

PROCESINLEIDING IN CASSATIE
(VORDERINGSPROCEDURE)

1 EISENDE PARTIJEN

1. Eiseressen tot cassatie zijn:
 1. de stichting
Stichting Bureau Clara Wichmann,
statutair gevestigd in Amsterdam,
kantoorhoudende te Nieuwe Achtergracht 164,
1018 WV Amsterdam,
 2. de stichting
Stichting DeGoedeZaak,
statutair gevestigd in Amsterdam,
kantoorhoudende te De Wittenstraat 45
1052 AL Amsterdam,
 3. de vereniging
Nederlandse Vrouwen Raad,
statutair gevestigd in Den Haag,
kantoorhoudende te Alexanderveld 5,
2585 DB Den Haag,
 4. de stichting
Stichting WOMEN Inc.,
statutair gevestigd in Amsterdam,
kantoorhoudende te Koivistokade 54 3e verdieping,
1013 BB Amsterdam,
 5. de vereniging
Humanistisch Verbond,
statutair gevestigd in Utrecht,
kantoorhoudende te Ambonplein 73,
1094 PW Amsterdam,

hierna gezamenlijk "**Clara Wichmann c.s.**".

2. Clara Wichmann c.s. kiezen in deze zaak woonplaats aan de Claude Debussylaan 80, 1082 MD Amsterdam, op het kantoor van mr. J.J. Valk en mr. J.W.M.K. Meijer (De Brauw Blackstone Westbroek N.V.). Clara Wichmann c.s. stellen in deze zaak mr. J.J. Valk en mr. J.W.M.K. Meijer beiden tot advocaat bij de Hoge Raad.

2 VERWERENDE PARTIJ

3. Verweerder in cassatie is:

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) ("**de Staat**"),
zetelend in Den Haag,
kantoorhoudende te Parnassusplein 5
2511 VX Den Haag.

4. De Staat heeft in de vorige instantie laatstelijk woonplaats gekozen op het kantoor van de advocaat mr. W.I. Wisman, die kantoor houdt aan de Bezuidenhoutseweg 57, 2594 AC Den Haag.

3 BESTREDEN UITSPRAAK

5. Clara Wichmann c.s. komen in cassatieberoep van het arrest dat het gerechtshof Den Haag heeft gewezen onder zaaknummer 200.304.591/01 tussen Clara Wichmann c.s. als appellanten en de Staat als geïntimeerde, en heeft uitgesproken op 12 september 2023.

4 BEVOEGDE RECHTER

6. Dit cassatieberoep zal worden behandeld door de Hoge Raad der Nederlanden, Korte Voorhout 8, 2511 EK Den Haag.

5 UITERSTE VERSCHIJDATUM

7. De Staat kan, vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, uiterlijk op donderdag 11 januari 2024 in deze procedure verschijnen. Hierbij wordt de Staat erop gewezen dat

de enkelvoudige civiele kamer van de Hoge Raad de zaken, vermeld op het in artikel 15 van het Besluit orde van dienst gerechten bedoelde overzicht van zaken, behandelt op vrijdagen zoals vermeld in hoofdstuk 1 van het Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden om 10.00 uur.

6 MIDDEL VAN CASSATIE

8. Clara Wichmann c.s. voeren tegen het hiervoor vermelde arrest het volgende middel van cassatie aan:
schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het gerechtshof recht heeft gedaan op de wijze als in het dictum van dat arrest is omschreven en op de gronden die in het lichaam van het arrest zijn vermeld, dit om de volgende, zo nodig in onderlinge samenhang te beoordelen redenen.

Inleiding

9. De pil en andere anticonceptiemiddelen voor vrouwen¹ zijn van essentieel belang voor de verwezenlijking van het fundamentele recht van vrouwen om vrij – en op de voet van gelijkheid met mannen – te beslissen over hun seksuele en reproductieve keuzes. De autonomie die vrouwen door deze anticonceptiemiddelen over hun eigen lichaam genieten, levert een belangrijke bijdrage aan hun emancipatie en participatie in de samenleving.
10. De Staat heeft deze belangen in het verleden onderkend en anticonceptiemiddelen voor vrouwen vergoed uit de algemene middelen (rov. 3.6). Later heeft de Staat dit teruggedraaid en zijn deze anticonceptiemiddelen wisselend wel of niet opgenomen geweest in het (basis)zorgpakket. Op dit moment wordt anticonceptie niet vanuit het basispakket vergoed. Een uitzondering daarop zijn vrouwen tot 21 jaar. Voor vrouwen tussen 18 en 21 jaar valt anticonceptie weliswaar onder het basispakket, maar vallen de kosten daarvan onder het verplichte eigen risico (rov. 3.6 en 6.6-6.7).

¹ In dit stuk wordt onder "vrouwen" verstaan alle mensen met een baarmoeder.

11. Clara Wichmann c.s. menen dat deze handelwijze van de Staat in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM en artikel 1 Twaaifde Protocol bij het EVRM ("**Twaaifde Protocol**"), omdat dit ertoe leidt dat de kosten van deze anticonceptiemiddelen in overwegende mate voor de rekening van de vrouw komen, terwijl hiervoor geen rechtvaardiging bestaat. Inzet van deze rechtszaak is dat de Staat anticonceptie voor vrouwen (weer) gaat vergoeden. Op welke wijze de Staat dat uiteindelijk doet, is uiteraard aan de Staat.
12. Het hof heeft de vorderingen van Clara Wichmann c.s. afgewezen. Het hof heeft in rov. 6.23-6.37 kort gezegd geoordeeld dat het niet kan vaststellen dat de kosten van anticonceptie in overwegende mate voor rekening van vrouwen komen, op een zodanige manier dat daaruit een vermoeden van indirect onderscheid moet worden afgeleid. Het hof nam echter ook mannencondooms mee in zijn beoordeling. Hierop ziet **onderdeel 1** van het cassatiemiddel. Het hof heeft vervolgens in rov. 6.38-6.42 geoordeeld dat, ook als wordt aangenomen dat er sprake is van een indirect onderscheid, de Staat niet verplicht is om kosteloze verstrekking van anticonceptiemiddelen te bewerkstelligen. Hiertegen richt zich **onderdeel 2**.

