijn, die immers discriminatie verbiedt in de wettelijke regelingen die betrekking hebben op de sociale zekerheid. Voorts lijkt de weigeringsbevoegdheid in strijd met twee internationale Verdragen die bepalingen over zwangerschap en bevalling bevatten: ILO-Verdrag nr. 103, het verdrag ter bescherming van het moederschap en art. 8 van het Europees Sociaal Handvest. In art. 4 lid 8 van ILO-Verdrag 103 wordt bepaald dat in geen geval de werkgever persoonlijk aansprakelijk is voor de kosten van bedoelde uitkeringen en verstrekkingen aan vrouwen in zijn dienst. Hiervoor is aangegeven dat bij weigering van een uitkering op grond van art. 44 lid 1b ZW de kosten wel voor een deel voor rekening van de werkgever kunnen komen. Daling van het inkomen, of absoluut geen inkomen, is in strijd met het ESH. Het Comité van Deskundigen van het ESH, het orgaan dat toezicht houdt op de uitvoering van het verdrag en dat bevoegd is tot interpretatie van de verdragsbepalingen heeft vastgesteld dat 'it is essential that the mother should not suffer prejudice in the form of a substantial reduction in her income, implying a kind of sanction on maternity, for this would constitute a socially harmful instance of discrimination'.¹⁹

Ook zij erop gewezen dat de oorspronkelijke ratio van de bepaling, het voorkomen van misbruik, in strijd zal zijn met een arbeidsplicht die vanaf 1990 voor alle meisjes die dan 18 jaar worden zal gelden. Men kan niet een arbeidsplicht hebben en tegelijkertijd van misbruik worden verdacht omdat men uit hoofde van die plicht solliciteert en een dienstbetrek-

king aangaat.²⁰

Tot slot kan zich tengevolge van art. 44 lid 1b ZW nog een merkwaardige situatie voordoen, zoals blijkt uit de zaak Dekker-VJV. Mevrouw Dekker ontving gedurende één maand voordat de dienstbetrekking bij VJV zou aanvangen een WWV-uitkering (de feiten speelden zich af in 1981). Nu zij haar werkloosheid wilde opheffen door te gaan werken zou ze in verband met zwangerschap en bevalling geen enkele uitkering krijgen, terwijl een WWV-uitkering tijdens ziekte gewoon zou worden doorbetaald.

De overheid en art. 44 lid 1b ZW

Met name tengevolge van de zaak Dekker-VJV is de regering niet onbekend met de problemen die art. 44 lid 1b ZW, of een analoge regeling, meebrengt. De bepaling was onderwerp van gesprek in achtereenvolgens de Reparationota, de Nota Combinatie Ouderschap-betaalde arbeid en de Reparatiwet Gelijke Behandeling en tenslotte in het thans aanhangige wetsvoorstel verlenging en flexibilisering van het zwangerschaps- en bevallingsverlof, TK 1988-1989, 21106. Bij iedere gelegenheid is wel een van de voorgaande argumenten die pleiten voor een afschaffing van de weigeringsbevoegdheid onder de aandacht van de regering gebracht. De reactie bestond echter onveranderd uit hetzij het verwijzen naar een volgende Nota, hetzij het weerleggen van het argument.

In de Reparationota werd nog een hoopvol begin gemaakt. Van regeringszijde werd opgemerkt dat het in de rede lag art. 44 lid 1b ZW opnieuw te bezien, maar dat een oplossing beter zou passen in het kader van de besluitvorming rond het ouderschapsverlof.²¹

In de Nota Combinatie Ouderschap-betaalde arbeid wordt echter een oplossing afhankelijk gesteld van een voorgenomen, maar nog niet verrichte evaluatie van de eerdergenoemde FBV-richtlijn C 757 dd. 30 november 1983. Vlak voor de op deze Nota volgende UCV dd 6 oktober 1986 is het resultaat van die evaluatie echter wel bekend²² en tijdens de UCV wordt naar het resultaat gevraagd en met name naar het aantal weigeringen. De FBV onderzocht evenwel de eenheid van uitvoering, niet meer en niet minder. Een meting van het aantal weigeringen was niet het doel van de evaluatie en zij doet daarover ook geen verslag. Over de wijze waarop de Bv's zich conformeren aan de richtlijn is de FBV nochtans tevreden en in de conclusie wordt vastgesteld dat er geen aanleiding is om tot aanvulling of wijziging van de richtlijn te komen.

Minister De Koning die, zoals blijkt uit de stukken, op dat moment nog geen tijd had gevonden om het verslag te lezen, baseerde zijn antwoord op die conclusie: 'De federatie ziet op dit moment en op basis van die evaluatie geen aanleiding om tot aanvulling of wijziging van de richtlijnen te komen. In de praktijk zijn de richtlijnen volgens de federatie goed werkbaar (...). Met het toekennen van het voordeel van de twijfel aan de bedrijfsverenigingen meen ik echter dat de conclusie van de federatie wel gerechtvaardigd zal zijn'²³.

De minister gaf daarmee evenwel geen antwoord op de gestelde vraag en sloot zodoende een discussie over art. 44 lid 1b ZW op oneigenlijke gronden af. Een herkansing was nog mogelijk geweest bij de Re-

paratiwet gelijke behandeling, de wettelijke vormgeving van de Reparationota. In het VV werden opnieuw vragen gesteld over art. 44 lid 1b ZW. Men zou geneigd zijn te denken dat de minister inmiddels wel een ogenblikje tijd had gehad de evaluatie goed te lezen. Echter, op grond van dezelfde conclusie van de evaluatie van de FBV uit 1986 werd door de regering wederom het standpunt ingenomen dat art. 44 lid 1b ZW niet gewijzigd behoefde te worden²⁴.

Ditmaal werden echter ook nog enkele nieuwe argumenten ingebracht. Een tweede reden voor het afzien van een bijstelling van art. 44 lid 1b ZW vormde voor de regering het feit dat de Rb. Haarlem in de zaak Dekker-VJV het niet aannemen van de zwangere sollicitante niet als onrechtmatig had aangemerkt. Hierover zij evenwel opgemerkt dat de regering daarbij over het hoofd zag dat de niet-onrechtmatigheid sloeg op het handelen van de werkgever, en geen enkele uitspraak inhield over art. 44 lid 1b ZW.

Tot slot merkte de regering op dat weigeren slechts zelden voorkomt, en nog minder dat de werkgever het loon moet doorbetalen. Aan de juistheid van deze beide beweringen kan echter sterk worden getwijfeld. Hoe vaak er wordt geweigerd is niet uit de evaluatie af te leiden, preciese aantallen staan daar niet in vermeld. Als de minister over exacte gegevens beschikte dan had hij op zijn minst de beleefdheid kunnen hebben deze cijfers te overleggen.²⁵ Bovendien: als weigeren maar zelden voorkomt dan is de bepaling zinloos en kan juist daarom worden geschrapt. Pertinent onjuist lijkt voorts de opmerking dat het maar zelden voorkomt dat de werkgever het loon moet doorbetalen. Art. 1638c lid 1 BW legt de loondoorbetalingsverplichting toch aan iedere werkgever op?

Samenvattend, op basis van een onjuiste interpretatie van de evaluatie van de FBV, op basis van een onjuiste uitleg van een rechterlijke uitspraak en op basis van onjuiste beweringen, werd bij de Reparatiwet opnieuw geweigerd de problematiek die art. 44 lid 1b ZW meebrengt serieus te nemen.

Toch bleek met dit alles de discussie nog niet helemaal gesloten. Tijdens de plenaire behandeling van de Reparatiwet werd door kamerlid Ter Veld nogmaals op het onderwerp teruggekomen. Zij wees daarbij op de strijd van loondoorbetalingsverplichtingen van de werkgever met art. 4 lid 8 van ILO-Verdrag 103 en op de onverenigbaarheid van de ratio van art. 44 lid 1b ZW - het voorkomen van misbruik - met een arbeidsplicht.

Minister de Koning ging op deze vragen echter niet in. Hij meende nu dat die vragen beter zouden passen in het wetsvoorstel verlenging en flexibilisering van het zwangerschaps- en bevallingsverlof.²⁶

Wetsvoorstel verlenging en flexibilisering van het zwangerschaps- en bevallingsverlof

En zo kon het gebeuren dat het voorlopig laatste bedrijf van dit drama in vele delen zich afspeelt in het w.o. 21106. In de MvA wel te verstaan, want eerst moest de PvdA in het VV met nadruk verwijzen naar de vragen die over art. 44 lid 1b ZW waren gesteld tijdens de plenaire behandeling van de Reparatiwet. Maar de reactie van de bewindslieden is vervolgens uitvoerig.

Met betrekking tot de onverenigbaarheid van een arbeidsplicht en de verdenking van misbruik stellen zij dat sinds de nieuwe richtlijn van de FBV dd 30 november 1983 het 'kwade trouw'-element uit de beoordeling is verdwenen en dat het nu voornamelijk nog gaat om een zekere - beperkte - risicoselectie.²⁷ Voorwaar een originele visie. Of zij juist is wordt echter ook hier in het midden gelaten omdat hierna zal blijken dat ook risicoselectie geen rol kan spelen bij zwangerschap en bevalling. Daarna wordt de veronderstelde strijd met ILO-Verdrag 103 aan een schijnbaar diepgaand onderzoek onderworpen. Daarbij wordt het hele art. 4 van het Verdrag in ogenschouw genomen, en met name de leden 1, 4 en 5. Voor een goed begrip van de redenering van de bewindslieden volgt hier de tekst van die bepalingen:

1. Een vrouw die uit hoofde van het in art. 3 (art. 3 regelt het recht op verlof, MM) bepaalde haar arbeid verzuimt heeft recht op geldelijke uitkeringen en geneeskundige verstrekkingen.

4. De geldelijke uitkeringen en geneeskundige verstrekkingen worden verleend hetzij middels verplichte sociale verzekering, hetzij uit overheidsmiddelen; in beide gevallen worden zij rechtens verleend aan alle vrouwen die aan de gestelde voorwaarden voldoen

5. Vrouwen die niet rechtens aanspraak hebben op uitkeringen of verstrekkingen, ontvangen toereikende uitkeringen of verstrekkingen uit de voor sociale bijstand bestemde middelen, onder voorbehoud van de voor sociale bijstand gestelde voorwaarden aangaande de middelen van bestaan.

Aan de hand van deze bepalingen wordt door de regering vervolgens aldus betoogd: 'Op grond van artikel 4 eerste lid, van ILO-Verdrag 103 dient gedurende moederschaps- en bevallingsverlof een geldelijke uitkering te worden verleend. In artikel 4, vierde lid, worden deze geldelijke uitkeringen omschreven als uitkeringen te verlenen hetzij door middel van verplichte sociale verzekering, hetzij uit overheidsmiddelen. In beide gevallen worden zij rechtens verleend aan alle vrouwen die aan de gestelde voorwaarden (prescribed conditions) voldoen. De woorden 'gestelde voorwaarden' impliceren dat de uitkering niet ongeconditioneerd behoeft te worden verleend. Door de nationale wetgeving mogen terzake voorwaarden worden gesteld. Geconstateerd wordt dan ook dat de in artikel 44, eerste lid, onderdeel b van de ZW opgenomen weigeringsbevoegdheid van de bedrijfsvereniging niet in strijd is met ILO-Verdrag 103. (...).

In artikel 4, achtste lid, schrijft ILO-Verdrag 103 voor dat in geen geval de werkgever aansprakelijk is voor de kosten van bedoelde uitkeringen. Uit het gebruik van de woorden 'bedoelde uitkeringen' (such benefits) vloeit voort dat de kosten uitsluitend betrekking hebben op de volgens voorgaande leden van artikel 4 te verlenen sociale zekerheids- c.q. bijstandsuitkeringen. Voor uitkeringen krachtens de ZW en de ABW is de werkgever niet aansprakelijk. Deze uitkeringen worden betaald uit premies via collectieve financiering en uit de algemene middelen. De in artikel 1638c BW opgenomen verplichting voor de werkgever tot loondoorbetaling dient te worden aangemerkt als

een burgerrechtelijke verplichting voortvloeiend uit de arbeidsverhouding. Aangezien deze betalingen derhalve van geheel andere aard zijn dan die waartoe ILO-Verdrag 103 verplicht, bestaat te dien aanzien geen strijdigheid met dit Verdrag'.²⁸

Commentaar

Betekent deze gedegen lijkende uitleg nu dat het doek definitief is gevallen over art. 44 lid 1b ZW of zijn er nog enkele kanttekeningen te maken? Een poging daartoe kan alllicht worden gedaan.

De manier waarop minister en staatssecretaris art. 4 van het Verdrag interpreteren wettigt het vermoeden dat zij is gebaseerd op een briefwisseling die eind jaren vijftig met de Directeur Generaal van het Internationale Arbeidsbureau (International Labour Office, één van de organen van de ILO) is gevoerd. In die tijd werd namelijk in ons land overwogen Verdrag 103 te ratificeren.²⁹ In dat kader rees kennelijk op departementaal niveau de vraag naar de verenigbaarheid van art. 1638c lid 1 BW (toen wel!) met art. 4 lid 8 van het ILO-Verdrag. Deze vraag is toen door de Nederlandse regering bij brief van 22 november 1958 aan het Internationale Arbeidsbureau voorgelegd.

Bij brief van 2 juli 1959 is geantwoord dat het Bureau niet bevoegd is tot uitleg van het Verdrag, omdat dat is voorbehouden aan het Comité van Experts,³⁰ maar dat het wel een aantal overwegingen kan geven aan de hand waarvan een land zelf kan concluderen of een bepaalde wettelijke maatregel in strijd is met het Verdrag.³¹

Vervolgens wordt in de brief ingegaan op het doel van lid 8 van art. 4 van het ILO-Verdrag: het voorkómen van discriminatie doorte voorkómen dat het in dienst hebben van vrouwen duurder is voor de werkgever dan het in dienst hebben van mannen. Dat zou het geval zijn als de werkgever de zwangerschaps- en bevallingsuitkering moet betalen. Deze toelichting is ook expliciet gegeven bij de totstandkoming van het verdrag en er is diepgaand over gediscussieerd. Een ingediend amendement om de bepaling te wijzigen in die zin dat de werkgever wel mocht betalen (ingediend door landen die geen systeem van sociale zekerheid hadden) is afgestemd, omdat de meerderheid de negatieve effecten inzag. Uit de casus Dekker-VJV blijkt hoezeer zij gelijk hadden.

Daarna wordt art. 1638c lid 1 BW aan een onderzoek onderworpen. Het Internationale Arbeidsbureau meent dat de bepaling in beginsel niet in strijd is met het Verdrag zolang de bepaling voor mannen en vrouwen geldt in bepaalde gevallen van 'force majeure'. Ook wordt gesteld dat een dergelijke bepaling geen problemen op hoeft te leveren als de zwangerschaps- en bevallingsuitkering uit een sociale verzekering wordt vergoed tot de hoogte van het normale inkomen.

Problemen zullen eerst rijzen, aldus het Bureau, in de volgende gevallen:

- als de uitkeringen uit de sociale verzekering, óf uit de sociale bijstand, minder zijn dan het loon en als de werkgever dit moet aanvullen;
- als de uitkering uit de sociale bijstand moet worden betaald en de vrouw die uitkering alleen krijgt als ze voldoet aan de voorwaarden die voor een dergelijke uitkering gelden, terwijl de werkgever niet bijbetaalt.

Het Bureau overweegt dat op deze twee vragen geen algemeen antwoord is te geven. Weliswaar mag een staat de minimumregels aanvullen, maar die voorzieningen moeten niet tegengesteld zijn aan de verplichtingen die het verdrag oplegt. De brief eindigt daarom met de conclusie dat de staten in het licht van alle lokale omstandigheden, maar lettend op de uitleg van het Comité van Experts, zelf moeten beslissen of het betalen van loon door de werkgever, is te beschouwen als 'benefits due' in de zin van art. 4 van het Verdrag, ook als dit loon niet alleen in geval van moederschap wordt uitbetaald maar uit hoofde van een algemener systeem dat op zich niet in strijd is met het Verdrag.³²

Juist het feit dat in de MvA de woorden 'such benefits' worden benadrukt, zoals dat ook door de ILO wordt gedaan (alleen kiest de regering niet helemaal dezelfde woorden, een 'slip of the pen'?) is grond voor het vermoeden dat deze brief als uitgangspunt is genomen. En kennelijk is uit de brief afgeleid dat iedere regering geheel vrij is in het oordeel over de vraag of een nationale bepaling al of niet in strijd is met het Verdrag. Maar zo liggen de zaken niet helemaal.

Om te beginnen moet worden vastgesteld dat er een verband is tussen art. 44 lid 1b ZW en art. 1638c lid 1 BW, een verband dat door de regering in de brief naar de ILO niet werd aangegeven, maar waar nu wel net de kneep zit. De tijd heeft sinds 1959 niet stilgestaan en het Comité van Experts, welker uitleg in acht moet worden genomen blijkens de brief, heeft sindsdien - en zelfs daarvoor al - diverse keren haar mening gegeven over een bepaling als art. 44 lid 1b ZW, die in veel landen voorkomt en die wordt aangeduid als een 'qualifying period'.

Al in 1957 merkt het Comité van Experts in algemene woorden op dat het Verdrag niet voorziet in een 'qualifying period' voor het recht op een zwangerschaps- en bevallingsuitkering. Wanneer echter een dergelijke eis in het kader van een algemene ziekengeldregeling onvermijdelijk is, ontstaat de verplichting om in de uitkeringen te voorzien uit hetzij de openbare middelen, hetzij de sociale zekerheid, aldus het Comité.³³ Het Comité is nooit meer van dit standpunt afgeweken, getuige ook de meer recente expliciete tekst: 'The Committee notes the statement by the Government (niet van Nederland, MM) that women workers who have not completed the qualifying period laid down by national social security legislation or who are not yet covered by the insurance scheme can receive the medical care and cash benefit from the employer. As these provisions are contrary to the Convention which prescribes that these benefits should in no case be charged directly to the employer but should be provided by means of an insurance system or out of public funds (e.g. by means of a social assistance scheme), the Committee hopes that the Government will make every possible effort to extend progressively the social insurance system to cover, at least for the risk of maternity, all women workers'.³⁴

Hiermee lijkt toch ondubbelzinnig duidelijk dat de betaling van een zwangerschaps- en bevallingsuitkering door de werkgever, ook al heet het in dat geval 'doorbetaling van loon', in strijd is met het verdrag.

En even zo duidelijk lijkt het dat de vrije oordeelsruimte waarover de bewindslieden denken te beschikken al lang geleden is ingeperkt.

Hadden de bewindslieden dit nu echt niet zelf uit het ILO-materiaal kunnen opmaken? Hadden zij niet al eerder in de verplichte periodieke rapportage aan de ILO het probleem kunnen voorleggen? Hadden zij niet, evenals in 1958, formeel om een standpunt kunnen vragen? Vanwaar die aperte onwil om de problemen rondom art. 44 lid 1b ZW op te lossen?

Deze vragen klemmen des te meer omdat de regering ook nog van andere zijde bestookt wordt met de gevolgen van art. 44 lid 1b ZW, en wel in het kader van de nog steeds niet afgesloten zaak Dekker-VJV. De HR deed in deze zaak geen definitieve uitspraak, maar formuleerde prejudiciële vragen die zijn voorgelegd aan het Hof van Justitie van de EG. Een uitspraak van dit Hof wordt eerst aan het eind van het jaar verwacht. Voorafgaand aan deze uitspraak zijn echter al wel een aantal 'opmerkingen' over de zaak gegeven door instanties die bevoegd zijn tot het maken van dergelijke 'opmerkingen'. Met name het commentaar van de Europese Commissie is in dit verband interessant. De Commissie is van mening dat de weigeringsbevoegdheid van het Risicofonds op gespannen voet staat met het beginsel van gelijke behandeling. Immers, deze bevoegdheid treft meer vrouwen dan mannen en daardoor heeft de regeling een discriminatoir effect en is zij in strijd met de tweede EG-richtlijn. De Commissie noemt letterlijk de weigeringsbevoegdheid een 'defectueuze regeling'. Deze stellingname is des te opmerkelijker omdat de prejudiciële vragen zien op de (on)rechtmatigheid van het handelen van de werkgever (het weigeren een dienstverband aan te gaan), en niet op de (on)rechtmatigheid van het weigeren van de uitkering. De Commissie had in feite dus niet op de weigeringsbevoegdheid behoeven in te gaan.

Welnu, als de weigeringsbevoegdheid van het Risicofonds een discriminatoire regeling is, dan is ook de weigeringsbevoegdheid van art. 44 lid 1b ZW een discriminatoire regeling.³⁵ De opmerkingen van de Europese Commissie zijn gemaakt voordat de MvA van w.o. 21106 werd opgesteld, en ook op deze grond kan men zich dus afvragen: had de regering daar nu echt geen conclusies uit kunnen trekken en alleen al op die basis kunnen besluiten definitief af te rekenen met art. 44 lid 1b ZW?

Natuurlijk, met de constatering dat de gevolgen van art. 44 lid 1b ZW in strijd zijn met het ILO-Verdrag en met het beginsel van gelijke behandeling is nog niet aangegeven hoe de oplossing er uit moet zien. Daarom is het zinvol verder te denken.

Mogelijke oplossingen

Het uitgangspunt van het Comité van Experts van de ILO is dat betaling door de werkgever van de zwangerschaps- en bevallingsuitkering in strijd is met art. 4 lid 8 van het verdrag. Als enig alternatief laat het verdrag toe betaling uit de openbare middelen of uit de sociale bijstand, hetgeen in ons land dus zou neerkomen op een tijdelijke ABW-uitkering. Hiervóór is er al op gewezen dat deze uitkering slechts dan zal worden toegekend als de vrouw aan alle daartoe gestelde voorwaarden voldoet. In de meerderheid van de ge-

vallen zal er een verdienende partner zijn zodat de vrouw in kwestie niets krijgt, en in die gevallen waar zij wel recht heeft op een bijstandsuitkering is het aanzienlijk minder dan haar normale loon. Toch lijkt ook dat in strijd met het Verdrag. Weliswaar mag er volgens art. 4 lid 5 een inkomenstoets plaatsvinden, maar of die ook zover mag gaan dat men niets krijgt is niet duidelijk. Het lijkt strijdig met de werkingssfeer van het Verdrag zoals die is omschreven in art. 2: 'Voor de toepassing van dit verdrag omvat de term 'vrouw' iedere persoon van het vrouwelijk geslacht, ongeacht leeftijd, nationaliteit, ras of godsdienstige overtuiging, hetzij gehuwd of ongehuwd'. Ook uit de Rapporten van het Comité van Experts wordt steeds duidelijk dat het gaat om een individuele uitkering, aan de vrouw als werkneemster, en niet om een gezinsuitkering die in een bestaansminimum dient te voorzien. Dezelfde mening is het Comité van Deskundigen van het ESH toegegaan, zoals blijkt uit het eerder weergegeven citaat.

Anderzijds zijn de consequenties van een middelenstoets zoals voor de ABW nooit expliciet door het Comité van Experts beoordeeld en ook de ILO schrijft in de brief uit 1959 al dat er zich in dit geval een probleem zou kunnen voordoen, echter zonder daarvoor oplossingen aan te reiken. Welnu, als men dit niet zeker weet: ook deze vraag kan worden voorgelegd aan de ILO.

Als inderdaad zou blijken dat er strijd is met het verdrag als een vrouw niets of minder dan haar normale loon krijgt, staat men voor het probleem dat voor deze situatie de bijstandsregeling zou moeten worden aangepast. Is het dan niet veel eenvoudiger de ZW aan te passen en art. 44 lid 1b maar te schrappen, nu een wijziging van deze wet in verband met de zwangerschaps- en bevallingsuitkering toch aan de orde is? Uit de Rapporten van het Comité van Experts blijkt dat veel landen die hetzelfde probleem ondervonden inderdaad de zaak hebben opgelost door de 'qualifying period' voor een zwangerschaps- en bevallingsuitkering maar uit hun ziekengeldregeling te elimineren.

In de nationale wetgeving zal dat echter niet een volledige oplossing vormen. Hiervóór is al betoogd dat art. 44 lid 1b ZW in feite een overbodige bepaling is omdat aan de hand van art. 44 lid 1a ten 1e ZW precies hetzelfde kan worden bereikt, tengevolge van de 'fictie' van art. 19 lid 2a ZW. Schrapping van art. 44 lid 1a ten 1e is hier echter niet aan de orde, een 'qualifying period' in een algemene ziekengeldregeling is op zich ook niet in strijd met ILO-Verdrag 103.

Teneinde te bereiken dat weigeren van de uitkering ingeval van zwangerschap bij aanvang van de verzekering in het geheel niet meer kan plaatsvinden moet, opdat art. 44 lid 1a ten 1e ZW niet toegepast gaat worden in plaats van art. 44 lid 1b ZW, aan lid 1a ten 1e en ten 2e dezelfde zin worden toegevoegd die thans nog voorkomt in art. 69 lid 1 ZW (maar die in wetsvoorstel 21106 nu juist wordt afgeschaft), namelijk: voor de toepassing van deze bepaling blijft het bepaalde in art. 19, tweede lid, onder a, buiten toepassing.

Van risicosselectie is dan inderdaad geen sprake meer. Het Comité van Experts heeft echter ook duidelijk te kennen gegeven dat het Verdrag daarin absoluut niet beoogt te voorzien.

Tot slot zij opgemerkt dat het wijzigen van art. 44 op

zich onmogelijk op zwaarwegende principiële bezwaren kan stuiten. In het kader van de privatisering van de ZW is in een adviesaanvraag aan de SER voorgesteld art. 44 ZW in zijn geheel vergaand te vereenvoudigen en onder andere de leden 1a en 1b als volgt samen te voegen: de uitkering kan worden geweigerd bij 'arbeidsongeschiktheid bij aanvang van de verzekering en situaties daarmee gelijk te stellen, zoals kennelijk te verwachten arbeidsongeschiktheid binnen een half jaar na aanvang van de verzekering en zwangerschap bij aanvang van de verzekering'. De nadere invulling van deze globale situatie alsmede de eventuele op te leggen sancties zullen dan nader worden geregeld worden door de Sociale Verzekeringsraad. De SER had geen bezwaar tegen dit voorstel.³⁶

In dat kader dreigt echter tevens het gevaar dat diezelfde privatiseringsplannen nog aanleiding zullen zijn om het gesprek over art. 44 lid 1b ZW opnieuw uit te stellen tot de definitieve vormgeving van de privatisering. Temeer omdat de SER een sterk voorstander blijkt te zijn van wijziging van art. 1638c lid 1 BW, in die zin dat de verplichting tot betaling van zes weken minimumloon vervalt, omdat zij juist bij kleine bedrijven een aanzienlijke financiële last vormt.³⁷

Deze ontwikkeling zou voor de bewindslieden reden kunnen zijn om te zeggen dat een loondoorbetalingsverplichting in geval van zwangerschap en bevalling binnenkort van de baan is en dat er dus waarschijnlijk geen problemen meer zijn. Geen problemen meer voor de werkgever, inderdaad. Voor zwangere werkneemsters is er dan helaas nog steeds niets opgelost. Zij staan dan pas echt met lege handen.

