



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

Waldijk, C.; Burri, S.D.; Cremers-Hartman, E.; Dankbaar, M.J.J.; Kroes, M.; Rodrigues, P.R.; ... ; Zoethout, C.M.

Citation

Waldijk, C. (2005). Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat. In S. D. Burri, E. Cremers-Hartman, M. J. J. Dankbaar, M. Kroes, P. R. Rodrigues, B. P. Vermeulen, ... C. M. Zoethout (Eds.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004 (Oordelenbundel Commissie gelijke behandeling)* (pp. 63-70). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3600>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3600>

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

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

Mr. C. Waaldijk

1 EUROPESE ORIËNTATIE EN DE GERICHTHEID VAN DE AWGB

Het jaar 2003 is het laatste jaar geweest dat het verbod van discriminatie wegens seksuele gerichtheid vooral een nationale aangelegenheid was. Vanaf 2 december 2003 stelt een kaderrichtlijn van de EG minimeisen aan het verbod van onderscheid naar seksuele gerichtheid voor het terrein van arbeid en beroep.¹ Onderscheid naar burgerlijke staat valt buiten de scope van de kaderrichtlijn. Een wet tot aanpassing van de AWGB aan de richtlijn is begin 2004 van kracht geworden.² Bij de interpretatie van de Nederlandse wetgeving zullen rechters en de Commissie gelijke behandeling zich nu ook op dit punt op Europese normen oriënteren. Op bijvoorbeeld het punt van de bewijslastverdeling doet de Commissie dat al.³ In een groot aantal oordelen uit 2003 komt een nieuwe belangrijke vraag op die met behulp van de EG-richtlijn beantwoord kan worden. Dat is de vraag naar de normadressaat: tegen wie kan het verbod van onderscheid wegens seksuele gerichtheid worden ingeroepen?⁴ Een andere vraag die wellicht met een Europese oriëntatie opgelost kan worden, betreft het opnieuw door de Commissie onderkende recht om in ongelijke gevallen ongelijk behandeld te worden.⁵

2 VIJFTIEN OORDELEN IN TWAALF ZAKEN

In 2003 heeft de Commissie gelijke behandeling weer wat meer oordelen gegeven over seksuele gerichtheid dan in de vier voorgaande jaren.⁶ Het zijn er nu zes, waarvan er twee betrekking hebben op één zaak.⁷ In twee van de vijf zaken constateert de Commissie verboden onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid.⁸ Daarnaast was er opnieuw een oordeel over vermeend onderscheid wegens transseksualiteit⁹, dat aan de orde komt in het hoofdstuk over de grond *Geslacht* (zie p. 46).

Het aantal oordelen over de grond burgerlijke staat is in 2003 iets lager dan in 2002.¹⁰ Het zijn er nu negen, waarvan twee keer een tweetal oordelen dat betrekking

1 Richtlijn 2000/78/EG.

2 EG-implementatiewet Awgb, *Stb.* 2004, 119.

3 Zie paragraaf 5.

4 Zie daarover met name paragraaf 4.

5 Zie daarover paragraaf 3 en 7.

6 Van 1995 tot en met 2003 bedroeg het aantal oordelen met betrekking tot seksuele gerichtheid achtereenvolgens: 5, 5, 8, 8, 5, 4, 4, 2 en nu 6.

7 Oordelen 2003-42 en 2003-43.

8 Oordelen 2003-113 (ontslag homoseksuele man) en 2003-150 (lesbische vrouw afgewezen voor deelname aan geneesmiddelenonderzoek). Beide oordelen zijn integraal opgenomen in deze bundel.

9 Oordeel 2003-139.

10 Van 1995 tot en met 2003 bedroeg het aantal oordelen met betrekking tot burgerlijke staat achtereenvolgens: 10, 8, 16, 16, 8, 6, 4, 11 en nu 9. Van de negen oordelen van dit jaar is oordeel 2003-78 integraal in deze bundel opgenomen.

heeft op één zaak.¹¹ In geen van de zeven zaken constateert de Commissie verboden onderscheid wegens burgerlijke staat.

Net als in 2001 en 2002 heeft geen van de zaken dit jaar betrekking op zowel seksuele gerichtheid als burgerlijke staat, terwijl dat in de jaren tot en met 2000 vaak het geval was.¹² Wel betreft een van de zaken van 2003 naast seksuele gerichtheid ook de grond ras¹³, en gaat het in een andere zaak niet alleen om burgerlijke staat maar ook (en vooral) om geslacht.¹⁴

Vijf van de in totaal twaalf zaken betroffen goederen of diensten¹⁵, en in de andere zeven ging het om arbeid. Vier zaken zijn aangekaart door vrouwen¹⁶, en zeven door mannen, terwijl de Commissie in één oordeel het geslacht van verzoekers onvermeld laat.¹⁷

3 WAT VALT ONDER ONDERSCHIED OP GROND VAN SEKSUELE GERICHTHEID?

In een tweetal oordelen geeft de Commissie een nieuwe formule om vast te stellen welk gedrag beschermd wordt door het verbod om onderscheid te maken op grond van seksuele gerichtheid. Dát het begrip ‘gerichtheid’ naast gevoelens en voorkeuren ook concrete uitingen omvat is, in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis van de AWGB, al lang vaste jurisprudentie van de Commissie.¹⁸ Toch leverde dat nog geen helder criterium op voor de vraag welke gedragingen wel en welke niet beschermd worden. Nu stelt de Commissie dat uit het gegeven dat het begrip gerichtheid naast gevoelens ook de concrete uitingen omvat, volgt dat concreet gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de homoseksuele (of heteroseksuele) gerichtheid van een persoon, door de AWGB wordt beschermd.¹⁹ De Commissie voegt daaraan toe dat van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid sprake is indien bij een door de AWGB bestreken handeling ‘rechtstreeks wordt verwezen naar homoseksuele gerichtheid’.²⁰ Deze laatste formulering wijkt enigszins af van de formulering in het oordeel inzake bloeddonooren (‘Indien (...) rechtstreeks verwezen wordt naar de homoseksuele gerichtheid van betrokkene als zodanig’).²¹ Of dit nu betekent dat de Commissie terugkomt van haar (omstreden²²) lijn om onderscheid tussen mannen die seks hebben met mannen enerzijds en mannen die seks hebben met vrouwen anderzijds *niet* te kwalificeren als direct onderscheid naar seksuele gerichtheid, blijft onduidelijk.