Onderdeel 1: Het hof moest alleen anticonceptiemiddelen geschikt voor vrouwen in de beoordeling betrekken

13. Dit onderdeel richt zich tegen het oordeel in rov. 6.23-6.26 dat het, kort gezegd, niet zuiver is om, bij de beoordeling van de vraag of sprake is van indirecte discriminatie, uitsluitend anticonceptiemiddelen te betrekken die geschikt zijn voor vrouwen, zodat ook mannencondooms in de beoordeling moeten worden betrokken. Het hof oordeelt in rov. 6.23-6.26 als volgt:

"6.23 Het hof moet in de eerste plaats beoordelen of op basis van de gegevens die Clara Wichmann c.s. hebben aangedragen, kan worden geconcludeerd dat er sprake is van indirecte discriminatie in de zin van art. 14 EVRM en art. 1 Twaaifde Protocol EVRM, of dat daarvan in ieder geval een vermoeden bestaat. Het hof komt tot de conclusie dat die indirecte discriminatie niet is vast te stellen op basis van de in dit geding overlegde gegevens.

6.24 Het hof moet eerst vaststellen welke anticonceptiemiddelen in de beoordeling moeten worden betrokken. Clara Wichmann c.s. hebben in dit verband naar voren gebracht dat het hof in de

beoordeling uitsluitend anticonceptiemiddelen mag betrekken die voor vrouwen geschikt zijn en dat uit die beoordeling dan zal blijken dat de kosten van die middelen in overwegende mate voor rekening van de vrouw blijven. De Staat heeft betoogd dat voor een zuivere vergelijking alle anticonceptiemiddelen, dus ook mannencondooms, in de vergelijking moeten worden betrokken.

6.25 Het hof stelt vast dat het betoog van Clara Wichmann c.s. dat sprake is van indirecte discriminatie in overwegende mate is gebaseerd op de cijfers die zijn opgenomen in het al genoemde rapport 'We doen het samen' (hierna zal dit rapport worden aangeduid als 'het rapport'). De Staat heeft weersproken dat uit het rapport blijkt dat de kosten van anticonceptie in overwegende mate door vrouwen worden gedragen.

6.26 In het rapport worden alle anticonceptiemiddelen betrokken, dus ook mannencondooms. Het hof onderkent dat mannencondooms ook een andere functie hebben dan anticonceptie, namelijk het bieden van bescherming tegen SOA's. Mannencondooms kunnen daarom tegelijkertijd met andere anticonceptiemiddelen worden gebruikt. Niettemin acht het hof het niet zuiver om bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van indirecte discriminatie, uitsluitend anticonceptiemiddelen te betrekken die geschikt zijn voor vrouwen. Door dat te doen, en aldus slechts een gedeelte van de beschikbare anticonceptiemiddelen te bekijken, kan geen volledig beeld worden verkregen van de vraag wie per saldo de kosten van het gebruik van anticonceptiemiddelen draagt. Dat in de Rzv en het Bzv uitsluitend anticonceptiemiddelen zijn opgenomen die bestemd zijn voor vrouwen doet hier niet aan af, omdat die keuze een andere achtergrond heeft."

Subonderdeel 1.1: Het hof moest alleen anticonceptiemiddelen geschikt voor vrouwen in de beoordeling betrekken

14. Voor de beoordeling of sprake is van indirecte discriminatie gaat het erom of een maatregel, hoewel deze is opgesteld in neutrale termen, een bepaalde groep disproportioneel zwaarder treft dan een andere groep en op die manier een discriminerende uitwerking heeft.² In dit geval is de door Clara Wichmann c.s. aanvochten maatregel de keuze van de Staat om de pil en andere anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen niet (langer) te vergoeden. Het hof had dan ook moeten beoordelen of deze maatregel (op zichzelf) indirecte discriminatie oplevert. Het is niet zuiver en niet juist om bij de beoordeling van deze maatregel ook andere anticonceptiemiddelen

² Aldus ook het hof terecht in rov. 6.17.

zoals mannencondooms te betrekken, omdat zo geen antwoord wordt gegeven op de vraag of de keuze van de Staat om anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen niet (langer) te vergoeden, vrouwen disproportioneel zwaarder treft dan mannen.

15. Het hof is daarbij bovendien (ontoereikend gemotiveerd) voorbijgegaan aan het volgende, dat Clara Wichmann c.s. in dit verband hebben aangevoerd:
- (a) Alleen de pil en andere anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen, geven vrouwen de autonomie om zelfstandig en vrij te beslissen over de vraag of en wanneer zij zwanger willen worden. Mannencondooms zijn daarvoor niet geschikt, omdat de vrouw voor het gebruik daarvan afhankelijk is van de man.³ Dit klemmt temeer omdat het de vrouw is en niet de man die in de eerste plaats de financiële gevolgen, en in alle gevallen de lichamelijke gevolgen, draagt van een zwangerschap.⁴ Kortom, alleen anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen, zijn geschikt voor de verwezenlijking van het fundamentele recht van vrouwen om vrij – en op de voet van materiële gelijkheid met mannen – te beslissen over hun seksuele en reproductieve keuzes zoals dat onder meer voortvloeit uit artikel 8 EVRM en artikel 16 lid 1 aanhef en onder e VN-Vrouwenverdrag⁵ (op basis waarvan de verdragspartijen "*shall ensure, on a basis of equality of men and women: (...) The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children*"). Anticonceptiemiddelen voor vrouwen hebben dan ook een wezenlijk andere functie

³ Dagvaarding, voetnoot 41; Pleitaantekeningen Clara Wichmann c.s. eerste aanleg, nr. 37-38; Memorie van grieven, voetnoot 12; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 26 en 29.