Noten

1. Nemesi 1989 nr. 5, pag. 189
2. TK 1988-1989, 21 106
3. TK 1909-1910, 302.4, pag. 41
4. Zie vorige noot.
5. Ingevoegd omdat er al direct na de indiening van het ontwerp—ZW op werd gewezen dat zwangerschap en bevalling bepaald niet als ziekte kon worden gezien, maar in tegendeel als een zeer gezonde aangelegenheid. Aan deze bezwaren werd dus tegemoet gekomen door het opnemen van de wettelijke fictie.
6. CRvB 15 januari 1977, RSV 1977/304
7. Ook bij risicosselectie als doelstelling van art. 44 lid 1a ten 1e zijn namelijk vraagtekens te zetten. Risicosselecties als reden om de uitkering te weigeren werd ingevoerd in de WAO en in het tegelijkertijd ingevoerde art. 44 lid 1a ten 2e ZW in 1967. Zie voor de argumenten van de regering daarvoor TK 1962-1963, 7171 nr. 3, pag. 47 en 48, nr. 8, pag. 18 en 19 en TK 1964-1965, 7171 nr. 15, pag. 28. Uit de wetgeschiedenis is niet zonder meer af te leiden dat risicosselectie tegelijkertijd mede de doelstelling werd van art. 44 lid 1a ten 1e en lid 1b. De rechtspraak heeft dit echter in de loop der jaren wel aangenomen. Met betrekking tot art. 44 lid 1b ZW in de in noot 6 genoemde uitspraak, en met betrekking tot art. 44 lid 1a ten 1e ZW bij uitspraak CRvB 6 april 1977, RSV 1977/214. Ook kan men zich afvragen of een risicosselectie in het kader van de verplichte ZW-verzekering op zijn plaats is. Zie voor literatuur met betrekking tot deze vragen het rapport van de wetenschapswinkel Tilburg: mr Han de Bruin, *Het beleid dat de bedrijfsverenigingen voeren ten aanzien van de hantering van de weigeringsgronden ex art. 44 lid 1, sub a, ten 1e en 2e Ziekwet*, september 1986. Zie voorts mr I.P. Asscher-Vonk, *Art. 44 1e lid sub a Ziekwet en art. 30, 1e lid WAO*, SMA 1974, pag. 724.
8. Zie voor de betrokken rechtspraak en over art. 44 lid 1b ZW in uitgebreide zin: W.C. Monster en M.P. Timmers-De Vin: *Positie-recht, rechtspositie van zwangere en pas bevallen werkneemsters*, Alphen aan de Rijn 1989, pag. 138 e.v.
9. Aangegeven in een noot bij de richtlijn van de Federatie van Bedrijfsverenigingen d.d. 30 november 1988, nr. C757. De richtlijn komt hierna nog ter sprake.

10. Ingevolge een circulaire van de FBV d.d. 17 september 1943, nr. 38.
11. Zie hierover de bespreking van HR 24 juni 1988, NJ 1988, 1002; W.C. Monster, *Afwijzen zwangere sollicitante, discriminatie en/of onrechtmatige daad?*, Nemesis 1988, pag. 194.
12. Het KB van 1975 behelst een wijziging en aanvulling van het KB van 1967. Sindsdien is de situatie overigens weer gewijzigd. Bij KB van 17 december 1986, Stb. 1986, 663, is het recht op ziekgeld voor VJV's met terugwerkende kracht tot 1 augustus 1985 geregeld als in het Rechtspositiebesluit Onderwijzend Personeel (RPBO).
13. In dit verband zij er overigens op gewezen dat ook in het hiervoor genoemde KB uit 1975 de weigeringsbevoegdheid is geïntroduceerd. Het is een van de merkwaardige verwickelingen in de hele procedure dat in geen enkel processtuk wordt verwezen naar het KB uit 1975, maar uitsluitend naar het KB uit 1967. Daardoor wordt ten onrechte de indruk gewekt dat het Risicofonds de aanstichter is van alle kwaad omdat de veronderstelling leeft dat de weigeringsbevoegdheid alleen op het ziekgeldreglement van het Risicofonds berust. Tevens blijkt uit de formulering van de weigeringsbevoegdheid in het KB van 1975 dat ook daar voorafgaande verzekeringen niet in aanmerking worden genomen. Ook in de thans toepasselijke RPBO (zie noot 12) komt eenzelfde weigeringsbevoegdheid voor in de artt. 1-E8 lid 1 jo. 1-E11 onderdeel c.
14. In hoeverre de werkgever zich op deze tweede zinsnede beroept is niet bekend. Informatie leerde dat er sinds de Stelselherziening tot op heden geen klachten of procedures over dit onderwerp zijn geweest.
15. TK 1987-1988, 19908, nr. 6, pag. 34, en nr. 14, pag. 5 en 6
16. Voorts zij gewezen op de 'eigen-risico-dragers'.
17. Wet van 22 april 1989, Stb. 1989, 168
18. Rechtsoverweging 4.14
19. Editie Schuurman en Jordens 74-II, pag. 165
20. Weliswaar heeft men deze plicht niet als men kinderen onder de twaalf jaar heeft, maar wie voor het eerst zwanger is heeft nog geen kinderen.
21. Reparationota, TK 1983-1984, 18260 nr.4 (lijst van antwoorden), pag. 19
22. BV-informatie, nr. 86-06 en Bijlage IV bij punt 10 van de agenda voor de vergadering van het bestuur van de FBV d.d. 1 oktober 1986
23. UCV 6 november 1986, pag. 12 en 22
24. TK 1987-1988, 19908 nr. 6 (MvA), pag. 18
25. De getallen zijn ook niet af te leiden uit de jaarverslagen van de Bv's. Weliswaar wordt in de overzichten het aantal weigeringen weergegeven, maar de weigeringen op grond van art. 44 lid 1a en 1b worden niet gesplitst.
26. Hand TK 1987-1988, pag. 5431 en 5444
27. 21106, nr. 5, pag. 12, onder verwijzing naar de wordingsgeschiedenis van de WAO (zie noot 7)
28. 21106, nr. 5, pag. 12
29. ILO-Verdrag nr. 103 kwam in 1952 tot stand, Trb. 1953,, 129, maar is in ons land pas in 1981 goedgekeurd en op 9 september 1981 in werking getreden.
30. Het Comité van Experts van de ILO heeft dezelfde functie en bevoegdheid als het Comité van Deskundigen van het ESH: toezicht uitoefenen op de naleving van het verdrag en interpretatie van het verdrag.
31. Zie voor het verslag van de briefwisseling: Official Bulletin Vol. XLII, pag. 385-389.
32. De volledige tekst luidt aldus: 'Is does not appear that the terms of the Convention and the preparatory work permit a generally valid answer to be given in these cases. In effect, on the one hand, the Convention constitutes a set of minimum obligations, and each State naturally remains free to adopt any additional provision which may be useful to it; on the other hand, the provisions in question should not be contrary to the obligations established by the Convention. It thus rests with each State to decide, in the light of all the local circumstances and subject to the procedure established by the ILO for the examination of reports in ratifies Conventions, whether the payments of wages, or a part of the wages by the employer (...) under a broader system, which covers not only maternity cases and which simply supplements a system in conformity with the Convention, constitute 'benefits due' within the meaning of Article 4 of the Convention.'
33. Zie het Rapport van het Comité van Deskundigen uit 1975, onder de 'General Remarks'.
34. Rapport 1982. Zie voor gelijksoortig commentaar ook onder andere de Rapporten van 1964, 1977 en 1985 en de aan de Nederlandse briefwisseling met het Internationale Arbeidsbureau uit 1958-1959 vergelijkbare correspondentie van de Duitse regering, waarin wel uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van een aan art. 44 lid 1b ZW analoge bepaling in Official Bulletin 1960, Vol. XLIII, pag. 568.
35. Evenals de weigeringsbevoegdheid uit het KB ent het RPBO (zie noot 13).
36. Adviesaanvraag d.d. 9 maart 1989; SER-advies 89/13, 16 juni 1989, Advies verdeling verantwoordelijkheid in Ziektewet.
37. Ter compensatie wordt aanbevolen de minimumbescherming bij ziekte weer op te nemen in de ZW.

PHEME

postfeministisch tijdschrift UvA

doorperban...
mist 'ml Telef. 133.
Eigenz. DAME aan de UVA, Adi
geïnteresseerd in vrouwenstu- Alb
dies en emancipatiebeleid, Bel
zoekt leesbaar tijdschrift van VER
niveau. Brieven 01-67264 bur. per
bl. A'dam. ge
Oproep, getuine " lijn 12 at
8 D

**WIE WIL HAAR
NIET LEREN
KENNEN!**

PHEME

Losse nummers à f 3,95 bij de betere boekhandel.
Voor een abonnement (vier nummers) stort f 12,50
op giro 3449797 t.n.v. Stichting PHEME

ARBEIDSRECHT

De toepasselijkheid van art. 1637c lid 2 BW

De definitie van de arbeidsovereenkomst zoals deze gegeven wordt in art. 1637a BW, is te beperkt in ons huidig arbeidsbestel; vele mensen die werkzaam zijn op basis van flexibele arbeidscontracten, onder andere thuiswerksters, freelancers, afroepcontractanten, kunnen niet of moeizaam onder deze definitie worden gebracht. Bij deze contracten is het vaak niet mogelijk om alle vier de elementen die in de definitie van art. 1637a BW worden geëist te bewijzen.

De flexibele arbeidscontracten zijn voor menig werkgever een bruikbaar middel om zich te onttrekken aan de arbeidsrechtelijke bescherming, met name aan de ontslagbeschermende bepalingen. Dit schrijnt des te meer, waar men kan verdedigen dat de ongelijkheidscompensatie van het sociaal recht van toepassing dient te zijn op mensen met dergelijke contracten.

De gebrekkigheid in de reikwijdte van de uit 1907 stammende definitie van de arbeidsovereenkomst wordt in bredere kring onderkend. Van verschillende zijden wordt er op aangedrongen om de vereisten uit het BW in dit verband aan te passen. Geopperd wordt een wettelijk vermoeden van een arbeidsovereenkomst aan te nemen in gevallen waar een theoretische mogelijkheid om zich te laten vervangen in de praktijk niet gebruikt wordt.¹ Een andere mogelijkheid vindt men bij Rood.² Rood tracht door een geheel nieuwe categorie van 'werkers' naast de huidige werknemers te ontwerpen, tegemoet te komen aan de huidige gebrekkige regeling. De ontwerpers van het NBW tenslotte vestigen in art. 7.10.1.1., lid 2 en 3, NBW wettelijke vermoedens indien er sprake is van arbeid in ondergeschiktheid, waar gewoonlijk op arbeidsovereenkomst wordt gewerkt, en in het geval dat iemand gedurende drie of meer maanden dezelfde soort arbeid verricht.

Zoals de praktijk nu is, staan echter de rechtshulpverleners bij het nastreven van de nodige arbeidsrechtelijke bescherming voor onder andere thuiswerksters, freelancers, afroepcontractanten twee theoretische mogelijkheden ter beschikking.

In eerste instantie kan getracht worden de *aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst* aan te tonen. Het ontbreken van de gezagsverhouding, althans het niet kunnen aantonen daarvan is veelal de reden dat geen arbeidsovereenkomst wordt aangenomen. Het is belangrijk te vermelden dat zowel in de

literatuur als in de jurisprudentie vele aanknopingspunten te vinden zijn om het begrip gezagsverhouding (ondergeschiktheid) zo ruim uit te leggen dat zeer veel arbeidsrelaties daaraan voldoen. Een punt dat nadere aandacht in deze kroniek verdient.

Subsidiar kan de toepasselijkheid van het arbeidsrecht *op grond van art. 1637c lid 2 BW* aan de orde komen. Op de mogelijkheden van deze bepaling willen wij in deze kroniek nader ingaan.

Art. 1637c lid 2 BW verklaart de bepalingen betreffende de arbeidsovereenkomst analoog van toepassing op een overeenkomst tot aanneming van werk indien deze overeenkomst, zij het telkens met enige tussentijd, door meer soortgelijke overeenkomsten is gevolgd of indien het bij het aangaan van de overeenkomst blijkbaar in de bedoeling van partijen lag verscheidene overeenkomsten aan te gaan. Dit onder de bepaling 'dat de verschillende aannemingen tot werk tezamen als een arbeidsovereenkomst kunnen worden beschouwd'.

Art. 1637c lid 2 BW heeft in het verleden aanleiding gegeven tot veel discussie die betrekking heeft op twee punten.

Ten eerste de vraag of er voor de toepasselijkheid van deze bepaling alle elementen van de arbeidsovereenkomst volgens art. 1637a aanwezig moeten zijn dan wel de omschrijving van de aannemingen van werk ex art. 1637b BW voldoende is.

Ten tweede de vraag of de bepaling ook geldt voor opeenvolgende overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten.

De eerste vraag wordt op twee manieren beantwoord. Enkele schrijvers, onder andere Van der Grinten, menen dat het in art. 1637c lid 2 BW aannemingen van werk betreft die in wezen een arbeidsovereenkomst zijn, waarin met andere woorden alle elementen ex art. 1637a BW moeten zijn te vinden. In deze visie, laatstelijk door de Hoge Raad in 1955 (sic!) gesanctioneerd (NJ 1955, 647), vat men art. 1637c lid 2 BW op als een extra waarschuwing aan de rechter dat hij de wezenlijke inhoud van de overeenkomst dient vast te stellen, en zich niet moet laten misleiden door de benaming van de overeenkomst.

Terecht wordt ons inziens door verschillende andere schrijvers, waaron-

der Koopmans in zijn proefschrift *De begrippen werkmans, arbeider en werknemer*, Samsom 1962, en Langemeijer in zijn conclusie bij voornoemd arrest, hiertegen ingebracht dat art. 1637c lid 2 BW dan een overbodige bepaling is omdat de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst dient te worden bepaald aan de hand van de dwingendrechtelijke bepaling 1637a BW.

In deze tweede visie, die wij onderschrijven, gaat men ervan uit dat art. 1637c lid 2 BW niet de eis van een arbeidsovereenkomst c.q. gezagsverhouding ex art. 1637a BW stelt. Mede op grond van wethistorische argumenten, eist in hun visie art. 1637c lid 2 BW slechts een situatie waarin partijen ten gevolge van de duurzaamheid van de relatie in bepaalde mate op elkaar gaan rekenen. Deze 'afhankelijkheid' die alsdan onderling ontstaat rechtvaardigt de toepasselijkheid van de arbeidsrechtelijke bepalingen.

In een recent arrest van de Hoge Raad uit 1978, NJ 1979, 206, concludeert Advocaat-Generaal Berger overeenkomstig deze laatste visie en eist dus geen gezagsverhouding. De Hoge Raad komt echter in deze uitspraak helaas niet toe aan een oordeel hieromtrent.

In hetzelfde arrest (NJ 1979, 206) komt tevens de tweede vraag aan de orde. Appellant (freelance-medewerker in omroep) stelde dat art. 1637c lid 2 van analoge toepassing is op een reeks overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten en beoogde zo de toepasselijkheid van het arbeidsrecht op zijn arbeidsverhouding te bereiken.

De Hoge Raad en de Advocaat-Generaal accepteerden dit niet op grond van de tekst van de wet. De Advocaat-Generaal doet daarbij tevens een beroep op Koopmans, dat echter in tegenspraak is met wat Koopmans zelf ons inziens beweert. Koopmans concludeert namelijk niets anders dan dat de wetgever een onlogische omissie heeft gepleegd, door art. 1637c lid 2 BW niet van toepassing te doen zijn op de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten. Volgens Koopmans is dit waarschijnlijk meer toevallig dan bewust weggelaten, gezien het feit dat het de wetgever bij het vaststellen van de bepalingen van art. 1637 e.v. BW ging om maatregelen ter uitbanning van een aantal concrete maatschappelijke misstanden en niet om een systematisch geheel. Koopmans voert, ons inziens zeer terecht, aan dat er op

grond van een reeks overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten, evenzeer als in het geval van aanneming van werk, een band tussen partijen kan ontstaan die wordt gekenmerkt doordat partijen in bepaalde mate op elkaar gaan rekenen. Onze conclusie luidt dat in het geval van een reeks van overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten die voldoet aan bovenstaand, toepasselijkheid van het arbeidsrecht op grond van analoge

toepassing van art. 1637c lid 2 BW gerechtvaardigd is.

De mogelijkheden die art. 1637c lid 2 BW kan bieden voor arbeidsrelaties waar de gezagsverhouding als bedoeld in 1637a BW ontbreekt dan wel niet kan worden aangetoond, zijn ons inziens onderbelicht. Met dit artikel hopen wij een praktische vorm van inspiratie hebben geboden aan die rechtshulpverleners die zich tegen de ster-

ke tendens om het arbeidsrecht buiten werking te willen stellen, trachten te verweren.

Noten

1. SOZA-Rapport Thuiswerk, par. 6.5 sub b (SZW-reeks 1984)
2. M.G. Rood/M.J. van der Ven, preadvies *Flexibele arbeidsrelaties*, 1988

Margriet Adema en Helene Wüst

ACTUALITEITEN

RECHTSPRAAK

nr 62

Tot onze spijt is onderstaande noot in *Nemesis* 1989 nr 5 niet volledig opgenomen (Red.). * **Gerechtshof Amsterdam, 26 juni 1989**
Mrs Van Gijn, Swens en Willem-Morsink.

Verzoekende partij in hoger beroep, tevens incidenteel verwerende partij, procureur mr R. Lubbers tegen verwerende partij in hoger beroep, tevens incidenteel verzoekende partij, procureur mr P.J.Y. Boringa.

Omgangsregeling zaaddonor. Man is niet-ontvankelijk in zijn verzoek, nu hij in zijn verzoekschrift onvoldoende concrete omstandigheden stelt voor het bestaan van 'family life' in de zin van art. 8 EVRM tussen hem en het kind. Hierbij komt het aan op de vraag of er een zo nauwe persoonlijke betrekking bestaat dat voor een onderzoek naar de eventuele gerechtvaardigdheid van een omgangsregeling plaats is, hoezeer de man zulks wellicht gewoensmatig anders beleeft. Zie ook Rechtspraak *Nemesis* 1989 nr 42 en nr 43.

Noot

1. Het Gerechtshof Amsterdam heeft voor de tweede maal binnen enkele maanden een beschikking gegeven in een zaak waarin een zaaddonor om-

gang vraagt met het door middel van zijn zaad verwekte kind. Op 17 april jl. betrof het de zogenoemde Utrechtse zaaddonorzaak. (Rechtspraak *Nemesis* 1989 nr 43.) De hierboven afgedrukte beschikking is in hoger beroep gewezen na een soortgelijke zaak die zich in eerste instantie afspeelde voor de Rechtbank Amsterdam. (Rechtspraak *Nemesis* 1989, nr 42.)

2. In de Utrechtse zaak overwoog de kinderrechtter dat door donorschap geen 'family life' als bedoeld in art. 8 lid 1 EVRM ontstaat. Doorsperma beschikbaar te stellen geeft een donoor te kennen niet als vader aangemerkt te willen worden.

Op grond van wekelijkse bezoeken *in combinatie* met zijn donorschap werd de man echter wél ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling. (NJ 1989, nr 237) Overigens wees de Utrechtse kinderrechtter feitelijke omgang af, omdat het niet in het belang van het kind zou zijn.

3. De Amsterdamse kinderrechtter was van mening dat een zaaddonor niet gelijkgesteld kan worden met een biologische vader omdat hij niet voldoet aan het criterium van art. 1:394 lid 3 BW. In dit wetsartikel met betrekking tot levensonderhoud wordt het vermoeden van vaderschap gekoppeld aan het hebben van gemeenschap met de moeder.

De kinderrechtter merkt vervolgens op dat een relatie tussen een zaaddonor en een kind niet wezenlijk verschilt van een relatie tussen een biologische vader en een kind, omdat die verschillen bepaald worden door de feitelijke omstandigheden en niet door genetische afkomst. In die zin moet de zaaddonor toch op één lijn gesteld worden met de biologische vader.

Kort gezegd komt het er op neer dat de Amsterdamse kinderrechtter eerst zegt dat een zaaddonor geen biologische vader is maar vervolgens wel vindt dat een zaaddonor op één lijn met een biologische vader gesteld moet worden. Een donoor kan daarom volgens deze uitspraak stellen dat er sprake is van 'family life' tussen hem en het kind en een beroep op omgang doen. Immers ook een biologische vader kan een dergelijk beroep doen op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad.

4. De Utrechtse kinderrechtter meent dus dat een zaaddonor op grond van art. 8 lid 1 pas ontvankelijk is als hij tevens een emotionele band met het kind kan aantonen. Vervolgens dient te worden gekeken of het recht op omgang met het kind op grond van art. 8 lid 2 EVRM beperkt of ontzegd moet worden, met name wanneer omgang niet in het belang van het kind is.

De Amsterdamse kinderrechtter gaat een stap verder en acht een zaaddonor op grond van art. 8 lid 1 zonder meer ontvankelijk. Het is niet nodig dat de zaaddonor daartoe nog bijzondere omstandigheden, zoals een emotionele band met het kind, kan aanvoeren. Deze omstandigheden spelen volgens de beschikking pas een rol bij de vraag of op grond van art. 8 lid 2 EVRM het recht op bescherming van 'family life' wellicht beperkt dient te worden.

5. Het Amsterdamse Hof gaat in zijn beschikking niet mee met de visie van de Amsterdamse kinderrechtter inzake de principiële vraag naar de ontvankelijkheid van zaaddonoren in een verzoek tot omgang. Het louter en alleen bestaan van een genetische band is onvoldoende om ontvankelijk te zijn in een dergelijk verzoek. Een zaaddonor moet voldoende concrete omstandigheden stellen, waaruit een nauwe persoonlijke betrekking tussen hem en het kind blijkt, voordat er van 'family life' als bedoeld in art. 8 lid 1 EVRM gesproken kan worden.

Het hof is het in principe wel eens met de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag door de Utrechtse kinderrechtter. De man dient in zijn verzoekschrift voldoende concrete omstandigheden te stellen, teneinde het bestaan van een 'family life' tussen hem en het kind aan te kunnen nemen. Anders dan de rechtbank is het hof evenwel van mening dat de man onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd, waaruit een zodanige nauwe persoonlijke betrekking tussen hem en het kind blijkt dat een onderzoek naar de eventuele gerechtvaardigdheid van een omgangsregeling op zijn plaats zou zijn. In beide zaken zijn de zaaddonors volgens het hof dus niet ontvankelijk.

De moeders in deze zaken hebben weer even rust. De Utrechtse zaaddonor heeft inmiddels beroep in cassatie bij de Hoge Raad ingesteld. De vraag is nu wat de Hoge Raad zal gaan doen. 6. Tot 1985 waren mannen die omgangsrecht verzochten slechts ontvankelijk, indien er een juridische band tussen hen en het kind bestond. Een hele duidelijke regeling met als groot voordeel dat er in ieder geval sprake was van rechtszekerheid. Of het ook altijd een goede regeling was, is een tweede. Losgelaten was op dat moment al de tweede eis die altijd gold om voor het recht op omgang in aanmerking te komen. Die eis was dat er tevens sprake moest zijn van een feitelijke gezinsband tussen de juridische vader en het kind. Aangezien het bijna altijd om gescheiden vaders en hun kinderen ging, werd deze tweede eis meestal niet expliciet genoemd. De

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

Redactie: Gerdie Ketelaars en Heikelien Verrijn Stuart. De met een * aangeduide berichten en uitspraken zijn te vinden op het Clara Wichmann Instituut.

Kopieën van de 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 33/27 59 91

rechter nam aan dat de vader met het kind in één gezin geleefd zou hebben en dat de vader derhalve een gezinsband met het kind zou hebben opgebouwd. Maar bij de eerste buiten-huwelijkse vaders werd wél uitdrukkelijk gekeken of de man die het kind erkend had met het kind in één gezin geleefd had.

Dan wordt art. 8 EVRM 'ontdekt' en in de plaats van gezinsband duikt nu het versluierende woord gezinsleven als vertaling van 'family life' uit art. 8 EVRM op. In 1985 neemt de Hoge Raad de rechtspraak, waarbij alleen de juridische vader ontvankelijk is in een verzoek tot omgang, uitdrukkelijk in heroverweging. Uitgangspunt moet nu volgens de Hoge Raad zijn dat 'een ieder van wie op grond van de omstandigheden van het geval moet worden aangenomen dat hij tot een kind in zodanige betrekking staat of heeft bestaan dat hij met dit kind een "gezinsleven" in de zin van deze (art. 8) verdragsbepaling heeft, in beginsel, wanneer het kind niet met hem samenwoont, gerechtigd is met het kind regelmatig omgang of althans contact te hebben. Daarbij is in het licht van art. 14 Verdrag onverschillig of de betrekking tot het kind berust op wettig ouderschap, op een erkenning, op biologisch ouderschap of op een andere relatie die voor de toepassing van art. 8 met de voorgaande op één lijn kan worden gesteld'. (HR 22 februari 1985, NJ 1986, 3)

Drong de omvang van deze beschikking in eerste instantie nog niet volledig tot iedereen door, in latere beschikkingen van de Hoge Raad is er beslist geen woord spaans meer bij. De biologische 'vader' is zonder meer ontvankelijk in een verzoek tot omgang. Het is dus minder wonderlijk dan het op het eerste gezicht lijkt, dat zaaddonors, en inmiddels ook een incest-(groot)vader, omgangsrecht claimen. Zonder de verstrekende jurisprudentie van de Hoge Raad waren ze waarschijnlijk nooit op het idee gekomen.

7. Prof. Doek, over het algemeen toch een warm pleitbezorger van het omgangsrecht, laat in De Groene Amsterdammer van 8 maart 1989 weten: 'Ik ben niet zo gelukkig met de uitspraak van de Hoge Raad waarbij het omgangsrecht gekoppeld is aan dat biologisch vaderschap omdat het, bijvoorbeeld in dit geval, inderdaad de deur openzet voor donors.'

De vraag is echter of het nu vooral zo ongelukkig is dat zaaddonors omgangsrecht claimen of dat het (even) ongelukkig is om louter en alleen op basis van biologische feitelijkheden 'een betrekking als gezinsleven' aan te nemen. De Amsterdamse kinderrechtster heeft immers gelijk waar hij stelt dat er geen wezenlijk verschil bestaat in de relatie tussen een biologische 'vader' en het kind dat via geslachtsgemeen-

schap met zijn zaad is verwekt en de relatie tussen een zaaddonor en het kind dat via kunstmatige inseminatie met zijn zaad is verwekt. Het grote verschil is alleen dat mannen die via geslachtsgemeenschap een kind verweken door de rechtspraak onmiddellijk als 'vader' worden bestempeld. Ook deze mannen zouden mijns inziens toch wel iets meer moeten kunnen aanvoeren voordat zij zich 'vader' kunnen noemen en 'family life' met een kind kunnen claimen.

