



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rechter over grenzen : de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht

Kuiper, B.A.

Citation

Kuiper, B. A. (2017, December 19). *Rechter over grenzen : de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht. Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58474>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58474>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/58474> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Kuiper-Slendeboek, B.A.

Title: Rechter over grenzen : de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht

Date: 2017-12-19

4.1 INLEIDING

Op 11 maart 1979 treedt het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) in werking voor Nederland. In datzelfde jaar wordt in Valkenburg een bezwaarschrift ingediend tegen een eerder besluit op grond van de plaatselijke Woonruimteverordening die vrouwelijke inwoners niet de mogelijkheid biedt zich voor een woning in te schrijven. Tegen het besluit dat dit bezwaarschrift ongegrond is wordt door de verzoekster beroep ingesteld bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State (ARRvS).¹ Anticiperend op de uitwerking van het Verdrag voert de ARRvS artikel 11 IVESCR – het recht op een adequate levensstandaard – aan in haar overwegingen en geeft het oordeel dat de plaatselijke verordening met onder andere dit artikel in strijd is.

Het gemak waarmee de Nederlandse rechter een artikel uit het IVESCR toepast zal echter geen gewoonte blijken. Amper een jaar later oordeelt de Hoge Raad dat hetzelfde verdrag geen subjectieve rechten bevat waarop particulieren een beroep kunnen doen maar slechts de overheid verplicht om deze rechten door middel van wetgeving en beleidsmaatregelen te realiseren.² Na inwerkingtreding van de herziene Grondwet in 1983 onderbouwt de Hoge Raad deze overweging door het benoemen van de relevante wetgeving.³ Bepalingen uit het IVESCR zijn volgens hem

‘geen een ieder verbindende bepaling (...) in de zin van artikel 94 Grondwet waarop de burgers rechtstreeks een beroep kunnen doen voor de nationale rechter.’⁴

Het oordeel dat de artikelen uit het IVESCR niet rechtstreeks werken blijft in de Nederlandse rechtspraak de boventoon voeren.

1 ARRvS (vz.) 10 mei 1979, ECLI:NL:RVS:1979:AM4636.

2 HR (strafkamer) 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3950, NJ 1980/266.

3 Artikel 66 van de Grondwet van 1956 luidt: ‘De overeenkomsten verbinden een ieder voor zover zij zijn bekend gemaakt’. In het tweede Nyugat-arrest (HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2) bepaalt de Hoge Raad dat dit artikel betekent dat de rechter het Nederlands recht onder andere niet mag toetsen aan niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Dit stond model voor de artikelen 93 en 94 van de Grondwet van 1983. De rechtsregel bestond dus al vòòr opname in de Grondwet. Zie ook: Fleuren 2004, p. 27-31.

4 HR (strafkamer) 6 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB9594, NJ 1984/557.

Dit hoofdstuk gaat over het verdrag als bron van internationaal recht en de Nederlandse kwalificatie van ‘niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen’, oftewel de rechtstreekse werking. Uitgangspunt is de vraag hoe de nationale rechter vaststelt welke bepaling rechtstreeks werkt en welke niet. Vervolgens wordt aan de hand van de nationale rechtspraak gekeken naar de methoden die de rechter gebruikt om betekenis toe te kennen aan de categorie ‘niet een ieder verbindende verdragsbepalingen’.

Hierna volgt een korte inleiding op het onderwerp aan de hand van het grondwettelijke begrip ‘een ieder verbindend’, het IVESCR en de opzet van dit hoofdstuk.

4.1.1 De rechtstreekse werking van verdragsbepalingen

Een verdrag legt afspraken tussen staten vast.⁵ Volgens het beginsel *pacta sunt servanda* – artikel 26 Weens Verdragenverdrag⁶ – verbinden staten zich door ondertekening van een verdrag tot nakoming van de hierin opgenomen afspraken. Een internationaal gesloten verdrag werkt door in de nationale rechtsorde volgens de daarvoor in het nationale recht gestelde regels. In Nederland wordt deze doorwerking beheerst door de Grondwet – met name de artikelen 91, 93, 94 en 120 – en de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Artikel 93 Grondwet geeft de rechtstreekse werking aan van bepaalde internationale rechtsbronnen:

‘Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.’

In artikel 94 Grondwet is de term ‘een ieder verbindende bepalingen’ het criterium om aan deze rechtsbronnen voorrang op nationale wettelijke voorschriften te geven:

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’

De een ieder verbindendheid van internationale bepalingen wordt bij botsing met nationale wet- en regelgeving door de Nederlandse rechter vastgesteld. Particulieren kunnen dan een rechtstreeks beroep doen op deze verdragsbepalingen en de rechter past deze toe. Het door de rechter en in de literatuur gebruikte synoniem ‘rechtstreekse werking’ zal in dit hoofdstuk worden gebruikt voor de term ‘een ieder verbindend’ uit de artikelen 93 en 94 Grondwet.⁷

5 Ook kunnen verdragen worden gesloten tussen staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties onderling.

6 Trb. 1972, 51.

7 Zie ook: Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 130-131.

Gegeven het onderscheid – er bestaan bepalingen die rechtstreeks werken en dus ook bepalingen die dit niet doen – rijst de vraag waarop dit onderscheid berust: hoe beoordeelt de Nederlandse rechter of er sprake is van een rechtstreeks werkende bepaling en hoe gaat hij om met bepalingen die hij niet rechtstreekse werkend acht. Als invalshoek voor deze case-study wordt gebruik gemaakt van de Nederlandse rechtspraak over het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten. In de zaken over het IVESCR wordt door de rechter vaak teruggegrepen op in eerdere zaken aangenomen criteria voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van internationale bepalingen. Daarom komen in dit hoofdstuk ook zaken over andere internationale verdragen en besluiten aan de orde wanneer de rechter daarin een algemene richtlijn geeft voor het vaststellen van rechtstreeks werkende bepalingen welke ook kan worden toegepast op het IVESCR.

4.1.2 Het verdrag: het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten

Het IVESCR bevat sociale grondrechten gericht op de bescherming van (groepen van) particulieren. Daarom is doorwerking binnen de nationale rechtsorde van groot belang. De Nederlandse staat is partij bij dit verdrag en daarmee verantwoordelijk voor deze doorwerking. Hierbij spelen onder anderen de wetgever en de rechter een rol. Overigens gaat dit hoofdstuk niet over de verdeling van taken tussen rechter en wetgever of (het morele belang van) de doorwerking van sociale grondrechten in het algemeen of het IVESCR in het bijzonder. Het IVESCR wordt slechts als aanleiding gebruikt voor een analyse van de werking van niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen in het Nederlandse recht.

Het IVESCR behoort tot de zogenoemde *International Bill of Rights*.⁸ Het is opgesteld door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en aangenomen op 19 december 1966.⁹ Nederland heeft het Verdrag op 25 juli 1969 ondertekend en op 11 december 1978 geratificeerd. Het is tegelijk met het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) op 11 maart 1979 in werking getreden. Bij het IVESCR zijn door Nederland – behalve voor artikel 8 lid 1(d) betreffende het onthouden van stakingsrecht aan ambtenaren op de Nederlandse Antillen – geen voorbehouden gemaakt.¹⁰ Dit betekent dat Nederland zich door ondertekening heeft gebonden aan alle bepalingen van dit verdrag.

8 De *International Bill of Rights* bestaat naast het IVESCR uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (10 december 1948) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

9 *Trb.* 1972, 51.

10 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 60 (MvT).

In de aanloop naar de ratificatie heeft de Nederlandse regering overwogen – gebaseerd op jurisprudentie van de Hoge Raad¹¹ – dat bepalingen van het IVESCR in het algemeen geen rechtstreekse werking hebben. Dit wordt gerelateerd aan de aard, inhoud en bewoordingen van het verdrag:

‘[A]ard en inhoud (...), alsmede de formulering van de artikelen, wijzen uit dat het verdrag is afgestemd op geleidelijke en toenemende verwezenlijking door middel van wetgeving en andere uitvoeringsmaatregelen.’¹²

Deze overweging impliceert dat de toepassing van het IVESCR in handen ligt van de wetgever: door het ontwikkelen van wetgeving zal aan de verdragsbepalingen uitvoering in de nationale rechtsorde worden gegeven. Hierbij moet rekening worden gehouden met het bepaalde in artikel 27 Weens Verdragenverdrag (WVV): het nationale recht mag niet in de weg staan aan de tenuitvoerlegging van (bepalingen van) verdragen. Dit verdragsartikel weerklinkt ook in de reactie van de Nederlandse regering op de voorbehouden van de regering van Bangladesh ten aanzien van de bepalingen 2, 3, 7 en 8 van het IVESCR in verband met hun beperktere nationale wetgeving:

‘The Government of the Kingdom of the Netherlands considers that such reservations which seek to limit the responsibilities of the reserving State under the Covenant by invoking national law, may raise doubts as to the commitment of this State to the object and purpose of the Covenant and, moreover, contribute to undermining the basis of international treaty law. It is in the common interest of States that treaties to which they have chosen to become parties should be respected, as to object and purpose by all parties.’¹³

Deze reactie wekt verwachtingen ten aanzien van de doorwerking van bepalingen uit het IVESCR in Nederlandse wetgeving. Toch wordt bij de Nederlandse rechter regelmatig een rechtstreeks beroep gedaan op het IVESCR met het argument dat nationale wetgeving de rechtstreekse werking van rechten uit dit verdrag belemmert of onjuist interpreteert. Wanneer een dergelijk beroep wordt beoordeeld, leiden de uitspraken in deze zaken tot een inzicht in de werkwijze van de Nederlandse rechter met betrekking tot het vaststellen van de rechtstreekse werking van internationale bepalingen en de toepassing van niet rechtstreeks werkende bepalingen.

Het IVESCR wordt vaak in combinatie met andere mensenrechtendocumenten aangehaald. Voorbeeld zijn het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind en het Europees Sociaal Handvest.

11 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 932, 3, p. 12.

12 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 932, 3, p. 13.

13 United Nations, *Treaty Series*, UN Doc C.N.781.2001.TREATIES-6 (Depository Notification), 5 oktober 2001, vol. 993, p. 20.