In oordeel 2003-150 constateert de Commissie dat bij de toelating van vrouwen tot deelname aan een geneesmiddelenonderzoek onderscheid gemaakt is op grond van het al dan niet gebruiken van bepaalde vormen van anticonceptie. Het niet

-
- 11 Oordelen 2003-45 en 2003-46, respectievelijk 2003-116 en 2003-117 (in beide gevallen ging het om pensioenzaken).
 12 Voor een overzicht zie de Oordelenbundels over de jaren 1999 tot en met 2002, en voorts www.emmeijers.nl/waaldijk.
 13 Oordeel 2003-55 (een allochtone man stelde dat een manager hem voor ‘flikker’ had uitgescholden en zich jegens hem negatief over allochtonen had uitgelaten).
 14 Oordelen 2003-116 en 2003-117 (gesteld werd dat indirect onderscheid ten nadele van gehuwde vrouwen was gemaakt). Deze twee oordelen worden in deze bundel besproken in het hoofdstuk over *Geslacht*.
 15 Oordelen 2003-57, 2003-108, 2003-11, 2003-122 en 2003-150.
 16 Oordelen 2003-111, 2003-116 en 2003-117, 2003-122 en 2003-150.
 17 Oordeel 2003-108 (verzoekers zijn ongehuwd/ongeregistreerd samenwonende partners).
 18 Zie bijvoorbeeld overweging 5.5 van oordeel 1999-137 (inzake bloeddonooren).
 19 Aldus overweging 5.3 van zowel oordeel 2003-113 als oordeel 2003-150 (allebei integraal opgenomen in deze bundel).
 20 Overweging 5.4 van oordeel 2003-113.
 21 Overweging 5.5 van oordeel 1998-137.
 22 Zie onder meer de kritiek op oordeel 2000-90 van A.C. Hendriks & C. Waaldijk, in: T. Loenen e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 57-59.

gebruiken van anticonceptie door een vrouw wordt, volgens mij terecht, niet gezien als concreet gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de homoseksuele gerichtheid van verzoekster. Dus geen direct onderscheid. Volgens de Commissie is er wel sprake van indirect onderscheid, omdat naar verhouding meer lesbische dan heteroseksuele vrouwen worden getroffen door de eis om een condoom of spiraaltje te gebruiken. Ik vraag me af of je wel kunt zeggen dat lesbische vrouwen 'getroffen' worden door de eis om bijvoorbeeld een condoom te gebruiken. Het condoom zal immers alleen gebruikt hoeven te worden wanneer ze met een man vrijen. De Commissie gaat daaraan voorbij, wellicht om vervolgens een streng oordeel te kunnen vellen over het onnozel geformuleerde onderzoeksprotocol (zie par. 4 hieronder). Ik denk dat de Commissie de zaak beter had kunnen aanpakken als een geval van *verboden gelijke behandeling van ongelijke gevallen*²³: het onderzoeksprotocol maakt in de voorschriften ter voorkoming van zwangerschap ten onrechte geen onderscheid tussen vrouwen die (onder meer) heteroseksueel actief zijn en vrouwen die (uitsluitend) homoseksueel actief zijn.

In oordeel 2003-113 neemt de Commissie wél direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid aan.²⁴ Hier ging het om het ontslag van een homoseksuele man die één dag werkzaam was geweest als assistent voor algemene dagelijkse levensverrichtingen. Het ontslag volgde op de weigering van drie gehandicapten om door hem verzorgd te worden. Deze weigering baseerden deze gehandicapten onder meer op door hen niet nader gespecificeerde gedragingen, waarmee de man buiten de werksfeer uiting zou geven aan zijn homoseksuele voorkeur. De werkgever is er in de procedure bij de Commissie niet in geslaagd om te bewijzen dat de weigering door de gehandicapten niet mede gebaseerd was op concreet gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de homoseksuele gerichtheid van de man. De Commissie concludeert dat er daarom sprake is van direct onderscheid naar homoseksuele gerichtheid. Kennelijk kan er volgens de Commissie niet alleen sprake zijn van direct onderscheid indien er bij een door de wet bestreken handeling (het ontslag) rechtstreeks wordt verwezen naar homoseksuele gerichtheid, maar ook indien bij zo'n handeling *verwezen wordt naar een rechtstreekse verwijzing van derden* (in dit geval klanten: de te verzorgen gehandicapten) naar homoseksuele gerichtheid. Terecht, want anders zouden werkgevers zich te gemakkelijk kunnen verschuilen achter discriminerende gevoelens of gedragingen van klanten of collega's.

4 DISCRIMINATIE DOOR DERDEN: OP WIE IS DE AWGB GERICHT?

Opvallend is dat in 2003 álle oordelen over seksuele gerichtheid, en ten minste drie van de oordelen over burgerlijke staat, terug te voeren zijn op discriminatie door anderen dan de verweerder in de procedure bij de Commissie. Het gaat dan onder meer om klachten over (vermeend) discriminerende uitlatingen of gedragingen van:

- werknemers: een schoolleider van een spirituele school zou gezegd hebben dat hij verzoeker op geen enkele wijze zou ondersteunen in zijn rol van mentor jongerengroep omdat verzoeker als homoseksueel een slecht voorbeeld zou zijn voor jongeren (2003-43), een tankstationmanager zou een medewerker voor 'flikker' hebben uitgescholden (2003-55), een barman op een café van een vereniging voor mensen met HIV zou een heteroseksuele bezoeker 'homohater' hebben genoemd

23 Zie mijn bijdrage in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 65-66 en 70. Zie ook oordeel 2003-47, hierna besproken onder 7.