8. Er zijn steeds meer vrouwen die er voor kiezen om zonder man een kind op te voeden, bijvoorbeeld omdat zij De Man niet tegengekomen zijn, omdat zij lesbisch zijn, enzovoort, enzovoort. Heel lang hebben vrouwen geloofd dat dat niet mocht. Alleen getrouwde vrouwen, de laatste tijd uitgebreid naar samenwonende heterosexuele vrouwen, mochten moeder worden. Nu dit verhaal door vrouwen naar het rijk der fabelen is verwezen, komt er een nieuw argument: het is voor kinderen belangrijk om te weten van wie zij afstammen. Dus kiezen sommige vrouwen nu voor een bekende donor. Daarmee is de cirkel weer rond. Donors gaan rechten claimen; nog steeds lijken alleen vrouwen met een man kinderen te mogen krijgen.

9. De duidelijk aanwijsbare lijn in de jurisprudentie, waarin mannen steeds meer rechten ten opzichte van kinderen hebben toegeworpen gekregen, is wrang genoeg mede gebaseerd op het Marckx-arrest van het Europese Hof. Daarin eiste een Belgische ongehuwde moeder dezelfde rechten voor haar en haar kind als een gehuwde moeder en haar kind. Op basis van dit arrest claimen ongehuwde mannen dezelfde rechten ten opzichte van een door hen verwekt kind als de moeder. Het ging in deze Belgische zaak echter wél om een moeder die zelf voor haar kind zorgde en in dit opzicht zich dus precies hetzelfde gedroeg als een gehuwde moeder.

10. Omgekeerd worden 'moeders' helemaal niet hetzelfde behandeld als 'vaders'. Een vrouw die een kind draagt en baart en daar niet voor wil/kan zorgen, heeft niets aan haar biologische band met het kind. Zij heeft slechts de 'keus' tot afstand doen en het omgangsrecht met haar kind is voor haar voorgoed verkeken. Ondanks haar negen maanden voorsprong moet een vrouw er heel wat meer moeite voor doen voordat zij zich 'moeder' mag noemen en zij een 'betrekking als gezinsleven' kan claimen. Zou dat soms de achterliggende gedachte zijn waarom minister Brinkman eiceldonatie wilde verbieden? Donatie maakt namelijk het verschil tussen moederschap en vaderschap haarscherp duidelijk. Moeder wordt je niet door eiceldonatie maar pas door voor een kind te gaan zorgen, terwijl

voor vaderschap de (natuurlijke) verwekking al voldoende is, volgens de Hoge Raad.

11. De wetgever is al jaren bezig het omgangsrecht te regelen en heeft een tweedeling van omgangsgerechtigden op het oog. Juridische ouders zijn zonder meer ontvankelijk in hun recht op omgang met kinderen. Dat recht kan alleen op limitatief opgesomde gronden worden ontzegd.

Alle anderen die een omgangsregeling willen laten vaststellen moeten in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan en bloedverwant in de tweede graad van het kind zijn (grootouders met een nauwe persoonlijke betrekking) of het kind, anders dan als ouder, als behorende tot het gezin gedurende ten minste één jaar hebben verzorgd en opgevoed. Een dergelijk verzoek kan de rechter afwijzen, als het belang van het kind zich tegen de toewijzing verzet. (Voorontwerp Nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarigen en van de omgang, Ministerie van Justitie 1986)

Het lijkt er op dat de wetgever voor verwekkers, laat staan voor donors, geen plaats in het omgangsinstituut wil inruimen. Dat nu echter is slechts schone schijn. De wetgever wil geen plaatsje aan de verwekker in het omgangsrecht toewijzen omdat het in het Wetsvoorstel herziening van het afstammingsrecht (TK 1987-1988, nr 20 626) voor een verwekker in beginsel mogelijk wordt het vaderschap te aanvaarden, ook als de moeder van het kind niet met de aanvaarding instemt. De man kan vervangende toestemming voor de aanvaarding van het vaderschap van de rechter krijgen, louter en alleen op grond van het feit dat hij de verwekker is. Het Wetsvoorstel laat zich er niet over uit of dat ook voor donors geldt. Dus ook al volgt de Hoge Raad het Gerechtshof Amsterdam in haar redenering en maakt hij korte metten met het biologie-denken bij het omgangsrecht, over enige tijd kunnen wij opnieuw een run op de rechter verwachten van zaaddonors van natuurlijke en kunstmatig verwekte kinderen en incest-(groot)vaders. Nu niet om het omgangsrecht te claimen, maar om (eerst) het vaderschap te aanvaarden. Hallo kind, hier is je vader!

Nora Holtrust

nr 64

* Kantongerecht Nijmegen, 28 juli 1989
Reg.nr 1310/88/3; mr Hooft
Graafland, kantonrechter.
Van Bruggen, eiseres, advocaat I. van
Westerlaak, tegen gedaagde
Verkroost, advocaat J.W. Kobossen.

Sexediscriminatie. Art. 1401 BW. Botsing contractsvrijheid en discriminatieverbod. Schadevergoeding f 250,—.

Verhuurder van vrachtbus weigerde aan een vrouw een grote bus te verhuren, omdat het schaderisico bij verhuur aan een vrouw te groot was. De kantonrechter neemt dit grotere schaderisico niet aan. Hij acht de handelwijze van de verhuurder mede wegens de geuite mededeling 'ik laat mijn auto's niet in de prak rijden' discriminerend, beledigend, kwetsend en onnodig grievend. Centraal staat volgens de kantonrechter de vraag hoe de contractsvrijheid zich verhoudt tot het discriminatieverbod. De verhuurder ziet af van hoger beroep.

Het geschil en de beoordeling daarvan

In het incident:

1. De kantonrechter neemt over en volhardt bij hetgeen in opgemeld tussenvonnissen is overwogen en beslist.

In de hoofdzaak voorts:

2. Voorzover thans van belang staat het volgende vast:

a. Verkroost exploiteert een vrachttaxi- en autobedrijf. Het wagenpark bestaat uit een tiental busjes waarvan het laadvermogen van de kleinste bus 6 m³ en van de grootste bus 22 m³ bedraagt. Het laadvermogen van de grootste bus is minder dan 3500 kg, wat impliceert dat iemand in het bezit van een B-C-rijbewijs een dergelijk voertuig kan besturen. Verkroost biedt deze tien busjes te huur aan. Een beschrijving en foto's van de aangeboden busjes liggen op de balie van zijn zaak ter inzage.

b. Op 27 januari 1988 heeft Van Bruggen telefonisch met Verkroost contact opgenomen met het verzoek de grootste bus (22 m³) te mogen huren. Verkroost heeft dit geweigerd. Nadat Van Bruggen de volgende dag, vergezeld van twee kennissen, naar het bedrijf van Verkroost is gegaan, is Verkroost bij zijn eerder gegeven weigering gebleven.

c. Vervolgens is Van Bruggen erin geslaagd bij een ander verhuurbedrijf een soortgelijke bestelbus te huren.

3. Van Bruggen stelt dat de reden van de weigering om aan haar te verhuren is geweest dat zij een vrouw is. Deze weigeringsgrond, alsmede de opmerking van Verkroost: 'Ik laat mijn auto's niet in de prak rijden' is tegenover Van Bruggen discriminerend, beledigend, kwetsend en onnodig grievend. Tijdens de gesprekken met Verkroost heeft Van Bruggen benadrukt dat voor het goed besturen van de desbetreffende bus niet relevant was welke sexe zij bezat, zij heeft daarbij meegedeeld dat zij beschikt over het zogenaamde 'groot rijbewijs' en dat zij veel ervaring had met het rijden op een (auto)bus. Door aldus te handelen heeft Verkroost Van Bruggen primair beledigd, subsidiair jegens haar onrechtmatig gehandeld omdat het gelijkheids- of

non-discriminatiebeginsel, zoals vastgelegd in de Grondwet, art. 14 van het Verdrag van Rome, artt. 2 en 26 van het Internationale Verdrag inzake de Burgerrechten en Politieke rechten, art. 2 van de Universele verklaring van de Rechten van de Mens en art. 3 van het VN-verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten, welke internationale verdragen doorwerken in de grondrechten in het particuliere rechtsverkeer, geschonden is.

Van Bruggen vordert na wijziging van eis:

- a. een verklaring voor recht dat Verkroost jegens Van Bruggen onrechtmatig heeft gehandeld;
- b. een veroordeling wegens immateriële schade van f 1.250,—, vermeerderd met de wettelijke rente daarover;
- c. een verbod om in het vervolg bij het verhuren van bussen en vrachttaxi's Van Bruggen te discrimineren wegens sexe, zulks op straffe van een dwangsom van f 5.000,— voor iedere keer dat dit verbod wordt overtreden.

4. Verkroost voert aan dat hij in beginsel bereid is om een ieder een huurovereenkomst met betrekking tot de voertuigen te sluiten, maar dat hij gedeeltelijk op objectieve, gedeeltelijk op subjectieve en intuïtieve gronden selecteert. Voor hem is het geslacht van de potentiële huurder niet bepalend. Hij stelt in 30 procent van de gevallen aan vrouwen te verhuren.

Verkroost betwist dat hij in dit geval geweigerd heeft een bus te verhuren omdat Van Bruggen een vrouw is. Hij was daartoe bereid, mits aan de overige nog te stellen criteria zou zijn voldaan. Van Bruggen wilde – zonder daar overigens doorslaggevende motieven voor aan te geven – de grootste bus huren. Deze bus houdt Verkroost veelal ter beschikking van zichzelf en als de bus al verhuurd wordt, dan weegt en beoordeelt Verkroost de gegadigde kritisch. De bus is duur, er is een hoog eigen risico wat de verzekering betreft en het uitvallen van de bus door schade brengt onevenredige schade voor het bedrijf van Verkroost mee.

Een onbekende – man of vrouw – zal Verkroost er niet zo snel toe kunnen bewegen deze grootste bus aan hem of haar ter beschikking te stellen, zeker niet via een telefonisch contact. Dat heeft niets met discriminatie te maken maar alles met voorzichtigheid en verantwoord ondernemingsbeleid. Verkroost schat als ondernemer het risico voor schade bij verhuur van deze grootste bus aan vrouwen groter in dan bij mannen. Dat criterium laat hij een rol spelen bij zijn verhuurbeleid met betrekking tot deze grootste bus. Verkroost stelt dat het hem vrijstaat subjectieve opvattingen en verwachtingen te hebben aangaande risico's die hij tenslotte zelf moet dragen.

Overigens is het zeker niet zo, aldus Verkroost, dat hij de grootste bus nooit of bij voorbaat niet aan een vrouw zou verhuren. Om deze redenen was Verkroost niet bereid toen Van Bruggen telefonisch informeerde, de grootste bus aan haar te verhuren. Toen Van Bruggen de volgende dag kwam, was hij helemaal niet meer bereid te verhuren, zodat van onderhandelingen geen sprake is geweest. Verkroost stelt dat het zeer wel mogelijk is dat hij woorden heeft gebruikt als 'Ik laat mijn auto's niet in de prak rijden', hetgeen dan volkstaal is voor 'Ik ga voorzichtig met mijn kostbare bedrijfsmiddelen om', maar deze bedrijfsfilosofie, ook geconcretiseerd in de weigering aan Van Bruggen om deze ene bus aan haar te verhuren, kan bezwaarlijk gezien worden als beledigend, discriminerend of onnodig grievend ten aanzien van Van Bruggen.

Aan de criteria gesteld in art. 1408 BW – de opzettelijke aanranding van iemands eer, goede naam en het objectief vereiste van het kwetsen van het eergevoel – is volgens hem niet voldaan. Het feit dat Verkroost van opvatting is dat ten aanzien van vrouwen – die in het algemeen toch over wat minder rijervaring beschikken – een extra voorzichtig verhuurbeleid gevoerd moet worden, vooral ten aanzien van de grootste bus, maakt dit niet anders. Het beroep dat Van Bruggen doet op de Grondwet en de horizontale werking van diverse internationale verdragen wijst Verkroost van de hand. Van Bruggen ziet eraan voorbij dat een natuurlijk of rechtspersoon bij de exploitatie van door hem beheerde goederen naar eigen goeddunken de condities bepaalt, waartegen hij die goederen – indien hij daartoe bereid is, daar weigering in beginsel vrijstaat – ter beschikking van derden stelt en daarbij tevens de vrijheid heeft bij verschillende contractpartners verschillende condities te bedingen. Een weigering om een contractuele relatie aan te gaan, kan dus bij voorbaat niet als schending van enig grondrecht beschouwd worden. Hoewel er bij voorbeeld in de sfeer van het arbeidsrecht onderscheid gemaakt wordt tussen mannen en vrouwen, is er in het algemeen geen rechtsregel – geschreven of ongeschreven – die verbiedt dat bij het sluiten van contracten mede waarde gehecht wordt aan bij voorbeeld het geslacht van de potentiële contractpartner. Voor het geval de kantonrechter de vordering toewijsbaar mocht achten, voert Verkroost aan dat de gevorderde schade buiten proporties is. In dat geval acht hij een symbolische veroordeling tot f 1,— meer op zijn plaats.

5. Dienaangaande wordt overwogen dat de kantonrechter van oordeel is dat het non-discriminatiebeginsel waar-

op Van Bruggen zich beroept, zoals geformuleerd in de Grondwet, en de hiervoor genoemde internationale verdragen, doorwerkt in het privaatrechtelijke rechtsverkeer tussen burgers. Derhalve staat in deze procedure de vraag centraal hoe de contractsvrijheid zich verhoudt tot het discriminatieverbod.

6. In dit geval kan er van worden uitgegaan dat Verkroost alle busjes te huur aanbiedt zonder bij dat aanbod bijzondere voorwaarden kenbaar te maken en dat gegadigden uitgenodigd worden om met hem in onderhandeling te treden. De contractsvrijheid van Verkroost als particulier ondernemer gaat dan echter niet zover, dat hij de volledige vrijheid heeft op subjectieve en/of intuïtieve gronden het onderscheid te maken om al of niet met een gegadigde te contracteren. In dit geval wilde Van Bruggen het grootste busje huren en heeft daarnaar geïnformeerd. Hoewel voor dit busje een zogenaamd 'groot rijbewijs' niet is vereist, stelt Verkroost terecht dat, gelet op de risico's verbonden aan het rijden met die bus, hij bij de verhuur voorzichtig en verantwoord tewerk gaat en niet verplicht is zonder meer aan een ieder die dat wenst, die bus te verhuren.

7. Bij zijn voorzichtigheid en verantwoord ondernemersbeleid laat Verkroost zich leiden door het onmiskenbaar empirisch gegeven dat vrouwen aanmerkelijk minder aan het autoverkeer deelnemen dan mannen en dat dit a fortiori geldt voor het bestelbusverkeer. Omdat, aldus Verkroost, vrouwen minder verkeerservaring hebben met betrekking tot bestelbussen stond het hem vrij niet aan een vrouw te verhuren, zodat zijn weigering om met Van Bruggen in onderhandeling te treden, niet discriminerend is. Dit betoog kan niet worden aanvaard. Ook indien aangenomen wordt, dat de stelling van Verkroost juist is dat vrouwen minder in bestelbusjes rijden dan mannen, dan volgt daaruit nog niet dat het schaderisico van vrouwen groter is. Deze gevolgtrekking van Verkroost berust allerminst op empirisch onderzoek en is in het geheel niet onderbouwd. Verkroost heeft ook niet gesteld, noch is gebleken, dat in gevallen dat hij zijn bestelbusjes aan vrouwen verhuurt (30 procent) meer schade wordt veroorzaakt dan wanneer aan mannen wordt verhuurd. Nu Verkroost terzake geen bewijsaanbod heeft gedaan ziet de kantonrechter geen reden om ambtshalve bewijs op te dragen.

Wat de contractsvrijheid van Verkroost betreft om wel of niet de grootste bus te verhuren, is een relevante factor of de gegadigde over voldoende rijervaring met een dergelijke bus be-

schikt. Immers, in dat geval heeft hij een economisch belang. Verkroost heeft dit echter helemaal niet onderzocht. Hij was daartoe ook niet bereid om de enkele reden, dat Van Bruggen een vrouw was, van wie hij zonder nader onderzoek aannam dat zij die ervaring niet bezat. Hoewel Verkroost de letterlijke tekst van de schriftelijke getuigenverklaringen van de gesprekken die Van Bruggen met Verkroost heeft gevoerd weerspreekt, valt uit de stellingen van Verkroost af te leiden dat hij niet betwist dat de reden van de weigering om de bus aan Van Bruggen te verhuren is geweest dat zij een vrouw is. Nu evenmin wordt betwist dat Verkroost tegen Van Bruggen heeft gezegd 'Ik laat mijn auto's niet in de prak rijden' (welke mededeling ongefundeerd was en derhalve als beledigend is aan te merken) acht de kantonrechter de handelwijze van Verkroost discriminerend, beledigend, kwetsend en onnodig grievend. De vordering kan dus op de primaire grondslag worden toegewezen.

8. Wat de hoogte van de gevorderde immateriële schade betreft wordt overwogen dat de kantonrechter deze te hoog acht, nu in dit geval onvoldoende van opzettelijke belediging is gebleken. Anderzijds kan de kantonrechter het standpunt van Verkroost dat slechts een symbolisch bedrag zou moeten worden toegewezen, niet delen. Gelet op de omstandigheden van dit geval zal de immateriële schade in redelijkheid en billijkheid worden vastgesteld op f 250,—.

9. Het gevorderde verbod om in de toekomst bij het verhuren van bussen aan Van Bruggen te discrimineren wegens sexe, zulks op straffe van een dwangsom, zal worden afgewezen omdat Van Bruggen daarbij geen belang heeft. Immers, gebleken is dat Verkroost niet in een monopoliepositie verkeert.

10. Verkroost heeft nog aangevoerd om de gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad af te wijzen, omdat het financieel belang daartoe niet dwingt en bij een ongedaan maken van de veroordeling in hoger beroep terugbetaling ongewis is vanwege het financieel onvermogen van Van Bruggen. In dit geval is een borgtocht gerechtvaardigd. Dit verweer wordt verworpen. Bij een veroordeling als de onderhavige is uitvoerbaarverklaring bij voorraad toegestaan en er is, gelet op de hoogte van het toe te wijzen bedrag, onvoldoende grond om te vrezen dat terugbetaling niet mogelijk is. Ook voor het stellen van zekerheid acht de kantonrechter geen termen aanwezig.

11. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal Verkroost in de pro-

ceskosten worden veroordeeld.

Rechtsdoende:

In de hoofdzaak:

1. Verklaart voor recht dat Verkroost jegens Van Bruggen onrechtmatig heeft gehandeld.
2. Veroordeelt Verkroost om aan Van Bruggen tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen de somma van f 250,—, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag der dagvaarding (26 mei 1988) tot aan die der algehele voldoening en verklaart dit deel van het dictum uitvoerbaar bij voorraad.
3. Wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

Als het gaat over rijvaardigheid vieren de vooroordelen hoogtij. Het mag dan bewezen zijn dat vrouwen achter het stuur minder brokken maken dan mannen, de verwachtingen van haar prestaties op dit terrein zijn doorgaans niet hoog gespannen. De gedaagde Nijmeegse busjesverhuurder uit deze zaak wil niets horen over (directe) discriminatie. Hij verhuurt aan mannen en vrouwen. Ook de grootste bus uit zijn wagenpark. Alleen is hij bij het verhuren van die bus extra kritisch. En het schaderisico schat hij bij vrouwen groter dan bij mannen. Maar dat wil niet zeggen dat hij *nooit* aan vrouwen zou verhuren. Hij 'laat alleen zijn auto's niet in de prak rijden', zoals hij eiseres te verstaan had gegeven.

Eiseres acht zich primair beledigd en onrechtmatig behandeld door deze inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. Om dat te onderbouwen wordt een handvol (internationale) gelijkheidsbepalingen op een hoop gegooid: art. 1 Grondwet, art. 26 BuPo-Verdrag, de Universele verklaring, art. 1 Esocul-Verdrag, en art. 14 EVRM. Dat de Universele verklaring geen rechtskracht heeft, dat art. 2 BuPo, art. 3 Esocul en art. 14 EVRM geen *zelfstandig* recht garanderen, blijft onopgemerkt. Dat het internationale recht een moeilijke materie is, blijkt ook uit de stelling van eiseres, dat 'de internationale verdragen doorwerken in de grondrechten in het particuliere rechtsverkeer'. Wat moet ik mij daarbij voorstellen?

De Nijmeegse kantonrechter is niet erg duidelijk in zijn uitspraak. Zonder enige terughoudendheid acht hij het gelijkheidsbeginsel, zoals in de door eiseres genoemde bepalingen neergelegd, van toepassing in het privaatrechtelijke verkeer tussen burgers. Het gaat 'alleen nog maar' over de vraag of het discriminatieverbod de contractsvrijheid opzij kan zetten. Die vraag wordt evenwel niet beantwoord.

Uitvoeriger gaat de kantonrechter in op de vraag of er wel gediscrimineerd is. Zijn conclusie is dat de weigering van gedaagde om eiseres het bewuste busje te verhuren, inderdaad was gebaseerd op het feit dat zij een vrouw is. Men zou denken dat er dan sprake is van directe discriminatie, hetgeen onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is. De uitweiding over het uitblijven van bewijsaanbod van de kant van gedaagde en van een onderzoek naar de rijvaardigheid en rijervaring van eiseres is echter alleen van belang als er sprake is van indirecte discriminatie, waarvoor een objectieve rechtvaardiging gegeven kan worden. Nu ontstaat de indruk, dat de kantonrechter onder omstandigheden ook *directe* discriminatie wel kan rechtvaardigen.

Na tot de slotsom te zijn gekomen dat onrechtmatig handelen jegens en belediging van eiseres in casu bewezen zijn, wordt de verhuurder veroordeeld tot het betalen van een immateriële schadevergoeding. Het gevorderde verbod om in de toekomst eiseres bij het verhuren van busjes te discrimineren, wordt afgewezen wegens gebrek aan belang: niet is gebleken dat gedaagde een monopoliepositie bezit. Tsja... zou je nou gewoon mogen discrimineren zolang er maar iemand is die het niet doet? En hoe zit het met de contractsvrijheid van eiseres om te bepalen met wie zij een overeenkomst wil aangaan (bij voorbeeld omdat er prijsverschillen zijn tussen de verschillende verhuurders)? Moet die vrijheid wijken voor het discriminerend handelen? Als dat het antwoord is van de kantonrechter op de vraag naar de verhouding tussen contractsvrijheid en discriminatieverbod, belooft het weinig goeds voor vrouwen.

Conclusie: er is in deze zaak op het eerste gezicht een aardig (publicitair) succes geboekt, maar de manier waarop roept nogal wat vragen op. Dat het de hoogste tijd is voor een Algemene Wet gelijke behandeling - waarin dit soort rechtsverhoudingen expliciet worden genoemd - om dit soort vragen duidelijk te beantwoorden, wisten we al.

Jenny E. Goldschmidt

nr 65

* **President Rechtbank Haarlem, 4 augustus 1989**

Mr H.F. van der Haak.
Kort Geding, KG nr 348/1989,
uitspraak nr 285.

Mevrouw X te Assendelft, eiseres,
procureur mr W. Seligmann, tegen Y te
Krommenie, gedaagde, procureur mr
M. Flipse.

**Bewijs in kort geding. Straatverbod.
Contactverbod. Voorschot schadever-**

goeding. Ook in sexueel-geweldszaken moet in de orde van de feiten voldoende basis voor toewijzing van de vordering te vinden zijn. De gedachte dat in dit soort zaken minder stringente eisen aan de bewijsvoering moeten worden gesteld, wordt verworpen. Bewijslevering dient te geschieden volgens rechtssystematisch gewaarborgde regels.

1. Verloop van de procedure

1.1. Ter terechtzitting van 26 juli 1989 heeft eiseres overeenkomstig het exploit van dagvaarding, behoudens een - buiten procesrechtelijk bezwaar van gedaagde - bij conclusie gedane wijziging van eis met betrekking tot het onder 1. gevorderde, geconcludeerd voor eis dat de President bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad voor zover mogelijk:

1. gedaagde zal verbieden te komen binnen of zich te bevinden binnen dat gedeelte van Assendelft, gemeente Zaanstad, dat begrensd wordt door de ...laan tot en met de ...straat, zoals met blauw omlijnd op de aan de dagvaarding gehechte kaart aangegeven;
2. gedaagde zal verbieden op welke wijze dan ook in contact te treden met eiseres;
3. onder verbeurte van een dwangsom van f 1.000,- voor elke keer dat gedaagde het verbod onder (lees: 1) en/of (lees: 2) overtreedt, tevens met machtiging aan eiseres dit verbod desnoods bij lijfswangten uitvoerte leggen door gijzeling voor de duur van vijf maal vierentwintig uur voor elke keer, dat gedaagde dit verbod overtreedt;
4. gedaagde zal veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van f 5.000,- te voldoen op de dag waarop dit vonnis betekend zal worden;
5. gedaagde zal veroordelen in de kosten van deze procedure, waaronder het niet in debet gestelde deel van het griffierecht en de voor rechtsbijstand verschuldigde eigen bijdrage. (...)

2. Het geschil van partijen

2.1 De vaststaande feiten

2.1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend danwel niet of onvoldoende gemotiveerd bestreden, alsmede op basis van overgelegde stukken, voor zover niet betwist, staat in dit geding tussen partijen het volgende vast:

- a. In de periode van 1978 tot 1980 is eiseres - thans 28 jaar oud - als wees opgenomen geweest in een pleeggezin, dat bestond uit de echtelieden K. en hun zoon R. - thans 27 jaar oud -, zijnde gedaagde.
- b. In omstreeks 1979 en 1980 hebben eiseres en gedaagde meermalen met elkaar geslachtsgemeenschap gehad.
- c. Vanaf omstreeks 1981 tot omstreeks begin 1988 is het contact tussen eiseres enerzijds en zowel genoemde

pleegouders als gedaagde anderzijds verbroken geweest.

d. Naar aanleiding van een daartoe strekkend, bij brief van 8 december 1987 gedaan, verzoek van eiseres, is omstreeks 1988 het contact tussen eiseres en haar pleegouders hersteld. Daarbij is eiseres eveneens wederom in contact gekomen met gedaagde, hetgeen ertoe heeft geleid dat in februari 1989 en op 5 juni 1989 eiseres gedaagde respectievelijk gedaagde eiseres in zijn respectievelijk haar woning heeft bezocht.

e. Gedurende het bezoek in februari 1989 hebben eiseres en gedaagde sexueel contact met elkaar gehad. Op 5 juni 1989 hebben zij met elkaar geslachtsgemeenschap gehad.

f. Sedert enige maanden is eiseres onder behandeling van A. van der B., sociaal-psychiatrisch verpleegkundige, verbonden aan de Stichting Riagg Zaanstreek/Waterland.

g. Eiseres heeft op 19 juni 1989 bij de gemeentepolitie Zaanstad aangifte gedaan van verkrachting als bedoeld in art. 242 WvS, door gedaagde meermalen jegens haar gepleegd. Van deze aangifte en het daaropvolgend verhoor van gedaagde is proces-verbaal opgemaakt.

h. Vervolgens is gedaagde gedurende ongeveer achtenveertig uur in verzekering gesteld.

i. Hierna heeft de Officier van Justitie van het arrondissementsparket Haarlem bedoelde strafzaak tegen gedaagde geseponneerd wegens gebrek aan bewijs.

j. Eiseres bewoont met haar gezin - haar echtgenoot en twee kinderen - een woning aan de ...straat te Assendelft, gemeente Zaanstad. Deze straat is gesitueerd in de onder 1.1. weergegeven sector van Assendelft.

k. Gedaagde woont in Krommenie.

l. Gedaagde is in der minne niet bereid aan de gevraagde voorzieningen te voldoen.