4.1.3 Opzet van dit hoofdstuk

Een groot aantal uitspraken waarin het IVESCR wordt aangehaald of een rol speelt wordt in de volgende paragrafen besproken. De focus ligt op de overwegingen van de verschillende rechtscolleges. Daaruit zijn conclusies te trekken over de methode voor het bepalen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen door de Nederlandse rechter en de betekenis die wordt toegekend aan niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen.

De Nederlandse rechter gebruikt onder andere de bewoordingen van de bepaling en de context van het geval. De eerste rechtszaken na inwerkingtreding van het IVESCR doen zich voor bij de Centrale Raad van Beroep, later worden er ook zaken behandeld door de Hoge Raad. Deze volgorde wordt ook aangehouden in de casestudy: eerst zal de werkwijze van de Centrale Raad van Beroep worden belicht (paragraaf 4.2.1) en daarna de werkwijze van de Hoge Raad (paragraaf 4.2.2).

Dat een verdragsbepaling niet rechtstreeks werkt, neemt niet weg dat aan deze bepaling alsnog een zekere invloed kan worden toegekend. Er zijn twee methoden te onderscheiden die in paragraaf 4.3 worden uitgewerkt. De eerste methode is doorwerking via de toepassing en uitleg van nationale en een ieder verbindende internationale bepalingen. De tweede methode is het gebruik van de norm uit niet rechtstreeks werkende bepalingen als minimumnorm waaraan de wijziging van nationale wet- en regelgeving moet worden getoetst. De algemene criteria voor vaststelling van rechtstreekse werking en overige methoden van doorwerking worden samengebracht in de conclusie in paragraaf 4.4. In Hoofdstuk 8 worden deze bevindingen gebruikt om een algemene handleiding te formuleren voor het gebruik van internationale rechtsbronnen door de Nederlandse rechter.

4.2 DE CRITERIA VOOR DE RECHTSTREEKSE WERKING

De criteria voor het bepalen van de rechtstreekse werking van de verschillende IVESCR-bepalingen worden na inwerkingtreding van dit verdrag voor het eerst geformuleerd in de bestuursrechtspraak.¹⁴ De Centrale Raad van Beroep acht de aard en inhoud van de bepaling en de casus en context van belang. Hij laat hierbij ruimte voor mogelijke rechtstreekse werking van IVESCR-bepalingen. Ook de Hoge Raad spreekt zich een aantal keer uit over deze werking. Hij oordeelt in straf- en civiele zaken echter vrijwel steeds dat het IVESCR niet rechtstreeks werkt gezien diens adressering aan staten en de verplichting van de overheid om gevolg te geven aan de in dit verdrag vervatte grondrechten.¹⁵ Deze verwijzing naar de rol van de wetgever wordt

14 Zie ook Jakobs 1985, p. 18.

15 Onder andere in HR (strafkamer) 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3950, NJ 1980/266, HR 17 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AD6554, NJ 1981/141 en HR (strafkamer) 6 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB9594, NJ 1984/557.

door de rechter al snel uitgebreid met andere criteria voor het bepalen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen.

4.2.1 De Centrale Raad van Beroep: aard en inhoud, casus en context

In 1984 speelt een zaak tussen het bestuur van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam en diens werknemers over de inhouding van salarissen als gevolg van de Wet interim inhouding salarissen onderwijs (WIISO), terwijl in andere Amsterdamse ziekenhuizen vergelijkbare functies volgens landelijke regelingen hogere salarissen kennen. Deze inhoudingen worden in eerste aanleg door het Ambtenarengerecht nietig verklaard wegens schending van rechtstreeks werkende bepalingen uit het IVESCR.¹⁶ In 1986 wordt in hoger beroep anders geoordeeld. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) haalt het in de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet weergegeven uitgangspunt van de regering aan dat de materiële bepalingen van het IVESCR in het algemeen geen rechtstreekse werking hebben.¹⁷ De CRvB vindt het echter te ver gaan om aan een bepaling als artikel 7(a)(i) IVESCR nooit rechtstreekse werking toe te kennen.¹⁸ Volgens hem

‘behoeft het niet bij voorbaat uitgesloten te worden geacht dat zich situaties voordoen waarin genoemde verdragsbepaling zich naar haar aard voor rechtstreekse toepassing en dus voor rechtstreekse rechterlijke toetsing leent.’¹⁹

Gezien het ‘stadium van de rechtsontwikkeling’ geeft de CRvB geen algemene benadering voor het bepalen van de rechtstreekse toepassing van (artikel 7(a)(i) van) het IVESCR. De rechtstreekse toepassing is volgens hem afhankelijk van de aard van de bepaling, de aard van de inbreuk en de omstandigheden van het geval. Voor dit laatste acht hij van belang in hoeverre ‘sprake is van een wezenlijke dan wel slechts van een perifere aantasting van het verdragsartikel’, of het gaat om het handhaven van een nog steeds bestaande ongelijkheid of het ongedaan maken van een reeds bestaande gelijkheid en hoe de ‘maatschappelijke en juridische context’ waarbinnen het verdragsartikel moet functioneren, gestructureerd is.²⁰

16 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252 m.nt. A.W. Heringa.

17 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 12-13 (MvT).

18 Artikel 7(a)(i) IVESCR: De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden, die in het bijzonder het volgende waarborgen:

(a) Een beloning die alle werknemers als minimum het volgende verschaft:

(i) Een billijk loon en gelijke beloning voor werk van gelijke waarde zonder onderscheid van welke aard ook; in het bijzonder dienen aan vrouwen arbeidsvoorwaarden te worden gewaarborgd die niet onderdoen voor die welke op mannen van toepassing zijn, met gelijke beloning voor gelijk werk.

19 CRvB 3 juli 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AM9384.

20 CRvB 3 juli 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AM9384.

De CRvB vindt de feitelijke gegevens in deze zaak onvoldoende voor het doen van een uitspraak en besluit dat nadere inlichtingen ingewonnen moeten worden. In 1989 wordt de zaak met een college bestaande uit twee dezelfde rechters en één nieuwe rechter voortgezet. De CRvB preciseert de door hem in 1986 gedane uitspraak:

‘De vraag naar de rechtstreekse werking dient ingevolge de art. 93 en 94 Grondwet te worden beantwoord aan de hand van de verdragsbepalingen zelve. Naar ‘s Raads oordeel is ten aanzien van het IVESCR van belang, dat de rechtstreekse werking van enige bepaling van het IVESCR een volstreekte uitzondering is op het algemene karakter van dit verdrag.’²¹

De rechtstreekse werking van IVESCR-bepalingen is volgens de CRvB een ‘volstreekte uitzondering’ waarvan alleen sprake is wanneer

‘niet alleen de desbetreffende verdragsbepaling naar haar aard en inhoud en door een toereikende duidelijkheid en toegespitstheid zich voor rechtstreekse werking leent, maar wanneer tevens de casus waarop en de context waarin toepassing van die verdragsbepaling wordt gevraagd voldoende gestructureerd en geconcretiseerd is om een dergelijke rechtstreekse en afdwingbare toepassing verantwoord te doen zijn.’²²

In de tijd die verstrijkt tussen beide uitspraken lijkt een verandering van standpunt te hebben plaatsgevonden.²³ Gaat de CRvB er in 1986 nog van uit dat het mogelijk is dat verdragsbepalingen rechtstreeks toegepast worden, in 1989 formuleert hij zwaardere criteria voor deze rechtstreekse werking en ook de voorwaardelijkheid die daaraan gesteld wordt is opvallend. De ruime norm die de CRvB in 1986 hanteert met betrekking tot sociale grondrechten – rechtstreekse werking moet mogelijk zijn – wordt in 1989 beperkt tot een uitzondering wanneer zowel aard en inhoud van het verdrag als de casus en context van het voorliggende geval zich voor toepassing lenen. De CRvB sluit hiermee de openstaande deur tot op een kleine kier waar het gaat om de rechtstreekse werking van bepalingen uit het IVESCR.

In deze uiteenzetting van criteria die de rechter vaststelt voor het bepalen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen is een uitleg van het criterium ‘context’ van belang vanwege de verschillende wijzen waarop dit criterium wordt gebruikt. Fleuren onderscheidt twee verschillende werkwijzen waarop de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen wordt gebaseerd.²⁴ De eerste is de abstracte of dichotome benadering waarbij de verbindendheid inherent is aan de uitleg van de bepaling: onafhankelijk van de casus waarin de bepaling wordt ingeroepen is deze hetzij rechtstreeks werkend, hetzij niet rechtstreeks werkend. De tekst van artikel 93 Grondwet

21 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, AB 1989/164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

22 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, AB 1989/164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

23 Zie ook de noot van F.M.C. Vlemminx bij CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375, JB 1997/158.

24 Fleuren 2004, o.a. p. 68-69, 410.

werkt dit in de hand: er zijn bepalingen die naar hun inhoud een ieder verbinden, en overige bepalingen.²⁵ De tweede is een concrete of contextuele benadering waarbij verschillende factoren in het concrete geval de rechtstreekse werking bepalen: gelet op het voorgelegde geval, de bevoegdheden van de rechter, de casus en de relevante wet- en regelgeving heeft de rechter de mogelijkheid een bepaling rechtstreeks toe te passen. Dezelfde bepaling kan dus in het ene geval rechtstreeks werken en in het andere geval niet. De contextuele benadering kan als doel hebben de effectiviteit van sociale mensenrechten te vergroten.²⁶ Beide benaderingen worden in de rechtspraak gebruikt.