24 Integraal opgenomen in deze bundel.

- (2003-57), een docent zou verzwegen hebben dat zij wist wat de nieuwe school was waar de ex-vrouw van een gescheiden vader hun gezamenlijke kinderen heen had gestuurd (2003-122);
- klanten: een bezoeker van een café van een vereniging voor mensen met HIV zou een bezoeker voor ‘vuile hetero’ hebben uitgescholden, terwijl andere leden van de vereniging zouden hebben gezegd dat hij homo was maar het zelf nog niet wist (2003-57), drie door een nieuwe assistent te verzorgen gehandicapten zouden hebben geweigerd om door hem verzorgd te worden en dat op grond van niet nader gespecificeerde gedragingen waarmee de man buiten de werksfeer uiting zou geven aan zijn homoseksuele voorkeur (2003-113);
 - opdrachtgevers: een verzekeringsmaatschappij treedt voor een pensioenfonds op als uitvoerder van een pensioenregeling waarin voor het nabestaandenpensioen onderscheid wordt gemaakt naar burgerlijke staat (2003-46), een pensioenfonds treedt voor een detailhandelsconcern op als uitvoerder van een pensioenregeling waaraan veel deeltijders jarenlang niet mochten deelnemen (2003-117), een onderzoeksinstituut doet in opdracht van een farmaceutisch bedrijf een geneesmiddelenonderzoek aan de hand van een protocol waarin het bedrijf – blijkens het voorschrift onvruchtbaar te zijn danwel een voorbehoedmiddel te gebruiken – geen rekening heeft gehouden met vrouwelijke proefpersonen met seksuele partners van het vrouwelijke geslacht (2003-150).

In sommige van deze zaken stelt de verzoeker dat niet alleen deze derden, maar ook de verweerder zelf zich schuldig gemaakt heeft aan discriminerend gedrag²⁵, of tekort is geschoten in het nakomen van een zorgplicht om discriminerend gedrag van derden tegen te gaan.²⁶ Voor dat eigen gedrag is de verweerder uiteraard zelf verantwoordelijk, behoudens de beperkingen en uitzonderingen van de gelijkebehandelingswetgeving. Er zijn echter twee andere vragen van belang in dit kader. In hoeverre is een verweerder verantwoordelijk voor het gedrag van derden? En in hoeverre kunnen ook die derden zelf aangesproken worden voor hun eigen discriminerende gedrag?

Het is vaste jurisprudentie van de Commissie dat degene die een opdracht of regeling van een ander uitvoert zich daarbij ook zelf moet houden aan de gelijkebehandelingswetgeving. Dit betekent dat van ongelijke behandeling beschuldigde verzekeringsmaatschappijen en pensioenfondsen zich niet kunnen verschuilen achter de door hen uit te voeren, maar door anderen vastgestelde, pensioenregelingen.²⁷ Evenmin kan een onderzoeksinstituut zich verschuilen achter het door de opdrachtgever vastgestelde onderzoeksprotocol (2003-150). Het is echter minder duidelijk in welke gevallen een werkgever verantwoordelijk is voor discriminerend gedrag van zijn werknemers.

In de zaak van de gescheiden vader die beter geïnformeerd had willen worden door een school, stelt de Commissie dat uitlatingen gedaan door leden van het docentencorps onder de verantwoordelijkheid van de onderwijsinstelling vallen.²⁸ Bij uitlatingen moeten we in dit verband kennelijk denken aan toezeggingen en de verstrekking van informatie, en niet aan beledigende uitlatingen. Immers, wanneer het over discriminerende bejegening op de werkvloer gaat, stelt de Commissie zich op het standpunt dat de verantwoordelijkheid van de werkgever zich beperkt tot een zorgplicht die inhoudt dat de werkgever er op moet toezien dat degenen waarover hij het

25 Dat is bijvoorbeeld het geval in de oordelen 2003-43, 2003-57, 2003-113, 2003-122 en 2003-150.

26 Zie bijvoorbeeld 2003-55 en 2003-57.

27 Dat dit niet alleen geldt voor pensioenfondsen, zoals in oordeel 2003-117, maar ook voor verzekeringsmaatschappijen, wordt nadrukkelijk overwogen in oordeel 2003-46 (overweging 5.2).

28 Oordeel 2003-122, overweging 5.4.

gezag uitoefent zich van discriminatie onthouden en tot een verplichting om klachten over discriminatie zorgvuldig te behandelen.²⁹ Dat betekent dat het enkele feit dat een werknemer of klant wordt geïntimideerd door een collega of zelfs door een manager³⁰, nog niet betekent dat de werkgever jegens die werknemer of klant de AWGB heeft overtreden.

Vervolgens dient zich dan de vraag aan of discriminerende werknemers, klanten of opdrachtgevers ook zelf rechtstreeks op hun gedrag aangesproken kunnen worden op grond van de AWGB. In sommige zaken gebeurt dat al, zonder dat de Commissie er een probleem in ziet.³¹ Zo wordt in pensioenzaken soms naast de verzekeringsmaatschappij ook het pensioenfonds aangesproken (2003-45), of naast het pensioenfonds ook de werkgever (2003-116). En in de zaak met betrekking tot de homoseksuele mentor op een spirituele school werd niet alleen het bevoegd gezag van de Nederlandse school aangesproken (2003-43), maar ook de 'schoolleider internationaal' uit Engeland, dat wil zeggen het spirituele hoofd van het genootschap waar de Nederlandse school een 'dochter' van is (2003-42).

