

Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat

Mr. dr. A.C. Hendriks & mr. C. Waaldijk

1 INLEIDING

1 1 Negen oordelen gewezen

De Commissie gelijke behandeling (hierna: Commissie of CGB) heeft in het jaar waarin de Wet openstelling huwelijk¹ en de Wet inzake adoptie door personen van hetzelfde geslacht² tot stand kwamen, slechts een beperkt aantal oordelen uitgebracht over de gronden *hetero- of homoseksuele gerichtheid* en *burgerlijke staat*. Van de in totaal 101 oordelen hadden er slechts negen op enigerlei wijze betrekking op deze gronden. In drie van de negen zaken was door verzoekers een beroep gedaan op het criterium hetero- of homoseksuele gerichtheid³ en in vijf op het criterium burgerlijke staat.⁴ In één onderzoek boog de CGB zich – uit eigen beweging – over mogelijk onderscheid naar zowel homoseksuele gerichtheid als burgerlijke staat.⁵ Zowel het absolute als procentuele aantal oordelen met betrekking tot de gronden hetero- of homoseksuele gerichtheid en/of burgerlijke staat nam in vergelijking met het voorgaande jaar iets af (van twaalf naar negen oordelen, respectievelijk van 11% naar 9%).⁶ Deze verschillen zijn nog groter, indien we ons realiseren dat twee van de negen oordelen niet hebben geleid tot jurisprudentie inzake deze gronden. In een zaak was door verzoekster aanvankelijk een beroep gedaan op de grond burgerlijke staat (en het criterium geslacht), maar besloot de CGB uiteindelijk te toetsten aan de gronden ras en nationaliteit.⁷ Een andere verzoeker die meende te zijn gediscrimineerd vanwege zijn burgerlijke staat werd door de Commissie niet-ontvankelijk verklaard.⁸

In onze bijdrage van vorig jaar hebben wij reeds getracht een verklaring te geven

¹ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9. De wet van 13 december *Stb.* 2001, 11 maakt een einde aan het verschil tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap wat betreft de mogelijkheden voor niet-Nederlanders om een van deze burgerlijke staten te verwerven. Inwerkingtreding van beide wetten laat nog op zich wachten. De wet van 25 mei 2000 tot wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet *Stb.* 2000, 256, in werking getreden op 23 juni 2000, heeft een einde gemaakt aan het verschil in pensioenrechten tussen gehuwden en geregistreerde partners (behalve voor enkele oude gevallen). Zie C. Waaldijk, 'Partnerschapsregistratie en huwelijk: toenemende rechtsgelijkheid voor geslachtsgelijke partners en hun kinderen', in: H. Linters e.a., *De familie geregeld?* (preadvies Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie), Lelystad: Vermande 2000, p. 121-183.

Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10.

Oordelen 00-53, 00-90 en 00-95.

Oordelen 00-05, 00-12, 00-18, 00-79 en 00-81.

Oordeel 00-04.

In de jaren 1995-1999 bedroeg het percentage oordelen over burgerlijke staat achtereenvolgens: 14, 7, 11, 11, 7 en nu 6%. Het percentage oordelen over seksuele gerichtheid bedroeg in dezelfde periode: 7, 4, 5, 5 en nu 4%. Zie T. Havinga, 'Opzet van het rechtssociologische onderzoek', in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu 1999, p. 336, en C. Waaldijk & A.C. Hendriks, 'Hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat', in: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 45.

Oordeel 00-18.

Oordeel 00-79.

voor dit relatief geringe aantal oordelen.⁹ Aangezien deze redenen ons inziens nog steeds opgeld doen, is het niet nodig deze hier te herhalen.

Ook was er één zaak betreffende transseksualiteit,¹⁰ resulterend in inmiddels het zesde oordeel over deze grond.¹¹ Op dit oordeel wordt hieronder niet ingegaan, aangezien de Commissie klachten in verband met geslachtsverandering, volgens haar vaste jurisprudentie en overeenkomstig een eerder arrest van het HvJ EG,¹² toetst aan het criterium geslacht.¹³ De wetgever maakt inmiddels een eind aan de in art. 1:28 lid 1 BW vervatte discriminatie van gehuwde transseksuelen. Na inwerkingtreding van de Wet openstelling huwelijk¹⁴ komen ook zij in aanmerking voor wijziging van de geslachtsvermelding in hun geboorteakte.