Minder gebruikelijk is de variant die de CRvB gebruikt in zijn uitspraak in 1989: door middel van de context van het geval wordt de rechtstreekse werking van de verdragsbepaling gebaseerd op de mogelijkheid van toepassing. Het belang van een onderscheid tussen de vraag naar toepassing van een verdragsbepaling en de vraag naar de rechtstreekse werking ervan wordt door deze werkwijze duidelijk. In de bovenstaande zaak uit 1989 voegt de CRvB een extra element toe aan de in 1986 vastgestelde contextuele benadering: rechtstreekse werking kan niet snel worden aangenomen wanneer de ongelijkheid niet door één en dezelfde instantie kan worden ongedaan gemaakt:

‘Het vorenstaande brengt reeds dadelijk mede, dat een bevoegd gezag moet kunnen worden aangewezen dat voor de ongelijkheid verantwoordelijk is en tot herstel daarvan competent. Mede in verband hiermede kan rechtstreekse werking niet licht worden aanvaard in een situatie waarin de vergeleken gevallen niet onder hetzelfde bevoegde gezag ressorteren.’²⁷

De CRvB gebruikt de omstandigheden van het geval om de rechtstreekse werking van een bepaling uit het IVESCR vast te stellen. Het ontbreken van ‘hetzelfde bevoegde gezag’ acht de CRvB bepalend voor de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling. De praktische aspecten omtrent het opheffen van een verdragschending zouden echter geen rol moeten spelen bij het vaststellen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling.²⁸ Dit wordt door Hennekens beaamd in zijn noot bij de zaak uit 1989: de redenering van de CRvB acht hij ‘niet relevant’.²⁹ Ook volgens de Hoge Raad dient de vraag of een bepaling rechtstreeks werkt te worden gevonden ‘aan de hand van het desbetreffende verdrag of de inhoud van de verdragsbepaling zelf’.³⁰

25 Fleuren 2004, p. 68.

26 Fleuren 2004, o.a. p. 69, 420-421.

27 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328.

28 Zie ook artikel 27 Weens Verdragenverdrag: de nationale situatie mag geen belemmering zijn voor het uitvoeren van verdragen.

29 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, AB 1989/164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

30 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0655, NJ 2009/540.

Na deze eerste zaak wordt in de rechtspraak van de CRvB een constantere lijn zichtbaar wat betreft de criteria voor de vaststelling van rechtstreekse werking. Meestal volstaat hij met enkel een verwijzing naar de vaststelling van het ontbreken van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling in een eerdere uitspraak.³¹ Over het algemeen beoordeelt de CRvB de rechtstreekse werking van bepalingen uit het IVESCR aan de hand van de inhoud van de artikelen 93 en 94 Grondwet, de bewoordingen en strekking van de internationale bepalingen en onderschrijft hij in zijn uitspraken nadrukkelijk het standpunt van de regering bij de goedkeuringswet, verwoord in de Memorie van Toelichting.³² Een voorbeeld uit een willekeurige zaak:

‘Zoals de Raad reeds eerder heeft geoordeeld, onder meer in zijn uitspraak van 25 mei 2004, LJN: AP0561, met betrekking tot de artikelen 11 en 12 van het IVESCR, kunnen deze bepalingen niet worden aangemerkt als een ieder verbindende bepalingen als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Gelet op de bewoordingen en strekking van deze bepalingen is daarin veeleer sprake van algemeen geformuleerde sociale doelstellingen, tot het nastreven en verwezenlijken waarvan in hun regelgeving de verdragsstaten zich hebben verbonden, dan van een door die verdragsstaten erkend recht, waarop burgers zich in hun nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen. In dit verband verdient vermelding dat in de Memorie van Toelichting bij de wet tot goedkeuring van het IVESCR (Bijl. Hand. II 1975-1976 13 932, nr. 3) is opgemerkt dat de bepalingen van dit verdrag ‘in het algemeen’ geen rechtstreekse werking zullen hebben.’³³

De bewoordingen en strekking, vaak gekoppeld aan de Memorie van Toelichting, zijn nog steeds de criteria voor het bepalen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling. Meestal leidt het toetsen aan deze criteria tot het oordeel dat de bepaling niet rechtstreeks werkt.³⁴ De uitzonderingen hierop worden behandeld in paragraaf 4.3, maar eerst wordt in de volgende paragraaf stilgestaan bij de nuance op deze criteria in de rechtspraak van de Hoge Raad.

4.2.2 De Hoge Raad: bepaalbaarheid en bewoordingen

Net als de Centrale Raad van Beroep legt ook de Hoge Raad nadruk op de bewoordingen van internationale bepalingen voor het beoordelen van de rechtstreekse werking, bijvoorbeeld in het harmonisatiewetarrest uit 1989 over artikel 13 IVESCR, het recht op onderwijs:

31 Zie de CRvB-uitspraak van 8 juli 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT9102.

32 Zie bijvoorbeeld de CRvB-uitspraken van 29 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2889; 11 juni 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI9325; 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; 11 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB5687; 25 mei 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AP0561.

33 CRvB 1 november 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU5600.

34 Bijvoorbeeld: CRvB 6 juli 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AK3372; Rb. Den Haag 7 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY1710; RvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882, JV 2007/96; HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354, r.o. 3.3.3 (*Clara Wichmann/Staat*).

‘Dat het hier niet om een ieder verbindende bepalingen gaat, blijkt reeds uit hun bewoordingen: art. 13 lid 2 zegt onder c dat het hoger onderwijs ‘door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs’ ‘toegankelijk dient te worden gemaakt’, terwijl onder e, voor zover hier van belang, wordt gezegd dat ‘een passend stelsel van studiebeurzen in het leven dient te worden geroepen’. Bovendien gaat het hier om bepalingen die betrekking hebben op door de overheid jegens burgers te verrichten prestaties; dergelijke bepalingen kunnen in het algemeen bezwaarlijk zonder nadere uitwerking in de rechtsorde functioneren, zodat rechtstreekse werking niet voor de hand ligt.’³⁵

Uit de verdragsbepaling blijkt volgens de Hoge Raad dat eerst een passende uitwerking in nationale wetgeving moet plaatsvinden vóórdat de Nederlandse rechter deze bepaling kan toepassen. Daarnaast is het inrichten van het onderwijsstelsel een taak voor de overheid, niet voor de rechter. Ook verwijst de Hoge Raad in het harmonisatiewetarrest naar de Memorie van Toelichting (m.v.t.):

‘Tenslotte kan in dit verband worden gewezen op de m.v.t. bij de Wet tot goedkeuring van het IVESC waar is opgemerkt dat de bepalingen van dit verdrag ‘in het algemeen’ geen rechtstreekse werking zullen hebben (Bijl. Hand. II 1975-1976, 13932, nr. 3, p. 12/13); niet valt in te zien waarom te dezen een uitzondering op deze algemene regel zou moeten worden gemaakt.’³⁶

De bewoordingen van de bepaling duiden op het nemen van maatregelen, wat behoort tot de taak van de overheid het Nederlandse onderwijssysteem in te richten. Daarnaast kijkt de Hoge Raad naar de opmerkingen van de regering in de Memorie van Toelichting dat bepalingen uit het IVESCR geen rechtstreekse werking hebben. Om deze twee redenen wordt artikel 13 IVESCR niet een ieder verbindend geacht.

Een jaar later, in 1990, herhaalt de Hoge Raad het criterium van de bewoordingen en beroept zich op de inhoud en de strekking van de bepaling om daarmee de rechtstreekse werking van artikel 7(a)(i) IVESCR te ontkennen. Dit doet hij in een zaak tussen het NWO en diens werknemer over de korting van salarissen op grond van de WIISO:

‘In de eerste plaats is hier de inhoud van deze bepaling van belang. Daarin wordt geheel in het algemeen zonder enige andere uitwerking – afgezien van het hier niet aan de orde zijnde vervolg betreffende gelijke beloning van mannen en vrouwen – gesproken over het waarborgen van “billijk loon” en over een gelijke beloning van werk van “gelijke waarde”; een dergelijke algemene formulering kan op een zo omvangrijk terrein als het onderhavige bezwaarlijk in de rechtsorde functioneren zonder nadere uitwerking, zodat rechtstreekse werking niet voor de hand ligt.’³⁷

35 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469, r.o. 5.3, (*Harmonisatiewet*).

36 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469, r.o. 5.3 (*Harmonisatiewet*).

37 HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, NJ 1992/636, r.o. 3.2.

Voor het afwijzen van rechtstreekse werking van de bepaling is het van belang dat deze gericht is tot de staat en dat het de wetgever is die zorg draagt voor uitwerking van deze verdragsbepaling. De Hoge Raad beroept zich voor deze opvatting wederom op de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet.³⁸

Volgens de Hoge Raad speelt naast de inhoud en adressering ook de geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag een rol. In een arrest uit 1986 over het stakingsrecht van medewerkers van de Nederlandse Spoorwegen redeneert hij over de rechtstreekse werking van een ander verdrag, het Europees Sociaal Handvest:

‘Of de verdragsluitende Staten al dan niet hebben beoogd (...) directe werking toe te kennen, is niet van belang nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen dat (...) die werking niet mag worden toegekend. Bij deze stand van zaken is naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?’³⁹

Dit arrest en deze criteria worden door de Hoge Raad jarenlang gebruikt als de standaard wanneer het gaat om het vaststellen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling. Zoals in 2011, wanneer de rechtstreekse werking van bepalingen uit het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (Vrouwenverdrag) aan de orde komt in een zaak tussen de Nederlandse staat en de Stichting Clara Wichmann, belangenbehartiger voor de maatschappelijke en juridische positie van vrouwen. Deze zaak gaat over het intrekken van de regeling die vrouwelijke zelfstandigen recht geeft op een uitkering bij zwangerschap en bevalling. De Stichting voert aan dat de staat handelt in strijd met artikel 11(2)(b) Vrouwenverdrag – het recht op zwangerschapsverlof met behoud van loon. De Hoge Raad herhaalt 25 jaar na dato in grote lijnen de tekst uit het Spoorwegstakingsarrest:

‘Nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Vrouwenverdrag valt af te leiden dat de verdragsluitende Staten zijn overeengekomen dat aan art. 11 lid 2, onder b, geen rechtstreekse werking mag worden toegekend, is voor het antwoord op de vraag of die verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft, de inhoud van de bepaling beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren. Van belang is of een bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door de rechter te worden toegepast.’⁴⁰

38 HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, r.o. 3.2, NJ 1992/636, m.nt. E.A. Alkema.

39 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986/688, r.o. 3.2 (*Spoorwegstaking*).