⁴ Pleitaantekeningen Clara Wichmann c.s. eerste aanleg, nr. 37; Memorie van grieven, nr. 40.

⁵ Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, New York, 18 december 1979, *Trb.* 1980, 146.

(en behoren tot een wezenlijk andere categorie) dan mannencondooms,⁶ zoals ook algemeen wordt onderkend.⁷

- (b) De gehele maatschappij profiteert van anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen. De autonomie die vrouwen daardoor (en niet door mannencondooms) over hun eigen lichaam genieten, levert immers een belangrijke bijdrage aan hun emancipatie en participatie in de samenleving. De kosten van het gebruik van deze anticonceptie moeten dan ook door de gehele maatschappij, dus zowel mannen als vrouwen, worden gedragen.⁸
- (c) Bovendien heeft ook de Staat zelf de vergoeding van anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen altijd als een separate maatregel gezien. Zoals het hof ook in rov. 3.6 vaststelt, heeft de Staat in 1972 besloten de anticonceptiepil, de *morning after* pil en de prikpil te vergoeden uit de algemene middelen, zodat de kosten van anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen evenredig over mannen en vrouwen werden verdeeld.⁹ Later heeft de Staat dat teruggedraaid en zijn anticonceptiemiddelen wisselend wel of niet opgenomen geweest in het (basis)zorgpakket.¹⁰ Hierbij is het altijd gegaan om anticonceptiemiddelen voor vrouwen. Mannencondooms zijn geen "anticonceptie" in de zin van de historische en huidige regelgeving over de vergoeding van anticonceptiva (rov. 3.6 en rov. 6.6-6.7).¹¹ Het is deze maatregel van de Staat, om anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor

⁶ Dagvaarding, voetnoot 41; Pleitaantekeningen Clara Wichmann c.s. eerste aanleg, nr. 37-38; Memorie van grieven, voetnoot 12; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 26-29.

⁷ Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 28.

⁸ Dagvaarding, nr. 3; Memorie van grieven, nr. 1, 8-9; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 1-3.

⁹ Dagvaarding, nr. 24-25, voetnoot 41; Pleitaantekeningen Clara Wichmann c.s. eerste aanleg, nr. 38; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 3.

¹⁰ Bestreden arrest, rov. 3.6; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 3; Dagvaarding, nr. 24-25.

¹¹ Dagvaarding eerste aanleg, voetnoot 41; Pleitaantekeningen Clara Wichmann c.s. eerste aanleg, nr. 38; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 27; Memorie van grieven, voetnoot 12.

vrouwen niet (langer) te vergoeden, die Clara Wichmann c.s. in deze procedure aanvechten.

Het hof heeft het voorgaande miskend en anders zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Het hof heeft de hiervoor beschreven essentiële stellingen van Clara Wichmann immers niet kenbaar, althans niet op voldoende begrijpelijke wijze, in zijn beoordeling betrokken. Het hof onderkent in rov. 6.26 weliswaar dat mannencondooms een andere functie hebben dan anticonceptie, namelijk het bieden van bescherming tegen SOA's, maar niet (andersom) dat de pil en andere anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen een wezenlijk andere functie hebben dan mannencondooms, namelijk de verwezenlijking van, kort gezegd, het zelfbeschikkingsrecht van vrouwen als het gaat om hun seksuele en reproductieve keuzes. De overweging in rov. 6.26 dat anders geen volledig beeld kan worden verkregen van de vraag wie per saldo de kosten van het gebruik van anticonceptiemiddelen draagt (waarmee het hof kennelijk doelt op alle middelen die geschikt zijn voor anticonceptie, waaronder mannencondooms), is ook geen begrijpelijke respons op de stellingen van Clara Wichmann c.s. De vraag die voorligt is immers of de maatregel van de Staat om *anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen* niet (langer) te vergoeden, vrouwen disproportioneel zwaarder treft dan mannen, waarbij tot uitgangspunt dient dat deze middelen een wezenlijk andere functie hebben dan mannencondooms.

16. De slotoverweging van het hof in rov. 6.26, dat de keuze van de Staat om in de Regeling Zorgverzekering en het Besluit Zorgverzekering uitsluitend anticonceptiemiddelen op te nemen die bestemd zijn voor vrouwen, hier niet aan af doet, omdat die keuze "*een andere achtergrond heeft*", is niet begrijpelijk. Het is onduidelijk op welke achtergrond het hof doelt en waarom die achtergrond anders en niet relevant zou zijn voor het oordeel van het hof. De Staat heeft gesteld dat de keuze om de pil in het basispakket te houden voor vrouwen onder 21 jaar is ingegeven door de wens om ongewenste tienerzwangerschappen te voorkomen.¹² Dit

¹² Conclusie van antwoord, nr. 3.6.

onderstreept juist het belang van de pil en andere anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen bij het voorkomen van ongewenste zwangerschappen (en dat mannencondooms hiervoor niet althans onvoldoende geschikt zijn).