1.2 De negen oordelen vergeleken

In vier van de negen oordelen ging het (onder meer) om het criterium hetero- of homoseksuele gerichtheid.¹⁵ Onderscheid vanwege (onder meer) burgerlijke staat kwam in zes oordelen ter sprake.¹⁶ In één zaak moest de CGB zich zowel verdiepen in mogelijk onderscheid naar homoseksuele gerichtheid als in onderscheid naar burgerlijke staat.¹⁷ Ook andere combinaties kwamen voor. Zo ging één oordeel van de CGB zowel om de gronden (homo)seksuele gerichtheid en geslacht,¹⁸ terwijl de gronden burgerlijke staat en geslacht in twee oordelen gezamenlijk aan de orde kwamen.¹⁹

Ook dit jaar waren er meer verzoeken afkomstig van mannen (vijf)²⁰ dan van vrouwen (drie).²¹ Eén oordeel kwam tot stand naar aanleiding van een onderzoek door de CGB op eigen initiatief.²² Er waren geen oordelen die tot stand kwamen naar aanleiding van een verzoek van een belangenorganisatie of ondernemingsraad. Wel traden een bureau voor rechtshulp, een vakbond en een anti-discriminatiebureau elk eenmaal op als gemachtigde.²³ Slechts in drie van de negen oordelen kwam de Commissie tot de conclusie dat er sprake was van verboden onderscheid.²⁴ De hierna volgende paragrafen waarin wij de negen oordelen van 2000 bespreken, zijn ingedeeld aan de hand van de combinatie van gronden in die oordelen. Begonnen wordt met de twee oordelen waarin alleen *seksuele gerichtheid* aan de orde komt (2). Daarna volgen paragrafen over de drie oordelen inzake alleen *burgerlijke staat* (3), over het oordeel inzake *seksuele gerichtheid én burgerlijke staat* (4), over het oordeel waarin de combinatie *seksuele gerichtheid en geslacht* voorkomt (5), en ten slotte over de twee oordelen waarin de combinatie *burgerlijke*

9 Waaldijk & Hendriks 2000, p. 45 (zie noot 6).

10 Oordeel 00-73.

11 Vgl. oordelen 98-12, 98-32, 98-50, 98-107 en 99-107.

12 HvJ EG 30 april 1996, zaak C-13/94 (P. t. S. en Cornwall County Council), Jur. 1996, p. I-2143, NJ 1997, 182, NJCM-Bull. 1997, p. 281.

13 Dat de CGB ook onderscheid wegens travestie zal behandelen als onderscheid naar geslacht werd andermaal duidelijk in een zaak over de voor mannen en vrouwen verschillende tenuuevoorschriften van het ministerie van Defensie (oordeel 00-76, dat een vervolg is op oordeel 98-65).

14 Zie noot 1.

15 Oordelen 00-04, 00-53, 00-90 en 00-95.

16 Oordelen 00-05, 00-12, 00-18, 00-79 en 00-81.

17 Oordeel 00-04.

18 Oordeel 00-53.

19 Oordelen 00-05 en 00-18.

20 Oordelen 00-12, 00-53, 00-79, 00-90 en 00-95.

21 Oordelen 00-05, 00-18 en 00-81.

22 Oordeel 00-04.

23 Oordelen 00-05, 00-12 respectievelijk 00-95.

24 Oordelen 00-04, 00-05 en 00-95.

staat en geslacht een rol speelt (6). Zes van de negen te bespreken oordelen zijn integraal in deze bundel opgenomen.²⁵

2 SEKSUELE GERICHTHEID

Twee commissieoordelen betreffen vermeend onderscheid vanwege het criterium seksuele gerichtheid. Beide hebben betrekking op toegang tot de zorg.