40 HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354, r.o. 3.3.3 (*Clara Wichmann/Staat*).

De Hoge Raad gaat eerst na of de verdragsluitende staten zijn overeengekomen dat de verdragsbepaling niet rechtstreeks werkt. Dit moet te vinden zijn in tekst en geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag.⁴¹ Daarna wordt gekeken naar de inhoud van de bepaling, geformuleerd in de vorm van de twee samenhangende deelvragen uit het Spoorwegstakingsarrest:⁴² beslissend is of de bepaling de Nederlandse wetgever verplicht tot het treffen van een nationale regeling met een bepaalde inhoud of strekking, of dat deze bepaling van dien aard is dat zij in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren. De Hoge Raad voegt aan deze vragen toe dat de uitkomst van de vraag of de bepaling zonder meer als objectief recht kan functioneren ervan afhangt of deze 'onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is'.⁴³ De CRvB noemde dit in 1989 de 'toereikende duidelijkheid en toegespitstheid' van de verdragsbepaling.⁴⁴

De inhoud en adressering hebben een vaste plaats in de IVESCR-rechtspraak, zij het vaak in verkorte vorm waardoor de twee deelvragen in nauwe samenhang worden gesteld. Dit is het geval wanneer verschillende belangenbehartigers van studenten ageren tegen de Wet langstudeerders bij de Rechtbank Den Haag. Zij doen onder andere een beroep op artikel 13 IVESCR, het recht op onderwijs en vrije schoolkeuze. De rechtbank overweegt:

'De rechtbank ziet voorts evenmin grond om af te wijken van vaste rechtspraak betreffende het door ISO c.s. ingeroepen artikel 13 IVESCR. Uit deze rechtspraak volgt dat dit artikel geen eenieder verbindende bepaling als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet betreft, nu artikel 13 IVESCR slechts verplichtingen oplegt aan de verdragsluitende staten en zich, gezien de bewoordingen, aard en strekking, niet leent voor rechtstreekse toepassing.'⁴⁵

In deze zaak wordt de redenering gevolgd dat wanneer inhoud en strekking van een verdragsbepaling verplichtingen oplegt aan de staat, deze verdragsbepaling door de rechter niet rechtstreeks kan worden toegepast.

In 2014 verduidelijkt de Hoge Raad deze route in een uitspraak tussen de Nederlandse staat en de Nederlandse Nietrokersvereniging CAN over de vrijstelling van het rookverbod voor kleine cafés. Hierbij komt artikel 8(2) Kaderverdrag Wereldgezondheidsorganisatie⁴⁶ aan de orde, dat luidt:

41 Fleuren 2004, p. 259: 'Normaliter is er geen aanleiding te veronderstellen dat de verdragspartijen zijn overeengekomen dat aan de bepaling geen een ieder verbindende kracht mag worden toegekend.'

42 Zie ook de noot van Philipsen bij HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AB 2015/21, para. 4.

43 Zie ook de noot van Philipsen bij HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, AB 2015/21, para. 5.

44 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, AB 1989/164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

45 Rb. Den Haag 11 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX0977, r.o. 5.11.

46 Trb. 2003, 127.

‘Each Party shall adopt and implement in areas of existing national jurisdiction as determined by national law and actively promote at other jurisdictional levels the adoption and implementation of effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places.’

Volgens het hof is de inhoud van de bepaling voldoende duidelijk en daarom rechtstreeks werkend. De door de Nederlandse Tabakswet gestelde uitzondering voor kleine cafés is hiermee in strijd. In cassatie wordt door de staat opgekomen tegen de redenering van het hof en aangevoerd dat artikel 8(2) Kaderverdrag onvoldoende duidelijk is en ongeschikt om rechtstreeks door de rechter te worden toegepast. De Hoge Raad zet in reactie hierop heel duidelijk de stappen voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet uiteen:

‘De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van de art. 93 en 94 Gw, dient te worden beantwoord door uitleg daarvan. Die uitleg moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (...) Indien noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Het gaat erom of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast (vgl. HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354). Indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren. Anders dan de Staat betoogt, betekent het enkele bestaan van keuze- of beleidsvrijheid dus niet dat geen sprake kan zijn van rechtstreekse werking.’⁴⁷

De twee deelvragen voor het bepalen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling blijven dezelfde, namelijk de bedoeling van verdragssluitende partijen en de inhoud en strekking van de bepaling. Echter, de Hoge Raad behandelt de strekking van de bepaling niet langer als een tweesprong van gescheiden wegen: óf gericht aan de staat en dus niet rechtstreeks werkend óf voldoende nauwkeurig omschreven en dus rechtstreeks werkend. De Hoge Raad stelt vast dat deze twee wegen kunnen samengaan: de opdracht aan de staat en daarmee de wetgever om nationale wetgeving aan te nemen met een bepaald doel neemt niet weg dat een bepaling nog steeds onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is omschreven om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast. Dit hangt hij op aan een contextuele benadering: de rechtstreekse werking hangt ook af van de context, de omstandigheden van het geval waarin deze

47 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, r.o. 3.5.1-3.5.3, NJ 2015/12, m.nt. E.A.A. Alkema.

bepaling wordt ingeroepen en kan worden toegepast.⁴⁸ Dit betekent dat een bepaling voor haar rechtstreekse werking niet afhankelijk is van het antwoord op de vraag of daarin een taak is weggelegd voor de wetgever, maar van de omstandigheden van het geval. Deze concrete benadering werd al door de CRvB toegepast in 1986.⁴⁹

4.2.3 Het gebruik van analoge verdragsbepalingen

Naast de genoemde criteria komt het voor dat de rechter de rechtstreekse werking van bepalingen uit het IVESCR relateert aan gelijklopende bepalingen uit andere, rechtstreeks werkende verdragen.

Het Ambtenarengerecht te Amsterdam verwijst in zijn uitspraak in 1984⁵⁰ naar de Nederlandse Memorie van Toelichting bij de wet tot goedkeuring van het IVESCR en het IVBPR, waarin de volgende overweging is opgenomen:

‘Het zou immers weinig aannemelijk zijn indien bepaalde artikelen uit het Europese Verdrag *wel* en analoge, soms vrijwel identieke, artikelen uit het onderhavige verdrag **niet** als een ieder verbindende bepalingen zouden moeten worden aangemerkt.’⁵¹

Hiermee wordt bedoeld op bepalingen uit het EVRM en daarmee overeenstemmende bepalingen van het IVBPR. Anders dan voor deze bepalingen uit het IVBPR zijn volgens de Nederlandse regering voor de verwezenlijking van het IVESCR veelal uitvoeringsmaatregelen vereist.⁵² Desalniettemin komt de algemene regel ‘gelijke bepalingen, gelijke werking’ hier duidelijk naar voren.

Andersom geredeneerd is eenzelfde werkwijze te vinden in het eerder besproken arrest van de Hoge Raad uit 1990. De Hoge Raad komt aan de hand van de inhoud en bewoordingen van de verdragsbepaling en de Memorie van Toelichting tot de conclusie dat artikel 7(a)(i) IVESCR niet rechtstreeks werkt. Daarnaast refereert hij aan het Europees Sociaal Handvest⁵³ (ESH), dat in lid 3 van artikel 4 een gelijksoortige bepaling kent als artikel 7(a)(i) IVESCR.⁵⁴ Het ESH erkent het recht van mannelijke en vrouwelijke werknemers op gelijke beloning voor arbeid van gelijke waarde, maar bevat geen algemene erkenning van gelijke beloning voor gelijke arbeid zoals wel is opgenomen in artikel 7(a)(i) IVESCR. Mede gezien

48 Zie ook Schutgens 2015, p. 309.

49 Zie voor een vergelijkbare werkwijze: CRvB 3 juli 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AM9384.

50 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, m.nt. A.W. Heringa, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252. De uiteindelijke vaststelling van de een ieder verbindendheid van de verdragsbepaling is door het gerecht op een andere wijze beargumenteerd. Dit wordt besproken in paragraaf 6.

51 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 13 (MvT).

52 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 13 (MvT).

53 Eerste versie: *Trb.* 1962, 3.

54 HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, NJ 1992/636, r.o. 3.2.

het feit dat de waarborg uit het IVESCR verder strekt dan hetgeen neergelegd is in een soortgelijk artikel uit het ESH is het volgens de Hoge Raad aannemelijk dat de waarborg uit het IVESCR niet meer omvat dan 'een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden'.⁵⁵ De Hoge Raad haalt een bijna identieke, rechtstreeks werkende verdragsbepaling aan en gebruikt deze als maatstaf voor de werking van een bepaling uit het IVESCR.

Het vaststellen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen via analoge, rechtstreeks werkende bepalingen lijkt een voor de hand liggende methode. Wanneer het gaat om rechtsregels die overeenkomen met de regels uit verdrag A, welke al geïmplementeerd zijn door de wetgever of waaraan reeds rechtstreekse werking is toegekend, versnelt en vergemakkelijkt dit de doorwerking van gelijkkluidende regels uit verdrag B, omdat dan geen strijd ontstaat met reeds bestaande wetgeving. Tegelijkertijd kan deze werkwijze de rechter ook op het verkeerde been zetten. Het arrest van de Hoge Raad is hier een voorbeeld van. In casu beperkt (mede) het ESH de rechtstreekse werking van bepalingen uit het IVESCR: omdat het ESH een beperktere inhoud heeft, wordt aan de ruimere bepaling van het IVESCR geen rechtstreekse werking toegekend.⁵⁶ Het ene verdrag kan het andere echter niet zonder meer uitsluiten of beperken. Een dergelijk verschil tussen verdragsbepalingen kan heel goed de intentie van verdragspartijen zijn geweest. Er kan ook sprake zijn van voortschrijdend inzicht. Een inhoudelijk verschil is dan de intentie van verdragspartijen en dit verschil zou dan geen belemmering mogen vormen voor de toepassing van een verdrag. Het is daarom van belang dat de rechter de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen ook op zichzelf staand beoordeelt, en niet alleen in vergelijking met een ander verdrag.

In het arrest van de Hoge Raad uit 1990 is de vergelijking tussen het ESH en het IVESCR niet doorslaggevend. Het is slechts een van de vier redenen om het IVESCR als niet rechtstreeks werkend te beschouwen. Opvallend is dat de Hoge Raad deze werkwijze niet nogmaals gebruikt. De overwegingen uit dit arrest worden door hem in 2004 geciteerd – eveneens in een zaak over gelijke behandeling – voor wat betreft inhoud, bewoordingen en Memorie van Toelichting, waarna de conclusie wordt getrokken dat het IVESCR geen rechtstreekse werking heeft maar een doelstelling is waarnaar moet worden gestreefd.⁵⁷ De passage over het ESH wordt niet geciteerd. Ook in andere uitspraken komt de analoge redenering niet meer voor. Blijkbaar overtuigt deze werkwijze ook de Hoge Raad niet.