In de zaak van de gescheiden vader lijkt de Commissie echter van mening te zijn dat je niet tegelijkertijd een werkgever en een werknemer op hetzelfde gedrag kunt aanspreken. In dit geval was het verzoek zowel gericht tegen de school als tegen een van de docenten van die school. De Commissie rekent het gedrag van de docent toe aan de school. Terecht, naar mijn mening. Volgens de Commissie moet dat er echter ook toe leiden dat het verzoek voorzover het is gericht tegen de leerkracht beschouwd moet worden als te zijn gericht tegen de school. Deze redenering is moeilijk te volgen, en lijkt mij ook onjuist. Verzoeker heeft immers bij de Commissie een klacht ingediend tegen de docent. Dat betekent dat de Commissie die klacht moet onderzoeken en daarbij de docent als wederpartij moet oproepen. Nu betrof het in dit geval een klacht over discriminerende dienstverlening in de zin van art. 7 AWGB en zou de Commissie bij het onderzoek van de klacht moeten bezien of het gedrag van de docent in de termen van dat artikel valt. Daarvóór pleit dat de docent betrokken is bij het uitvoeren van de overeenkomst tussen school en ouders. Ertegen zou kunnen pleiten dat de tekst van art. 7 AWGB ten aanzien van onderwijs beperkt is tot onderscheid door instellingen.

Bij zaken over (vermeende) intimidatie *bij de arbeid* zal vaker en gemakkelijker geconcludeerd kunnen worden dat een collega-werknemer of klant in strijd met art. 5 lid 1 AWGB heeft gehandeld. De daar genoemde arbeidsvoorwaarden omvatten immers de arbeidsomstandigheden. Vanaf de inwerkingtreding van de EG-implematiewet AWGB³², zal dat laatste begrip expliciet vermeld worden in art. 5 lid 1 onder *b* en zal intimidatie (in verband met bijvoorbeeld seksuele gerichtheid) in een nieuw art. 1a AWGB expliciet gedefinieerd worden als een vorm van verboden onderscheid. De verbodsnorm van beide wetsartikelen wordt dan kortweg: 'Intimidatie (...) is verboden (...) bij arbeidsomstandigheden.' De tekst van de genoemde artikelen geeft niet aan tot wie dat verbod gericht is. In ieder geval geeft de tekst van de wet geen steun aan de gedachte dat het verbod alleen tot werkgevers zou zijn gericht, of alleen zou gelden in arbeidsverhoudingen. De EG-richtlijn waarop het verbod gebaseerd is stelt zelfs met zoveel woorden dat het verbod inzake diverse

29 Deze vaste jurisprudentie werd nog eens herhaald in oordeel 2003-55 (overweging 5.5).

30 Oordeel 2003-55 (tankstationmedewerker stelt uitgescholden te zijn) en oordeel 2003-57 (bezoeker HIV-café stelt uitgescholden te zijn).

31 Zie ook oordeel 2003-142 (rassendiscriminatie door een klant van een uitzendbureau jegens een werknemer van dat uitzendbureau), integraal in deze bundel opgenomen, met een noot van Rodrigues, die er wél een probleem in ziet.

32 *Stb.* 2004, 119, in werking getreden per 1 april 2004.

aspecten van arbeid op alle personen van toepassing moet zijn.³³ In dat licht is het door de regering tijdens de behandeling van de EG-implementatiewet AWGB ingenomen standpunt, dat de AWGB niet tussen collega's geldt³⁴, moeilijk houdbaar. Tegen dat standpunt pleit ook dat een werkgever, afgezien van zijn hierboven genoemde zorgplicht, niet altijd aansprakelijk is voor intimidatie van de ene werknemer door een andere werknemer of van een werknemer door een klant. Daarom is het belangrijk dat een geïntimideerde werknemer zich bij rechter en Commissie ook rechtstreeks kan richten tot de collega of klant die intimideert. Als ik het goed zie, betekent dat bijvoorbeeld dat de tankstationmedewerker (2003-55) bij de Commissie of bij de rechter niet alleen tegen zijn werkgever maar ook tegen de betrokken manager en collega had kunnen procederen wegens vermeend handelen in strijd met art. 5 AWGB. Vermoedelijk had zelfs de genoemde assistent voor algemene dagelijkse levensverrichtingen zijn Commissieprocedure (2003-113) ook kunnen richten tot de gehandicapten die niet door hem verzorgd wilden worden. Geen van beiden heeft dat echter gedaan.

De van het geneesmiddelenonderzoek uitgesloten lesbische vrouw had natuurlijk ook de opdrachtgever in de procedure voor de Commissie kunnen betrekken. Het is jammer dat haar verzoek alleen betrekking had op het onderzoeksinstituut (2003-150), waardoor de eigenlijke boosdoener, de opsteller van het onderzoeksprotocol, niet in de procedure werd betrokken. Het is trouwens een vreemde zaak. Het protocol stelt dat 'Female subjects must be (...) surgically sterile, or, if sexually active, must have a partner who has been vasectomized (...) or agree to use (...) contraception.' Deze, door een medisch-ethische toetsingscommissie positief beoordeelde, maar onnozele formulering miskent dat een aantal vrouwen geen seks met mannen maar met vrouwen heeft, dat vrouwen met een gesteriliseerde mannelijke partner misschien vreemdgaan, en dat sommige vrouwen zich niet seksueel maar kunstmatig laten bevruchten. Bij het voorkómen dat zwangere vrouwen mee zouden doen aan een riskant medisch onderzoek was men vergeten dat er ook andere vormen van seks of voortplanting bestaan. Terecht komt de Commissie tot het oordeel dat dit voorschrift geen geschikt en ook geen noodzakelijk middel is ter voorkoming van zwangere proefpersonen en dat er dus sprake is van ongerechtvaardigd indirect onderscheid naar seksuele gerichtheid.³⁵ Naar verluidt is het protocol naar aanleiding van het oordeel aangepast.