2.2. De grondslag van de vordering

2.2.1. Eiseres heeft - samengevat - het volgende aan haar vorderingen ten grondslag gelegd, stellend daarbij een spoedeisend belang te hebben.

2.2.2. De onder 2.1. genoemde geslachtsgemeenschap met gedaagde, die overigens ook in februari 1989 plaatshad, geschiedde telkens onder dwang van gedaagde tegen de wil van eiseres. Eiseres bleek telkens (fysiek) niet in staat zich tegen de verkrachtingen te verzetten.

2.2.3. Eiseres voelt zich door gedaagde bedreigd en heeft mede in het licht van het feit dat gedaagde op 5 juni 1989 haar woning tegen haar wil is binnengedrongen, gegronde vrees dat gedaagde, die regelmatig in Assendelft komt, haar opnieuw zal verkrachten.

2.2.4. Als gevolg van bedoeld on-

rechtmatig handelen van gedaagde heeft eiseres immateriële schade geleden en lijdt zij deze nog steeds. Het verzochte voorschot op de te vorderen schadevergoeding zal bijdragen aan de psychische verwerking van haar in deze procedure aan de orde zijnde traumatische ervaringen.

2.2.5. In kort geding mag worden afgeweken van de in een civielrechtelijke procedure bij de gewone rechter geldende bewijsregels. Dit betekent dat eiseres haar stellingen in deze slechts aannemelijk behoeft te maken.

2.3. Het verweer van gedaagde

2.3.1. Gedaagde heeft tegen de vordering gemotiveerd verweer gevoerd, dat naar de kern weergegeven hierop neerkomt dat gedaagde de gestelde verkrachtingen betwist in die zin, dat de onder 2.1. opgenomen seksuele contacten met instemming van eiseres op basis van een vrije relatie en zonder dwang zijn geschied.

3. Beoordeling van het geschil

3.1. De kern van het geschil van partijen betreft de vraag of gedaagde zich heeft schuldig gemaakt aan (een van) de door eiseres gepretendeerde verkrachtingen.

Algemeen

3.2. Bij de beoordeling van deze vraag wordt in zijn algemeenheid vooropgesteld, dat het in deze gaat om een beschuldiging van het plegen van ongewenste seksuele handelingen en derhalve om aangelegenheden die emotioneel diep ingrijpend zijn en zowel slachtoffer als beschuldigde essentieel treffen in hun persoonlijke levenssfeer. Ook in aangelegenheden als deze en ook wanneer zij in kort geding aan de orde zijn, is een in de orde van de feiten voldoende vastgestelde basis voorwaarde voor de toewijsbaarheid van de gevraagde voorzieningen, waaraan de gestelde ongewenste seksuele handelingen ten grondslag zijn gelegd.

3.3. Ten deze doen zich veelal ten detrimente van het slachtoffer problemen voor op het terrein van de bewijslevering, daar immers bedoelde handelingen zich bijna altijd afspelen in beslotenheid en zonder getuigen.

3.4. In het licht daarvan en gezien de omstandigheid dat bij de huidige stand van de bewijstechniek het slachtoffer weinig adequate bewijsmiddelen ten dienste staan, komt de gedachte op om in bedoelde zaken minder stringente eisen aan de bewijslevering te stellen, dan in gevallen waaraan een zo persoonlijk en intiem karakter ontbreekt.

3.5. Deze gedachte moet worden verwerpen. Immers niet alleen is het be-

lang van degene, die stelt slachtoffer te zijn, bij afdoende bewijslevering van door hem/haar gepretendeerde handelingen als bedoeld in het geding, maar evenzeer is het belang van de als dader van die handelingen beschuldigde persoon bij voldoende ontzenuwing van de omstrede beschuldigingen aan de orde. Beide belangen kunnen uitsluitend dan worden gediend wanneer de bewijslevering geschiedt volgens rechtssystematisch gewaarborgde regels, die niet kunnen leiden tot de aanvaarding van de onder 3.4. geformuleerde gedachte. Dit uitgangspunt geldt ook in kort geding. 3.6. Inachtneming van dit uitgangspunt kan er in de praktijk toe leiden dat zich een kloof voordoet tussen datgene wat naar civielrechtelijke maatstaven gemeten bewijsbaar is en hetgeen in werkelijkheid heeft plaatsgevonden. Dat rechtens gebrek bestaat aan mogelijkheden om deze kloof te overbruggen, zal – naar kan worden aangenomen – door het slachtoffer als zeer pijnlijk worden ervaren. Voor de rechtsorde is echter handhaving van genoemde regels van verder strekkende betekenis, waaraan derhalve niet kan worden afgedaan.

Concreet

3.7. Onder hantering van het onder 3.5. geformuleerde uitgangspunt zal in het navolgende worden beoordeeld of voldoende bewijsmateriaal voorhanden is om de onder 3.1. weergegeven vraag bevestigend te beantwoorden.

3.8. Met betrekking tot deze vraag hebben partijen zowel ter terechtzitting als tegenover de politie, zoals daarvan uit het politie-proces-verbaal blijkt, diametraal tegenover elkaar staande standpunten ingenomen. Elk van deze verklaringen biedt onvoldoende aanknopingspunt om het waarheidsgehalte van de verklaring van de een boven dat van de verklaring van de ander verheven te achten. Getuigenbewijs en/of andere middelen zijn door (een der) partijen niet aangedragen. Er is derhalve onvoldoende grond om een der verklaringen als doorslaggevend aan te merken.

3.9. Dit betekent dat op basis van het voorhanden zijnde bewijsmateriaal niet valt uit te sluiten dat tussen eiseres en gedaagde in het verband van de toedracht der in deze relevante gebeurtenissen een relatie heeft bestaan als door gedaagde geschetst. Dit brengt mee dat de deugdelijkheid van de feitelijke grondslag van de gevraagde voorzieningen onvoldoende is komen vast te staan om deze te kunnen dragen.

Slotsom

3.10. De gevraagde voorzieningen zullen dan ook moeten worden gewei-

gerd. Eiseres zal in de proceskosten worden verwezen daar zij in het ongelijk is gesteld. Deze proceskosten moeten op de voet van art. 57 b BRv. worden voldaan aan de griffier van deze rechtbank, nu aan gedaagde een toevoeging is verleend krachtens de Wet rechtsbijstand aan on- en minvermogens.

(...)

Noot

De bewijslevering in sexueel gewelds-zaken is moeilijk, alleen al omdat sexueel geweld zich in verreweg de meeste gevallen in een volstrekt isolement met als enige aanwezigen de dader en het slachtoffer afspeelt. Deze stelling is allesbehalve nieuw. Het is dan ook niet onaangenaam te lezen dat de Haarlemse president zich realiseert dat de eiseres in een zaak als bovenstaande in een moeilijke bewijspositie verkeert, maar de constatering alleen is wel erg vrijblijvend. De president vervolgt met de overweging dat de gedachte, dat in dit soort zaken minder stringente eisen aan de bewijslevering moeten worden gesteld door hem wordt verworpen, waarbij hij met name – en terecht – wijst op het belang van de gedaagde. Wie uitsluitend deze overwegingen in het vonnis leest zou haast denken dat het hier om een strafzaak gaat. Alsinds jaar en dag morren radicale vrouwen-groepen over het 'onrecht' slachtoffers van sexueel geweld in het strafrecht aangedaan, nu aan hen (in feite aan het openbaar ministerie natuurlijk) dezelfde – in de wet voorgeschreven – bewijsrechtelijke eisen worden gesteld als in alle andere strafzaken. Al even lang verdedigen met name strafrecht-juristen de grondbeginselen van het Nederlandse strafrechtssysteem en de rechtsstatelijke beginselen, en trachten overtuigend uit te leggen dat uitholling van het bewijsrecht tot consequenties leidt die een veel groter nadeel dan voordeel opleveren. Daarmee is het probleem van slachtoffers die actie willen nemen tegen hun aandrander, die iets terug willen doen of behoefte hebben aan een autoriteit die bevestigt dat hun grof en onrechtvaardig leed is toegebracht, niet opgelost. Men ziet dan ook dat in de loop der jaren slachtoffers van sexueel geweld en hun advocaten de weg naar de kort-gedingrechter zijn gaan verkennen. Afgezien van alle andere voordelen van het kort geding – de snelheid; de vrouwis zelf partij en geen pion van het openbaar ministerie; zij kan zelf beslissen aan welk soort 'sanctie' zij het meest behoefte heeft; de procedure is informeel en dus veel minder vreemdend dan de strafprocedure – moet denk ik het ontbreken van formele bewijsregels in het kort geding als het grootste processuele voordeel worden gezien. Art. 199 Rv dat de toelating

tot bewijslevering en de motivering betreft, geldt in kort geding niet. Bovendien worden in verband met het voorlopig karakter van de beslissing aan de bewijslevering minder strenge eisen gesteld. Voldoende is dat de president aannemelijk acht dat het standpunt der partijen bewezen zal kunnen worden. De materieelrechtelijke bewijsregels gelden dus evenmin in kort geding; althans de president is niet verplicht ze toe te passen. Vanzelfsprekend betekent dit alles niet dat een zaak zonder enig bewijs enige kans van slagen heeft.

Dit laatste is wellicht wat de president in Haarlem heeft willen zeggen wanneer hij overweegt dat 'beide belangen - van eiseres en gedaagde; hvs - uitsluitend kunnen worden gediend wanneer de bewijslevering geschiedt volgens rechtssystematisch gewaarborgde regels'. Dit lijkt een wagenwijd openstaande deur waar de president in razende vaart doorheen marcheert. Meer dan dat ook - zelfs - in kort geding enige rechtssystematiek moet worden gehandhaafd zegt hij niet. Wellicht meende de president dat in de onderhavige zaak waarin wel heel weinig - eigenlijk geen - bewijs werd geleverd de eisende partij een 'lesje' nodig had. Helaas heeft de president er geen college 'aannemelijkheid in kort geding' van gemaakt. Zeker als hij tot slot over de "handhaving van de genoemde regels" spreekt, maakt hij zich er wel erg gemakkelijk van af. Immers, meer dan het begrip 'rechtssystematisch gewaarborgde regels' heeft hij niet gehanteerd. De betreffende regels heeft hij niet genoemd. Bovendien is het woord regels wel erg concreet als men bedenkt dat de wettelijke regels voor bewijs niet gelden in kort geding en het in feite criteria zijn die de verschillende presidenten langzamerhand en stap voor stap hebben aangelegd in de afgelopen decennia. Dat niet alle kortgedingrechters er voldoende werk van maken mag wel blijken uit het arrest van het hof Amsterdam (13 juli 1989, rolnr 388/88, niet gepubliceerd) waarin het vonnis van de president Amsterdam (15 februari 1988, KG 129) werd

Met ingang van Nemesis 1989 nr. 2 zijn rechterlijke uitspraken en ontwikkelingen op het gebied van wetgeving 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.

nietig, omdat het hof de verkrachting die de president aannemelijk had geacht niet waarschijnlijk genoeg vond voor een veroordeling tot een contactverbod en voorschot op schadevergoeding. Het hof was blijkbaar ontgaan dat daags voor zijn arrest de strafkamer de verkrachting bewezen had verklaard. Het hof had dit gegeven op z'n minst ambtshalve moeten meenemen in het arrest.

Een advocaat in seksueel gewelds zaken, en vooral als het gaat om incest en ander seksueel geweld in de beslotenheid van de privésfeer zal zich de mentaliteit van een ouderwetse detective moeten aanmeten, gepaard aan een grote kennis van de symptomen die slachtoffers van seksueel geweld plegen te vertonen. Samenwerking met een ervaren hulpverleenster is dan ook aan te bevelen.

Het resultaat van een dergelijke intensieve en tijdrovende voorbereiding kan vele vormen aannemen. Het accent kan komen te liggen - in een zaak als bovenstaande, waarin het contactverbod en de schadevergoeding worden gevorderd in verband met gepleegde onrechtmatige daden in het (recente) verleden - op een beschrijving, met onderbouwing, van feiten in het verleden, maar ook of tevens op een beschrijving en interpretatie van de gedragingen en symptomen van de partijen in het heden.

De mate van consistentie en gedetailleerdheid in het verhaal van het slachtoffer kan aangevuld worden met 'de auditu'-verklaringen van getuigen die haar reacties toendertijd - leerkrachten spelen in incestzaken vaak een belangrijke rol - beschrijven, die van het slachtoffer hebben gehoord wat er aan de hand was, die de man in kwestie kenden en kunnen beschrijven hoe zijn gedrag tegenover het slachtoffer was, etcetera. Deze 'de auditu'-getuigenverklaringen kunnen bijdragen tot de aannemelijkheid van de consistentie en de geloofwaardigheid van de eiseres in kort geding of tot de aannemelijkheid van de in de dagvaarding gestelde feiten. Zo nam de president Amsterdam (28 november 1985, Hof Amsterdam 22 mei 1986) in een kort geding, waarin een straatverbod in een aanrandingszaak werd gevorderd, aan dat er - ookal kon de aanranding niet worden bewezen - een onrechtmatig handelen had plaatsgevonden. De president overwoog: 'In gevallen als deze, waarbij de gestelde misdragingen worden ontkend, is de bewijsvoering vaak problematisch, omdat slechts zelden derden getuige zijn van een en ander. Meestentijds resteert niet anders dan twee afwijkende lezingen van bepaalde gebeurtenissen. In deze zaak is echter een bijzondere omstandigheid welke aannemelijk maakt dat eiseresses lezing voor de juiste gehouden moet worden en wel dat er

twee andere vrouwen - onafhankelijk van elkaar - aangifte hebben gedaan van identieke mishandelingen door gedaagde.' Een hulpverleenster met ervaring met slachtoffers van seksueel geweld zal op basis van haar gesprekken met de eiseres, de literatuur over dit onderwerp en haar eigen ervaring als hulpverleenster kunnen aangeven dat er gronden zijn aan te nemen dat de eiseres slachtoffer van seksueel geweld is, gezien de psychische en soms ook fysieke toestand waarin zij nu verkeert. Zelfs kan worden betoogd dat het feit dat de eiseres nooit met iemand over privéaangelegenheden of emoties sprak wijst op een zwaar psychisch trauma. Al dit materiaal zal op zichzelf niet tot aannemelijkheid leiden, maar kan in onderlinge combinatie de president overtuigen. Naarmate het verleden troebeler is en bewijs van onrechtmatig gedrag van de gedaagde in het verleden moeilijker is te leveren, bestaat de mogelijkheid het accent, op vergelijkbare wijze, op het heden te leggen. Stel dat de onrechtmatige daad in het verleden niet aannemelijk valt te maken, maar evident is dat er op het moment dat het kort geding wordt aangespannen dermate grote spanningen en conflicten zijn tussen eiseres en gedaagde dat de eiseres daardoor in grote psychische nood is komen te verkeren, dan zou zij een belang kunnen hebben bij het 'met rust gelaten worden' of bij het 'uit de buurt blijven' van de man. Dan zou de rechtsgrond niet in de onrechtmatige daad uit het verleden liggen, maar in de dreigende onrechtmatige daad; de zorgvuldigheid die in het maatschappelijke verkeer betaamt vereist dat de man, wetend hoeveel belang de vrouw heeft bij zijn uit de buurt blijven, hieraan tegemoet komt. Naarmate meer bekend is over de bron van de spanningen tussen eiseres en gedaagde - behalve aan seksueel geweld valt in de eerste plaats te denken aan een verbroken relatie - wordt de zaak voor de vrouw sterker. De uiterste consequentie van deze wijze van redeneren is de zuivere belangafweging, de ordemaatregel, die volgens de Amsterdamse rechtbankpresident Ascher op basis van het wetboek van Rechtsvordering mogelijk is. Deze door de meeste juristen niet aanvaarde mogelijkheid zal echter haast nooit nodig zijn, als de kortgedingrechter maar in zijn achterhoofd houdt dat hij een maatregel oplegt die 'hier-en-nu'-effect moet hebben in een belangverhouding die 'hier-en-nu' wordt beoordeeld.

Wel maakt verschil wat er gevorderd wordt. Wie schadevergoeding vordert stelt daarmee schade te hebben geleden. Wie een verbod vraagt behoeft geen schade te hebben geleden of aannemelijk te maken, anderzijds kan het verbod het karakter hebben van een schadevergoeding in natura. Per zaak

kan de kortgedingrechter heel precies de aannemelijkheid wegen en de belangen afwegen, mits de advocaten maar voldoende materiaal aandragen.

Heikelien Verrijn Stuart

nr 66

President Rechtbank Haarlem, 5 september 1989

Mr W.J. ten Brink-Van Imhoff.
Kort Geding, KG nr 388/1989,
uitspraak nr 324.

Mevrouw De J., eiseres, procureur mr W. Seligmann, tegen De B., gedaagde, procureur mr M.A.M.
Delfos-Bakkerhoven, advocaat mr F.C. Staehle te Amsterdam.

Straatverbod. Voorschot schadevergoeding. Sexueel geweld.

(...)

2. Het geschil van partijen

2.1. De vaststaande feiten

Als gesteld en erkend, althans niet of onvoldoende betwist, staan in dit geding de volgende feiten vast.

2.1.1. Eiseres heeft van 1982 tot 1986 als pleegdochter in het gezin van gedaagde verbleven.

2.1.2. Bij vonnis van deze rechtbank van 22 mei 1987 is gedaagde veroordeeld wegens het plegen van ontucht met eiseres. Het Gerechtshof te Amsterdam heeft bij arrest van 12 oktober 1988 de ontucht eveneens bewezen verklaard. Gedaagde heeft van voornoemd arrest beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft nog geen arrest gewezen.

2.2. De grondslag van de vordering

2.2.1. Eiseres stelt dat gedaagde haar op 12 oktober 1988 heeft bedreigd en haar in april 1989 is gevolgd en haar obsceniteiten heeft toegeroepen. Voorts zou gedaagde in november 1988 haar vriend per telefoon hebben bedreigd en zou hij regelmatig folders van de Centruumpartij in haar brievenbus hebben geworpen.

2.2.2. Door confrontatie met gedaagde zou het proces van verwerking van de traumatische ervaringen van de ontucht telkens worden verstoord. Zij vordert thans een sectorverbod om gedaagde uit haar woon- en leefmilieu te weren.

2.2.3. Voorts is eiseres voornemens wegens het haar aangedane leed een schadevergoeding van gedaagde te vorderen. Zij vordert thans een voorschot daarop om de opleiding die zij in verband met emotionele problemen ten gevolge van de ontucht heeft moeten afbreken te kunnen hervatten en om individuele psychotherapeutische hulp te kunnen bekostigen.

2.3. Het verweer

2.3.1. Gedaagde heeft zich tegen de vordering verweerd door te stellen dat hij zich niet aan ontucht met eiseres schuldig heeft gemaakt, en dat hij eiseres nimmer heeft lastig gevallen, noch dreigementen of obsceniteiten tegen haar heeft geuit.

2.3.2. Ten aanzien van het gevorderde voorschot op de schadevergoeding ontkent gedaagde de verschuldigdheid van een schadevergoeding nu hij, naar zijn stelling, geen ontucht met eiseres heeft gepleegd.

3. Beoordeling van het geschil

3.1. Hoewel de Fungerend-President het volstrekt aannemelijk acht dat confrontaties met gedaagde voor eiseres emotioneel belastend zijn en zij begrip heeft voor de wens van eiseres gedaagde uit haar woon- en leefomgeving te weren, kunnen de door eiseres genoemde voorvallen een sectorverbod als gevorderd niet rechtvaardigen. De voorvallen hebben zich voor het merendeel in 1988 op de dag van of kort na de uitspraak van het Hof voorgedaan, terwijl ook sedert het laatste voorval inmiddels vier maanden zijn verstreken. Buiten beschouwing moet blijven, dat eiseres folders van de Centruumpartij in haar brievenbus heeft aangetroffen, nu gedaagde ontkent dat deze door hem daarin zijn gelegd en eiseres niet met zekerheid kan zeggen, dat het gedaagde is geweest die daarin de hand heeft gehad. De vordering tot vaststelling van een sectorverbod moet derhalve worden afgewezen.

3.2. Hoewel de Fungerend-President het voorts alleszins aanvaardbaar acht dat eiseres met individuele psychotherapeutische behandeling en door hervatting van haar opleiding haar werkingsproces wil gaan bespoedigen, is naar haar oordeel onvoldoende duidelijk geworden dat eiseres op dit moment een voorschot op schadevergoeding behoeft om de kosten daarvan te voldoen. Ook op dit punt zal de vordering derhalve moeten worden afgewezen.

3.3. De Fungerend-President zal de kosten van het geding als volgt tussen partijen compenseren.

(...)

67

***Hof Amsterdam, 25 mei 1989**

Rolnr 797/88. Mrs Witteman, Fleers en De Wild.

K.N., appellante, procureur mr J. Tuitjer, advocaat mr T. Spijkerboer, tegen de Staat der Nederlanden, geïntimeerde, procureur mr L.P. Broekveldt, advocaat mr G.M.H. Hoogvliet.

Vluchtelingenrecht. Sexueel geweld.

De staat moet ongehinderde terugkeer naar Nederland van uitgezette Tamil-vrouw mogelijk maken. De president in kort geding was van mening dat de vrouw in Sri Lanka niet in een uitzonderlijke positie verkeerde en dat zij daarom niet voldeed aan de criteria voor vluchtelingenschap. Het hof oordeelt dat er redelijke kans bestaat dat de vrouw een verblijfsvergunning op grond van klemmende redenen van humanitaire aard zal krijgen, teneer nu er vanuit moet worden gegaan dat de vrouw het slachtoffer is geweest van ernstige seksuele intimidatie door de legermacht die zich niet slechts bij wijze van uitzondering schuldig maakt aan seksueel geweld ten opzichte van Tamil-vrouwen. Zie: **President Haarlem, 10 juni 1988, Rechtspraak Nemesis 1988, nr 21.** Zie ook: **Mieke Vosman, Vluchten voor seksueel geweld** in *Nemesis 1988*, nr 4.

Het verloop van de procedure

(...)

Bij memorie heeft appellante akte verzocht van aanvulling van gronden en van vermeerdering van eis, voorts elf grieven aangevoerd, een aantal geschriften in het geding gebracht en geconcludeerd dat het aan het hof behage het vonnis waarvan beroep te vernietigen en bij arrest uitvoerbaar bij voorraad:

1. de Staat op te dragen om al het nodige te (doen) verrichten om een ongehinderde terugkeer van appellante naar Nederland mogelijk te maken en al de daaraan verbonden kosten te betalen;
2. de Staat te verbieden appellante verder nog uit Nederland te (doen) zetten, voordat in hoogste instantie is beslist op het door appellante ingediende verzoek om herziening ex art. 29 Vreemdelingenwet;
3. de Staat te veroordelen om aan appellante terug te betalen de kosten die zij voor haar gedwongen vertrek uit Nederland naar Sri Lanka heeft moeten maken;
4. de Staat in de kosten van beide instanties te veroordelen.

(...)

De grieven

(...)

Grief 7

Ten onrechte concludeert de president onder 3.24 dat hetgeen appellante aan politieke activiteiten heeft ontplooid haar nimmer problemen heeft opgeleverd. Een deel van deze problemen (arrestatie en seksuele intimidatie) had hij bovendien enkele regels eerder wel aannemelijk geacht.

Grief 8

Ten onrechte lijkt de president appellantes stellingen onder 3.25 aldus uit te leggen dat alle (dus ook Singalese) vrouwen groot gevaar lopen het

slachtoffer te worden van sexueel geweld. Uit het onderlinge verband van appellantes stellingen blijkt dat het om Tamil-vrouwen gaat.

Grief 9

Ten onrechte acht de president het relevant om onder 3.25 te stellen dat appellante zich op Sri Lanka niet in een uitzonderlijke positie bevindt.

Grief 10

Ten onrechte wijst de president op grond van het voorgaande appellantes aanspraken op een A-, B- en C-status van de hand en appellantes vordering af.

Grief 11

Ten onrechte heeft de Staat impliciet, dan wel expliciet aan de autoriteiten van Sri Lanka kenbaar gemaakt dat appellante asiël verzocht in Nederland, reden waarom haar alsnog verblijf in Nederland behoort te worden toegestaan.

Waarvan het hof uitgaat

Geen grief is gericht tegen de vaststelling van de feiten door de president in overweging 2.1 van het vonnis. Ook het hof zal van het aldaar vermelde uitgaan.

Voorts is in hoger beroep nog gebleken dat appellante uit angst te worden uitgezet naar Sri Lanka in juni 1988 Schiphol-Oost heeft verlaten en naar West-Duitsland is vertrokken en dat op haar herzieningsverzoek niet binnen drie maanden is beslist, waarna namens appellante tegen de fictieve weigering beroep is ingesteld bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, waar de staatssecretaris op 27 oktober 1988 een verweerschrift heeft ingediend.

Beoordeling

1. Het hof zal allereerst grief 10, voorzover betrekking hebbende op het oordeel dat het door appellante ingestelde beroep tegen de afwijzing van haar verzoek om een vergunning tot verblijf geen redelijke kans van slagen heeft, behandelen.

2. Uitgangspunt daarbij is het door appellante aan de contactambtenaar gedane relaas omtrent hetgeen zij voorafgaand aan haar vertrek naar Nederland in Sri Lanka heeft meege maakt. Dit relaas houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:

Welsympathiseer ik met een beweging die de Tamil Tigers heet. Ik doe sinds twee/drie jaar wel eens wat werkzaamheden voor ze. Als de beweging dat vroeg, dan kookten de vrouwen uit het dorp voedsel voor ze. Ik deed daar ook aan mee. Ook haalden we wel eens geld op voor de Tamil Tigers in het dorp. Het voedsel en het geld werden meestal opgehaald door mijn broer. Door deze werkzaamheden ben ik nimmer in de problemen geraakt. Ik

heb echter hele grote angst voor de soldaten van het leger. Als jonge vrouw loop je groot gevaar. Ik heb gehoord van verschrikkelijke martelingen en verkrachtingen van jonge vrouwen. Ook mishandelen ze je zomaar. Als jonge vrouw ben je je leven niet zeker in Sri Lanka.

Na de arrestatie van mijn broer, ongeveer drie maanden geleden, besloot ik mijn land te verlaten. Uit angst dat mij ook iets zou overkomen.

Mijn moeder en ik waren gevlucht na een tempel in Nallur, nadat de militairen ons huis hadden beschoten. Deze tempel diende als vluchtelingenkamp. Op een gegeven moment werd die tempel ook beschoten door de militairen. Mijn moeder en ik besloten toen te vluchten. We gingen eerst naar mijn grootmoeder die woonde in Pungdutiva. Dit ligt op een eiland bij Sri Lanka. Na zesendertig dagen kwam daar de marine van Sri Lanka en het Indiase leger. Er werd een klein legerkamp gemaakt en daarna werden alle mensen opgeroepen daar te komen. Hierbij hoorde ik dat daar veel jonge meisjes werden aangerand en verkracht. Dit gebeurde ook tijdens de huiszoekingen die de militairen deden. Voordat de wijk waarin wij verbleven aan de beurt was om zich te komen melden, vertrokken mijn moeder en ik na een week naar Jaffna. Dit was in januari 1988. In Jaffna ben ik ongeveer anderhalve maand gebleven.