55 HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, NJ 1992/636, r.o. 3.2.

56 E.A. Alkema in zijn noot bij HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, NJ 1992/636.

57 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, r.o. 2.8, NJ 2008/536, m.nt. E. Verhulp.

4.2.4 Kanttekening: het gebruik van de Memorie van Toelichting

In bovenstaande zaken is de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet een door de rechter veelgebruikt hulpmiddel voor een inzicht in de strekking van bepalingen uit het IVESCR. Alhoewel – naast andere bronnen – de opinie van de regering een goede bron kan zijn bij de toepassing van een verdrag, behoeft het gebruik van de Memorie van Toelichting voor de uitleg van het IVESCR enige nuancering.

Het IVESCR is een multilateraal verdrag: er zijn meerdere staten partij bij het verdrag. Het standpunt van de Nederlandse regering, zoals weergegeven in de Memorie van Toelichting, is daarom niet zonder meer bepalend voor de vaststelling van de bedoeling van alle verdragsluitende partijen. Dat de opvattingen van een nationale regering kunnen botsen met die van de verdragsluitende partijen wordt duidelijk door de gespreksverslagen en aanbevelingen van het Economisch en Sociaal Comité. Dit comité is door de verdragspartijen ingesteld om de naleving van het IVESCR te beoordelen. Illustratief is het volgende citaat:

'Mr. Sadi said he disagreed with the Netherlands Government's view that the provisions of the Covenant did not directly give rise to legal obligations and asked whether the Netherlands Government was prepared to give consideration to this view. (...) Mr. Pillay, noting that the Dutch section of the International Commission of Jurists considered that the Covenant was only marginally, if at all, taken into consideration in the legislative and policy-making process at the national level, asked how, if that was so, the Netherlands Government could be said to be complying with its obligations under the Covenant. (...) Mr. van Rijssen (Netherlands) said that, (...) (i)n his country's system, the question of the effectiveness of steps taken to discharge an obligation was considered a matter for Parliament rather than for the judiciary. Of course, if the State failed to discharge its obligation altogether, an individual who believed that his or her human rights had been violated as a result could bring the matter before the courts. (...) Mr Sadi, pointing out that articles 1, 3 and certain others of the two International Covenants⁵⁸ were identical, urged the Netherlands Government to reconsider its position.'⁵⁹

Het nationale systeem van de artikelen 93 en 94 Grondwet wordt door de Nederlandse vertegenwoordiger aangedragen als verklaring voor de marginale toepassing van het IVESCR in het Nederlandse recht: de regering is verantwoordelijk voor de doorwerking van verdragsbepalingen, niet de rechter. De opmerking van Sadi maakt duidelijk dat deze redenering niet overtuigt. De structuur van het nationale recht belemmert hier de uitvoering van een internationale verplichting. Daarnaast wordt door het Comité het IVESCR op één lijn gesteld met het IVBPR, hetgeen in de Memorie van Toelichting niet wordt erkend wat betreft de rechtstreekse werking. De Nederlandse regering wordt door het Comité aangespoord haar verantwoordelijkheid te nemen en zo snel mogelijk gevolg te geven aan bepalingen uit het IVESCR:

⁵⁸ The two International Covenants: het IVBPR en het IVESCR.

⁵⁹ UN Doc. E/C.12/1998/SR.13, 7 mei 1998, para. 10-28.

‘(T)he Committee considers that, at a minimum, certain provisions of the Covenant are potentially able to be directly applied both in law and in policy. It therefore cannot accept the assertion by the representative of the State party that “for essentially technical reasons the Covenant ... is not directly applicable”.’⁶⁰

Na een soortgelijke bijeenkomst in 2010 herhaalt het Comité zijn bezorgdheid:

‘Given the fact that the State party follows a monist system, whereby international treaties are directly applicable, the Committee reiterates its concern that some provisions of the Covenant are not self executing and enforceable in the State party and that they have not been admitted by courts to substantiate legal claims relating to economic, social and cultural rights.’⁶¹

Het gegeven dat de Nederlandse regering in haar Memorie van Toelichting niet per se het standpunt van de opstellers van het Verdrag verwoordt – althans niet het standpunt dat het verdragscomité leidend acht – maakt dat een rechterlijke beslissing louter aan de hand van de bedoeling van het verdrag zoals dit door de Nederlandse regering is verwoord in de Memorie van Toelichting, niet altijd in lijn met het verdrag en de bedoeling van verdragspartijen behoeft te zijn.

4.2.5 Concluderend

In de arresten en uitspraken na de inwerkingtreding van het IVESCR komt de rechter meestal tot de conclusie dat bepalingen uit het IVESCR niet rechtstreeks werken⁶² Dit baseert hij op de totstandkomingsgeschiedenis van het verdrag en de inhoud en strekking van de desbetreffende verdragsbepaling. In deze gevallen leggen de bepalingen uit het IVESCR veelal verplichtingen op aan de staat en lenen zij zich daarom niet voor rechtstreekse toepassing door de rechter. In 2014 heft de Hoge Raad met behoud van deze criteria de tweesprong op tussen enerzijds de verplichting aan de staat en anderzijds de eis van inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig voor rechtstreekse toepassing. Hij gebruikt hierbij de context van de voorliggende casus als criterium voor de rechtstreekse toepassing van de verdragsbepaling.

60 UN Doc. E/C.12/1/Add.25, 16 juni 1998, para. 11.

61 UN Doc. E/C.12/NDL/CO/4-5, 9 december 2010, para. 6.

62 Zie onder meer: CRvB 17 december 1991, ECLI:NL:CRVB:1991:AK9520; Rb. Den Haag 7 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:AY1710; RvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882; CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8789; Rb. Amsterdam 3 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9532.

4.3 HET NATIONALE RECHT ALS ALTERNATIEVE ROUTE VOOR DE TOEPASSING VAN NIET RECHTSTREEKS WERKENDE BEPALINGEN

Alhoewel de rechter in de afgelopen jaren vaak tot de conclusie komt dat IVESCR-bepalingen niet rechtstreeks werkend zijn, komt hiermee de invloed van deze bepalingen niet ten einde. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan twee methoden die de Nederlandse rechter gebruikt om aan niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen een zekere betekenis toe te kennen: de reflexwerking en de test van de minimumnorm.

4.3.1 Reflexwerking: betekenis toekennen via nationale en internationale bepalingen

In 1993 wordt bij de Hoge Raad door ongehuwde vrouwelijke leerkrachten opgekomen tegen de regeling dat gehuwde mannelijke leerkrachten meer betaald krijgen vanwege zogenoemde onderhoudsverplichtingen. Verweerders zijn het Schoolbestuur en het Eilandgebied Curaçao. Door eiseressen worden bepalingen uit twee verschillende verdragen los van elkaar als cassatiemiddel aangevoerd: ten eerste artikel 2(2) in verband met artikel 7 IVESCR en ten tweede artikel 26 van het IVBPR.⁶³ Zowel artikel 7 IVESCR als artikel 26 IVBPR hebben betrekking op het gelijkheidsbeginsel. Advocaat-Generaal Koopmans acht toetsing aan het rechtstreeks werkende artikel 26 IVBPR voldoende; het beroep op het IVESCR hoeft wat hem betreft niet te worden behandeld, aangezien dit verdrag geen rechtstreekse werking heeft.⁶⁴ De Hoge Raad behandelt het beroep op het IVESCR echter wel en komt tot de volgende conclusie:

[Artikel 7 IVESCR mist] rechtstreekse werking (...) maar de waarborg van een gelijke beloning voor gelijke arbeid in het IVESC is wel een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden. Hiermee zou niet stroken om al te snel aan te nemen dat voor een beloningsverschil (...) een redelijke en objectieve rechtvaardiging voorhanden is.⁶⁵

De Hoge Raad erkent allereerst de algemene opvatting dat artikel 7 IVESCR niet rechtstreeks werkt. Zijn daaropvolgende conclusie luidt dat de waarborg uit het artikel wel een na te streven doelstelling is. Waar een 'doelstelling' in eerdere arresten een extra argument was voor niet rechtstreekse werking, weerklinkt in dit arrest in het woord 'maar' een oproep om de verdragsbepaling vanwege deze doelstelling wel van betekenis te achten. De Hoge Raad voegt de daad bij het woord en past de waarborg van artikel 7 IVESCR toe in de beoordeling van de criteria 'redelijke en objectieve

63 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, NJ 1995/259. Ook de ArRvS oordeelde eerder al dat bepalingen uit het IVBPR en IVESCR in combinatie met elkaar tot bescherming van bepaalde rechten leiden. Bijvoorbeeld ArRvS 10 mei 1979, ECLI:NL:RVS:1979:AM4636.

64 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, NJ 1995/259, A-G para. 14.