5 BEWIJS

Wat betreft de bewijslastverdeling is het vaste jurisprudentie van de Commissie dat de verzoeker feiten en omstandigheden dient aan te voeren die doen vermoeden dat er sprake is van direct en indirect onderscheid, en dat het vervolgens aan de verweerder is om dit te weerleggen.³⁶ De Commissie verwijst in dit verband naar de implementatie van de richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG. Opmerkelijk is echter dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om ten aanzien van procedures bij de Commissie deze zowel in de richtlijnen als door de Commissie gehanteerde bewijslastverdeling niet in de wet vast te leggen.³⁷ Daarmee maakt de wetgever gebruik van de mogelijkheid die de richtlijnen bieden om de bewijslastverdeling vrij

33 Art. 3 lid 1 van zowel Richtlijn 2000/43/EG als Richtlijn 2000/78/EG.

34 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 28.

35 Zie ook par. 3 hierboven.

36 Overweging 5.6 van oordeel 2003-55 en overweging 5.5 van oordeel 2003-111.

37 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 34.

te laten bij lichamen die zelf de feiten mogen onderzoeken.³⁸ Voor de rechtszekerheid en voor de begrijpelijkheid van de AWGB is dat jammer, want het nieuwe art. 10 AWGB suggereert nu dat deze bewijslastverdeling alleen bij de rechter geldt en niet ook bij de Commissie.

In verschillende van de oordelen van 2003 constateert de Commissie dat er onvoldoende feiten en omstandigheden zijn aangevoerd voor een vermoeden (2003-55 inzake de tankstationmedewerker; en 2003-122 inzake de gescheiden vader) of dat het vermoeden effectief weerlegd wordt (2003-57 inzake het HIV-café). In oordeel 2003-113 komt volgens de Commissie wél vast te staan dat er direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid is gemaakt ten nadele van een assistent voor algemene dagelijkse levensverrichtingen. Een belangrijke rol speelt daarbij dat de betrokken werkgever volgens de Commissie onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld door de assistent te ontslaan binnen enkele uren na ontvangst van de brieven van drie gehandicapte bewoners, zonder nader onderzoek te doen en zonder de assistent te vragen om op de brieven te reageren. In oordeel 2003-57 komt de Commissie juist tot de conclusie dat het bestuur van de vereniging van HIV-geïnfecteerden wel zorgvuldig is opgetreden jegens de verzoeker, met name door herhaald aandacht te besteden aan de verbetering van de sfeer in het HIV-café, door een eerdere klacht van verzoeker in behandeling te nemen en door verzoeker na een incident niet te royeren of te schorsen maar slechts de toegang tot het café te ontzeggen.

In de meeste andere zaken speelt de bewijslast nauwelijks een rol, bijvoorbeeld omdat het dan vooral gaat over de vraag of een vorm van indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

6 UITZONDERINGEN VOOR VERENIGINGEN, (KERK-)GENOOTSCHAPPEN, DE PRIVÉSFEER EN PENSIOENEN

In de zaak van de man die de toegang was ontzegd tot het café van een vereniging voor mensen met HIV gaat de Commissie eerst na of art. 7 lid 1 onder *c* AWGB wel van toepassing is op deze vereniging (2003-57). Gezien het open en zakelijke karakter van het café en van andere verenigingsactiviteiten, is dat volgens de Commissie wel het geval. Overigens ging het in deze zaak niet alleen om dienstverlening door een welzijnsinstelling, maar ook om vrijwilligerswerk. De Commissie heeft echter niet de gelegenheid te baat genomen om duidelijk te stellen dat en onder welke voorwaarden ook vrijwilligerswerk een 'betrekking' of 'arbeidsverhouding' oplevert in de zin van art. 5 lid 1 AWGB. Volgens literatuur en parlementaire geschiedenis valt vrijwilligerswerk daar onder, mits de vrijwilliger onder gezag van een ander werkt.³⁹ Juist bij zaken waarin het om een vrijwilliger bij een vereniging gaat (zoals in de genoemde oordelen), kan het van belang zijn om van arbeid in de zin van art. 5 AWGB te spreken in plaats van dienstverlening in de zin van art. 7 AWGB. Anders dan art. 7 is art. 5 immers onverkort van toepassing op verenigingen, tenzij het gaat om een rechtsverhouding binnen een genootschap op geestelijke grondslag, zoals bedoeld in art. 3 AWGB.

38 Zie art. 10 lid 5 van Richtlijn 2000/78/EG.

39 I.P. Asscher-Vonk & W.C. Monster, *Gelijke behandeling bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 19-20 en 151-152; J.H. Gerards & A.W. Heringa, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 2003, p. 61; *Kamerstukken II 1991/92*, 22.014, nr. 5, p. 79.

Van dat laatste was sprake in de andere vrijwilligerszaak die de Commissie te beoordelen kreeg (2003-42 en 2003-43). Het ging om een homoseksuele man die student en mentor was bij een vanuit Engeland geleide en vanuit India geïnspireerde spirituele school. De Commissie geeft mede op basis van de statuten en enkele getuigenverklaringen een beschrijving van de organisatie, doelstellingen en werkwijze van de school en verbindt daaraan de conclusie dat het gaat om een genootschap op geestelijke grondslag en dat de positie van mentor een rechtsverhouding daarbinnen betreft. Op grond daarvan acht de Commissie zich niet bevoegd om de handelingen van de school en de schoolleider aan de AWGB te toetsen. Wat in de parlementaire geschiedenis al niet gelukt was, het bieden van een sluitende definitie van het begrip genootschap op geestelijke grondslag, lukt nu ook de Commissie niet.