Mijn moeder zocht daar contact met een reisagent genaamd 'Krishnarajah'. We konden namelijk niet terug naar ons eigen huis omdat dit geheel vernield was door beschietingen. Ook over mijn broer hebben we niets meer vernomen. Ik werd nimmer gearresteerd of gedetineerd. Ik werd éénmaal mishandeld. Het leger kwam éénmaal bij mij thuis en wilde informatie over mijn broer. Toen ik dit weigerde te geven, sloegen en schopten ze mij. Ik heb hier geen blijvende verwondingen of littekens aan overgehouden.

Ik ben jong en voor een jonge vrouw is het leven in Sri Lanka heel gevaarlijk. Het is er zo slecht dat er niet te leven valt. Tevens vraag ik u om hetgeen met mijn vader (van wie eerder in het verslag te lezen is dat hij volgens appellante in juni 1986 is overleden bij een beschieting van de markt van Jaffna door het leger van Sri Lanka) en mijn broer is gebeurd, in de beslissing te laten meetellen.

3. Dit relaas wettigt, ondanks het feit dat latere verklaringen - overigens afgeleid ten tijde van het achteraf onrechtmatig geoordeelde verblijf op Schiphol-Oost - vragen oproepen over het precieze lot van haar broer, voorshands de conclusie, dat appellante naast de door haar ondergane mishandeling en het verlies van het door haar en haar moeder bewoonde

huis ook in zoverre door de gewelddadigheden in Sri Lanka is getroffen dat haar vader en haar (enige) broer het willekeurig slachtoffer zijn geworden van het optreden van militairen.

Gelet op de brief van de staatssecretaris aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 7 oktober 1986, genoemd in de door appellante als productie 12 bij akte in het geding gebrachte uitspraak van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, betekent dit dat er een redelijke kans bestaat dat aan appellante alsnog een vergunning tot verblijf op grond van klemmende redenen van humanitaire aard zal worden verleend. Voor dat oordeel is te meer grond, nu er in dit kort geding van moet worden uitgegaan dat appellante in december 1987 het slachtoffer is geweest van ernstige seksuele intimidatie door de IPKF, welke legermacht zich niet slechts bij wijze van uitzonderings schuldig maakt aan sexueel geweld ten opzichte van Tamil-vrouwen.

4. Het vorenstaande betekent dat de staatssecretaris niet in redelijkheid heeft kunnen beslissen schorsende werking aan het door appellante gedane verzoek om herziening te onthouden, zodat het aangevallen vonnis niet in stand kan blijven. De Staat zal worden opgedragen de ongehinderde terugkeer van appellante, van wie onder de gegeven omstandigheden niet kan worden gezegd dat zij Nederland vrijwillig heeft verlaten, naar ons land mogelijk te maken. Voor een veroordeling tot betaling van de aan die terugkeer verbonden kosten en van de kosten die in verband met het vertrek uit Nederland gemaakt moesten worden, zijn onvoldoende gegevens aangevoerd. Bij het verbod tot uitzetting, dat gelet op het inmiddels tegen de fictieve weigering ingestelde beroep kennelijk bedoeld is voor de periode die met de behandeling van dat beroep gemoeid is, heeft appellante geen belang, nu niets erop wijst dat de Staat zich op het standpunt zou stellen dat het bepaalde in art. 38 lid 1 Vw in het onderhavige geval niet aan uitzetting in de weg staat. Bij deze uitkomst van het geding kunnen alle overige door appellante geformuleerde grieven buiten beschouwing blijven. De Staat zal als de (in overwegende mate) in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties.

Beslissing

Het hof:

- Vernietigt het vonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende:
- Draagt de Staat op om al het nodige te (doen) verrichten om een ongehinderde terugkeer van appellante naar Nederland mogelijk te maken;
- Verklaart dit bevel uitvoerbaar bij voorraad.

(...)

68

* Hof Amsterdam, 25 mei 1989

Rolnr 884/88 KG. Mrs Witteman, Hermans en Yland-Van Veen. R.R., appellante, procureur mr J.M.C. Wildschut, advocaat mr M. Meerman-Padt te Haarlem, tegen de Staat der Nederlanden, geïntimeerde, procureur mr L.P. Broekveldt, advocaat mr H.A. Groen te 's-Gravenhage.

Vluchtelingenrecht. Sexueel geweld. Tamil-vrouw mag niet worden uitgezet, nu de omstandigheid dat vele vrouwen in Sri Lanka het slachtoffer worden van sexueel geweld de dreiging voor appellante juist vergroot dat zij als behorend tot de kwetsbare groep van (jonge) Tamil-vrouwen opnieuw tot slachtoffer wordt van sexueel geweld. De president in kort geding overwoog dat deze vrouw in Sri Lanka niet in een uitzonderlijke positie verkeerde en dat zij daarom niet voldeed aan de criteria voor vluchtelingenschap.

Zie: President Haarlem, 10 juni 1988, Rechtspraak Nemesis 1988 nr 21.

Zie ook: Mieke Vosman, *Vluchten voor sexueel geweld* in Nemesis 1988 nr 4. (...)

2. De grieven

De grieven van appellante tegen het vonnis van de president luiden als volgt.

Grief I

Ten onrechte oordeelt de president dat niet alle leden van de Tamil bevolkingsgroep aanspraak kunnen maken op de status van asiëlgerechtigden, omdat zij op grond van hun Tamil-zijn geacht zouden kunnen worden bloot te staan aan vervolging in de zin van het Vluchtelingenverdrag en de Vreemdelingenwet.

Grief II

Ten onrechte gaat de president er van uit dat het zuiden van Sri Lanka een vluchtalternatief voor appellante biedt.

Grief III

Ten onrechte is de president van oordeel dat de persoonlijke omstandigheden van appellante geen grond opleveren voor een succesvol beroep op de vluchtelingenstatus.

De grief van de Staat tegen het vonnis van de president houdt in dat de president ten onrechte - in rechtsoverweging 3.22 - bij de beoordeling van de persoonlijke omstandigheden van appellante mede rekening heeft gehouden met hetgeen appellante heeft verklaard over de verkrachting en poging tot verkrachting die zij heeft ondergaan.

3. De feiten

Geen grief is gericht tegen rechtsoverweging 2.1 van het vonnis, zodat ook het hof van de daarvermelde feiten uitgaat met dien verstande dat appellante is gehuwd met een landgenoot, Sivagnam Sivaratnaraj, met wie zij tegelijkertijd uit Sri Lanka in Nederland is aangekomen en asiel heeft verzocht.

4. Beoordeling

4.1. De eerste grief stelt aan de orde de vraag of appellante tot opzekere hoogte aannemelijk heeft gemaakt dat Tamils zoals appellante gegronde redenen hebben om te vrezen voor vervolging wegens godsdienstige of politieke overtuiging, nationaliteit dan wel het behoren tot een bepaald ras of tot een bepaalde sociale groep.

4.2. Appellante heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt, ook niet door de in hoger beroep alsnog in het geding gebrachte geschriften, dat (jonge) Tamils als zodanig - los van hun persoonlijke gedragingen en omstandigheden - te vrezen hebben voor vervolging in bovenbedoelde zin.

De eerste grief faalt dus.

4.3. Het belang van de tweede grief hangt af van het lot van de derde, zodat het hof deze laatste eerst zal behandelen.

4.4. De derde grief richt zich niet tegen de rechtsoverweging 3.21 van het vonnis.

4.5. In rechtsoverweging 3.22 heeft de president overwogen dat mede rekening wordt gehouden met hetgeen appellante heeft verklaard over de verkrachting en poging tot verkrachting die hebben plaatsgevonden, aangezien de president aannemelijk heeft geacht de verklaring van appellante waarom zij in haar oorspronkelijke vluchtrelaas hierover niet heeft gesproken.

4.6. De hiertegen gerichte grief van de Staat in het incidentele hoger beroep faalt omdat zeer wel is in te zien, en het hof ook waarschijnlijk acht, dat appellante niet tegenover de mannelijke contactambtenaars wél tegenover de president bereid was te spreken over verkrachting. Bij de contactambtenaar moest zij zelf spreken met een man, terwijl zij bij de president werd vertegenwoordigd door een advocaat.

4.7. De president heeft dus terecht mede in zijn beoordeling betrokken hetgeen appellante later heeft toegevoegd omtrent de verkrachting.

4.8. Vervolgens heeft de president geoordeeld dat de omstandigheid dat appellante vreest, mede gezien het feit dat zij zelf het slachtoffer is geweest van verkrachting, het slachtoffer te worden van sexueel geweld in Sri Lanka, niet leidt tot de conclusie dat appellante een beroep op de vluchtelingenstatus toekomt.

4.9. De president grondt dit oordeel op de overweging dat het in Sri Lanka niet uitzonderlijk is dat vrouwen het slachtoffer worden van sexueel geweld, zodat appellante aldaar niet in een uitzonderlijke positie verkeert en haar stelling dat zij op grond van het gevaar dat zij het slachtoffer dreigt te worden van sexueel geweld gegronde redenen heeft te vrezen voor vervolging wegens het behoren tot een bepaalde sociale groep niet juist is, nu gezien de algemene positie van vrouwen in het licht van de politieke situatie op Sri Lanka niet gesteld kan worden, dat er sprake is van discriminatoire, specifiek jegens een bepaalde sociale groep, te weten (jonge) Tamil-vrouwen, gerichte vervolging.

4.10. De grief heeft - mede blijkens de toelichting - tot strekking dat de Staat appellante, gezien haar ervaringen, niet mag aandoen dat zij naar Sri Lanka wordt uitgezet, primair omdat zij als vluchteling moet worden beschouwd, subsidiair om klemmende redenen van humanitaire aard.

4.11. Aldus gelezen bestrijdt de grief terecht de aangehaalde overweging van de president nu de omstandigheid dat vele vrouwen in Sri Lanka het slachtoffer worden van sexueel geweld de dreiging voor appellante juist vergroot dat zij als behorend tot de kwetsbare groep van (jonge) Tamil-vrouwen opnieuw het slachtoffer wordt van sexueel geweld dat kennelijk, al gaat het niet van de overheid uit, niet door de overheid afdoende wordt bestreden.

4.12. Uit niets blijkt dat in het zuiden van Sri Lanka en in Colombo dit gevaar niet bestaat. De in hoger beroep overgelegde stukken maken voor deze gebieden geen uitzondering, zodat ook de tweede grief in zoverre gegronnd is.

4.13. Het hof acht op grond van het vorenstaande een redelijke kans aanwezig dat appellante in aanmerking zal komen voor een verblijfsvergunning wegens klemmende redenen van humanitaire aard, zodat de Staat onrechtmatig zou handelen door appellante uit Nederland te verwijderen zolang daarop niet is beslist.

5. Slotsom

Uit het overwogene volgt dat het vonnis waarvan beroep niet in stand kan blijven en dat de vordering van appellante alsnog moet worden toegewezen.

6. Beslissing

Het hof vernietigt het vonnis waarvan beroep en verbiedt geïntimeerde om verdere uitvoering te geven aan het voornemen appellante uit Nederland te verwijderen zolang niet is beslist op haar herzieningsverzoek.

(...)

nr 69

Raad van Beroep Amsterdam, 1 februari 1989

Reg.nr AWW 88/7246; mr C.W. Rang, voorzitter, mrs F.G. Meijer en A.F. Wiegel, leden.

X, klaagster, tegen de Sociale Verzekeringsbank te Amsterdam.

AWW-uitkering komt niet toe aan de ongehuwd samenwonende, waarvan de partner overlijdt. Geen verboden onderscheid als bedoeld in art. 26 BuPo-Verdrag, aangezien het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden gebaseerd is op redelijke en objectieve criteria. De beslissing om al dan niet te trouwen ligt geheel en al bij de samenwonende personen.

(...)

Motivering

Voor de beslissing in het onderhavige geding gaat de Raad uit van de navolgende uit de gedingstukken blijkende feiten en omstandigheden.

Klaagster, die is geboren op 11 december 1935, is de levenspartner geweest van H.J., geboren op 28 maart 1923 en overleden op 22 augustus 1987, van Nederlandse nationaliteit.

Van 7 maart 1977 tot het overlijden van genoemde H.J. heeft deze niet-huwelijkse relatie geduurd.

Naar klaagster stelt, is het door allerlei omstandigheden, waaronder de gezondheidstoestand van J., niet tot een huwelijk gekomen, hoewel beide partners daartoe het voornemen hadden. Verweerder heeft de bestreden beslissing gebaseerd op de overweging dat klaagster niet kan worden beschouwd als weduwe in de zin van de AAW, aangezien klaagster niet gehuwd was met J.

De Raad overweegt daartoe als volgt.

Onder weduwe in de zin van artikel 8 van de AWW is te verstaan de vrouw met wie de verzekerde ten tijde van zijn overlijden gehuwd was en die als gevolg van dit overlijden weduwe werd. Ten gevolge van recente jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep kan met een weduwe in de zin van dit artikel worden gelijkgesteld een weduwnaar.

In de AWW ontbreekt echter een gelijkstelling van gehuwden en ongehuwd samenwonenden, zoals is opgenomen in artikel 1, lid 3 van de Algemene Ouderdomswet.

Derhalve vindt geen uitbetaling van een weduwepensioen of een tijdelijke weduwenuitkering plaats aan de achtergebleven partner met wie de overledene niet gehuwd is geweest.

Het maken van onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden, zoals in de

AWW voorkomt, levert naar het oordeel van de Raad ook geen verboden discriminatie op als bedoeld in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten. Het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden is immers gebaseerd op redelijke en objectieve criteria.

De beslissing om al dan niet de huwelijkse staat, waaraan zowel rechten als verplichtingen zijn verbonden, te aanvaarden ligt geheel en al bij de samenwonende personen.

Op grond van het vorenstaande moet worden geconcludeerd dat verweerder op goede gronden aan klaagster uitkering heeft geweigerd.

Hoewel blijkens de adviesaanvraag van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan onder andere de Sociaal Economische Raad wordt overwogen een zelfde gelijkstelling van gehuwden en ongehuwd samenwonenden als in de AOW ook op te nemen in de AWW, is een dergelijk voornemen nog niet in een wettelijke regeling vervat.

Gezien het vorenstaande moet worden beslist als volgt.

De Raad van Beroep te Amsterdam, Recht doende:
verklaart het beroep ongegrond.

Noot

Op 2 februari 1989 beslist de Raad van Beroep Amsterdam dat een ongehuwd samenwonende, waarvan de partner overlijdt, geen recht heeft op een AWW-uitkering. Precies twee weken later beslist de Raad van Beroep Haarlem dat de ongehuwd samenwonende, waarvan de partner overlijdt, wel recht heeft op een AWW-uitkering (Nemesis 1989 nr 3). Waar blijft de rechtsgelijkheid in Nederland?

De motiveringen staan diametraal tegenover elkaar. Volgens de Raad van Beroep Amsterdam is er geen sprake van een verboden onderscheid als bedoeld in art. 26 BuPo-Verdrag, terwijl de Raad van Beroep Haarlem van mening is dat in verband met hetzelfde artikel wel aanspraak bestaat op een AWW-uitkering.

De redenering van de Raad van Beroep Amsterdam doet gekunsteld aan: het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden is gebaseerd op redelijke en objectieve criteria. De beslissing om al dan niet de huwelijkse staat, waaraan zowel rechten als verplichtingen zijn verbonden, te aanvaarden ligt geheel en al bij de samenwonende personen, aldus de Raad. Met andere woorden: het onderscheid naar status zou dus altijd gerechtvaardigd zijn!

Vooropgesteld dat men inderdaad zelf mag uitmaken of men al dan niet gehuwd gaat samenwonen, is dan dit on-

derscheid gerechtvaardigd? Volgens de Raad van Beroep Haarlem geven de maatschappelijke ontwikkelingen een zodanig beeld te zien dat ten aanzien van gehuwd samenwonenden enerzijds en duurzaam samenwonenden anderzijds niet langer gesproken kan worden van ongelijke gevallen. Bovendien zijn deze maatschappelijke ontwikkelingen door de overheid tot norm verheven, aangezien in het kader van de stelselherziening in de sociale zekerheid deze gelijkstelling in alle bij die stelselherziening betrokken wetten van kracht is geworden, aldus de Raad van Beroep Haarlem. Of we hiermee zo gelukkig moeten zijn, laat ik buiten beschouwing. Het ware mijns inziens beter geweest als gehuwden steeds meer als ongehuwden werden behandeld.

Welke rechtvaardiging is er dan voor het feit dat in slechts één wet het onderscheid nog is blijven voortbestaan? In de Adviesaanvraag van 16 juli 1987 van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt voorgesteld om ook dit onderscheid op te heffen. Kortom, er is geen rechtvaardiging voor dit onderscheid.

Het feit dat dit voornemen nog niet in een wettelijke regeling is vervat, zoals de Raad van Beroep Amsterdam stelt, miskent de werking van art. 26 van het BuPo-Verdrag, aangezien volgens art. 94 van de Grondwet wettelijke voorschriften buiten werking moeten blijven als de toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en volkenrechtelijke organisaties.

De uitspraak van de Raad van Beroep Amsterdam illustreert nog eens dat in het land van de gelijke behandeling veel duisternis heerst.

Len Andringa

nr 70

*** Hoge Raad der Nederlanden, 3 oktober 1989**

Nr 85.732. Mrs Bronkhorst, Jeukens, Mout, Govaerts en Bleichrodt; Advocaat-Generaal Meijers. C.A.D. te N., rekwirant in cassatie, advocaat mr G. Spong.

Omgangsrecht. Incest. Contactverbod als bijzondere voorwaarde in strafzaak. Family life. Art. 8 EVRM. Art. 14 EVRM. Man is veroordeeld tot gevangenisstraf wegens ontucht met zijn minderjarig kind. Uit deze incestueuze relatie is een kind geboren. Het hof heeft de vader/grootvader verbonden aan de gedeeltelijk voorwaardelijke gevangenisstraf de bijzondere voorwaarde opgelegd 'dat verdachte gedurende de proeftijd op geen enkele wijze contact zal opnemen met de vrouw en haar kind'. Het cassatiemiddel dat opheffing van het verbod beoogt, faalt omdat de bijzonde-

re voorwaarde betreft het gedrag waar- toe de verdachte uit een oogpunt van maatschappelijke betamelijkheid moet worden gehouden. Ook indien ervan wordt uitgegaan dat van 'gezinsleven' reeds sprake is indien de betrekking tussen vader en kind berust op biologisch ouderschap, kunnen de rechten op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven, die het kind en zijn moeder aan het eerste lid van art. 8 EVRM ontnemen een bijzondere voorwaarde rechtvaardigen. Zie voor de cassatiemiddelen *Nemesis* 1989 nr. 4, pag. 148 e.v.

Conclusie Advocaat-Generaal Meijers

(...)

25. De primaire klacht dat - in de bewoordingen van mr Spong in de mondelinge toelichting, onder 3. - 'de door het hof in deze zaak opgelegde bijzondere voorwaarde, inhoudende dat rek- kwirant op geen enkele wijze contact mag opnemen met zijn dochter en haar zoon, een rechtstreekse beperking op voormeld grondrecht (dat is: het recht op eerbiediging van het gezinsleven; Meijers) inhoudt', berust blijkens de schriftuur en de mondelinge toelichting op de opvatting dat uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen voortvloeit dat verzoeker de biologische vader van de zoon van zijn dochter is.

26. Die opvatting mist feitelijke grond. De bewijsmiddelen geven geen uitsluitend omtrent het vaderschap van verzoekers dochter. Het hof heeft, met andere woorden, daaromtrent niets vastgesteld, zodat in cassatie niet vaststaat wie de verwekker van het kind van verzoekers dochter is.

27. Wel kan aan de gedingstukken, in het bijzonder aan het eerder genoemde ambtsedige proces-verbaal met de verklaring die verzoekers dochter op 26 juni 1987 tegenover de politie heeft afgelegd, het vermoeden worden ontleend dat het in september 1985 geboren kind van verzoekers dochter door verzoeker is verwekt.

28. Dat vermoeden behoefde het hof niet ervan te weerhouden de bijzondere voorwaarde te formuleren zoals het heeft gedaan. Het hof is klaarblijkelijk van oordeel geweest dat, ook indien aannemelijk zou zijn dat de zoon van verzoekers dochter door verzoeker zou zijn verwekt, tussen verzoeker als biologische vader en het door hem bij zijn dochter verwekte kind niet een betrekking bestaat die als gezinsleven in de zin van art. 8 lid 1 EVRM kan worden aangemerkt.

29. De - onder meer in Hoge Raad NJ 1986, 627 geformuleerde - regel dat van gezinsleven in de zin van art. 8 lid 1 EVRM, mede in het licht van art. 14 EVRM, reeds sprake is indien de betrekking tussen vader en dochter berust op biologisch ouderschap (vgl. HR NJ 1986, 3; HR NJ 1986, 5 en 6;

HR NJ 1989, 98; HR NJ 1989, 170; de conclusies van Advocaat-Generaal Moltmaker vóór HR NJ 1987, 957, en HR NJ 1988, 956; voorts onder andere A.A.L. Minkenhof in *Mensenrechten en personen- en familierecht*, 1986, pag. 12-15; E.A. Alkema in zijn noot bij HR NJ 1989, 957; J.E. Doek in FJR 1987, pag. 193-194; N. Holtrust in *Nemesis* 1989, pag. 14) lijdt uitzondering in het geval waarin de seksuele gemeenschap, die de betrekking tussen de verwekker en het kind heeft doen ontstaan, door de verwekker met geweld of onder bedreiging met geweld of door gebruikmaking van het in art. 249 Sr. bedoelde gezag of overwicht van de vrouw is afgedwongen.

30. In zo'n geval is immers de biologische band geforceerd door inbreuk op de geestelijke en lichamelijke integriteit van de vrouw. Aan die schending van het recht van de vrouw op eerbiediging van haar privé-leven kan de schender geen recht op omgang, althans op ontvankelijkverklaring van een verzoek tot omgang, met het door hem uit de afgedwongen gemeenschap verwekte kind ontnemen. Vgl. D. Pessers in NJB 1989, pag. 415. Alkema noteert bij de uitspraak van het EHRM van 21 juni 1988 (Berrehab tegen Nederland), NJ 1988, 746, dat dat arrest van het Europese Hof onder meer suggereert dat de feiten het bestaan van het gezinsleven mede bepalen. Stelliger J.J. Bolten in *Nemesis* 1988, pag. 210, naar aanleiding van het arrest in de Berrehab-zaak: 'Het family life van art. 8 is een *de facto* family life. Vaders zijn echte vaders'. Vgl. ook de uitspraak van de Raad van State, Afdeling rechtspraak, van 24 oktober 1988, nr. RO2.88.0243, in de zaak Da Luz/Staatssecretaris van Justitie, waarin de Afdeling voor haar oordeel dat er tussen appellant en zijn kind gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM bestond, betekenis toekende aan de omstandigheid dat 'appellant na de geboorte van zijn zoon nog gedurende bijna een jaar in gezinsverband met hem heeft samengewoond en het contact met zijn kind na de beëindiging van de samenwoning heeft voortgezet'. (De door mr Spong in zijn schriftuur onder 4. genoemde uitspraak van de Raad van State is aldaar onbekend.)

31. Maar zelfs als - anders dan ik voor juist houd - de betrekking tussen verzoeker en het - zoals ik nu veronderstellenderwijs aanneem - door hem verwekte kind als gezinsleven in de zin van art. 8 lid 1 EVRM zou moeten worden aangemerkt, zou die betrekking niet noodzakelijk (de toewijzing van) een omgangsrecht van verzoeker met het kind van zijn dochter meebrengen. De afweging van het belang van de moeder tegen dat van verzoeker zou in dit geval ongetwijfeld leiden tot een op het tweede lid van art. 8 EVRM gebaseerd omgangsverbod: de aan verzoeker

ker opgelegde bijzondere voorwaarde kan immers worden aangemerkt als een bij de wet voorziene inmenging in de uitoefening van het in art. 8 lid 1 ge- waarborgde recht, noodzakelijk ter voorkoming van strafbare feiten en ter bescherming van de rechten en vrijheden van verzoekers dochter.

32. Ook zou men in de lijn van het vonnis van de rechtbank te Assen van 1 december 1986, NJ 1987, 719, aannemelijk kunnen achten dat het hof in zijn bestreden arrest na afweging van het - eventuele - recht van verzoeker op gezinsleven tegen fundamentele rechten van zijn dochter en haar kind het belang van verzoeker ten achter heeft gesteld bij de belangen van verzoekers dochter en haar kind.

33. Het hof heeft, zonder van een verkeerde rechtsopvatting blij te geven, de bijzondere voorwaarden kunnen opleggen.

34. Evenals de rechtsklacht van het primaire gedeelte van het middel faalt ook de daarin vermelde motiveringsklacht. Nu het hof omtrent het vaderschap van het kind van verzoekers dochter niets heeft vastgesteld en het de genoemde bijzondere voorwaarde zonder schending van het recht kon opleggen, behoefde het niet nader te motiveren waarom het die bijzondere voorwaarde aangewezen achtte.

35. Het middel bevat in zijn primaire onderdeel nog de klacht dat ten aanzien van verzoeker art. 14 EVRM is geschonden.

36. Uit de uitleg van het discriminatieverbod van art. 14 EVRM door de Commissie en het EHRM blijkt duidelijk dat en waarom deze klacht niet kan slagen.

37. Art. 14 EVRM veronderstelt weliswaar niet een schending van een van de in het EVRM en de bijbehorende Protocollen gewaarborgde rechten en is in zoverre autonoom. Er kan evenwel - in de bewoordingen van de uitspraak van het EHRM van 28 mei 1985, NJ 1988, 187, § 71 - 'be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter'.

38. Vgl. EHRM 28 november 1984, NJ 1986, 4, waar het hof in § 35 met verwijzing naar zijn oordeel in de zaak Van der Mussele (Ser. A, no. 7, § 47) spreekt van de bescherming die art. 14 EVRM biedt aan personen 'placed in analogous situations'; in dezelfde zin: EHRM 18 december 1986, NJ 1989, 97, § 60; Van Dijk-Van Hoof (1982), onder meer pag. 455: '(...) relativering van het discriminatieverbod in die zin, dat ongelijke behandeling van ongelijke gevallen geen discriminatie vormt'. en pag. 456: '(...) een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor een verschil in behandeling meestal gevormd door het algemeen belang'.

39. Dat verzoekers geval door de afgedwongen gemeenschap en het veron-

derstelde, in strijd met het recht tot stand gebrachte, biologische ouderschap niet vergelijkbaar is met andere betrekkingen tussen een man en het door hem verwekte kind, behoeft geen nader betoog.