Subonderdeel 1.2: Voortbouwklachten

17. Gegrondbevinding van een van de klachten van subonderdeel 1.1 brengt mee dat de op rov. 6.23-6.26 voortbouwende oordelen evenmin in stand kunnen blijven. Dit geldt ook voor het oordeel in rov. 6.27-6.36 dat – uitgaand van een beoordeling waarin mannencondooms worden meegenomen – het hof uit de door partijen aangedragen gegevens niet kan concluderen dat de kosten van anticonceptie in overwegende mate voor rekening van vrouwen zijn en blijven, op een zodanige manier dat daaruit een vermoeden van indirect onderscheid moet worden afgeleid. Clara Wichmann c.s. merken in dit verband ten overvloede op dat, als alleen anticonceptiemiddelen die geschikt zijn voor vrouwen in de beoordeling worden betrokken, wél kan worden vastgesteld dat de kosten daarvan in overwegende mate voor rekening van vrouwen komen. Zoals Clara Wichmann c.s. hebben aangevoerd, is dit algemeen bekend en volgt dit uit de aard der zaak: deze anticonceptie wordt immers op recept verstrekt en vrouwen zullen hiervoor moeten betalen bij de apotheek.¹³

Onderdeel 2: Wel degelijk ingrijpen van de Staat vereist

18. Dit onderdeel richt zich tegen het oordeel in rov. 6.39-6.41¹⁴ dat, als wordt aangenomen dat er sprake is van een indirect onderscheid

¹³ Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 20; Memorie van grieven, nr. 40.

¹⁴ Dit onderdeel komt ook op tegen rov. 6.8-6.9 voor zover het hof zou hebben geoordeeld dat de in rov. 6.8 genoemde vrijheid van de Staat bij de inrichting van het basispakket meebrengt dat op de Staat geen verplichting rust om kosteloze verstrekking van anticonceptiemiddelen te bewerkstelligen. De Staat heeft die vrijheid immers niet voor zover sprake is van schending van artikel 14 EVRM of artikel 1 Twaalfde Protocol. Het hof lijkt dat in rov. 6.9 ook te onderkennen. Rov. 6.9 lijkt echter niet goed aan te sluiten op rov. 6.8. Het hof oordeelt in rov. 6.9 immers dat de vordering van Clara Wichmann c.s. er in de kern ook op neer zou komen dat de Regeling Zorgverzekering, waarin de inhoud van het basispakket is geregeld, onrechtmatig is. Dat is onjuist en ook onbegrijpelijk in het licht van rov. 6.8, waarin het hof – conform het betoog van Clara Wichmann c.s. (Memorie van grieven, nr. 43, Pleitnota hoger beroep, nr. 7 en 35) – oordeelt dat de Staat kosteloze beschikbaarheid van middelen ook op andere manieren kan waarborgen dan via de

(omdat vrouwen disproportioneel veel zwaarder worden geraakt dan mannen door de ogenschijnlijk neutrale maatregel dat anticonceptiemiddelen niet worden vergoed), de Staat niet gehouden is kosteloze verstrekking van anticonceptiemiddelen te bewerkstelligen. Het hof oordeelt als volgt:

"6.39 De Staat heeft er op zichzelf terecht op gewezen dat een eventueel indirect onderscheid op grond van geslacht niet door hem wordt veroorzaakt. De Staat bepaalt immers niet de markt voor (alle) anticonceptiemiddelen. Evenmin bepaalt de Staat de prijs van anticonceptiemiddelen, althans, partijen hebben dat niet gesteld. Dat betekent dat zowel de beschikbaarheid als de prijs in principe door marktwerking wordt bepaald. Voor zover een eventueel indirect onderscheid het gevolg is van de weigering van mannen om mee te betalen aan anticonceptie is ook dat een factor die niet door de Staat wordt veroorzaakt, maar gaat het om een (machts)ongelijkheid in de horizontale relatie tussen man en vrouw. Er is, met andere woorden, geen actieve bemoeienis van de Staat die leidt tot het gestelde indirecte onderscheid. Als ieder handelen van de Staat (onder meer via de Rzv en het Bzv) wordt weggedacht is er ook geen kosteloze beschikbaarheid van anticonceptiemiddelen.

6.40 De vraag moet daarom worden beantwoord of de Staat deze situatie toch moet oplossen door in de markt voor anticonceptiemiddelen in te grijpen door de kosteloze verstrekking daarvan te regelen. Het hof heeft in de jurisprudentie van het EHRM geen aanwijzingen gevonden die tot een zo vergaande positieve verplichting van de Staat dwingen. Zoals hiervoor uiteen is gezet omvat noch art. 1 Twaalfde Protocol, noch art. 14 EVRM een algemene positieve verplichting voor de Staat om alle gevallen van feitelijke ongelijkheid die niet door de Staat worden veroorzaakt, actief op te lossen. De verwijzing door Clara Wichmann c.s. naar het arrest Volodina/Rusland heeft betrekking op gevallen van positieve discriminatie bij geweld tegen vrouwen en is naar het oordeel van hof te specifiek om daar een algemene positieve verplichting uit af te leiden voor gevallen zoals nu aan de orde. Datzelfde geldt voor het arrest Thlimmenos/Griekenland, waarin is geoordeeld dat een Staat in strijd handelt met het discriminatieverbod door geen onderscheid te maken tussen mensen die veroordeeld zijn voor een misdaad uitsluitend verband

zorgverzekering; bijvoorbeeld door gratis verstrekking in apotheken. Nu het hof in rov. 6.9 onderkent dat de Regeling Zorgverzekering en het Besluit Zorgverzekering aan artikel 14 EVRM en artikel 1 Twaalfde Protocol kunnen worden getoetst (en het hof in rov. 6.39-6.41 ook daadwerkelijk aan deze bepalingen toetst), zien Clara Wichmann c.s. niet direct in welk belang zij hebben tegen klachten tegen deze overwegingen. Maar omdat de overwegingen van het hof enigszins duister zijn, richten zij zoals gezegd zekerheidshalve wel klachten tegen rov. 6.8-6.9 voor zover deze overwegingen zouden hebben bijgedragen aan zijn oordeel in rov. 6.39-6.41. Die overwegingen zijn dan immers eveneens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd om de redenen uiteengezet in dit onderdeel 2.

houdend met hun religieuze overtuiging en mensen die voor andere misdrijven zijn veroordeeld.