De uitzondering van art. 5 lid 3 AWGB voor werkverhoudingen met een privé-karakter komt even aan de orde in de zaak van de ontslagen assistent voor algemene dagelijkse levensverrichtingen (2003-113). Volgens de Commissie ziet die uitzondering slechts op arbeidsverhoudingen waarbij de persoonlijke levenssfeer van de opdrachtgever zelf in het geding is, en dus niet op situaties waar het gaat om de persoonlijke levenssfeer van de klanten van een werkgever.

De omstreden uitzondering voor onderscheid op grond van burgerlijke staat met betrekking tot pensioen (art. 5 lid 6 AWGB) komt aan de orde in de oordelen 2003-45 en 2003-46 (nabestaandenpensioen) en ook in oordeel 2003-78 (pensioenaanspraken opgebouwd voor 1 januari 2002). Deze oordelen worden hieronder besproken.

7 ALLEENSTAANDEN

Ook dit jaar kreeg de Commissie weer te oordelen in een zaak van een alleenstaande ambtenaar die zich beklaagde over de hoogte van de toelage die hij ontving in verband met zijn uitzending naar het buitenland (2003-47). In dit geval ging het om een in België gestationeerde militair.⁴⁰ Het beknopte oordeel is overigens moeilijk te doorgronden. Zo zou de toelage volgens de feiten en volgens de standpunten van de partijen berekend worden als percentage van het inkomen, maar lijkt de Commissie er bij de beoordeling van het verzoek van uit te gaan dat alleen daadwerkelijk gemaakte meerkosten worden vergoed. In het oordeel maakt de CGB, conform het verzoek, een vergelijking tussen de vergoeding voor een militair zonder gezin enerzijds en de vergoeding voor een militair met een in Nederland achtergebleven gezin anderzijds. Nergens in het oordeel is een aanduiding te vinden van het soort kosten dat voor de eerste categorie lager zou zijn dan voor de tweede categorie.⁴¹ In overweging 5.4 stelt de Commissie dat het gelijkheidsbeginsel vergt dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van ongelijkheid.⁴² Vervolgens lijkt de Commissie te toetsen aan de clausulering van dat tweede aspect van het gelijkheidsbeginsel. Zij stelt dat er geen sprake is van gelijke gevallen en oordeelt zonder nadere onderbouwing dat de ongelijke toelage overeenkomt met de mate van ongelijkheid van de gevallen. Er is dus geen sprake van verboden onderscheid.⁴³

40 Een vergelijkbare zaak leidde in 2000 tot oordeel 2000-12, dat gevolgd werd in de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage van 30 augustus 2002, opgenomen in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003. Zie ook oordeel 2002-188.

41 Omdat een militair die haar of zijn gezin meegenomen heeft naar het buitenland een nog hogere vergoeding krijgt, gaat het kennelijk niet om het al dan niet hebben van twee woningen.

42 Zie daarover ook mijn opmerkingen over oordeel 2003-150, hierboven onder 2, en mijn verwijzingen in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 65-66.

43 Kennelijk doelt de Commissie op *indirect* onderscheid, maar dat wordt niet expliciet gemaakt.

Op zichzelf is het belangwekkend dat de CGB, anders dan in eerdere vergelijkbare zaken⁴⁴, nu lijkt te toetsen aan wat wel een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel wordt genoemd. Daarbij zal echter helder onderscheiden moeten worden tussen:

- het ten onrechte gelijk behandelen van ongelijke gevallen,
- het onvoldoende ongelijk behandelen van ongelijke gevallen en
- het overmatig ongelijk behandelen van ongelijke gevallen.

Bij de laatste twee gaat het in wezen om een evenredigheidstoets. Een interessante vraag daarbij is nog hoe die toets zich verhoudt tot het verschil in toetsingssystematiek ten aanzien van direct en indirect onderscheid. Het is jammer dat de Commissie in dit geval de veronderstelde evenredigheid niet zichtbaar maakt door kosten en vergoedingen met elkaar te vergelijken.

De andere alleenstaandenzaak die de Commissie in 2003 kreeg te beoordelen betreft pensioen (2003-78).⁴⁵ Met ingang van 1 januari 2002 geldt art. 2b van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Dit artikel was onder meer bedoeld om een einde te maken aan de achterstelling van alleenstaanden die wel moesten meebetalen aan de opbouw van nabestaandenpensioenen ten bate van de partners van hun collega's, maar die daar zelf niets voor terugkregen. Art. 2b PSW bepaalt dat indien een pensioenregeling ook voorziet in de opbouw van een nabestaandenpensioen, de deelnemer dat nabestaandenpensioen ongeacht zijn burgerlijke staat moet kunnen uitruilen voor een hoger of eerder ouderdomspensioen. Het artikel heeft alleen betrekking op nabestaandenpensioenaanspraken die vanaf 1 januari 2002 worden opgebouwd.

De verweerster heeft er in een wijziging van het pensioenreglement echter vrijwillig voor gekozen om de uitruil juist mogelijk te maken ten aanzien van al vóór die datum opgebouwd nabestaandenpensioen. Daarbij zijn echter alleenstaanden weer uitgesloten van deze uitruilmogelijkheid.

Een alleenstaande deelnemer in de pensioenregeling van verweerster heeft zich bij de CGB beklagd over deze vorm van indirect onderscheid naar burgerlijke staat. De vraag waar het vervolgens om draait is of dit onderscheid gedekt wordt door art. 5 lid 6 AWGB, dat stelt dat onderscheid op grond van burgerlijke staat niet verboden is indien het nabestaandenpensioen betreft of pensioenaanspraken die vóór 1 januari 2002 zijn opgebouwd. In dit geval is aan de letter van beide voorwaarden voldaan. De Commissie verwierpt de stelling van verzoeker dat art. 5 lid 6 AWGB niet voor een geval als het onderhavige bedoeld zou zijn door de wetgever. De Commissie voert daarvoor als argument aan dat de bepaling bedoeld is als een permanente uitzondering (overweging 5.10). Dat kan mij niet overtuigen, nu verweerster de uitzonderingsbepaling van de AWGB gebruikt heeft om in 2002 met terugwerkende kracht een nieuwe vorm van onderscheid ten nadele van alleenstaanden door te voeren die voor de toekomst verboden wordt door art. 2b PSW. Dat kan de wetgever zo niet bedoeld hebben.