65 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, NJ 1995/259, r.o. 3.4.

rechtvaardiging' die horen bij het beoordelen van een schending van artikel 26 IVBPR.⁶⁶ Op deze manier geeft de Hoge Raad aan het niet rechtstreeks werkende artikel 7 IVESCR betekenis via het wel rechtstreeks werkende artikel 26 IVBPR.⁶⁷

In deze zaak wordt artikel 26 IVBPR – hoewel op zichzelf staand en niet in combinatie met het IVESCR – expliciet als cassatiemiddel aangedragen. Dit kan een verklaring zijn voor een combinatiebeoordeling van deze twee verdragen door de Hoge Raad. Dat dit echter geen voorwaarde is blijkt duidelijk uit latere rechtspraak. In 2000 buigt de Hoge Raad zich over een zaak aangaande discriminatie.⁶⁸ Bij het hof hebben appellanten zich beroepen op onder andere artikel 26 IVBPR en de artikelen 2 en 6 IVESCR. Volgens het hof

'is de wijze van toetsing aan de genoemde bepalingen in beginsel dezelfde. Discriminatie is aanwezig indien personen verschillend worden behandeld die (...) in relevant gelijke posities verkeren, terwijl voor het verschil in behandeling geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.'⁶⁹

Volgens plaatsvervangend Procureur-Generaal Mok heeft het Hof hiermee de juiste maatstaf aangelegd. De plaatsvervangend Procureur-Generaal acht het argument dat een verdrag geen rechtstreekse werking heeft op zichzelf niet doorslaggevend, omdat:

'[a]n verdragen zonder rechtstreekse werking wel betekenis kan toekomen bij de uitleg en toepassing van bepalingen uit verdragen die wel rechtstreekse werking hebben.'⁷⁰

De Hoge Raad beaamt deze methode, die overeenkomt met hetgeen hij overwoog in de Curaçaose uitspraak uit 1993: bepalingen uit een verdrag die als niet rechtstreeks werkend worden beschouwd, kunnen betekenis krijgen via verdragsbepalingen die wel rechtstreeks werken.⁷¹ Jaren later overweegt de rechtbank Rotterdam heel concreet:

'De artikelen 11 van het IVESCR en 31 van het ESH kunnen niet worden aangemerkt als een ieder verbindende bepaling als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Dit neemt niet weg dat genoemde artikelen in voorkomende gevallen een rol kunnen spelen bij de uitleg van het EVRM.'⁷²

66 Deze criteria zijn vastgesteld door de Human Rights Committee in een uitspraak van 9 april 1987, m.nt. T. Zwart, *NJCMbulletin* 1987, p. 377-391, paragraaf 13.

67 Zie ook: noot van A.W. Heringa, HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, *NJCMbulletin* 1993, p. 694-699.

68 HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8448, *NJ* 2001/376.

69 HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8448, *NJ* 2001/376, r.o. 3.11-3.12.

70 HR 24 november 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA8448, para. 3.3.5.2.

71 HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8448, *NJ* 2001/376, r.o. 4.3.

72 Rb. Rotterdam 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6769, r.o. 5.

Eenzelfde werking via het EVRM wordt door de rechtbank Amsterdam aanvaard en in één adem uitgebreid naar de niet-bindende uitspraak van een comité bij een verdrag – een categorie die verder wordt uitgewerkt in Hoofdstuk 5. In deze uitspraak over de bed-bad-brood-regeling voor illegale asielzoekers en de weging van het niet-bindende oordeel van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) schaart de rechtbank zich achter een eerdere uitspraak van de Centrale Raad van Beroep en oordeelt:

‘De voorzitter van de Raad heeft in de uitspraken in voorlopige voorziening van 17 december 2014 (...) overwogen dat de artikelen 13 en 31 van het ESH niet kunnen worden beschouwd als een ieder verbindende bepalingen als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet. Ook zijn beslissingen van het ECSR (...) niet rechtstreeks bindend voor de (verdrags) partij(en). Dit betekent niet zonder meer dat zij zonder betekenis zijn voor de nationale rechter om in een concreet geval tot oordeelsvorming te komen. Evenmin kan worden uitgesloten dat deze beslissingen dienen te worden betrokken bij de rechtsvinding bij de toepassing van de artikelen 3 en 8 van het EVRM.’⁷³

In zijn proefschrift noemt Heringa de indirecte werking van niet rechtstreeks werkende bepalingen de ‘reflexwerking’.⁷⁴ Hij verstaat hieronder

‘de werking van een niet rechtstreeks toepasbare verdragsbepaling, die langs de achterdeur zijn werking binnen de omheining van ons nationale recht doet gevoelen.’⁷⁵

Wanneer Heringa het arrest van de Hoge Raad in 1993 annoteert, klinkt daarin opluchting door over de opening die deze uitspraak biedt om effect te geven aan niet rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht.⁷⁶ Hij vraagt zich dan nog wel af of de Hoge Raad deze interpretatiemethode ‘slechts’ kan toepassen tussen verdragen onderling of ook bij nationale regelgeving.

De opmaat voor het antwoord op deze vraag komt een jaar later in de zaak van werkgever Agfa tegen werknemer Schoolderman. De Hoge Raad kan zich vinden in het oordeel van de rechtbank Arnhem, die voor het bepalen van de verplichtingen van goed werkgeverschap in aanmerking neemt:

‘het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat’.⁷⁷

73 Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2651, r.o. 8.

74 Heringa 1989.

75 Heringa 1989, p. 260-261.

76 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, *NJCMbulletin* 1993, p. 694-699, m.nt. A.W. Heringa, p. 698.

77 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *NJ* 1994/704, r.o. 3.5 (*Agfa/Schoolderman*).

De rechtbank overweegt hierbij dat:

‘in het rechtsbewustzijn het algemeen beginsel leeft dat werknemers recht hebben op een billijke beloning, hetgeen onder meer meebrengt dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze gehonoreerd dient te worden, behoudens een objectieve rechtvaardigingsgrond. Dit beginsel heeft ook in het geschreven recht erkenning gevonden, zowel in algemene zin als toegespitst op de verhouding tussen mannen en vrouwen. Verwezen kan worden naar onder meer (...) art. 7, aanhef en onder a, sub (i) van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.’⁷⁸

In navolging van het Agfa/Schoolderman-arrest wordt door de Hoge Raad het belang van artikel 7 IVESCR voor de invulling van nationale rechtsbeginselen verder uitgewerkt wanneer tegen KLM wordt geprocedeerd door Parallel Entry namens piloten van KLM-Cityhopper die aanspraak willen maken op dezelfde arbeidsvoorwaarden als KLM-piloten.⁷⁹ De vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid kan de Hoge Raad maar op één manier beantwoorden:

‘In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW’.⁸⁰

Voor de invulling van deze eisen neemt hij mede het Agfa/Schoolderman-criterium van gelijke beloning in aanmerking waaraan, naast de andere omstandigheden van het geval

‘gelet op het feit dat het ook steun vindt in verdragsbepalingen als art. 26 IVBPR en art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (...) een zwaar gewicht kan worden toegekend.’⁸¹

Deze uitspraak van de Hoge Raad wordt door verschillende instanties herhaald.⁸² Via de eis van goed werkgeverschap kent de Hoge Raad een zekere betekenis toe aan het niet rechtstreeks werkende artikel 7 IVESCR. Deze indirecte werking via artikel 7:611 BW is geen incidenteel geval. De indirecte werking van niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen

78 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, NJ 1994/704, r.o. 5.4 (*Agfa/Schoolderman*).

79 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536, (*Parallel Entry/KLM*).

80 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536, r.o. 3.3 (*Parallel Entry/KLM*).

81 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536, r.o. 3.3 (*Parallel Entry/KLM*).

82 Bijvoorbeeld: Hof Den Haag (Handelskamer) 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:BI3564; Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen (Curaçao) 30 maart 2010, ECLI:NL:OGEANA:2010:BM0322.

– in dit geval sociale grondrechten – in het privaatrecht is bijvoorbeeld ook mogelijk via artikel 3:12 Burgerlijk Wetboek:⁸³

‘Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.’⁸⁴

Dit artikel brengt volgens de Hoge Raad ‘dezelfde normen tot uitdrukking’ als artikel 7:611 BW aangaande goed werkgeverschap.⁸⁵ Door de Hoge Raad is in het KLM-arrest aangenomen dat het beginsel van gelijke beloning voor gelijk werk een dergelijk algemeen rechtsbeginsel is. Door de verwijzing in het arrest naar het IVESCR kan de conclusie worden getrokken dat ook aan nationale rechtsbeginselen invulling kan worden gegeven door het gebruik en de interpretatie van internationale verdragsbepalingen. Dit is de eerste methode: er wordt een zekere betekenis toegekend aan niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen langs de weg van het interpreteren van internationale en nationale bepalingen.

4.3.2 Minimumnormen: wijziging nationaal recht leidt tot rechtstreekse werking

Een tweede methode komt naar voren wanneer een nationale bepaling invulling geeft aan een norm uit een verdragsbepaling en deze nationale bepaling wordt gewijzigd. De rechter kent dan betekenis toe aan de aan deze nationale bepaling ten grondslag liggende norm uit de niet rechtstreeks werkende verdragsbepaling. Een inbreuk op internationale bepalingen kan het gevolg zijn van het handelen van de wetgever: de bestaande waarborgen worden ongedaan gemaakt of beperkt door het invoeren van nieuwe wet- en regelgeving. De hier te bespreken methode komt daarom met name voor in zaken tegen overheidsorganen en andere verticale verhoudingen.

Het Ambtenarengerecht te Amsterdam is het eerste college dat deze methode toepast en op grond hiervan zelfs een bepaling uit het IVESCR als rechtstreeks werkend beschouwt.⁸⁶ In 1984 spreekt het Ambtenarengerecht

83 Zie ook: HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, NJ 1994/704, r.o. 3.6 (*Agfa/Schoolderman*); de noot van E. Verhulp bij HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, NJ 2008/536 (*Parallel Entry/KLM*); Heerma van Voss 2007, p. 118.

84 Het gebruik door de Hoge Raad van artikel 3:12 BW heeft geleid tot de vraag wat onder deze ‘algemeen erkende rechtsbeginselen’ moet worden verstaan. Dit heeft geleid tot een interessante en omvangrijke discussie waar in dit hoofdstuk geen aandacht aan wordt besteed. Het gebruik van ‘algemene rechtsbeginselen’ en de (indirecte) doorwerking van verdragsbepalingen is hier van belang, niet de precieze inhoud van het begrip.

85 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, NJ 1994/704, r.o. 3.5 (*Agfa/Schoolderman*).