6.41 Het hof deelt daarom niet de conclusie van Clara Wichmann dat, als wordt aangenomen dat er sprake is van indirect onderscheid, de Staat gehouden is in een geval als dit, waarbij het indirecte onderscheid niet het gevolg is van het handelen van de Staat, kosteloze verstrekking van anticonceptiemiddelen te bewerkstelligen. De vordering stuit ook hierop af."

19. Uit onder meer rov. 6.41 blijkt dat het hof in rov. 6.39-6.41 heeft aangenomen dat er sprake is van een indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen omdat vrouwen disproportioneel veel zwaarder worden geraakt dan mannen door de ogenschijnlijk neutrale maatregel dat anticonceptiemiddelen niet worden vergoed. Bij de beoordeling van deze rechtsoverwegingen in cassatie dient deze aanname dan ook tot uitgangspunt.
20. Het is niet geheel duidelijk op welke anticonceptiemiddelen het hof het oog heeft. Voor zover het hof in rov. 6.39-6.41 niet alleen is uitgegaan van de pil en andere anticonceptiemiddelen voor vrouwen, maar ook van andere middelen die geschikt zijn voor anticonceptie zoals mannencondooms, brengt gegrondbevinding van onderdeel 1 reeds mee dat rov. 6.39-6.41 niet in stand kunnen blijven.
21. Voor zover het hof wel is uitgegaan van anticonceptiemiddelen voor vrouwen, is het oordeel van het hof in rov. 6.39-6.41 weliswaar ten overvloede gegeven, maar wordt het dragend voor het eindoordeel van het hof als een van de klachten van onderdeel 1 slaagt.

Subonderdeel 2.1: Schending negatieve verplichting

22. Het hof heeft miskend dat het terugdraaien van de vergoeding van anticonceptiemiddelen, zoals de Staat heeft gedaan, een schending van een negatieve verplichting uit hoofde van artikel 14 EVRM of artikel 1 Twaalfde Protocol kan opleveren. Zoals Clara Wichmann c.s. hebben aangevoerd en het hof in rov. 3.6 vaststelt, heeft de Staat in 1972 besloten de anticonceptiepil, de *morning after* pil en de prikpil te vergoeden uit de algemene middelen.¹⁵ Later heeft de Staat

¹⁵ Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 3; Dagvaarding, nr. 24 en 25.

dat teruggedraaid en zijn anticonceptiemiddelen wisselend wel of niet opgenomen geweest in het (basis)zorgpakket.¹⁶ Clara Wichmann c.s. hebben aangevoerd dat de door de Staat gemaakte keuze om anticonceptiemiddelen niet langer te vergoeden, leidt tot een indirect onderscheid op grond van geslacht omdat de kosten van anticonceptie in overwegende mate door vrouwen worden gedragen.¹⁷ Zij hebben voorts betoogd dat de Staat hiermee haar negatieve verplichting uit hoofde van artikel 14 EVRM en artikel 1 Twaalfde Protocol heeft geschonden, aangezien voor dit onderscheid geen rechtvaardigingsgrond bestaat.¹⁸ Het hof heeft in rov. 6.39 ten onrechte slechts onderzocht of het indirecte onderscheid op grond van geslacht zich voordoet als ieder handelen van de Staat wordt weggedacht. Voor schending van een negatieve verplichting is immers voldoende dat de Staat zich van bepaald handelen diende te onthouden omdat dit in de gegeven omstandigheden leidt tot een indirect onderscheid op grond van geslacht. In dit geval is dat het niet langer vergoeden van anticonceptiemiddelen. Het oordeel van het hof geeft dan ook blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is anders onbegrijpelijk in het licht van het betoog van Clara Wichmann c.s.

Subonderdeel 2.2: Schending positieve verplichting

23. Ook als geen sprake is van de schending van een negatieve verplichting, heeft het hof in rov. 6.39-6.41 blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, om de volgende, zo nodig in onderlinge samenhang te beoordelen redenen:
- (i) Het hof heeft miskend dat de omstandigheid dat de Staat in het verleden anticonceptiemiddelen heeft vergoed uit de algemene middelen¹⁹ kan meebrengen dat de Staat een positieve verplichting heeft uit hoofde van artikel 14 EVRM of

¹⁶ Bestreden arrest, rov. 3.6; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 3; Dagvaarding, nr. 24-27.

¹⁷ Memorie van grieven, nr. 38-39; 57, eerste bullet; Dagvaarding, nr. 34, 105-107.

¹⁸ Memorie van grieven, nr. 38-39, 41; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 34-39.

¹⁹ Bestreden arrest, rov. 3.6; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 3; Dagvaarding, nr. 24 en 25.

artikel 1 Twaalfde Protocol om anticonceptie te (blijven) vergoeden om indirecte discriminatie te voorkomen.²⁰ Zoals het hof in rov. 6.19 terecht onderkent, is het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen niet altijd duidelijk te maken. In dit geval gaat het om de keuze van de Staat om anticonceptie niet langer te vergoeden, zodat de kosten daarvan niet meer evenredig over mannen en vrouwen worden verdeeld. Dit brengt mee dat aan de rechtvaardiging voor de handelwijze van de Staat hoge eisen kunnen worden gesteld, vergelijkbaar met die gelden voor de beoordeling van de vraag of sprake is van de schending van een negatieve verplichting. Daarom zijn de twee uitspraken van het EHRM die het hof bespreekt in rov. 6.40 ook niet richtinggevend voor de onderhavige zaak. Als het hof het voorgaande niet heeft miskend, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft de hiervoor beschreven handelwijze van de Staat immers niet kenbaar in zijn beoordeling betrokken.