8 ONGEREGISTREERDE ONGEHUWDE PARTNERS

In de oordelen 2003-45 en 2003-46 gaat het om een pensioenreglement dat zowel aan gehuwde of geregistreeerde partners als aan ongeregistreeerde ongehuwde partners een nabestaandenpensioen toekent. Aan de ongeregistreeerde ongehuwde partners worden echter enkele aanvullende eisen gesteld: de partner moet blijkens een nota-

44 Zie oordelen 2000-12 en 2002-188.

45 Oordeel 2003-78 is integraal opgenomen in deze bundel.

rieel samenlevingscontract als begunstigde zijn aangewezen en moet op het moment van overlijden zowel blijkens dat contract als blijkens het bevolkingsregister ten minste gedurende het voorafgaande halfjaar een gezamenlijke huishouding met de overledene gevoerd hebben. Direct onderscheid naar burgerlijke staat dus, maar bij nabestaandenpensioen is dergelijk onderscheid uitgezonderd van het verbod van de AWGB (art. 5 lid 6, zoals gewijzigd per 1 januari 2002). De eis van een notarieel samenlevingscontract is ook wel redelijk te achten⁴⁶, maar de bijkomende eisen (bevolkingsregister en minimumduur) zijn volgens mij moeilijk verdedigbaar zolang die eisen niet ook gesteld worden aan partners die gehuwd of geregistreerd zijn. Juist ter bestrijding van dergelijke willekeur zou art. 5 lid 6 AWGB opnieuw herzien moeten worden.

Met betrekking tot goederen en diensten geldt het verbod van onderscheid op grond van burgerlijke staat onverkort. Toch wees de CGB twee klachten af van ongehuwden die meenden dat zij anders behandeld werden dan gehuwden. De eerste van deze zaken had betrekking op de tarieven van een postbedrijf voor het doorzenden van post naar een tijdelijk vakantieadres (2003-108). Per achternaam moet apart betaald worden. Dat systeem is in het voordeel van gehuwde of geregistreerde paren indien de ene partner de naam van de ander voert (art. 1:9 BW). Indirect onderscheid ten nadele van ongeregistreeerde ongehuwde partners dus. De Commissie acht het doel van de tariefstelling, individualisering en fraudebestrijding, legitiem en het middel passend en proportioneel.⁴⁷ Vreemd genoeg meent de Commissie bovendien dat het gestelde doel niet op een andere, minder sterk differentiërende wijze kan worden bereikt en dat het indirecte onderscheid dus gerechtvaardigd is. Tijdens de behandeling van de zaak heeft kennelijk niemand eraan gedacht dat het tarief ook gebaseerd zou kunnen worden op het aantal (volwassen) personen voor wie de post bestemd is.

De andere zaak betrof een woningverhuurder die bij de toewijzing van huurwoningen bepaalde inkomenseisen stelt, die gunstiger zijn voor 'werkende stellen met een duurzame relatie' dan voor andere tweetallen (2003-111). De relatie van een moeder en dochter die samen een woning wilden huren, werd door de verhuurder niet aangemerkt als duurzaam, en daarom werd een bepaalde woning niet aan hen toegewezen. Helaas zijn partijen niet verschenen ter zitting. De Commissie houdt het er nu maar op dat het criterium duur van de relatie niets van doen heeft met burgerlijke staat en dat er dus geen vermoeden van direct of indirect onderscheid is. Dat zou volgens mij anders zijn indien duurzaamheid van de relatie in geval van huwelijk of geregistreerd partnerschap steeds voorondersteld zou worden, zoals nog steeds gebruikelijk is, zie bijvoorbeeld in de zaak die tot de hierboven besproken oordelen 2003-45 en 2003-46 leidde.

9 GELIJKGESLACHTELIJKE PARTNERS

Na de openstelling van huwelijk en adoptie voor gelijkgeslachtelijke partners in 2001 zijn nog enkele vormen van onderscheid tussen homo- en heteroparen blijven bestaan. Anders dan in 2002 is dergelijk onderscheid in 2003 niet aan de orde gekomen bij de CGB. Wel heeft de indertijd door de Commissie veroordeelde niet-herbenoeming van een ambtenaar die gewetensbezwaren heeft tegen het sluiten van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht (2002-25), nu een vervolg

46 Aldus ook Rb. Utrecht 5 juni 2002, JAR 2002/200, waar de Commissie in overweging 5.7 naar verwijst.

47 Overwegingen 5.8 tot en met 5.11 van oordeel 2003-108.

gekregen bij de rechter⁴⁸, dat in deze bundel aan de orde komt in het hoofdstuk over *Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid*.⁴⁹

De uitsluiting van interlandelijke adoptie door paren van gelijk geslacht (art. 1 Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie) wordt blijkens de aanvaarding van een motie op 18 december 2003 niet langer gesteund door een meerderheid van de Tweede Kamer.⁵⁰ In reactie daarop heeft de Minister van Justitie in een brief van 6 februari 2004 aangekondigd nog dit jaar te zullen bezien of vanuit Zuid-Afrika interlandelijke adoptie door gelijkgeslachtelijke Nederlandse paren mogelijk is, en zo ja om daarover met Zuid-Afrika dan een apart verdrag te sluiten en de Nederlandse wetgeving overeenkomstig aan te passen.⁵¹

Over de wenselijkheid iets te doen aan de niet-toepasselijkheid van de vaderschapsregels van art. 1:199 en 1:203 BW op kinderen van lesbische paren, heeft de Minister van Justitie op 22 december 2003 een brief aan de Tweede Kamer gestuurd.⁵² Hij stelt zich daarin op het standpunt dat er onvoldoende reden is om nu voor wat betreft de gelijkstelling van heteroseksueel en homoseksueel afstammingsrecht een verdere stap te zetten, maar dat hij in 2006 wel wil bezien of het erfrecht ten aanzien van deze kinderen aangepast moet worden.