86 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, NJCMbulletin 1984, p. 245-252. Deze zaak is gedeeltelijk besproken in paragraaf 4.2.1, waar bleek dat het eindoordeel van het ambtenarengerecht niet door de Centrale Raad van Beroep werd overgenomen.

zich uit in een zaak tussen het bestuur van het Academisch Ziekenhuis van de Universiteit van Amsterdam en diens werknemers over de inhouding van salarissen ingevolge de WIISO, terwijl in andere Amsterdamse ziekenhuizen vergelijkbare functies volgens landelijke regelingen hogere salarissen kennen. Voor het beoordelen van de rechtstreekse werking van het gelijkheidsbeginsel uit artikel 7(a)(i) IVESCR oordeelt het Ambtenarengerecht dat het voor de hand ligt om in ieder geval rechtstreekse werking toe te kennen aan bepalingen van internationale overeenkomsten voor zover hun strekking overeenkomt met wat in de nationale rechtsorde al is gewaarborgd.⁸⁷ Het hangt er daarbij van af of het gaat om het handhaven van een nog steeds bestaande ongelijkheid of het ongedaan maken van een reeds bestaande gelijkheid en of deze ingreep volgens het Verdrag toelaatbaar is.⁸⁸ Deze regel wordt in onderhavige zaak ook toegepast. Het Ambtenarengerecht oordeelt dat de inbreuk op de 'bestaande gelijkheid' in het nationale recht niet op objectieve en redelijke gronden kan worden gerechtvaardigd. Het WIISO wordt daarmee een schending van de rechtstreeks werkende verdragsbepaling geacht en moet buiten toepassing worden gelaten.

Een decennium later toetst de CRvB wél rechtstreeks aan de norm van een verdragsbepaling zonder aandacht te besteden aan de vraag of deze bepaling rechtstreeks werkt.⁸⁹ In een zaak over een ingetrokken uitkering ingevolge de (nieuwe) Toeslagenwet laat de CRvB in het midden of bepalingen uit het IVESCR, al dan niet ingeroepen door de eiser, 'een ieder kunnen verbinden' volgens de artikelen 93 en 94 Grondwet. Om tot een oordeel te komen draagt hij zelf de invalshoek van artikel 2(1) IVESCR aan:

'De Raad zal in het midden laten of op regelgeving als thans in geding niet veeleer van toepassing is artikel 9 van het IVESCR (...). De Raad zal voorts in het midden laten of genoemd artikel 11 lid 1 behoort tot die in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet bedoelde bepalingen, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden. Van eisers zijde is veel nadruk gelegd op het in artikel 11 lid 1 genoemde recht op 'steeds betere levensomstandigheden'. Naar 's Raads oordeel moeten deze woorden echter mede in verband worden gelezen met de in artikel 2 lid 1 IVESCR genoemde een Staat 'ter beschikking staande hulpbronnen'. In de Memorie van Toelichting van de goedkeuringswet van het IVESCR (...) wordt met betrekking tot genoemd artikel 2 lid 1 onder meer opgemerkt dat hoewel het IVESCR destijds is opgesteld vanuit een optiek en een toekomstverwachting die met een mogelijke stilstand of afname in economische groei en ook met een eventuele teruggang in het genot van de onderhavige rechten nauwelijks rekening hield, dit artikellid door de verwijzing naar de 'ter beschikking staande hulpbronnen' toch ook als een richtsnoer gold in tijden van gelijkblijvende of dalende algemene welvaart.'⁹⁰

87 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252.

88 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252.

89 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602.

90 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602.

Het recht op steeds betere levensomstandigheden, in verband met de ‘ter beschikking staande hulpbronnen’ waarvan de staat gebruik moet maken volgens artikel 2(1) IVESCR,⁹¹ geldt volgens de CRvB als richtsnoer wanneer het gaat om het toepassen van bepalingen uit het IVESCR.⁹² Door gebruik van dit richtsnoer komt de CRvB tot de conclusie dat de nationale bepaling niet in strijd is met artikel 11 IVESCR:

‘de door eiser in het kader van gedaagdes beslissing bestreden bepalingen bij of krachtens de Toeslagenwet [hadden] nu juist de strekking om – met name ook bij teruglopende omstandigheden – een toereikende minimum-standaard te garanderen.’⁹³

De CRvB slaat de vraag naar rechtstreekse werking over en beoordeelt of de in artikel 2(1) IVESCR opgenomen norm door de staat is geschonden.

In 1997 gaat een gehandicapte vrouw bij de CRvB in beroep tegen een besluit tot het verlagen van de taxikostenvergoeding, waartoe zij aanvoert dat deze in strijd is met de artikelen 9, 11 en 15 IVESCR. Wederom oordeelt de CRvB niet over de rechtstreekse werking van de aangedragen bepalingen:

‘De Raad laat thans in het midden of genoemde verdragsbepalingen behoren tot de in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet bedoelde bepalingen, die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden of, met andere woorden, rechtstreekse werking hebben.’⁹⁴

Dit weerhoudt de CRvB er niet van het karakter van deze verdragsbepalingen te bespreken en deze te koppelen aan bovenstaande uitspraak:

‘De Raad merkt over deze bepalingen niettemin op dat deze naar zijn oordeel niet het karakter van zogeheten standstillbepalingen hebben. In zijn uitspraak van 31 maart 1995 (...) heeft de Raad reeds overwogen dat het in artikel 11, eerste lid, van het IVESCR neergelegde recht op steeds betere levensomstandigheden moet worden gelezen mede in verband met de, in artikel 2, eerste lid, van dat verdrag genoemde, aan de Staat ter beschikking staande hulpbronnen. Mits een toereikende minimumstandaard wordt gewaarborgd, kan de wetgever de vrijheid niet worden ontzegd om tot verlaging van sociale zekerheidsprestaties over te gaan als de economische omstandigheden daartoe aanleiding geven.’⁹⁵

91 Artikel 2 lid 1 IVESCR: Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich maatregelen te nemen, zowel zelfstandig als binnen het kader van de internationale hulp en samenwerking, met name op economisch en technisch gebied, en met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen, ten einde met alle passende middelen, inzonderheid de invoering van wettelijke maatregelen, tot een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen.

92 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602, JB 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

93 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602, JB 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

94 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375.

95 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375.

De CRvB benoemt nogmaals de relatie tussen de artikelen 11 en 2 IVESCR en komt wederom tot de conclusie dat de staat bij teruglopende economische omstandigheden de sociale zekerheidsprestaties mag verlagen maar tegelijkertijd verplicht is een toereikende minimumstandaard te waarborgen.

In deze twee zaken komt de CRvB op basis van het karakter van het verdrag tot de conclusie dat de norm van de ingeroepen verdragsbepalingen niet geschonden is. Over de manier waarop dit gebeurt zijn de meningen verdeeld. Heringa juicht deze ontwikkeling toe⁹⁶ en ook Vlemminx vindt de directe IVESCR-conforme interpretatie 'een stapje vooruit'.⁹⁷ Pennings acht de vraag naar de rechtstreekse werking echter van het grootste belang en geeft er de voorkeur aan dat de CRvB deze expliciet behandelt.⁹⁸ Het kan zijn dat de CRvB de vraag naar rechtstreekse werking niet relevant acht omdat in casu de verdragsbepalingen niet zijn geschonden.

Vanuit een andere route – namelijk ná de vraag naar rechtstreekse werking – wijdt ook de Hoge Raad enige woorden aan de minimumstandaard. Hij lijkt de toepassing hiervan te ondersteunen in het Rookverbod-arrest, welk arrest vanwege de uiteenzetting van de criteria voor het vaststellen van rechtstreekse werking uitgebreid staat beschreven in paragraaf 4.2.2. De Nietrokersvereniging CAN komt op tegen een Koninklijk Besluit uit 2011 waarin voor kleine cafés een uitzondering gemaakt wordt op het rookverbod. Dit besluit wijzigt een Besluit uit 2008 betreffende een gelijkluidend rookverbod zonder deze uitzondering. CAN vordert een verklaring voor recht dat de staat hiermee onrechtmatig heeft gehandeld en legt aan deze vordering onder andere artikel 8 lid 2 van het WHO-Kaderverdrag⁹⁹ ten grondslag. De Nederlandse staat bestrijdt in cassatie dat het Kaderverdrag rechtstreekse werking heeft: de norm uit artikel 8 is onvoldoende nauwkeurig omschreven en laat het aan verdragspartijen over om te bepalen welke maatregelen moeten worden genomen.

Het Gerechtshof Den Haag overweegt dat de omstandigheid dat een verdragsnorm nog in nationale wetgeving moet worden omgezet niet zonder meer betekent dat daaraan geen rechtstreekse werking toekomt. Hiervan kan sprake zijn wanneer de verdragsnorm 'op duidelijke en onvoorwaardelijke wijze het met die nationale wetgeving te bereiken resultaat voorschrijft'.¹⁰⁰ Het hof overweegt dat artikel 8(2) Kaderverdrag voldoende duidelijk en concreet is waardoor hieraan 'rechtstreekse werking toekomt voor zover het gaat om de verplichting in "indoor public places" effectieve wettelijke maatregelen te nemen tegen blootstelling aan tabaksrook', en vervolgt:

96 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602, JB 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

97 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375, JB 1997/158, m.nt. F.M.C. Vlemminx.

98 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375, AB 1996/283, m.nt. F.J.L. Pennings.

99 Trb. 2005, 72, WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging, Genève, 21 mei 2003. Artikel 8 lid 2 gaat over het nemen van maatregelen die voorzien in bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook binnen (onder andere) openbare gebouwen.

100 Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ4871, r.o. 2.4.