40. Nu het middel in al zijn onderdelen voor ongegrond moet worden gehouden en ik bij ambtshalve onderzoek geen andere gronden voor vernietiging dan de hiervoor onder 9. tot en met 11. vermelde, heb aangetroffen, concludeer ik dat de Hoge Raad

1. het bestreden arrest van het gerechtshof te Arnhem zal vernietigen, doch uitsluitend voor wat betreft

a. de strafbaarheid van het onder 2. bewezenverklaarde, voorzover dat betrekking heeft op de feiten gepleegd in de periode tussen 14 maart 1986 en medio juni 1987 en

b. de strafoplegging terzake van het onder 1. en 2. bewezenverklaarde en de motivering daarvan,

2. het onder 2. bewezenverklaarde voor het hiervoor bedoelde gedeelte niet strafbaar zal verklaren,

3. verzoeker terzake daarvan van alle rechtsvervolgving zal ontslaan,

4. de zaak zal terugwijzen naar het hof te Arnhem om op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan, voor wat betreft de strafoplegging terzake van het onder 1. en 2. bewezenverklaarde en de motivering daarvan en

5. het beroep voor het overige zal verwerpen.

1. De bestreden uitspraak

Het hof heeft de verdachte niet-ontvankelijk verklaard in zijn hoger beroep, voorzover dit is gericht tegen na te noemen vonnis, waarbij hij terzake van het hem onder 1. telastegelegde is vrijgesproken, en voorts in hoger beroep – met vernietiging van een vonnis van de Arrondissementsrechtbank te Zutphen van 18 december 1987 – de verdachte vrijgesproken van het hem bij inleidende dagvaarding onder 2. primair telastegelegde en hem voorts terzake van 2. en 3. 'ontucht plegen met zijn minderjarig kind, meermalen gepleegd' veroordeeld tot twaalf maanden gevangenisstraf, waarvan twee maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren met bijzondere voorwaarde als in het arrest omschreven.

2. Het cassatieberoep

Het beroep – dat zich kennelijk niet richt tegen de gegeven vrijspraak terzake van het onder 2. primair telastegelegde en tegen de niet-ontvankelijkverklaring van het hoger beroep voorzover betreffende de vrijspraak van het onder 1. telastegelegde – is ingesteld door de verdachte. Namens hem heeft mr G. Spong, advocaat te

's-Gravenhage, het volgende middel van cassatie voorgesteld en bij pleidooi toegelicht:

'Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd waarvan niet naleving nietigheid meebrengt.

1. In het bijzonder zijn de artt. 14c tweede lid onder 4 Sr., 359, 415 Sv. en art. 8 en/of 14 EVRM geschonden doordien het hof als bijzondere voorwaarde aan de gedeeltelijk voorwaardelijke gevangenisstraf heeft verbonden 'dat verdachte gedurende de proeftijd op geen enkele wijze contact zal opnemen met zijn dochter P.C.D. en haar zoon E.. Zulks ten onrechte, aangezien uit de gebezigde bewijsmiddelen en uit het feit dat het hof het opnemen van contact met E. heeft willen voorkomen moet, dan wel kan worden afgeleid, althans daaruit het ernstige vermoeden voortvloeit dat rekwirant de biologische vader van vorenbedoelde E. is.

2. De door het hof opgelegde voorwaarde brengt met zich mede, dat het rekwirant onmogelijk gemaakt wordt een als *vie familiale/family life* in de zin van art. 8 lid 1 EVRM aan te merken relatie met vorenbedoelde E. aan te gaan. (Vgl. HR 8 april 1988, RvdW 1988, 7272) Voor het bestaan van een gezinsleven (*family life*) als bedoeld in art. 8 EVRM is samenwonen van 'gezinsleden' geen noodzakelijke voorwaarde. (Vgl. ECRM 5 maart 1987, pag. 449 e.v. en de bevestigende beslissingen van het EHRM d.d. 28 mei 1985, RV 1985, 105 NJ 1988, 1987 en EHRM 21 juni 1988, NJCM-bulletin 1988, pag. 579 e.v., NJ 1988, 189) De bloedband op zich is reeds voldoende (vgl. HR 22 februari 1985, NJ 1986, 3; HR 16 mei 1986, NJ 1986, 627; HR 5 december 1986, NJ 1987, 957).

3. Aangezien voor het bestaan c.q. voortbestaan van het gezinsleven regelmatige contacten tussen vader en kind mogelijk moeten zijn komt het verbieden van contact opnemen door rekwirant met zijn (vermoedelijke) zoon neer op een uitsluiting van de mogelijkheid een gezinsleven als hierbedoeld met E. op te bouwen. De enkele omstandigheid, dat rekwirant het biologisch vaderschap door het plegen van een misdrijf van art. 249 Sr. heeft verkregen, valt voorts niet onder één der uitzonderingsbepalingen als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM.

4. Indien echter op dit punt anders moet worden geoordeeld had het hof zulks niet alleen op grond van voormelde Europese beslissingen, maar ook op grond van art. 359 lid 6 Sv. moeten motiveren, daarbij tevens aangevende waarom het ten aanzien van rekwirant noodzakelijk is om hem met het oog op de in art. 8 lid 2 EVRM genoemde belangen het opnemen van contact te verbieden. Ten onrechte heeft het hof zulks verzuimd te doen.

Ook zou het hanteren van de hoedanigheid d.q. status, te weten die van bloedschennige biologische vader, ter voorkoming van een relatie als hiervorenbedoeld een schending van art. 14 EVRM opleveren, aangezien rekwirant door die status achtergesteld zou worden op andere biologische vaders, die wél de mogelijkheid hebben een opgangsregeling met hun, niet wettig, kind te verkrijgen. (Vgl. de hiervoor genoemde rechtspraak; vgl. voorts HR 10 mei 1985, NJ 1986, 5 en Afd. rechtspraak van de Raad van State d.d. 30 augustus 1988 in de zaak Da Luz, R02.87.1545).

5. In NJB 1989, afl. 13, pag. 145, onder de titel 'Het gezinsleven van de spermadonor' geeft Dorien Pessers als haar mening te kennen, dat voormelde civiele rechtspraak van Uw Raad tot bizarre casusposities leidt, omdat 'de algemene regel, die de Hoge Raad sinds 1985 herhaaldelijk heeft bevestigd, impliceert dat ook daders van verkrachting en incest een omgangsrecht kunnen claimen wanneer hun misdrijf een kind tot gevolg heeft gehad'. De kans dat zo'n verzoek wordt toegewezen acht zij nihil. Eerder al had mevrouw Pessers betoogd, dat de rechten van vaders ongeclausuleerd worden gepostuleerd, hetgeen zou duiden op mannenrechtspraak en evident sexismen. (Vgl. Dorien Pessers, *Ook de rechter is niet vrij van sexismen*, NRC 11 juni 1988, gehecht aan deze schriftuur) Volgens rekwirant ziet mevrouw Pessers het verkeer.

6. In haar visie wordt geheel voorbij gegaan aan het feit, dat het kind er ook niets aan kan doen dat het op een bepaalde wijze tot leven is gebracht. De consequentie van mevrouw Pessers' opvatting en de door het hof opgelegde voorwaarde is, dat een door misdrijf verwekt kind geen contact met de vader mag hebben. Dat betekent dat een kind de omgang met de vader ontzegd wordt uitsluitend vanwege het door de vader gepleegd misdrijf. Zo wordt dus een onschuldig kind gevoelig gestraft en dat is pas echt bizar. De door Uw Raad sinds 1985 te dezer zake uiteengezette lijn verdient derhalve niet beperkt of omgebogen te worden. Dat zou ook voor het recht c.q. de rechtszekerheid een slechte zaak zijn, omdat over een zo fundamenteel onderwerp tussen de civiele en strafkamer van Uw Raad concordantie behoort te bestaan.

7. Een ander argument is nog, dat het moreel geenszins voor de hand ligt een verkrachter of incestpleger het recht te ontzeggen zijn liefde en genegenheid aan zijn bloedeigen kind te schenken. Het is per slot van rekening ook zijn kind. Zo kan hij tenminste de nadelige gevolgen van zijn misdrijf nog een beetje goed maken en wordt voorkomen dat het kind de dupe van het misdrijf van de vader en onbewe-

zen vooronderstellingen van de de moeder wordt. (Vgl. D. Pessers, NJB 1989, pag. 415, die zonder meer aanneemt dat in een dergelijke geval aan moeder en kind schade wordt berokkend.) Opgemerkt moet verder worden, dat het gevaarlijk is de verkrachter en de incestpleger op dit punt over één kam te scheren. Dat is immers een argument a maiore ad minus. Op grond van het voorgaande, alle vooroordelen terzijde schuivend, is het niet zonder meer begrijpelijk waarom het opnemen van contact door rekwirant met E. ontoelaatbaar geacht moet worden, zodat het hof zijn beslissing, mede geleet op het onder 4. gestelde, hieromtrent op zijn minst nader had moeten motiveren.

8. Subsidiar is rekwirant van oordeel, dat de bijzondere voorwaarde, dat rekwirant gedurende de proeftijd op geen enkele wijze contact zal opnemen met P.C.D. en haar zoon E. niet strekt ter bevordering van het maatschappelijk betamend gedrag, zoals dit begrip in art. 14c Sr. dient te worden begrepen, en dus op grond hiervan ontoelaatbaar is. Minst genomen is deze voorwaarde te ruim geformuleerd, want niet valt in te zien hoe het opnemen van contact op *schriftelijke* wijze, bijvoorbeeld het sturen van een kerst- of verjaardagskaartje, als maatschappelijk onbetamelijk, verwerpelijk of anderszins afbreuk doende aan een wenselijke levenswandel kan worden beschouwd. Met andere woorden: de proportionaliteit tussen doel en middel, in het bijzonder voorzover zulks het verbod van contact opnemen met E. betreft, is volledig zoek. Daarnaast behelst de aldus zo ruim geformuleerde voorwaarde wederom een schending van art. 8 EVRM, omdat het recht op briefwisseling zonder motivering en zonder dat zulks geacht kan worden noodzakelijk te zijn op één der gronden als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM daardoor beperkt wordt.

Het voorgaande klemmt temeer nu blijkt het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep de raadsman van rekwirant heeft betoogd, dat een andere bijzonder voorwaarde dan de storting van een bepaald geldbedrag aan een instelling van slachtofferhulp niet nodig is en rekwirant er geen belang bij heeft om zijn dochter in de wielen te rijden.

Deslotsom luidt dus, dat de opgelegde bijzondere voorwaarde in strijd is met het recht is, althans onvoldoende gemotiveerd is. Op deze grond kan 's-hofs arrest niet, althans in zoverre niet in stand blijven.

3. De conclusie van het Openbaar Ministerie

De Advocaat-Generaal Meijers heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad:

1. het bestreden arrest van het ge-

rechtshof te Arnhem zal vernietigen, doch uitsluitend voor wat betreft

- a. de strafbaarverklaring van het onder 2. bewezenverklaarde, voorzover dat betrekking heeft op de feiten gepleegd in de periode tussen 14 maart 1986 en medio juni 1987 en
- b. de strafoplegging terzake van het onder 1. en 2. bewezenverklaarde en motivering daarvan;
2. het onder 2. bewezenverklaarde voor het hiervoor bedoelde gedeelte niet strafbaar zal verklaren;
3. verzoeker terzake daarvan van alle rechtsvervolgving zal ontslaan;
4. de zaak zal terugwijzen naar het hof te Arnhem om op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht of afgedaan, voor wat betreft de strafoplegging terzake van het onder 1. en 2. bewezenverklaarde en de motivering daarvan en
5. het beroep voor het overige zal verwerpen.

4. Bewezenverklaring en bewijsvoering

4.1. Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat

- (...)
2. hij in de gemeente N. in de periode gelegen tussen 14 maart 1981 en 14 maart 1984 op meerdere tijdstippen telkens ontucht heeft gepleegd met zijn minderjarig kind P.C.D., geboren op 14 maart 1968, welke ontucht heeft bestaan uit het opzettelijke bevoelen van haar vrouwelijkheid;
3. hij in de gemeenten N. en E. in de periode gelegen tussen 14 maart 1984 en medio juni 1986 op meerdere tijdstippen telkens ontucht heeft gepleegd met zijn minderjarig kind P.C.D., geboren op 14 maart 1968, welke ontucht telkens daaruit bestond dat hij met haar vleselijke gemeenschap heeft gehad.

4.2. Deze bewezenverklaring steunt op de bewijsmiddelen, vervat in de volgende overwegingen van het hof:

'Overwegende, dat een als bijlage A bij proces-verbaal nummer 27068710000229 van 3 juli 1987, in de wettelijke vorm opgemaakt door P. Berghuis, opperwachtmeester der rijkspolitie - districtsrechercheur Jeugd zaken bij het district A. der rijkspolitie, J.W. Jansen en J. Wevers, beiden wachtmeester der rijkspolitie eerste klasse, behorende tot de post N. van de groep B. der rijkspolitie, gevoegd proces-verbaal, in de wettelijke vorm opgemaakt en gesloten en ondertekend op 26 juni 1987 door P. Berghuis en J.W. Jansen voornoemd, onder meer inhoudt, zakelijk weergegeven, als op 26 juni 1987 afgelegde verklaring van P.C.D., geboren op 14 maart 1968, wonende te N.:

Ik was 12 jaar toen we in N. kwamen wonen. Ongeveer 6 à 7 jaar geleden, ik moet toen 12 à 13 jaar zijn geweest, kreeg mijn vader andere belangstel-

ling in mij dan de gewone vaderbelangstelling. Hij gaf mij toen een tongzoen. Daarna gebeurde het regelmatig, dat mijn vader op deze wijze met mij omging. Hij zoende mij dan niet alleen, maar hij tastte met zijn handen ook mijn hele lichaam af, inclusief mijn geslachtsdelen. Gedurende ongeveer 2 jaar heb ik alle seksuele handelingen ondergaan, die tussen man en vrouw zo'n beetje voorkomen. Dat gebeurde altijd in huis.

Toen ik 13 à 14 jaar was liep ik met mijn vader mee een bos in. Toen we ons in het bos bevonden, begin hij met mij te vrijen, zoals hij gewend was om dat ook thuis met mij te doen. Hij legde mij op de bosgrond neer en kleepte mij toen zover uit, dat ik van onderen ontbloot was. Hij ging op mij liggen en drukte zijn penis in mijn vagina. Na deze eerste geslachtsgemeenschap met hem heb ik nog diverse keren geslachtsgemeenschap met hem gehad. Dat gebeurde hoofdzakelijk thuis of bij het paard in de stal. Deze stal huren wij en bevindt zich ongeveer 5 à 6 kilometer vanaf ons huis.

Tijdens de zomervakantie van 1984 werd besloten dat mijn vader en ik in een tent zouden slapen en mijn broertje en moeder in een andere tent. Ik moest iedere nacht tijdens de vakantie geslachtsgemeenschap hebben met mijn vader. In de vakantie van 1985 sliep ik bij mijn broertje in de tent. Ik was inmiddels 7 maanden zwanger. Nadat bekend was dat ik zwanger was, is mijn vader gestopt met de geslachtsgemeenschappen. Drie maanden na de bevalling had ik weer geslachtsgemeenschap met hem. De geslachtsgemeenschappen gingen op dezelfde wijze door, gemiddeld zo'n drie à vier keer per week, tot 2 weken geleden, op 12 juni 1987;

Overwegende, dat een proces-verbaal van 8 juli 1987, genummerd 08078708000222, in de wettelijke vorm opgemaakt door de verbalisanten J.W. Jansen en J. Wevers voornoemd, onder meer, zakelijk weergegeven, inhoudt als verklaring van verdachte: De relatie met C., mijn dochter, is begonnen uit de vader-dochterrelatie. In deze relatie is het te lange leste gekomen tot een geslachtsgemeenschap tussen C. en mij. Meerdere malen voordat ik eind 1984 met C. geslachtsgemeenschap heb gehad is het in de jaren daarvoor voorgekomen dat ik C.'s geslachtsdelen betast of bestreed heb. Ook heb ik tot juni 1987 meerdere malen geslachtsgemeenschap met C. gehad;

Overwegende, dat verdachte ter s'hofs terechtzitting onder meer, zakelijk weergegeven, heeft verklaard:

Het is juist dat ik in de gemeente N. en in een stal in de gemeente E. in de periode gelegen tussen 14 maart 1984 en medio juni 1987 meerdere keren vleselijke gemeenschap met mijn minderjari-

ge dochter P.C.D. heb gehad; Overwegende, dat een als bijlage bij voormeld proces-verbaal nummer 27068710000299 van 3 juli 1987 gevoegd afschrift gedateerd 4 september 1987 van een geboorteakte onder meer inhoudt dat op 14 maart 1968 in de gemeente A. is geboren P.C., welk kind is erkend door C.A.D. en is gewettigd sinds het huwelijk van A.H.M. v.d.K. en C.A.D. op 12 september 1969.'

5. Beoordeling van het middel

5.1.1. In de eerste plaats dient het subsidiaire onderdeel van het middel – waarin wordt aangevoerd dat de opgelegde voorwaarde niet voldoet aan de eisen van art. 14c Sr. – te worden onderzocht.

5.1.2. De door het hof opgelegde bijzondere voorwaarde luidt, dat de verdachte gedurende de proeftijd (van twee jaren) op geen enkele wijze contact zal opnemen met P.C.D. (het slachtoffer) en haar zoon E.

5.1.3. Het hof heeft bij het opleggen van deze bijzondere voorwaarde kennelijk voor ogen gehad dat de verdachte volgens geldende normen van maatschappelijke betamelijkheid gehouden is het slachtoffer van de door hem gepleegde misdrijven althans gedurende twee jaren ongemoeid te laten, om haar hierdoor het leed te besparen dat elke hernieuwde confrontatie haar en haar jeugdig kind enerzijds en de verdachte anderzijds kan opleveren en om haar, indien mogelijk, beter in staat te stellen de schadelijke gevolgen van de door de verdachte jegens haar gepleegde misdrijven te boven te komen.

5.1.4. De bijzondere voorwaarde betreft mitsdien het gedrag waartoe de verdachte uit een oogpunt van maatschappelijke betamelijkheid tegenover een rechtstreeks bij de gepleegde misdrijven betrokkene gehouden moet worden geacht en is dus een voorwaarde betreffende het gedrag van de verdachte als bedoeld in art. 14c Sr.

5.2.1. Met betrekking tot het primaire onderdeel van het middel overweegt de Hoge Raad het volgende.

5.2.2. Het hof heeft niet uitdrukkelijk vastgesteld dat de verdachte de verwekker van E. is. Aan het middel ligt evenwel blijkens de inhoud van de eerste paragraaf ook de opvatting ten grondslag dat het uit de bewijsmiddelen voortvloeiende ernstige vermoeden dat dit zo zou kunnen zijn het hof had moeten weerhouden van het betrekken van E. bij de opgelegde bijzondere voorwaarde.

5.2.3. Deze opvatting kan niet als juist worden aanvaard. Immers, ook indien ervan wordt uitgegaan dat van 'gezinsleven' (*vie familiare/family life*) in de zin van art. 8 EVRM, mede in het licht van art. 14 EVRM, reeds sprake is indien de betrekking tussen vader en

kind berust op biologisch ouderschap, kunnen de rechten op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven, die het kind en zijn moeder aan het eerste lid van art. 8 EVRM ontnemen, een bijzondere voorwaarde als de onderhavige rechtvaardigen.

5.3. Waar het middel het arrest bestrijdt met de stelling dat het hof het opleggen van de bijzondere voorwaarde had moeten motiveren, faalt het omdat deze stelling geen steun vindt in het recht, met name niet in art. 359, zesde lid, Sv.

5.4. Gezien het vorenstaande kan het middel niet tot cassatie leiden.

6. Ambtshalve beoordeling van de bestreden uitspraak

6.1. Sinds de inwerkingtreding op 1 januari 1988 van de wet van 1 juli 1987, Stb. 333, luidt art. 1:233 BW, voorzover te dezen van belang: 'Minderjarigen zijn zij, die de ouderdom van achttien jaren niet hebben bereikt (...)'. Voordien lag de in genoemd artikel vastgelegde meerderjarigheidsgrens bij eenentwintig jaar.

6.2. In deze wijziging van art. 1:233 BW ligt besloten een wjkziging van art. 249 Sr., op overtreding van welke bepaling het telastegelegde doelt, in diervoege dat in deze strafbepaling onder de woorden 'zijn minderjarig kind' na 1 januari 1988 niet meer moet worden verstaan 'zijn kind dat nog niet de ouderdom van eenentwintig jaren heft bereikt', maar 'zijn kind dat nog niet de ouderdom van achttien jaren heeft bereikt'.

6.3. Uit het vorenoverwogene volgt dat zich te dezen voordoet het geval bedoeld in het tweede lid van art. 1 Sr. Dit brengt mee dat de strafbaarheid van de onder 3. bewezenverklaarde gedragingen, voorzover en indien gelegen tussen 14 maart 1986 – op welke datum P.C.D. achttien jaar werd – en medio juni 1987, is komen te vervallen.

6.4. Het bestreden arrest kan mitsdien ten aanzien van de beslissingen met betrekking tot het onder 3. telastegelegde niet in stand blijven.

7. Slotsom

Uit het vorenoverwogene volgt dat als volgt moet worden beslist.

8. Beslissing

De Hoge Raad:

Vernietigt de bestreden uitspraak doch alleen ten aanzien van de beslissingen met betrekking tot het onder 3. telastegelegde alsmede ten aanzien van de strafoplegging en de daarvoor gegeven motivering.

Wijst de zaak in zoverre terug naar het Gerechtshof te Arnhem teneinde met inachtneming van 's Hogen Raads arrest op het bstaande beroep opnieuw

te worden berecht en afgedaan. Verwerpt het beroep voor het overige.

Noot

1. Een zaak als zovele. Een meisje wordt mishandeld door haar vader, maar naarmate zij ouder wordt krijgt vader sexueel interesse voor zijn dochter. Het begint met betasten: het meisje voelt zich opgelucht dat het slaan is opgehouden. Al snel blijft het niet daarbij en gaat het betasten over in geslachtsgemeenschap. Het meisje kan nergens heen; niemand zou haar geloven. Een goed milieu, naar buiten toe een ideaal gezin, met een vader die bekend staat als een sterke persoonlijkheid. Bovendien was zij toch altijd al het lastige kind dat slaag verdiende. Als zij het aan haar moeder vertelt zal die haar zeker het huis uit zetten, dreigt vader. Moeder sputtert ook niet hoorbaar tegen als het gezin op vakantie is en vader met zijn dochter in dezelfde tent wil slapen. Dan wordt zij ziek; de dokter constateert zwangerschap van zeven maanden. De vader laat haar zo waar een poosje met rust. Drie maanden na de bevalling begint de geslachtsgemeenschap weer. Op 19-jarige leeftijd durft zij eindelijk haar ouderlijk huis te ontvluchten en geeft zij haar vader aan. (Een interview met de inmiddels 21-jarige vrouw verscheen in *Opzij*, september 1989.) De rechtbank veroordeelt de vader op grond van art. 245 en 249 Sr. tot een gevangenisstraf van tien maanden. In hoger beroep wordt de vader tot twaalf maanden veroordeeld, waarvan twee voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaar. Tijdens deze proeftijd mag de vader op geen enkele wijze contact opnemen met zijn dochter en haar kind.

De man stelt cassatieberoep in tegen deze bijzondere voorwaarde omdat hem daardoor de mogelijkheid wordt ontnomen met het (klein)kind een als *family life* in de zin van art. 8 lid 1 EVRM aan te merken relatie aan te gaan.

2. Op 1 januari 1988 is de meerderjarigheidsleeftijd verlaagd van 21 naar 18 jaar. De dochter deed aangifte in 1987. Zij was toen 19 jaar en volgens de op dat moment geldende wet minderjarig. Dat betekent niet alleen dat zijzelf nog onder de ouderlijke macht van haar ouders stond, maar ook dat zij niet bevoegd was om de oudervoogdij over haar eigen kind uit te oefenen. Over een kind van een minderjarige moeder wordt door de rechter een voogd(es) benoemd. Niet ongebruikelijk is dat een van de ouders van de minderjarige moeder de voogdij krijgt toegewezen en dat is hier ook gebeurd. Nadat de jonge vrouw het huis had verlaten heeft een stichting de voogdij over het kind overge-

nomen. Ondanks het feit dat de moeder zelf het kind verzorgt en inmiddels 21 jaar is geworden, berust de voogdij nog steeds bij de stichting. Ook dat is helaas niet ongebruikelijk. Moeders die op grond van haar leeftijd niet meteen de ouder-voogdij krijgen, moeten vaak nog lang haar 'best' doen om de hulpverlening ervan te overtuigen dat zij goede moeders zijn.

In juni 1987 wordt de vader tot een gevangenisstraf van tien maanden veroordeeld. De rechtbank acht bewezen dat de vader buiten echt vleselijke gemeenschap heeft gehad met een vrouw die wel 12 jaar, maar nog geen 16 jaar oud is (art. 245 Sr.) en dat hij ontucht heeft gepleegd met zijn minderjarig kind (art. 249 Sr.).

Het hof bevestigt het vonnis van de rechtbank en legt een iets zwaardere straf op en bovendien als bijzondere voorwaarde een contactverbod. De reden voor dat laatste is waarschijnlijk het feit dat de vader zijn dochter, hoewel zij inmiddels op kamers woonde, toch nog bedreigde. De vader gaat vervolgens in cassatie niet vanwege de hoogte van de straf, maar met betrekking tot de bijzondere voorwaarde. Hij heeft zijn dochter namelijk 'beloofd' dat hij haar nooit met rust zou laten. We zijn dan inmiddels twee jaar verder en de leeftijd waarop men meerderjarig wordt, is in de tussentijd verlaagd naar 18 jaar. In verband hiermee merkt de Advocaat-Generaal op dat de ontucht van de vader met zijn dochter vanaf het moment dat zij 16 jaar is geworden, niet meer onder de delictomschrijving van art. 249 Sr. valt. Aangezien een verdachte recht heeft op het toepassen van de meest gunstige bepaling, verwijst de Hoge Raad de zaak voor dit gedeelte van de veroordeling terug naar het hof. De uitspraak hiervan is ons (nog) niet bekend. Het zal er echter wel op neerkomen dat de vader nog zo'n 15 maanden lang zijn dochter straffeloos heeft kunnen misbruiken. Verlaging van de meerderjarigheidsgrens heeft jongeren tot nu toe nog niet veel positiefs opgeleverd (Nemesis 1987 nr. 6). Of verlaging van de meerderjarigheidleeftijd in deze situatie iets aan de positie van jongeren verbetert is nog maar de vraag. Incestslachtoffers zijn dikwijls zo murw en afhankelijk gemaakt dat zij op hun/haar 18-e verjaardag zich nauwelijks zullen realiseren dat zij nu niet meer onder de ouderlijke macht staan. De incest zal in veel gevallen dan ook niet op dat moment stoppen. Vanaf die leeftijd worden zij echter wel geacht zelf een einde aan te kunnen maken aan de incest.

In de praktijk zal dat betekenen dat mannen vanaf dat moment een vrijbrief hebben om hun kinderen te misbruiken. In feite is er dan sprake van verkrachting, maar het bewijs daarvan (geweld of bedreiging van ge-

weld) zal na een aantal jaren incest moeilijk te leveren zijn.