- (ii) Ten onrechte heeft het hof niet in zijn beoordeling betrokken of voor de handelwijze van de Staat en het indirecte onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Zoals het hof oordeelt in rov. 6.14, is daarvoor vereist dat het gemaakte onderscheid een gerechtvaardigd doel dient en er sprake is van een redelijke mate van evenredigheid (proportionaliteit) tussen het gehanteerde middel (de ongelijke behandeling) en het nagestreefde doel. Aan deze vereisten komt ook betekenis toe bij de beoordeling van de vraag of een positieve verplichting uit hoofde van artikel 14 EVRM of artikel 1 Twaalfde Protocol is geschonden, zeker nu de handelwijze van de Staat op zijn minst sterke overeenkomsten vertoont met de schending van een negatieve verplichting. Clara Wichmann c.s. hebben betoogd dat voor die handelwijze en het indirecte onderscheid geen rechtvaardigingsgrond bestaat, op samengevat de volgende gronden. Materiële gendergelijkheid is volgens vaste rechtspraak van het EHRM "*one of the major goals in the*

²⁰ Memorie van grieven, nr. 38-39, 41; Dagvaarding, nr. 92 en paragraaf 4.3.2.

member States of the Council of Europe" die invulling geeft aan artikel 14 EVRM en artikel 1 Twaalfde Protocol.²¹ Staten hebben daarom bij discriminatie op grond van geslacht slechts een "*narrow margin of appreciation*".²² Uitsluitend "*very weighty reasons*" kunnen een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen rechtvaardigen.²³ Daar komt bij dat de indirecte discriminatie in dit geval raakt aan het fundamentele recht van vrouwen om vrij – en op de voet van materiële gelijkheid met mannen – te beslissen over hun seksuele en reproductieve keuzes zoals dat onder meer voortvloeit uit artikel 8 EVRM²⁴ en artikel 16 lid 1 aanhef en onder e VN-Vrouwenverdrag.²⁵ Van zeer gewichtige redenen die dit indirecte onderscheid rechtvaardigen, is geen sprake.²⁶ Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat eventuele financiële overwegingen van de Staat op zichzelf geen voldoende gewichtige redenen voor een verschil in behandeling kunnen opleveren.²⁷ Ook "*traditions, general assumptions or prevailing social attitudes*" – zoals de gedachte dat de vrouw hoofverantwoordelijke zou zijn voor geboortebeperving, zodat zij de man moet vragen om mee te betalen aan anticonceptie – kunnen niet als zeer gewichtige redenen

²¹ Memorie van grieven, nr. 31 onder verwijzing naar onder meer EHRM 22 maart 2022, 30078/06 (*Konstantin Markin/Rusland*) [GC], rov. 127.

²² Memorie van grieven, nr. 31 en 33 onder verwijzing naar onder meer EHRM 4 februari 2021, 54711/15 (*Jurcic/Kroatië*), rov. 73; zie voorts Bestreden arrest, rov. 6.16; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 34.

²³ Memorie van grieven, nr. 31 onder verwijzing naar onder meer EHRM 22 maart 2022, 30078/06 (*Konstantin Markin/Rusland*) [GC], rov. 127; zie voorts Bestreden arrest, rov. 6.16.

²⁴ Memorie van grieven, nr. 18 onder verwijzing naar EHRM 22 januari 2008, 43546/02 (*E.B./Frankrijk*) [GC], rov. 43; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 37 en 39; Dagvaarding, nr. 67-70.

²⁵ "*States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women: (...) (e) The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights*". Aangehaald in onder meer Dagvaarding, nr. 93.

²⁶ Memorie van grieven, nr. 41-42; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 34-39.

²⁷ Memorie van grieven, nr. 33-34 en 42 onder verwijzing naar onder meer EHRM 4 februari 2021, 54711/15 (*Jurcic/Kroatië*), rov. 73; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 37.

worden aangemerkt.²⁸ Het hof heeft echter niet kenbaar op dit betoog van Clara Wichmann c.s. gerespondeerd. Het heeft aldus miskend dat het relevant was of voor de handelwijze van de Staat en het indirecte onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Als het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

- (iii) Het hof heeft, mede gelet op het voorgaande, miskend dat op de Staat wel degelijk een positieve verplichting rust uit hoofde van artikel 14 EVRM en artikel 1 Twaalfde Protocol om het indirecte onderscheid tussen mannen en vrouwen op te heffen. Zoals Clara Wichmann c.s. onbetwist hebben aangevoerd,²⁹ stelt anticonceptie vrouwen in staat autonomie te behouden over hun eigen lichaam; het stelt hen in staat bewust te beslissen over hun seksuele en reproductieve keuzes, waaronder met name de beslissing of zij kinderen willen, het aantal kinderen en het moment waarop zij kinderen krijgen. Hoewel anticonceptie daarmee van belang is voor de verwezenlijking van het zelfbeschikkingsrecht van vrouwen en anticonceptie de gehele maatschappij ten goede komt, worden de kosten daarvan op dit moment in overwegende mate door vrouwen gedragen. Dit indirecte onderscheid is, zoals toegelicht in nr. (i) hierboven, het gevolg van het handelen van de Staat, die anticonceptie aanvankelijk heeft vergoed uit de algemene middelen, zodat de kosten evenredig over mannen en vrouwen werden verdeeld, maar dit later heeft teruggedraaid, wat erin heeft geresulteerd dat de kosten van anticonceptie (weer) in overwegende mate door vrouwen worden gedragen. Voor dit handelen en dit indirecte onderscheid, die een *achteruitgang* meebrengen in de bescherming van vrouwen tegen discriminatie, bestaat, zoals toegelicht in nr. (ii) hierboven, geen rechtvaardiging, juist in het licht van het belangrijke doel om elke vorm van discriminatie jegens vrouwen uit te bannen en materiële

²⁸ Memorie van grieven, nr. 32 onder verwijzing naar onder meer EHRM 22 maart 2022, 30078/06 (*Konstantin Markin/Rusland*) [GC], rov. 127; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 34 en 38.