‘Het hof is ook van oordeel dat de uitzondering voor kleine cafés in strijd met deze verdragsverplichting is vastgesteld. Zoals hiervoor is overwogen vallen kleine cafés onder het begrip “indoor public places”. Ook kan niet ontkend worden dat door deze uitzondering geen sprake is van bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in de kleine cafés. Dit betekent dat de uitzondering voor kleine cafés wegens strijd met art. 8 lid 2 Verdrag onverbindend en dus onrechtmatig is. Het hof neemt hierbij mede in aanmerking dat het in dit geval niet gaat om een tijdelijke uitzondering die, bijvoorbeeld bij wege van overgangsmaatregel, als onderdeel van een geleidelijke implementatie van de verdragsverplichtingen is genomen, maar om het terugdraaien van een beschermingsmaatregel die reeds sinds 2008 van kracht was.¹⁰¹

Met het oog op deze overweging bespreekt Advocaat-Generaal Langemeijer in zijn conclusie de betekenis van een zogenaamde *stand still*-bepaling in een verdrag: ‘een bepaling die verbiedt om een reeds bestaand beschermingsniveau te verminderen.’¹⁰² Het bestaande beschermingsniveau in het nationale recht geldt dan als de minimumnorm. CAN heeft de staat niet verweten een beschermingsniveau te verminderen, maar gevraagd om een toets van lagere regelgeving aan een verdragsverplichting. De staat heeft met het Besluit uit 2011 slechts een door hemzelf in 2008 ingevoerd rookverbod gedeeltelijk teruggedraaid. Omdat het Kaderverdrag de verdragsstaten niet verplicht tot invoering van een rookverbod vóór een bepaalde datum, is volgens de Advocaat-Generaal deze werkwijze van het verhogen en vervolgens een weinig verlagen van het beschermingsniveau mogelijk.¹⁰³ Eventuele strijd die hierdoor bestaat met het Kaderverdrag betekent volgens hem nog niet dat sprake is van een rechtstreeks werkende verdragsbepaling in de zin van artikel 93 Grondwet.¹⁰⁴

De Hoge Raad sluit zich aan bij het oordeel van het gerechtshof: artikel 8(2) Kaderverdrag verplicht tot effectieve bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook en is in elk geval onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig omschreven om zich te verzetten tegen de gemaakte uitzondering voor kleine cafés.¹⁰⁵ Ook lijkt de Hoge Raad de redenering van het hof over het terugdraaien van de bestaande bescherming te onderschrijven wanneer hij overweegt:

‘Weliswaar moet de Staat een redelijke tijd worden gelaten om een verdragsverplichting, zoals art. 8 lid 2 WHO Kaderverdrag bevat, na te komen, en bestaat in beginsel voor hem ook de mogelijkheid om in verband met andere belangen overgangsmaatregelen te treffen bij de nakoming van een dergelijke verplichting. Maar omdat met het aanvankelijke art. 3

101 Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ4871, r.o. 2.9.

102 Conclusie A-G Langemeijer voor HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:497, para. 3.23.

103 Deze werkwijze kan mogelijk ook worden gezien in het licht van de ‘voorlopige toepassing’ uit artikel 25(2) WVV: (een deel van) het verdrag wordt alvast toegepast in afwachting van inwerkingtreding. Het WHO-Kaderverdrag is voor Nederland echter reeds op 27 april 2005 in werking getreden.

104 Conclusie A-G Langemeijer voor HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:497, para. 3.23.

105 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, r.o. 3.6.1-3.6.2.

lid 1, aanhef en onder a, Besluit 2008 ook voor de beheerders van kleine cafés al de verplichting was ingevoerd om een rookverbod in te stellen, doet zich niet de vraag voor of de Staat meer tijd moet worden gelaten om tot wetgeving of andere maatregelen te komen, noch ook of de uitzondering voor kleine cafés als overgangsmaatregel gerechtvaardigd zou zijn.¹⁰⁶

Deze overweging van de Hoge Raad lijkt te passen in het beeld dat, gelet op de bestaande verdragsverplichtingen van de staat, een gegeven beschermingsniveau in het nationale recht niet zomaar kan worden verminderd. Het maakt daarbij niet uit of de staat de intentie heeft gehad om met deze aanname of wijziging van nationale wetgeving te voldoen aan de verdragsverplichting, noch of het verdrag een *stand-still*-bepaling bevat: de wijziging van nationale wetgeving die een beschermingsniveau terugschroeft moet (blijven) voldoen aan bestaande verdragsverplichtingen.¹⁰⁷ In zijn noot onder het Rookverbod-arrest merkt annotator Alkema op dat het verbod om het bestaande beschermingsniveau te verminderen – de zogenaamde *stand still*-bepaling – daarmee zo krachtig wordt dat bij terugdraaien van die bescherming aan de verdragsbepaling wél rechtstreekse werking toekomt, ook al is de rechtstreekse werking van de bepaling zelf niet onomstreden.¹⁰⁸

Samenvattend omvat deze methode de toepassing van normen uit de staat bindende verdragsbepalingen. Het bestaan van een regeling in het nationale recht die een onderwerp uit een internationaal verdrag bestrijkt impliceert dat deze regeling een interpretatie en uitwerking van dit verdrag is waarmee de staat heeft willen voldoen aan zijn internationale verplichtingen. In de woorden van de CRvB:

‘genoemde [verdrags]bepalingen [kunnen] in zoverre een rol spelen dat nationale bepalingen in het licht van deze door de staat op zich genomen [internationale] verplichtingen moet worden uitgelegd.’¹⁰⁹

106 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, r.o. 3.6.3.

107 In zijn arrest over het afschaffen van pelsdierhouderijen (HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, RvdW 2017/3) voegt de Hoge Raad nog een grens toe als het gaat om de minimumbescherming die is opgenomen in artikel 53 EVRM: ‘Op grond van art. 93 Grondwet dient de Nederlandse rechter de een ieder verbindende bepalingen uit het EVRM toe te passen. Dat brengt mee dat hij ook gehouden is die bepalingen zelf uit te leggen, met dien verstande echter dat de taakverdeling tussen de nationale rechter en het EHRM meebrengt dat de nationale rechter bij zijn uitleg van de bepalingen van het EVRM zich richt naar de gevestigde rechtspraak van het EHRM. Weliswaar laat art. 53 EVRM de verdragsstaten de vrijheid om verdergaande bescherming te bieden dan voortvloeit uit de bepalingen van het EVRM, maar de art. 94 en 120 Grondwet brengen mee dat de Nederlandse rechter (bepalingen uit) een wet in formele zin slechts buiten toepassing mag laten indien toepassing van die wet niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’ In de toepassing van minimumnormen is de rechter gebonden aan het internationale recht. Daarom kan hij het beschermingsniveau van het EVRM niet ruimer uitleggen dan is gedaan door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, de aangegeven hoogste rechterlijke instantie tot uitlegging van dit internationale verdrag.

108 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema, para. 4.

109 CRvB, 29 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2889, r.o. 5.5.3.

Volgens de Memorie van Toelichting is het IVESCR gericht aan de Nederlandse staat en moeten de verdragsbepalingen eerst worden uitgewerkt in nationale wet- en regelgeving voordat er een rechtstreeks beroep op kan worden gedaan. De rechter gebruikt dit argument en herinnert de staat en de wetgever aan deze taak. Juist wanneer de wetgever een nationale regeling in het licht van een bepaald verdrag jarenlang heeft laten bestaan, kan deze des te overtuigender worden bestempeld als een regeling die volgens de wetgever voldoet aan de normen uit dit verdrag.¹¹⁰ De norm uit het verdrag vormt vervolgens een ondergrens die moet worden gewaarborgd. Het (door de wetgever) afbreuk doen aan deze regeling vormt daarmee een inbreuk op de norm van een niet rechtstreeks werkende verdragsbepaling waaraan door de rechter consequenties kunnen worden verbonden.

4.4 CONCLUSIE

De bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten werken over het algemeen niet rechtstreeks. Door de jaren heen gebruikt de Nederlandse rechter voor deze conclusie de bedoeling van verdragspartijen, inhoud en bewoordingen van de bepalingen, de adressering aan de staat en de context van het geval. Volgens artikel 31 Weens Verdragenverdrag zijn de bedoeling van verdragspartijen en de inhoud van de bepalingen juiste criteria voor het interpreteren van een verdrag. De adressering aan de staat speelt sinds het arrest van de Hoge Raad uit 2014 geen zelfstandige rol meer: inhoud en bewoordingen geven de doorslag, in het licht van de omstandigheden van het geval. Deze werkwijze is nog niet toegepast op bepalingen uit het IVESCR, maar zal in concrete gevallen tot de conclusie kunnen leiden dat ook deze bepalingen rechtstreeks werken.

Naast de inhoud en de context gebruikt de rechter een enkele keer de vergelijking met analoge verdragsbepalingen voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van (gedeeltes van) bepalingen uit het IVESCR. Deze werkwijze is gebaseerd op het uitgangspunt dat gelijke bepalingen gelijke werking hebben. Een verdragsbepaling werkt rechtstreeks wanneer een ander verdrag een gelijkkluidende bepaling bevat die rechtstreeks werkt. Het oordeel dat het IVESCR niet rechtstreeks werkend is gezien inhoud en adressering aan de staat betekent niet dat dit verdrag nooit wordt toegepast. Door het vaststellen van de niet-rechtstreekse werking van verdragsbepalingen bevestigt de rechter dat er geen toetsing van nationale wetgeving aan deze bepalingen kan plaatsvinden. Dat staat artikel 94 Grondwet immers niet toe. Toch komen rechters via verschillende methodes toe aan het toepassen van het IVESCR. Blijkbaar wordt door hen ondanks het ont-

110 Zie ook het Arbeidskostenforfait-arrest, HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, uitgebreid behandeld in paragraaf 3.3 onder f.

breken van rechtstreekse werking wel de behoefte gevoeld aan dit verdrag enige betekenis toe te kennen in het nationale recht. Dit kan voortkomen uit een bewustzijn van de maatschappelijke rol die door de rechterlijke macht vervuld wordt. Het verdrag is in zijn algemeenheid een bron van internationaal recht, het IVESCR in het bijzonder bevat sociale grondrechten. Deze zijn voor particulieren van groot belang en kunnen niet simpelweg 'niet van toepassing' worden verklaard. Daarnaast wordt de staat geacht niet in strijd met zijn internationale verplichtingen te handelen en kan de rechter hierin een rol spelen door nationaal recht in overeenstemming met het internationale recht toe te passen en te interpreteren.

Dit leidt ertoe dat de rechter via twee verschillende methodes een zekere werking toekent aan niet-rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Ten eerste is de werking van verdragsbepalingen mogelijk door aan deze bepalingen betekenis toe te kennen bij de uitleg en interpretatie van andere nationale en internationale bepalingen. Dit betekent dat de strekking van een verdragsbepaling van betekenis kan zijn voor het nationale recht. De tweede methode is het gebruiken van de norm die vervat is in een niet-rechtstreeks werkende bepaling voor het vaststellen van een minimum-norm die in nationale wet- en regelgeving moet worden gerespecteerd. Bestaande wetgeving met een zekere waarborg van internationaal overeengekomen rechten mag niet zonder reden worden vervangen door wetgeving die de verwezenlijkte rechten inperkt tot voorbij het reeds bestaande beschermingsniveau. Via deze routes komt ook aan niet-rechtstreeks werkende internationale bepalingen betekenis toe in de nationale rechtsorde.