3. De man is in een strafrechtelijke procedure verwickeld, maar gaat slechts in cassatie tegen de bijzondere voorwaarde dat hij gedurende de proeftijd op geen enkele wijze contact mag opnemen met zijn dochter en haar zootje. Bij de strafkamer van de Hoge Raad staat een strafrechtelijk vraagstuk met een familierechtelijk tintje centraal, namelijk de vraag of het omgangsverbod voor twee jaar in strijd is met art. 8 lid 1 EVRM. In het cassatiemiddel (zie Nemesis 1989 nr. 4, pag. 148-150) voert advocaat Spong onder meer aan dat het contactverbod meebrengt dat het de man onmogelijk wordt gemaakt een als *family life* in de zin van art. 8 lid 1 EVRM aan te merken relatie aan te gaan. Hij wijst daarbij op de consequentie die de strafkamer zou moeten trekken uit de eerdere uitspraken van de civiele kamer van de Hoge Raad, waarin de enkele bloedband tussen man en kind reeds *family life* en daarmee ontvankelijkheid van een omgangsverzoek oplevert (zie voor de eerste uitspraak in deze zin NJ 1986, 3). Volgens het cassatiemiddel mag de lijn van de civiele kamer van de Hoge Raad niet door de strafkamer beperkt of omgebogen worden omdat dat 'ook voor het recht c.q. de rechtszekerheid een slechte zaak (zou) zijn, omdat over een zo'n fundamenteel onderwerp tussen de civiele- en de strafkamer van Uw Raad concordantie behoort te bestaan'.

Het is zonder meer waar dat de civiele kamer van de Hoge Raad de feitelijke bloedband tot norm heeft verheven als een ontvankelijkheidscriterium bij het omgangsrecht. Dat wil echter nog niet zeggen dat hier niets op af te dingen valt. De Advocaat-Generaal concludeert in bovengenoemde civiele zaak (NJ 1986, 3) onder meer dat naar zijn mening voor het Europees-rechtelijke begrip gezinsleven voornamelijk duurzaam sociale betrekking een rol spelen en dat het (bij het omgangsrecht) gaat om de feitelijke situatie van hen die gezamenlijk een gezin vormen of hebben gevormd. Daarmee zit zij op één lijn met de Europese Commissie die keer op keer heeft uitgesproken dat de relatie vader-kind pas dan onder het begrip *family life* van art. 8 lid 1 valt, als er sprake is geweest van een feitelijke band (zie Nemesis 1986 nr 3, pag. 98-105 en de literatuur genoemd door de Advocaat-Generaal onder punt 30.). In deze strafzaak wil de Advocaat-Generaal niets weten van *family life* tussen de incestpleger en het kind. De door de civiele kamer geformuleerde regel dat er reeds van gezinsleven sprake is op grond van biologisch vaderschap lijkt volgens de Advocaat-Generaal uitzondering in het geval van geslachtsgemeenschap door middel

van verkrachting en/of incest. En voor het geval er toch - wat hij dus voor onjuist houdt - sprake is van *family life*, zou een omgangsverbod volgen uit de bescherming van de rechten van vrijheden van de moeder. De Advocaat-Generaal laat zich dus duidelijk uit: geen *family life* voor incestplegers (en verkrachters) en zeker geen omgang. Over dit laatste punt is de Hoge Raad ook duidelijk. Natuurlijk krijgt de incestpleger ook van de Hoge Raad geen gelijk en is het contactverbod niet in strijd met art. 8 EVRM, omdat ook moeder en kind recht hebben op bescherming van hun gezinsleven. Hiermee houdt de duidelijkheid evenwel op: de strafkamer laat volstrekt in het midden of er nu wel of niet sprake is van *family life* (zie arrest onder punt 5.2.3.). De strafkamer heeft het dus niet aangedurfd om een duidelijke en ons inziens toch in ieder geval noodzakelijke correctie aan te brengen op het oordeel van de civiele kamer dat er op grond van een bloedband altijd *family life* bestaat.

4. *Family life* en omgangsrecht van een bloedschennige vader gaat overigens zelfs de wetgever te ver, gezien de toekomstige regelgeving op dit terrein. Op grond van het Voorontwerp nadere regeling van de ouderlijke zorg en van de omgang (Ministerie van Justitie 1986), is een verwekker alleen ontvankelijk in een omgangsverzoek als hij het kind heeft aanvaard (erkend). Nu is het wel zo dat het Wetsontwerp herziening van het afstammingsrecht (nr 20 626)) en ook de Hoge Raad (NJ 1989, 170) het mogelijk maken om buiten de toestemming van de moeder om een kind te aanvaarden louter en alleen op grond van de bloedband, maar dit recht van de biologische vader wordt vooralsnog niet bepleit voor de bloedschennige vader. Het huidige verbod blijft ook in het wetsontwerp gehandhaafd omdat een dergelijke aanvaarding volgens de Memorie van Toelichting (pag. 17) niet in het belang van het kind en strijdig met de openbare orde is. Met andere woorden: volgens huidig en toekomstig recht geen *family life* voor incestplegers.

Nora Holtrust en Ineke de Hondt

WETGEVING

Advies individualisering toevoegingsgrenzen

Op 23 mei 1989 is het advies van de Commissie Draagkrachtvaststelling Gefinancierde Rechtspraak (naar haar voorzitter ook Commissie-Gisolf genoemd) bekend geworden. Deze Commissie was door de minister van Justitie om advies gevraagd over de vraag of de toevoegingsgrenzen geïndividualiseerd moesten worden. Wat indi-

vidualisering van de toevoegingsgrenzen betekent, is misschien niet voor iedereen die niet in de gefinancierde rechtshulp werkt begrijpelijk. (In dat verband herinner ik mij dat de in het VSAN-actieprogramma opgenomen eis 'individualisering van de toevoegingsgrenzen' door Freek de Jonge op het VSAN-oprichtingscongres in november 1987 werd gezien als een welkom tegendeel van de tegenwoordig alom heersende 'collectivisering van het afnamegebied'.) Kort gezegd gaat het om het feit dat bij de beoordeling of iemand op grond van haar/zijn draagkracht recht heeft op een (gedeeltelijk) door de overheid betaalde advocaat, nu nog gekeken wordt naar het 'gezinsinkomen', dat wil zeggen het gezamenlijk inkomen van de aanvrager en haar/zijn partner. Enkele Buro's voor Rechtshulp - als eerste het Buro Utrecht, gevolgd door Amsterdam en inmiddels ook Haarlem - hebben in de loop van 1988 besloten om tot (een beperkte vorm van) individualisering over te gaan.

De minister stelde vervolgens de Commissie-Gisolf in om advies te krijgen over deze materie. Daarbij wilde de minister aanvankelijk ook nog van de Commissie weten hoe het geld voor de eventuele individualisering gevonden zou moeten worden binnen het huidige rechtshulpbudget. De Commissie heeft echter geweigerd deze laatste vraag te beantwoorden.

De Commissie bestond uit vertegenwoordig(st)ers van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Orde van Advocaten, de LOB, de VVR, en het Clara Wichmann Instituut, bijgestaan door enkele ambtenaren van het Ministerie en aangevuld met een als deskundige ingeschakelde vertegenwoordigster van de VSAN.

Het advies van de Commissie

De Commissie schrijft in haar advies o.a. het volgende:

'De verschillende bezwaren tegen het huidige stelsel brengen de Commissie tot het advies de draagkrachtvaststelling nauw, althans nauwer, aan te sluiten bij het individuele inkomen. Over de beantwoording van de vraag in hoeverre ook een dwingende verplichting tot individualisering zou bestaan, liepen in de Commissie de opvattingen uiteen.

(...)

Voor de vraag of er aanleiding is voor een individuele draagkrachtbepaling dient primair acht te worden geslagen op de bij een concrete rechtsverhouding betrokken partijen. Alleen betrokken partijen kunnen een rechtsvordering instellen dan wel in rechte worden aangesproken. Bij een groot aantal rechtsverhoudingen, bijvoorbeeld in het arbeids- en sociale verzekeringsrecht, speelt de partner met wie

wordt samengewoond rechtens geen rol, op andere terreinen, bijvoorbeeld in geschillen met betrekking tot de gezamenlijke woning, is wel vaak sprake van gezamenlijke aanspraken of verplichtingen. Op dergelijke terreinen van het recht is het verdedigbaar het inkomen van de bij die rechtsverhouding betrokken partner in aanmerking te nemen, op de overige rechtsterreinen dient het partnerinkomen buiten beschouwing te blijven.

Vervolgens heeft de Commissie gezien of, en zo ja, op welke wijze de invoering van deze individuele benadering zou moeten samengaan met het vaststellen van een andere wijze van draagkrachtbepaling dan de huidige. Een draagkrachtbepaling waarbij de wijze van (samen)leven volledig buiten beschouwing blijft, miskent dat aan het samenleven economische gevolgen, tot uitdrukking komend in het kosteniveau, zijn verbonden. Een alleenstaande draagt bijvoorbeeld gemiddeld hogere huisvestingskosten dan de individuele samenwonende. Degene die een huishouden vormt met een of meer kinderen of met een partner zonder of met slechts een gering inkomen, draagt nog weer hogere lasten. De Commissie meent dat dergelijke verschillen in lasten binnen zekere grenzen bij de draagkrachtbepaling tot uitdrukking behoren te komen.

(...)

De Commissie stelt voor drie draagkrachtcategorieën te onderscheiden voor:

1. de samenwonende wiens partner meer verdient dan de individuele bijstandsuitkering voor een samenwonende (1989: f 767,—, de helft van de BLN-norm samenwonenden). Bij deze categorie mag worden aangenomen dat door iedere samenwonende wordt bijgedragen aan de gezamenlijke lasten, als gevolg waarvan de lasten per individu relatief laag zijn.
2. de alleenstaande. Deze categorie kent relatief hogere lasten per individu en komt derhalve een gunstiger beoordelingsniveau toe.
3. de samenwonende wiens partner minder verdient dan de individuele bijstandsuitkering voor een samenwonende. Deze verzoeker wordt geacht de hoogste lasten te dragen.

(...)

De Commissie stelt - evenals thans het geval is - eenoudergezinnen op een lijn met samenwonenden en voordeurdelers met alleenstaanden. De Commissie heeft overwogen een concreet voorstel te doen voor de hoogte van de bij de individualisering te hanteren draagkrachtgrenzen. Zij meent uiteindelijk dat eerst, exacter dan haar mogelijk was, zou moeten worden nagegaan welke gemiddelde verschillen in uitgaven tussen samenwonenden en alleenstaanden er zijn.'

Commentaar

Het is jammer dat de Commissie geen standpunt heeft ingenomen over de vraag of de samentelling van inkomens in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling.

Mijns inziens moet deze vraag overigens bevestigend worden beantwoord, omdat vrouwen meer dan mannen te lijden hebben onder de samentelling. Niet iedereen is daarvan overtuigd. Als het gezinsinkomen boven de toevoegingsgrens ligt, komen zowel de man als de vrouw niet in aanmerking voor een toevoeging. Op grond daarvan menen sommigen dat hier geen verschil zou zijn tussen mannen en vrouwen.

De fout in deze gedachtengang is naar mijn mening, dat niet wordt gekeken naar de mate waarin mannen en vrouwen worden gedupeerd door het feit dat wordt uitgegaan van het gezinsinkomen. Aangezien mannen gemiddeld beduidend meer verdienen dan vrouwen, zal het ook bij de meeste (echt)paren zo zijn dat de man een hoger inkomen heeft dan de vrouw, en in dergelijke gevallen wordt de vrouw ernstiger gedupeerd door het samentellen van beider inkomens dan de man.

Het zal bijvoorbeeld veelal zo zijn dat het inkomen van de man boven de toevoegingsgrens ligt, terwijl de vrouw een inkomen onder de toevoegingsgrens heeft. De man wordt dan door het samentellen van de beide inkomens niet gedupeerd; hij krijgt op grond van zijn eigen inkomen geen toevoeging, en wat zijn vrouw verdient maakt niets meer uit. De vrouw daarentegen zou wel een toevoeging krijgen als alleen naar haar eigen inkomen werd gekeken; zij wordt dus door de samentelling wel gedupeerd.

Ook als beide partners afzonderlijk een inkomen onder de toevoegingsgrens hebben, heeft degene met het laagste inkomen meer te lijden onder het feit dat door de samentelling van inkomens geen toevoeging wordt verstrekt. Weliswaar krijgen beiden geen toevoeging ten gevolge van de samentelling, maar hoe hoger het inkomen, des te gemakkelijker men dan toch maar de rechtshulp zelf kan betalen. Een man die bijvoorbeeld f 2.200,— netto verdient, zal makkelijker een advocaat kunnen betalen dan zijn vrouw die bijvoorbeeld f 700,— netto verdient.

Dan is er tenslotte nog het veel voorkomende geval dat de vrouw geheel geen inkomen heeft en uitsluitend op grond van het feit dat het inkomen van haar man boven de grens ligt, geen toevoeging krijgt. Het omgekeerde zal zich zeer zelden voordoen.

Een punt waar de Commissie zich wel over heeft uitgelaten, is de vraag of de -

door de Commissie wenselijk geachte – individualisering in alle gevallen moet gelden of alleen bij bepaalde zaken. De Buro's voor Rechtshulp in Utrecht en Amsterdam bijvoorbeeld passen momenteel alleen in bepaalde soorten zaken de individualisering toe. De 'Adviescommissie Toevoegbeleid Vrouwen' van de Landelijke Organisatie van de Buro's voor Rechtshulp kwam daarentegen tot de aanbeveling om in alle gevallen uit te gaan van het individuele inkomen van degene die een toevoeging aanvraagt.

Dit laatste systeem heeft het grote voordeel dat het Buro voor Rechtshulp niet hoeft te toetsen of het een zaak is waarin moet worden samengegeld of niet. Daar staat echter tegenover dat het in sommige gevallen tot een onredelijk resultaat leidt. Als een echtpaar bijvoorbeeld gezamenlijk een huis huurt, zou het bij een huurconflict redelijker zijn om wel van het gezamenlijke inkomen uit te gaan. De Commissie-Gisolf adviseert om uit te gaan van een juridisch criterium, namelijk of er sprake is van een gezamenlijke aanspraak of gezamenlijke verplichting. Dit betekent dat volgens het advies van de Commissie alleen wordt samengegeld als het rechtsbelang waarvoor toevoeging wordt gevraagd, in strikt juridische zin een gezamenlijk belang is.

Deze strikt juridische benadering heeft als voordeel dat niet hoeft te worden getoetst of de andere partner profijt zou hebben van het resultaat van de rechtshulp ('Maar mevrouw, als de leverancier u nu een nieuwe bank moet leveren, mag uw vriend daar dan echt niet ook wel eens op zitten?'). Een dergelijke toetsing is inhoudelijk in veel gevallen erg moeilijk en kan niet plaatsvinden zonder dat in detail moet worden ingegaan op de wijze waarop mensen hun relatie vormgeven.

Als nadeel van de keuze van de Commissie zou kunnen worden gezien dat het in veel gevallen verschil zal maken of de betrokkene gehuwd of ongehuwd samenwonen en welk huwelijks-goederenregiem zij hebben 'gekozen'. Bij gehuwden zal bij huurconflicten steeds worden uitgegaan van de gezamenlijke inkomens, bij ongehuwden alleen als beide partners huurder of medehuurder zijn. Wie in gemeenschap van goederen is gehuwd zal bijvoorbeeld bij consumentenzaken met samentelling worden geconfronteerd, terwijl ongehuwd samenwonenden (of niet in gemeenschap gehuwden) daarmee alleen te maken krijgen als zij de koop gezamenlijk hebben gesloten. Naar mijn mening is dit gevolg van de keuze van de Commissie echter niet onredelijk. Het is een feit dat de juridische posities van mensen (nog altijd) op enkele punten verschillen afhankelijk van de vraag of zij gehuwd zijn en

of er een gemeenschap van goederen is. Dat deze verschillen gevolg kunnen hebben voor de rechtsbijstandverlening met betrekking tot die punten, vloeit daar logisch uit voort.

Een andere vraag waarvoor de Commissie zich zag gesteld was of de leefsituatie bij individualisering helemaal geen rol meer moest spelen. Volledige individualisering zou inhouden dat er in het geheel niet meer gekeken wordt of de betrokkene samenwoont, kinderen heeft, etc.; alleen het eigen inkomen is relevant en verder niets.

De Commissie-Gisolf heeft hiervoor niet gekozen. Het voorstel van de Commissie houdt in dat er drie verschillende schalen worden gehanteerd, namelijk een schaal voor mensen die anderen (een partner en/of kinderen) moeten onderhouden; een schaal voor alleenstaanden; en een schaal voor mensen die een huishouden voeren samen met een partner die zij niet hoeven te onderhouden omdat hij/zij zelf genoeg inkomen heeft.

De gedachte hierachter is dat deze drie situaties verschillende gevolgen hebben voor het besteedbaar inkomen. De Commissie heeft hierbij aangetekend dat de verschillen tussen de drie schalen gebaseerd moeten zijn op de verschillen in het gemiddelde werkelijke kostenniveau tussen de verschillende leefsituaties. Hoewel de keuze van de Commissie geen volledige individualisering inhoudt, is het voorstel mijns inziens aanvaardbaar. De hoogte van het inkomen van de partner speelt alleen een rol als het zo laag is dat de partner er niet van kan leven en dus mede onderhouden wordt door de betrokkene. Als de betrokkene zijn/haar partner niet mede hoeft te onderhouden, wordt verder niet gekeken naar de hoogte van het inkomen van de partner. Een vrouw zonder inkomen bijvoorbeeld krijgt een toevoeging, ongeacht de hoogte van het inkomen van haar man.

Wat er met het advies van de Commissie-Gisolf gaat gebeuren is de vraag. Sinds eind augustus ligt het rapport van de Commissie Polak op tafel met voorstellen over de hele structuur van de gefinancierde rechtshulp met het doel deze 'open eind'-post op de begroting van het Ministerie van Justitie beter beheersbaar te maken. Bovendien ligt er nog steeds een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer dat kort gezegd inhoudt, dat mensen met een (gezins)inkomen van meer dan circa f 2.040,— netto voortaan een eigen bijdrage moeten betalen ter hoogte van de volledige vergoeding waarop de advocaat krachtens het moduulsysteem recht heeft (maximaal circa f 1.450,— per zaak).

Het advies van de Commissie-Gisolf om tot individualisering over te gaan

komt dus in een situatie waarin ingrijpende bezuinigen op de rechtshulp dreigen. Zeker als na de verkiezingen het huidige kabinetsbeleid wordt voortgezet, moet worden gevreesd dat de (toekomstige) minister van Justitie de extra kosten van gelijke behandeling zal willen afwentelen binnen de begrotingspost rechtshulp. Van verschillende kanten werd dan ook aan de Commissie-Gisolf gesuggereerd om in haar advies op te nemen dat de individualisering niet ten koste zou mogen gaan van onvermogene rechtzoekenden of van hun (toch al onderbetaalde) advocaten. Op het eerste gezicht klinkt een dergelijke stellingname niet onsympathiek. Er schuilt echter een adertje onder het gras. Sommigen leggen de stellingname namelijk zo uit, dat de individualisering alleen door moet gaan indien de kosten niet elders op de rechtshulpbegroting worden afgewenteld.

Op die manier gaat het niet zozeer om een principiële stellingname tegen (verdergaande) bezuinigingen op de rechtshulp, als wel om een prioriteitskeuze die inhoudt dat het belangrijker is om de positie van de thans rechthebbenden te verdedigen dan om gelijke behandeling in te voeren. Bij deze keuze trapt men als het ware in de val van de minister, die wil doen geloven dat het logisch is dat de prijs voor gelijke behandeling moet worden betaald door minvermogene rechtzoekenden (alsof rechtshulp nu reeds een gesloten-eind financiering kent). Daarbij kiest men er dan ook nog eens voor om de gelijke behandeling van vrouwen tot ondergeschikt punt te verklaren. Gelukkig is de Commissie-Gisolf niet in deze val getrapt. Wel waarschuwt de Commissie de minister dat bij het vaststellen van nieuwe inkomensgrenzen 'voor de thans tot het systeem gerechtigden geen belemmering mag ontstaan zich van de nodige rechtsbijstand te voorzien', waaraan de Commissie toevoegt dat een dergelijke drempel wel zou kunnen ontstaan als 'bij verlaging van de draagkrachtgrenzen bepaalde groepen niet langer aanspraak kunnen maken op gefinancierde rechtshulp'.

*Sabine Kraus
advocaat te 's-Gravenhage*

Het bijstandsverhaal

Het wetsvoorstel tot herziening van de verhaalsparagraaf in de Algemene Bijstandswet, dat in 1984 bij de Tweede Kamer is ingediend en dat veel commentaar heeft losgemaakt, is op 20 mei 1986 door de Eerste Kamer verworpen. Inmiddels is een in 1988 bij de Tweede Kamer ingediende gewijzigde versie (kamerstuk 20.598) haast geruisloos behandeld en wacht alleen de

definitieve aanname hiervan door de Tweede Kamer nog op het nieuwe Kabinet.

Het doel van de herziening van de verhaalsparagraaf is hetzelfde gebleven: gemeenten zijn niet langer bevoegd maar verplicht om tot verhaal van bijstand over te gaan. Daarnaast komt er een onderscheid tussen terugvordering van de betrokkene zelf en verhaal op derden met daarop afgestemde procedures.

In gevallen waarin volgens de gemeente ten onrechte bijstand is verleend wordt de gemeente het bevoegde orgaan om tot terugvordering over te gaan. De burgerlijke rechter wordt dus uitgeschakeld. Door middel van bezwaarschrift en beroep kan de betrokkene bezwaar maken tegen de terugvordering. In het nieuwe wetsvoorstel is afgezien van de mogelijkheid voor de gemeente om tot onmiddellijke tenuitvoerlegging van de terugvorderingsbeslissing over te gaan: echter alleen het indienen van het bezwaarschrift heeft schorsende werking. Daarna heeft de gemeente ondanks het ingestelde beroep recht van parate executie.

Dat het administratieve orgaan in de beroepsprocedure onvoldoende lostaat van de belangen van het bestuur (vandaar de Tijdelijke Wet Kroongeschillen) is ondanks de bezwaren hier tegen geen reden geweest om in het nieuwe wetsvoorstel hierop terug te komen. Dit klemt temeer in gevallen waarin omtrent het al dan niet bestaan van een gezamenlijke huishouding (de vermeende economische eenheid) de gemeente tot terugvordering van de bijstand overgaat. Ook al zijn in artikel 5a van de Algemene Bijstandswet objectieve maatstaven opgenomen om te komen tot vaststelling van een economische eenheid, beoordeling hiervan blijft subjectief en daarom kan alleen goede rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter de gemeente tegen zichzelf beschermen.

Cruciaal punt hierbij is overigens: wie is de betrokkene?

In het (nieuwe) artikel 59a wordt bepaald dat in geval van verlening van gezinsbijstand dan wel gezinsbijstand had moeten worden verleend de bijstand ook kan worden teruggevorderd van de persoon met wiens inkomen rekening had moeten worden gehouden, de zogenaamde profiterende partner. Dit duidt erop, dat ook al is deze persoon allang vertrokken, dan nog zou van hem de eventueel ten onrechte verleende bijstand kunnen worden teruggevorderd. Niet alleen is onduidelijk op welke rechtsgrond deze terugvordering is gebaseerd, maar ook is door uitschakeling van de burgerlijke rechter de rechtsbescherming ook hier volstrekt onvoldoende.

Met betrekking tot verhaal van bijstand is het oorspronkelijke voorstel dat de gemeente bevoegd is tot vaststelling van de verhaalsbijdragen komen te vervallen. Aangesloten wordt bij de civielrechtelijke verplichting tot betaling van alimentatie, die door de rechtbank wordt vastgesteld. Is door de rechtbank een alimentatiebedrag vastgesteld, dan is de gemeente hieraan gebonden (vgl. HR 20.11.70, NJ 80, 134). Wel kan de gemeente de rechter verzoeken het vastgestelde bedrag te wijzigen. Volgens de Memorie van Antwoord is deze bepaling opgenomen om te voorkomen dat partijen aanspraken van de gemeente zouden kunnen frustreren. Dit verzoek om wijziging kan ook in het geval van gewijzigde omstandigheden, bijvoorbeeld als de onderhoudsplichtige meer is gaan verdienen. Is geen alimentatie vastgesteld en wil de onderhoudsplichtige niet op vrijwillige basis tot afspraken komen, waarbij de zogenaamde tremanormen uitgangspunt van berekening kunnen zijn, kan de gemeente de rechtbank verzoeken alsnog een alimentatiebedrag vast te stellen. Wordt de vastgestelde betalingsverplichting niet nagekomen, kan de gemeente de onderhoudsplichtige hierop aanspreken, waartegen verzet bij de rechtbank kan worden ingediend. De hoogte van het vastgestelde bedrag staat dan echter niet ter discussie.

Het belangrijkste bezwaar in dit verband levert de nieuw voorgestelde wijziging om aan het verstrekken van bijstand de voorwaarde te kunnen verbinden dat ten tijde van de echtscheidingsprocedure een verzoek tot vaststelling van de alimentatie wordt ingediend. Het publiekrechtelijke belang van de gemeente wordt vertaald in een civielrechtelijke verplichting van de bijstandsontvanger die op gespannen voet staat met haar eigen belang om tot een voor haar goede afwikkeling van de echtscheidingsprocedure te komen. In situaties, waarin het voor haar belangrijk is dat zij alle banden met haar echtgenoot kan verbreken, bijvoorbeeld in gevallen van fysiek geweld, kan het zeer pijnlijk zijn als zij gedwongen wordt een onderhoudsbijdrage te vragen.

Overigens is geen bepaling met betrekking tot de beperking van de verhaalsduur opgenomen, hierbij wordt aangesloten bij het wetsvoorstel inzake limitering van de alimentatie, dat bij de eerste Kamer klaarligt om te worden aangenomen na de kabinetsformatie.

Al met al sluit het net zich steeds nauwer om de bijstandsvrouw: na afschaffing van het nihilbeding wordt nu de gemeente verplicht om via alimentatievaststelling tot verhaal over te gaan. Al zou de vrouw willen om voortaan los van haar ex-echtgenoot door het leven te gaan, zij krijgt hiervoor geen

kans, tenzij zij ondanks de aanwezigheid van de kinderen, erin zou slagen in haar eigen levensonderhoud te voorzien. Over economische zelfstandigheid gesproken!

Len Andringa

LITERATUUR

Anneke van Ammelrooy:
Vrouwenhandel, de internationale seks-slavinnenmarkt.
's-Gravenhage. BZZT¹/40H, 192 pag., ISBN 90-6291-292-3, f 25,—.

In 1921 is het internationale verdrag tegen vrouwenhandel tot stand gekomen. Nederland was een van de ondertekenaars van dat verdrag.

In dit boek wordt de term vrouwenhandel gebruikt voor binnenlandse en internationale handel in vrouwen die van prostitutie nooit hun full-time beroep zouden hebben gemaakt, maar door anderen, meestal mannen, worden gedwongen dit wel full-time te gaan doen, waarbij het gaat om het behalen van een zo groot mogelijke omzet.

Volgens de schrijfster is het 'motief' voor vrouwenhandel geld. Vrouwenhandel is winstgevend. Zij berekent dat vijf eroscentra met ieder 400 buitenlandse vrouwen de eigenaar per maand tien miljoen gulden (netto) oplevert.