²⁹ Memorie van grieven, nr. 1, 8-9; Pleitnota Clara Wichmann c.s. hoger beroep, nr. 1-2; Dagvaarding, nr. 2-4, 45-47.

gelijkheid tussen mannen en vrouwen te bereiken (waartoe de Staat zich onder meer heeft verbonden in artikelen 2, 12 en 16 VN-Vrouwenverdrag). Het handelen van de Staat staat haaks op dit doel en is ook in strijd met het internationale beginsel van non-regressie, op grond waarvan de Staat eenmaal door hem verwezenlijkte mensenrechtenbescherming in beginsel niet ongedaan mag maken. In deze omstandigheden rust op de Staat de verplichting om het indirecte onderscheid tussen mannen en vrouwen op te heffen door kosteloze verstrekking van anticonceptie te bewerkstelligen.

7 VERMELDINGEN OP GROND VAN ARTIKEL 1018C LID 1 RV

24. Deze procedure betreft een vordering als bedoeld in artikel 3:305a BW. Het is onduidelijk in hoeverre Titel 14A Rv van toepassing op het geding in cassatie. De Minister voor Rechtsbescherming heeft hierover recent opgemerkt dat Titel 14A volledig is geschreven voor de procedure in feitelijke instanties, en niet voor de procedure in cassatie, en dat Titel 14A niet voorziet in bepalingen die specifiek voor de toepassing van de WAMCA in cassatie. Dit betekent dat het aan de Hoge Raad is overgelaten om over de wijze van toepassing van de WAMCA in cassatie te oordelen, aldus de minister.³⁰
25. Op grond van artikel 1018c lid 1 Rv dient de dagvaarding waarmee de collectieve vordering bedoeld in artikel 3:305a BW wordt ingesteld, aan bepaalde inhoudelijke eisen te voldoen in aanvulling op artikel 111 lid 2 Rv. Deze informatie dient de rechter in staat te stellen de ontvankelijkheid van de collectieve actie te beoordelen en een Exclusieve Belangenbehartiger aan te wijzen.³¹ De rechtbank Den Haag heeft bij tussenvonnissen van 2 juni 2021 de ontvankelijkheid van de onderhavige collectieve actie beoordeeld en Stichting Bureau Clara Wichmann aangewezen als Exclusieve Belangenbehartiger. Hiertegen is geen hoger beroep ingesteld. Het hof heeft zich in rov. 6.1 van zijn arrest van 12 september 2023 voor zover nodig ambtshalve bij de overwegingen van de rechtbank aangesloten en

³⁰ *Kamerstukken II 2022/23*, 36 212, nr. 3, p. 4-5.

³¹ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 608, nr. 3, p. 36-37.

afgezien van het aanwijzen van een Exclusieve Belangenbehartiger in hoger beroep. Het is onduidelijk of artikel 1018c lid 1 Rv ook van toepassing is op deze procesinleiding. Artikel 407 Rv verwijst in ieder geval sinds 1 mei 2023 niet naar artikel 1018c lid 1 Rv.³² Niettemin hebben Clara Wichmann c.s. hieronder zekerheidshalve aan de eisen van artikel 1018c lid 1 Rv voldaan, waarbij zij waar mogelijk korthedshalve hebben verwezen naar het tussenvonniss van de rechtbank Den Haag en het arrest van het gerechtshof Den Haag.

(a) Omschrijving van de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de collectieve vordering betrekking heeft

26. De gebeurtenissen waarop de collectieve vordering betrekking heeft, zijn omschreven in rov. 3.6-3.10 van het arrest van het gerechtshof Den Haag. Clara Wichmann c.s. citeren hier rov. 3.6:

"In de jaren '60 van de vorige eeuw is hormonale anticonceptie in Nederland beschikbaar gekomen. Anticonceptie werd toen niet door de Staat vergoed. De verantwoordelijke minister stelde zich destijds op het standpunt dat anticonceptie geen geneeskundige zorg is die voor vergoeding in aanmerking moest komen. In 1972 is besloten de anticonceptiepil, de morning after pil en de prikpil te vergoeden vanuit de algemene middelen. Daarna zijn anticonceptiemiddelen wisselend wel of niet opgenomen geweest in het (basis)zorgpakket. Het huidige (kabinets-)standpunt is dat anticonceptie geen geneeskundige zorg is die valt onder de reikwijdte van de Zorgverzekeringswet. Op dit moment wordt anticonceptie dan ook niet vanuit het basispakket vergoed. Een uitzondering daarop vormt de groep vrouwen tot 21 jaar: zij krijgen anticonceptie wel vanuit het basispakket vergoed. Voor vrouwen tussen 18 jaar en 21 jaar vallen de kosten van het gebruik van anticonceptie daarbij onder het verplichte eigen risico. Vrouwen kunnen zich via een aanvullend pakket verzekeren voor anticonceptie."

27. Clara Wichmann c.s. menen dat deze handelwijze van de Staat in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM en artikel 1 Twaalfde Protocol, omdat dit ertoe leidt dat de kosten van deze anticonceptiemiddelen in overwegende mate voor de rekening van de vrouw komen. Clara Wichmann c.s. vorderen daarom in deze procedure (a) een verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig handelt door anticonceptie voor vrouwen ouder dan 18 jaar niet te

³² Tot 1 mei 2023 bepaalde artikel 407 lid 1 Rv dat het beroep in cassatie wordt ingesteld door het indienen van een procesinleiding in dezelfde vorm en met dezelfde vereisten als in eerste aanleg, behoudens lid 2-5.

vergoeden, (b) dat de Staat wordt geboden om anticonceptie ook voor vrouwen ouder dan 18 jaar te vergoeden, en (c) veroordeling van de Staat in de kosten van het geding.