In Nederland komen al jaren vrijwel geen zaken meer voor waarin onderscheid tussen ongehuwde paren van gelijk geslacht enerzijds en ongehuwde paren van verschillend geslacht anderzijds wordt aangevochten. Het Europese Hof voor de rechten van de mens en het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties kregen dergelijke zaken in 2003 wel te beslissen. Beide colleges kwamen in stellige bewoordingen tot de conclusie dat dergelijk onderscheid (i.c. met betrekking tot de voortzetting van een huurovereenkomst na overlijden van de huurder, respectievelijk de uitkering van een pensioen aan de partner van een overleden militair) verboden discriminatie naar seksuele gerichtheid oplevert.⁵³

10 CONCLUSIES

In 2003 heeft de Commissie voor het eerst sinds haar instelling vastgesteld dat er bij een ontslag verboden onderscheid naar seksuele gerichtheid was gemaakt (2003-113). Het enige andere geval waarin de Commissie dit jaar verboden onderscheid wegens gerichtheid (of burgerlijke staat) constateerde betrof de uitsluiting van een lesbische vrouw van een geneesmiddelenonderzoek omdat er in het onderzoeksprotocol geen rekening was gehouden met lesbische vrouwen (2003-150).⁵⁴ In beide oordelen heeft de Commissie enige verheldering gebracht ten aanzien van het begrip gerichtheid, door te overwegen dat daaronder ook valt concreet gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de homoseksuele of heteroseksuele gerichtheid van een persoon.

Een ander kenmerk van deze twee zaken, en van vele andere zaken dit jaar, was dat

48 Rb. Leeuwarden 24 juni 2003, zaak 02-1377 AW, LJN AH8543.

49 Zie ook de oordelen 2002-24, 2002-25 en 2002-26, besproken door B.P. Vermeulen (p. 159-160) en C. Waaldijk (p. 67-69) in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003.

50 *Kamerstukken II 2003/04*, 28 457, nr. 11, waarin de regering wordt verzocht om de wet op dit punt aan te passen. Zie ook idem nr. 12, en *Handelingen II 2003/04*, p. 2869-2872.

51 *Kamerstukken II 2003/04*, 28 457, nr. 14, p. 2. Het bilaterale verdrag zou nodig zijn omdat het Haags Adoptieverdrag niet van toepassing is op homoadoptie.

52 *Kamerstukken II 2003/04*, 26 672 en 26 673, nr. 14.

53 EHRM 24 juli 2003, *Karner t. Oostenrijk*, appl. 40016/98, *NJCM-bulletin 2004*, p. 88; VN Mensenrechtencomité 6 augustus 2003, *Young t. Australië*, CCPR/C/78/D/941/2000 (zie de *Treaty Bodies Database* op www.unhchr.ch).

54 Beide oordelen zijn integraal opgenomen in deze bundel.

het gemaakte onderscheid terug te voeren was op discriminatie door anderen dan de verweerder. Voor een vollediger beoordeling van dergelijke zaken en ter verduidelijking van de vraag tot wie de verbodsbepalingen van de AWGB zich richten, zou het goed zijn indien toekomstige verzoekers of de Commissie zelf in voorkomende gevallen meer partijen, zoals klanten, collega's, managers, opdrachtgevers, in de procedure zouden betrekken.

Andere aandachtspunten voor Commissie, verzoekers en wetgever zijn de volgende:

- Bij onderscheid in de verenigings sfeer (2003-42, 2003-43 en 2003-57) zouden verzoekers en de Commissie zelf niet alleen naar art. 7 AWGB moeten kijken, maar ook naar art. 5 AWGB, dat immers ook betrekking heeft op vrijwilligerswerk.
- In zaken met betrekking tot ongeregistreerde ongehuwde partners (2003-45, 2003-46, 2003-108 en 2003-111) zou de Commissie wat meer oog moeten hebben voor mogelijkheden om gelijke behandeling te realiseren door gehuwden en geregistreerde partners net zo te behandelen als ongeregistreerde.
- Het toetsingskader dat gebruikt kan worden bij zaken waarin over gelijke (of onvoldoende ongelijke of overmatig ongelijke) behandeling van ongelijke gevallen wordt geklaagd (2003-47 en 2003-150), behoeft verdere ontwikkeling en verduidelijking.
- Drie oordelen toonden opnieuw het onredelijke karakter aan van de uitzondering voor nabestaandenpensioen in art. 5 lid 6 AWGB (2003-45, 2003-46, 2003-78).
- De door de Commissie gehanteerde richtlijnconforme bewijslastverdeling (zie 2003-55 en 2003-111) zou voor alle duidelijkheid ook in de wet vastgelegd moeten worden.

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2003

Hoofdedacteur:
mr. D.J.B. de Wolff

Redactie:
dr. S.D. Burri
mr. E. Cremers-Hartman
mr. P.R. Rodrigues
prof. mr. drs. B.P. Vermeulen
mr. C. Waaldijk
mr. A.J.Th. Woltjer
dr. C.M. Zoethout

Met medewerking van:
prof. mr. R. Holtmaat
dr. A.G. Veldman
mr. drs. M.S.A. Vegter

KLUWER 

Deventer - 2004

Commissie Gelijke Behandeling
Postbus 16001
3500 DA Utrecht
telefoon 030-8883888
fax 030-8883883
www.cgb.nl

Lay-out binnenwerk: A. Birnie bNO

Omslagontwerp: RAAK Grafisch Ontwerp

ISBN 90-13-01651-0
ISSN 1567-4924

© 2004, Kluwer, Deventer.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorrecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.