In hoofdstuk twee wordt de desinteresse van politie en justitie beschreven. Het derde hoofdstuk beschrijft de man die ten behoeve van derden vrouwen zoekt voor prostitutie.

Hoofdstuk vier geeft de regelingen weer waarmee de slachtoffers van vrouwenhandel geconfronteerd worden wanneer zij zich proberen los te maken uit de prostitutie en proberen uit de illegaliteit te treden.

Monique Ferwerda, Wendy Schouten:
Discriminerende werking van de tweede EG-richtlijn.
Amsterdam. Augustus 1989, scriptie, 59 pag., f 15,—.

Deze scriptie is te bestellen door overmaking van f 15,— op girorekening 4243484 t.n.v. M. Ferwerda, J.P. Heijestraat 66-III, 1053 GR Amsterdam of op girorekening 4383732 t.n.v. W. Schouten, Piet Heinstraat 3, 2316 VG Leiden.

Deze scriptie maakt duidelijk dat de interpretatie die gegeven wordt aan de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, zoals omschreven in de tweede EG-richtlijn tot gevolg heeft dat vrouwen onderdrukt blijven. Naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Commissie versus Frankrijk

(zaak 312/86), waarin het Hof kreeg te oordelen over de vraag of speciale rechten voor vrouwen in Franse cao's geoorloofd zijn in het kader van de tweede EG-richtlijn, gaan schrijfsters na hoe het gelijkheidsbeginsel wordt geïnterpreteerd door het Hof.

In de inleiding wordt de discussie tussen de gelijke rechten-stroming en de speciale rechten-stroming geschetst. In hoofdstuk twee wordt de jurisprudentie met betrekking tot de tweede EG-richtlijn en de doorwerking in de Nederlandse rechtsorde bezien. In het derde hoofdstuk wordt de zaak Commissie versus Frankrijk besproken en wordt door schrijfsters onderzocht of in Nederland cao-bepalingen bestaan die speciale rechten aan vrouwen geven en wat het gevolg van deze uitspraak is voor die bepalingen. Het laatste hoofdstuk geeft de rechtspolitieke stellingname van schrijfsters weer met betrekking tot het dilemma van gelijke behandeling of speciale rechten en beziet de voorgaande hoofdstukken in dit licht.

Schrijfsters concluderen dat het Hof in haar jurisprudentie uitgaat van de scheiding tussen de publieke, mannelijke orde waarin betaalde arbeid wordt verricht en de private, vrouwelijke orde waarin onbetaalde zorgarbeid wordt verricht. De gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces betekent dat vrouwen mogen participeren in de publieke orde teneinde betaalde arbeid te verrichten. In dit gelijkheidsconcept wordt de zorgarbeid niet opgenomen en verzwegen omdat deze arbeid van ouds-

her niet tot de publieke, mannelijke orde behoort. Deze verzwijging houdt de traditionele rolverdeling tussen publieke mannen en private vrouwen in stand. De zorgarbeid dient, losgekoppeld van sexe, uit de onzichtbare sfeer gehaald te worden en in ons rechtsstelsel opgenomen te worden.

D.A. Groot Kalter: Seksuele kindermishandeling binnen het gezin en de verjaringstermijn.
Amsterdam, juli 1989, scriptie, 24 pag., f 7,50.

De verjaringstermijn van seksuele kindermishandeling, artikel 249 lid 1 Sr., is gesteld op twaalf jaren. De verjaringstermijn, geregeld in artikel 71 Sr., vangt aan op de dag na die waarop het feit is gepleegd.

De schrijfster is van mening dat deze termijn moet worden verlengd. Dit is mogelijk door seksuele kindermishandeling onder te brengen onder de uitzonderingen van artikel 71 Sr. Dit houdt in dat het effect van het handelen beslissend is voor het moment waarop de verjaring aanvangt. De schrijfster meent dat de verjaringstermijn een aanvang moet nemen op de dag dat het misdrijf ter kennis is gekomen van een opsporingsambtenaar.

De ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, van WVC en van Justitie willen een wetwijziging invoeren zodat de verjaringstermijn aanvangt op het moment dat het slachtoffer meerderjarig wordt. Dit betekent dat het feit zal zijn verjaard nadat het

slachtoffer de leeftijd van dertig jaar heeft bereikt. Volgens schrijfster heeft dit als nadeel dat de verwerkingsperiode aan een termijn wordt gebonden en dat moet juist worden voorkomen. Deze scriptie is telefonisch te bestellen bij de auteur, 072-336916.

Vera Mulder; Marleen Baerveldt. Tips voor twee moeders: lesbische vrouwen kiezen voor kinderen.
Amsterdam. SUA, 1989, 136 pag., ISBN 90-6222-182-3, f 22,50.

Het boek bevat negen interviews met lesbische vrouwen die met hun vriendin kinderen opvoeden, over hun ervaringen en moederschapopvattingen. Tevens bevat dit boek praktische en juridische informatie over zaken die bij de keuze voor kinderen door lesbische vrouwen een rol spelen.

Er is een duidelijk verschil of bij kunstmatige inseminatie gebruik gemaakt wordt van een donor die onbekend danwel bekend is. Een onbekende donor heeft tot nu toe geen rechten of plichten.

Bij een bekende donor hangt de rechtspositie van de moeder en de donor in de eerste plaats af van wat de partijen willen. Zijn donor en moeder het niet eens dan zijn zij tot nu toe afhankelijk van het oordeel van de rechter. Dit is ook het geval in de Utrechtse zaak, waar de donor een omgangsregeling wil met het kind dat na zelfinseminatie met zijn zaad is geboren. (Rechtspraak Nemesi 1989 nr 43)

Herzien regeringsstandpunt kinderopvang

De ministerraad is akkoord gegaan met een herzien regeringsstandpunt kinderopvang.

De ontwikkelingen binnen het emancipatiebeleid, de demografische ontwikkelingen, de arbeidsparticipatie van vrouwen en de positie van alleenstaande ouders is aanleiding om het standpunt uit 1984 te herzien.

Voor de uitbreiding van opvangmogelijkheden heeft de regering voor 1990 en komende jaren 130 miljoen beschikbaar gesteld. Van dit bedrag kunnen, indien werkgevers, werknemers, ouders en gemeenten hun aandeel evenzeer leveren, rond 60.000 extra opvangplaatsen en ongeveer 6.000 arbeidsplaatsen gecreëerd worden.

Het beleid zal zich met name gaan richten op het vergroten van kinderopvangmogelijkheden voor kinderen van 0 tot 4 jaar. Voor deze leeftijdscategorie is de behoefte het grootst en heeft het ontbreken van kinderopvang sterkere gevolgen voor de arbeidsparticipatie van vrouwen dan wanneer kinderen ouder zijn. Gelet op de verantwoordelijkheid van de gemeenten en het tekort aan plaatsen is besloten een aanvullende bijdrage te verstrekken via een tijdelijke stimuleringsmaatregel. Om technische redenen wordt op basis van het aantal woningen voor elke gemeente een bedrag voor uitbreiding van kinderopvang gereserveerd. Voorwaarde is dat zij mede met hulp van deze bijdrage, een door het Rijk vast te stellen aantal plaatsen kinderopvang realiseert. De keuze voor een bepaalde vorm van kinderopvang, gastouderopvang daaronder begrepen, en de uiteindelijke vormgeving van de voorziening wordt aan gemeenten overgelaten. Wel verdient het aanbeveling dat gemeenten de kinderopvang zoveel mogelijk organiseren in samenwerking met initiatieven die werkgevers en werknemers reeds ondernemen.

De regering benadrukt, evenals in 1984, dat ouders de eerstverantwoordelijken zijn voor de opvoeding en de wijze waarop zij in de opvang van hun kinderen willen voorzien. De overheid heeft de taak voorwaarden te scheppen dat ouders ook vorm kunnen geven aan deze verantwoordelijkheid.

Wijziging beleid Sociale Dienst Amsterdam

Tot nu toe werd aan de achtergebleven echtgenote van een Turkse dienstplichtige, die naar Turkije vertrok ter vervulling van zijn dienstplichten, geen bijstand verleend.

De Kroon stelde zich namelijk op het standpunt dat, indien een in Nederland verblijvende vreemdeling naar zijn land van herkomst vertrekt om zijn militaire dienstplicht te vervullen, de Nederlandse overheid de financiële gevolgen die daaruit voortvloeien voor de vreemdeling of voor het gezin niet voor haar rekening kan nemen.

De kosten van levensonderhoud van het achtergebleven gezin werden dus niet aangemerkt als noodzakelijke kosten van het bestaan in de zin van de Algemene Bijstandswet. Daarom werd geen bijstand verleend.

De Gemeentelijke Sociale Dienst heeft echter besloten haar beleid terzake die wijzigen en voortaan in bepaalde gevallen wel bijstand te verlenen, als het gezin niet in staat is in de kosten van het bestaan te voorzien.

Aanleiding voor het gewijzigde beleid is een uitspraak van de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur van de Raad van State. De Afdeling sprak uit dat in de Derde EEG-richtlijn de eis is opgenomen, dat mannen en vrouwen gelijk dienen te worden behandeld. Als de achtergebleven vrouw kan worden gerekend tot de beroepsbevolking, dient aan haar bijstand te worden verleend net als aan alleen in Nederland verblijvende mannen.

23 juni 1989

Kantonrechter frustreert gelijke behandeling

Voor ongehuwde ouders in Gouda en omstreken is het moeilijk samen de ouderlijke macht te krijgen. Gouda stelt extra eisen aan de ouders. De ouders in Gouda moeten hun medewerking verlenen aan een familiehoor. Dit betekent dat de verzoekers een lijst met vier namen van familieleden moeten opstellen, indien mogelijk van hun wederzijdse ouders. Hun wederzijdse ouders kunnen dan aan de kantonrechter hun mening geven over de opvoedkwaliteiten van hun kinderen. Niet alle ouders vinden dat een leuk idee.

Ongehuwden kunnen sinds enkele jaren samen de ouderlijke

macht over hun kind krijgen. Vroeger was dit niet zo. Vroeger werd de moeder meestal voogd en benoemde de kantonrechter de vader tot toezienend voogd.

Dankzij een uitspraak van de Hoge Raad is ouderlijke macht voor ongehuwden mogelijk. De Hoge Raad heeft vier eisen geformuleerd, waaraan de ouders moeten voldoen. De ouders moeten in de eerste plaats samen voor het kind zorgen. Verder moet de vader het kind hebben erkend. Beide ouders moeten het verzoek ondertekenen en in de laatste plaats mogen de belangen van het kind zich niet tegen de inwilliging van het verzoek verzetten.

De kantonrechter Gouda neemt een verzoek niet in behandeling als de ouders niet meewerken aan een familiehoor.

De Stichting Ombudsman heeft herhaaldelijk gebeld en geschreven naar het kantongerecht, maar dit is tot op heden zonder resultaat gebleven. Het kantongerecht werkt met plaatsvervangend kantonrechters en die wijzigen het beleid niet, zo zegt het kantongerecht. Ondertussen blijven verzoeken van ouders maanden liggen, terwijl de zaak in andere plaatsen in twee of drie weken geregeld is zonder familiehoor. Een merkwaardige en ongelijke situatie voor de in Gouda woonachtige ongehuwde ouders. Moeten zij dan toch maar trouwen of gaan verhuizen?

Voor nadere informatie: Stichting Ombudsman, mr E. van Dieren, tel. 035-722610/020-949750.

ER over contract compliance

Het is de overheid toegestaan om positieve-actiebedingen (contract compliance) op te nemen in haar overeenkomsten met aannemers. Dit is niet strijdig met bestaande wetgeving, zo schrijft de Emancipatieraad in zijn op 5 september uitgebrachte advies over de ambtelijke nota 'Meer kansen afdwingen'. Volgens deze nota is contract compliance wellicht in strijd met de EG-Richtlijnen inzake Openbare aanbesteding. Naar het oordeel van de raad is dit een onjuiste uitleg van de betreffende Richtlijn. Hij verwijst daarbij naar het Hof van Justitie van de EG. Dit Hof heeft in verschillende arresten bepaald dat het de EG-lidstaten vrij staat om naast genoemde Richtlijn eigen regels te stellen. Zo mag de overheid bijvoorbeeld eisen dat langdurig werklozen worden ingezet bij het uitvoeren van

een opdracht. Deze voorwaarde vereist wel gelijkelijke toepassing op de aanbieders van alle lidstaten, in verband met de in het EG-verdrag neergelegde vrijheid van mededinging.

De raad wijst erop dat het stimuleren van positieve actie door middel van contract compliance gelegitimeerd is, omdat het een methode is om de relatief hoge werkloosheid onder vrouwen te verminderen. Daarnaast is het een taak van de overheid om de structureel ongelijke machtsverhoudingen tussen vrouwen en mannen te bestrijden. Met deze legitimatie sluit de raad aan bij de doelstellingen van het emancipatiebeleid sinds 1985. De raad vindt dat de nota 'Meer kansen afdwingen' zich ten onrechte beperkt tot het inhalen van achterstanden, een voor het emancipatiebeleid inmiddels achterhaalde doelstelling.

In de overheidsnota wordt verder gesteld dat 'contract compliance als een onevenredig zwaar middel kan uitpakken en dat positieve actie moet worden overgelaten aan de sociale partners'. Daarmee suggereert de nota dat contract compliance en zelfregulering elkaar uitsluiten. Ten onrechte, want positieve actie is maatwerk dat alleen per bedrijfsorganisatie - met eigen regels - kan worden gerealiseerd. Contract compliance biedt daarbij een steuntje in de rug voor bedrijven, die optimaal gebruik willen maken van de talenten van vrouwen op de arbeidsmarkt en in de arbeidsorganisatie. Bovendien kunnen op deze wijze publieke en particuliere verantwoordelijkheden worden gedeeld, aldus de raad. Het advies 'Contract compliance' is gratis aan te vragen bij het bureau van de Emancipatieraad.

STEO Prioriteitsvelden 1990

De Stimuleringsgroep Emancipatie-Onderzoek (STEO) heeft besloten voor 1990 dezelfde prioriteitsvelden aan te wijzen als voor 1989, te weten: politiek/beleid/recht/wetgeving, beeld/taal, gezondheid/maatschappelijke dienstverlening.

Bij de STEO kunnen voor subsidiëring uit het Stimuleringsfonds Emancipatie-Onderzoek onderzoeksaanvragen op het gebied van emancipatie-onderzoek/vrouwenstudies worden ingediend.

De STEO betreft bij haar keuze voor prioriteitsvelden de mate waarin een onderzoeksgebied belangrijk is voor het emancipa-

tie-proces en de vrouwenbeweging (maatschappelijke relevantie). Daarnaast kijkt de STEO of op het betreffende onderzoeksterrein extra stimulering van emancipatie-onderzoek/vrouwenstudies nodig is (wetenschappelijke relevantie). En ook let zij in haar keuzebepaling van prioriteitsvelden op onderzoekspanningen elders; het gaat erom witte plekken op te vullen.

Onderzoeksvorstellen die vallen binnen een van de prioriteitsvelden maken de meeste kans op subsidie. Dit betekent niet dat andere onderzoeksthema's niet in aanmerking komen. Er is altijd sprake van een 'vrije ruimte'. Zo kunnen bijvoorbeeld ook onderzoeksaanvragen uit de bèta-wetenschappen worden ingediend.

1990 zal het laatste jaar zijn dat bij de STEO onderzoeksaanvragen kunnen worden ingediend voor opzetsubsidies (maximale looptijd 3 maanden) en zogenaamde 'groot' onderzoekssubsidies (maximale looptijd 12 maanden).

Meer informatie is schriftelijk aan te vragen bij: STEO, Lutherse Burgwal 10, 2512 CB Den Haag.

Collectieven als procespartij in de sociale advocatenparktijk

De Vereniging Soicale Advocatuur Nederland en de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (Keuzevak Theorie van de Sociale Rechtshulp) van de Universiteit van Amsterdam, in congres bijeen op zaterdag 21 oktober 1989,

overwegen dat de bestaande mogelijkheden op het gebied van het collectieve procederen eerder tot ontwikkeling zijn gekomen in de rechtspraak (jurisprudentie) dan ten gevolge van wetgeving;

stellen vast dat de hier bedoelde ontwikkeling nog niet ten einde is en een beëindiging daarvan ook niet wenselijk is;

spreken de wens uit dat bedoelde ontwikkeling op het gebied van bijvoorbeeld het sociale zekerheidsrecht, het contractenrecht en op het punt van het - middelen een collectieve procedure - doen vaststellen c.q. verkrijgen van schadevergoeding nog verder zal worden uitgebouwd: *verwerpen* het Voorontwerp Vorderingsrecht Belangenorganisaties¹, omdat dit de rechts-

ontwikkeling eerder terugdraait en blokkeert dan verder helpt.

1. Tekst Voorontwerp: 'Een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die in overeenstemming met zijn statuten belangen van anderen behartigt, kan, indien de bescherming van die belangen dit rechtvaardigt, in rechte vorderen dat een gedraging onrechtmatig wordt verklaard of dat een onrechtmatige gedraging wordt verboden.'

Groepsacties

Groepsactie is een mogelijkheid die de herziene Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid biedt. 1 juli 1989 is de herziene Wet van kracht geworden, sinds augustus is de nieuwe Commissie gelijke behandeling (CGB) geïnstalleerd, die tot taak heeft de naleving van de Wet te bevorderen. En 26 september jl. heeft de Stichting Landelijke Ombudsvrouw een zestal zaken in de vorm van groepsacties aan de Commissie voorgelegd.

Vóór 1 juli konden slechts benadeelde vrouwen zelf een klacht indienen bij de Commissie. Voor veel vrouwen bleek dat een te riskante onderneming; zij waren bang dat hun eigen belang daardoor geschaad kon worden. In zulke situaties kan nu de Stichting Landelijke Ombudsvrouw - of een andere belangenorganisatie met volledige rechtsbevoegdheid - bij de rechter of bij de CGB een groepsactie instellen. Niet alleen benadeelde individuen, ook (personeels)functionarissen, juristen, beleidsmakers, emancipatiewerksters, ondernemingsraadleden e.d. kunnen - desnoods anoniem - bij de Stichting Landelijke Ombudsvrouw discriminerende praktijken melden. Wij kunnen dan de zaak aanhangig maken.

Op deze manier zijn ook onderstaande zaken op één na, bij de Stichting Landelijke Ombudsvrouw binnengekomen. In alle gevallen vraagt de Stichting een oordeel van de Commissie, maar in sommige zaken ook een nader onderzoek, voorlichting en openbaarmaking van het oordeel.

De serie zaken toont weer eens duidelijk aan dat vrouwen gedurende hun hele loopbaan barrières tegenkomen, vanaf de toelating tot een beroepsop-

leiding, bij werving en selectie, in de arbeidsvoorwaarden, tot en met de VUT-regeling toe.

Toegang tot een beroepsopleiding: ons is ter orde gekomen dat medische faculteiten aan vrouwen die de chirurgie-opleiding willen doen, vragen een verklaring te ondertekenen waarin zij vastleggen tijdens de opleiding niet zwanger te zullen worden. Wij hebben de Commissie gevraagd deze geruchten te onderzoeken. Het voordeel van de Commissie is dat partij en verplicht zijn de door de Commissie gevraagde informatie te verstrekken.

Werving: uitzendbureau's gebruiken nog steeds bij het werven van uitzendkrachten vaak alleen de mannelijke functienaam. Duidelijk een overtreding van de Wet gelijke behandeling. Om dit aan te tonen heeft de Stichting Landelijke Ombudsvrouw foto's gemaakt van wervingsborden in etalages van 9 uitzendbureaus. Wij hebben de Commissie gevraagd haar oordeel openbaar te maken en voorlichting te verzorgen bij de betreffende organisaties over de Wet gelijke behandeling.

Selectie: een universiteit heeft vragen opgenomen over zwangerschap op het formulier dat tijdens de medische keuring ingevuld moet worden. Om preventieve gezondheidsmaatregelen te kunnen treffen, zegt de universiteit. Wij denken dat de antwoorden op deze vragen ook een rol kunnen spelen bij de selectie en hebben daarom aan de Commissie gevraagd of deze vragen toegestaan zijn.

Een ander knelpunt in de selectiefase ligt misschien bij de Rijks Psychologische Dienst. Naar aanleiding van een klacht en de testuitslagen van een gekeurde vrouw hebben wij het vermoeden dat geschiktheid vooral voor hogere functies gebaseerd is op een positieve waardering van eigenschappen die vooral bij mannen voorkomen en op een negatieve waardering van eigenschappen die vooral bij vrouwen voorkomen. Wij hebben de Commissie gevraagd hiernaar een onderzoek in te stellen.

Mochten vrouwen deze fase van opleiding, werving en selectie doorgemaakt zijn, dan hebben zij eindelijk de betaalde arbeidsmarkt bereikt. In veel gevallen werken zij dan als flexib-

le arbeidskracht of als part-timer, met ongunstige arbeidsvoorwaarden.

Oproepkrachten werken vaak geïsoleerd, hebben weinig contact met collega's en hun belangen worden vaak niet meegenomen door de medezeggenschapsorganen. De stand-by stewardessen van de KLM hebben daarom een eigen vereniging opgericht. Zij hebben al het één en ander bereikt en zijn nu in overleg over een minimumgarantie op werk en inkomen van 20 uur per maand.

De kwestie de de Stichting Landelijke Ombudsvrouw aan de Commissie heeft voorgelegd betreft het totaal verbreken van de relatie met een zwangere stand-by stewardess door de werkgever. Zij moet haar pasje en uniform inleveren en mag na de bevalling werv opnieuw het verzoek doen op als oproepkracht geregistreerd te worden.

In de herziene Wet gelijke behandeling valt onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap onder direct onderscheid.

De Stichting Landelijke Ombudsvrouw is zeer benieuwd naar het oordeel van de Commissie over deze zaak.

En tot slot de arbeidsvoorwaarden van part-timers op het einde van de rit op de arbeidsmarkt. Part-timers die minder dan 32 uur werken mogen geen gebruik maken van de VUT-regeling, is een bepaling in de CAO voor de levensmiddelenindustrie. Indirecte discriminatie?

De Commissie gelijke behandeling kan aan het werk.

Wij hechten groot belang aan de oordelen die de Commissie zal uitbrengen. Wij gaan er ook in eerste instantie vanuit dat betrokken bedrijven/instanties dat zullen doen en hun beleid zullen aanpassen. Als dat niet het geval is, zal de Stichting Landelijke Ombudsvrouw met andere middelen een gunstige afloop voor vrouwen bewerkstelligen. Wij denken aan gesprekken met betrokkenen, voorstellen doen ter verbetering en zonodig een vordering instellen bij de rechter. Ook dat is mogelijk in de vorm van een groepsactie.

Stichting Landelijke Ombudsvrouw,
Agath Beuk

STEUN HET WERK VAN DE STICHTING WOSG,

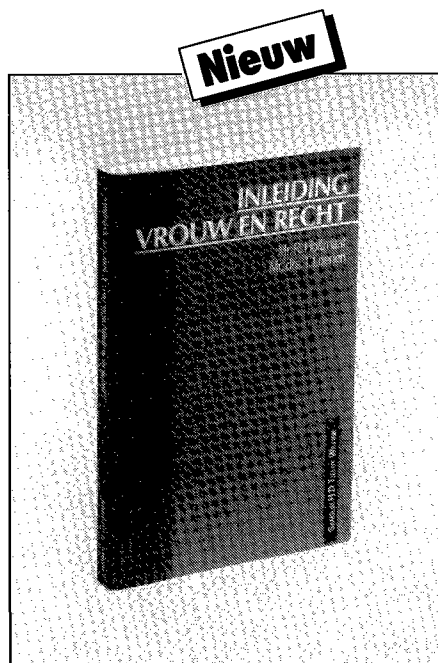
Wetenschappelijk Onderzoek omtrent
Seksualiteit en Geweld.

Incest, seksueel misbruik van meisjes in het gezin. Geweld tegen vrouwen in relaties. Mishandeling van kinderen. Decennia zijn deze problemen binnen de muren van relaties en gezinnen gebleven. De laatste jaren wordt na vele acties van de vrouwenbeweging steeds meer onderkend dat fysiek en seksueel geweld tegen vrouwen en kinderen een ernstig maatschappelijk probleem vormt. Met deze ontwikkeling is de behoefte aan informatie bij het publiek, hulpverlenende instanties en overheden toegenomen. De WOSG levert deze informatie door gedegen wetenschappelijk onderzoek te doen, deskundigheid te bundelen en kennis actief te verspreiden. De onderzoeken van Nel Draijer naar seksueel misbruik van meisjes door verwanten en van Renée Römken naar geweld tegen vrouwen in man/vrouwverhoudingen zijn bij de Stichting WOSG uitgevoerd. Het onderzoek bij de WOSG, een kleine ideële onderzoeksstichting, gebeurt echter onder zeer beperkte condities. Daarom ons beroep op u het werk van de WOSG te steunen door een eenmalige of periodieke bijdrage te storten op **giro 4758150, Amsterdam o.v.v. 'Vriendinnen en vrienden van de WOSG'.**

Inleiding Vrouw en Recht

Deze uitgave geeft een overzicht van de belangrijkste delen van het positieve recht die voor vrouwen van specifiek belang zijn en die gezien de sociaal-maatschappelijke positie van vrouwen knelpunten opleveren. De onderwerpen van het boek zijn thematisch en sluiten aan bij een aantal belangrijke zaken:

de lichamelijke integriteit, relaties met volwassenen en kinderen, arbeids- en inkomenszekerheid, moederschap en, voor buitenlandse vrouwen van groot belang, het recht om hier te lande te verblijven. Naast de genoemde thema's wordt afzonderlijk aandacht besteed aan de norm van gelijke behandeling, zoals die in het nationale en internationale recht is neergelegd.



Inleiding Vrouw en Recht bevat 250 pagina's en kost f 44,75 (inclusief BTW, exclusief verzendkosten). De auteurs zijn Mr. R. Holtmaat en Mr. drs. T. Loenen.

Het is verkrijgbaar via de boekhandel, maar ook rechtstreeks te bestellen via de bon of telefonisch: (01720) 6 68 22.

De bon kunt u opsturen in een envelop zonder postzegel naar Samsom H.D. Tjeenk Willink, Antwoordnummer 10153, 2400 VB Alphen aan den Rijn.



Samsom H.D. Tjeenk Willink

Bestelbon

Stuur mij rechtstreeks/via boekhandel*

..... ex. **Inleiding Vrouw en Recht** à f 44,75 ISBN 90 6092 355 3

Naam bedrijf/instelling:

T.a.v.: M/V

Functie:

Adres:

Postcode/Plaats:

Datum: Telefoon:

Handtekening:

W 01401



ARTIKEL 8 VAN HET EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS GARANDEERT HET RECHT OP ONGANG VAN EEN BIOLOGISCHE VADER MET ZIJN KIND...! EN DAAR U NIET ALLEEN DE BIOLOGISCHE VADER, MAAR OÓK, DE BIOLOGISCHE GROOTVADER BENT, GAAT DAT VOOR U NATUURLIJK DUBBEL EN DWARS OP!

INDO-CHINESE OVER VROUWEN EN RECHT