(b) Omschrijving van de personen tot bescherming van wier belangen de collectieve vordering strekt

28. De collectieve vordering strekt tot bescherming van de belangen van alle vrouwen in Nederland.³³

(c) Omschrijving van de mate waarin de te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen gemeenschappelijk zijn

29. De rechtbank heeft hierover het volgende geoordeeld:

*"Een collectieve actie in de onderhavige kwestie is effectief en efficiënt. De in deze procedure te beantwoorden feitelijke en rechtsvragen zijn in voldoende mate gemeenschappelijk. De vorderingen behartigen de belangen van alle vrouwen in Nederland, teneinde anticonceptie voor iedere vrouw te vergoeden. Het instellen van een collectieve vordering als de onderhavige is effectief om dit beoogde doel te bereiken. Aannemelijk is verder dat de belangen van al deze personen in voldoende mate overeenstemmen om te kunnen bundelen in een collectieve actie. Dit is ook efficiënter dan individuele acties zouden zijn."*³⁴

(d) Omschrijving van de wijze waarop voldaan is aan de ontvankelijkheidseisen van artikel 3:305a BW of van de gronden waarop het zesde lid van dat artikel van toepassing is

30. De rechtbank heeft hierover het volgende geoordeeld:

"De rechtbank stelt vast dat de vorderingen van de belangenbehartigers niet strekken tot het verkrijgen van een schadevergoeding in geld. De vorderingen zijn ingesteld met een ideëel doel en met het oog op de belangen van personen die geraakt worden door het niet-vergoeden van anticonceptie voor vrouwen ouder dan 18 jaar. Aan de tweede uitzonderingsgrond van artikel 3:305a lid 6 BW is daarmee voldaan. De aard van de vordering geeft de rechtbank aanleiding om niet te toetsen aan de vereisten van de leden 2 en 5 van artikel 3:305a BW.

De rechtbank stelt ambtshalve vast dat de vorderingen van de belangenbehartigers voldoen aan het vereiste van artikel 3:305a lid

³³ Tussenvonnissen van 2 juni 2021, rov. 4.8.

³⁴ Tussenvonnissen van 2 juni 2021, rov. 4.8.

1 BW. Alle belangenbehartigers zetten zich in voor een meer gelijke samenleving (voor onder meer mannen en vrouwen). Nu de vorderingen dat belang beogen te beschermen, wordt voldaan aan de eis die artikel 3:305a lid 1 BW stelt.

De belangenbehartigers hebben in de dagvaarding toegelicht dat is voldaan aan de vereisten van artikel 3:305a lid 3 aanhef en onder a BW. De Staat heeft dit niet betwist. De rechtbank ziet geen aanleiding hierover ambtshalve anders te oordelen. De vorderingen hebben een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer, nu de vorderingen zien op de vergoeding van anticonceptie door de Nederlandse Staat. Tot slot is ook in voldoende mate gebleken van het vereiste overleg. Ook aan de vereisten onder b en c van artikel 3:305a lid 3 BW is daarom voldaan."³⁵

(e) Gegevens die de rechter in staat stellen om voor deze collectieve vordering een Exclusieve Belangenbehartiger aan te wijzen

31. De rechtbank heeft Stichting Bureau Clara Wichmann aangewezen als de Exclusieve Belangenbehartiger in het geding.³⁶ Het hof heeft afgezien van het aanwijzen van een Exclusieve Belangenbehartiger in hoger beroep.³⁷ Mocht de Hoge Raad in cassatie een Exclusieve Belangenbehartiger willen aanwijzen, dan is Stichting Bureau Clara Wichmann hiervoor de meest aangewezen partij. Zij heeft als proefprocessenfonds geruime ervaring met het voeren van dit soort rechtszaken en heeft als statutaire doelstelling onder meer het bestrijden van discriminatie van vrouwen.³⁸

(f) Verplichting van de eiser om van de zaak aantekening te maken in het centraal register voor collectieve acties en wat ingevolge artikel 1018c Rv de gevolgen zijn van die aantekening

32. Artikel 1018c lid 2 (oud)³⁹ Rv bepaalt hierover het volgende:

"Op straffe van niet ontvankelijkheid wordt in afwijking van artikel 125, tweede lid, het exploit van dagvaarding ter griffie ingediend

³⁵ Tussenvonnissen van 2 juni 2021, rov. 4.5-4.7.

³⁶ Tussenvonnissen van 2 juni 2021, rov. 4.12.

³⁷ Bestreden arrest, rov. 6.1.

³⁸ Zie ook Bestreden arrest, rov. 3.1.

³⁹ In deze procedure is op grond van artikel VI Implementatiewet richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten (Stb. 2022, 459) artikel 1018c lid 2 (oud) Rv van toepassing.

binnen twee dagen na de dag van dagvaarding, onder gelijktijdige aantekening van de dagvaarding in het centraal register voor collectieve acties als bedoeld in artikel 305a, zevende lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. De aantekening gaat vergezeld van een afschrift van de dagvaarding."

33. Clara Wichmann c.s. zullen binnen twee dagen na indiening van deze procesinleiding bij de Hoge Raad aantekening doen van de procesinleiding in het centraal register voor collectieve acties, vergezeld van een afschrift van deze procesinleiding.

8 CONCLUSIE

34. Op grond van dit middel vorderen Clara Wichmann c.s. dat de Hoge Raad het bestreden arrest vernietigt, en verder beslist zoals hij passend acht. Clara Wichmann c.s. vorderen verder dat de Staat wordt veroordeeld in de kosten van het geding, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na de datum van het arrest.



Advocaten

Deze zaak wordt behandeld door mr. J.J. Valk en mr. J.W.M.K. Meijer,
T +31 20 577 1882, M +31 6 2375 7512, E johan.valk@debrauw.com,
De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam

Dit processtuk bevat 6.468 woorden.