2.1 *Heteroseksuele man uitgesloten van inentingsexperiment*

De casus die leidde tot oordeel 00-90 betreft het handelen van de Gemeenschappelijke Gezondheids Dienst (GGD) Zuid-Limburg, een instelling die werkzaam is op het gebied van de gezondheidszorg (art. 7 lid 1 onder c AWGB). De afdeling Reizigersvaccinaties van de GGD verstrekt aan reizigers desgewenst informatie over benodigde inenting en dient de vaccinaties zo nodig ook toe. Verzoeker, een student van de Universiteit Maastricht die in het kader van zijn studie een half jaar in Lima, Peru, heeft doorgebracht, meent dat de GGD jegens hem onderscheid heeft gemaakt vanwege zijn heteroseksuele gerichtheid door hem de kosten van een hepatitis B vaccinatie in rekening te brengen. Homo- en biseksuele mannen komen namelijk wel in aanmerking voor een gratis vaccin. Dit laatste vloeit voort uit het project Experiment hepatitis B 'vaccinatie risicogroepen'. Tot de doelgroep van dit project worden gerekend homo- en biseksuele mannen met veel wisselende partners en heteroseksuelen met veel wisselende partners (althans prostituees en hun cliënten).

De Commissie moet zich buigen over de vraag of door de GGD direct onderscheid is gemaakt op grond van heteroseksuele gerichtheid.

De CGB stelt eerst dat verzoeker is uitgesloten wegens 'de uiting van een heteroseksuele gerichtheid'. De CGB overweegt hierbij dat een verwijzing naar een uiting van een door de AWGB beschermd persoonskenmerk, volgens haar vaste jurisprudentie, niet zonder meer direct onderscheid oplevert in de zin van art. 1 AWGB, maar dat dit afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. De Commissie oordeelt vervolgens dat in het kader van het door de GGD aangeboden vaccinatieprogramma niet zozeer onderscheid wordt gemaakt op grond van seksuele gerichtheid alswel vanwege risicovol seksueel gedrag.

De Commissie toetst vervolgens of er sprake is van verboden indirect onderscheid vanwege (hetero)seksuele gerichtheid. De CGB constateert hier dat heteroseksuelen door het gehanteerde criterium onevenredig worden getroffen. De Commissie meent evenwel dat dit onderscheid objectief is gerechtvaardigd. De Commissie neemt hierbij in overweging dat het doel van het programma is gelegen in het volledig vaccineren van personen uit de diverse risicogroepen om aldus de overdracht van hepatitis B te voorkomen. Uit het feit dat de Minister van VWS op basis van een rapportage van deskundigen geld aan dit project ter beschikking heeft gesteld, leidt de CGB af, dat het gratis vaccinatieprogramma voldoet aan een werkelijke behoefte van de GGD. De noodzakelijkheid van de doelgroepafbakening vloeit volgens de Commissie voort uit het feit dat van homo- en biseksuele mannen een veel groter percentage besmet is met het hepatitis B-virus dan van alle heteroseksuelen.

De door de Commissie gevolgde argumentatie kan niet overtuigen. In de eerste plaats blijkt nergens uit de stukken dat verzoeker is uitgesloten vanwege enige

²⁵ De tekst van de oordelen 00-53, 00-79 en 00-90 is alleen te vinden op (<http://www.cgb.nl>). Voor een overzicht van alle oordelen van de CGB tot nu toe over seksuele gerichtheid en aanverwante zaken, zie (<http://ruljis.leidenuniv.nl/user/cwaaldij/www/>).

‘uiting’ van zijn heteroseksuele gerichtheid. Onduidelijk is of hij seksueel actief is, en al helemaal of hij veel wisselende partners heeft. Omdat hij niet ter zitting is verschenen, kan de Commissie daar ook bezwaarlijk over speculeren.

Vervolgens maakt de CGB, net als in de veelbesproken bloed- en spermadonorenoordelen,²⁶ een nogal geforceerd onderscheid tussen seksuele gerichtheid en uitingen daarvan. Mannen die veel wisselende contacten hebben met mannen (al dan niet ook met vrouwen) komen automatisch voor een gratis vaccin in aanmerking; mannen die veel wisselende contacten hebben met vrouwen niet, tenzij zij cliënt zijn van prostituees (overweging 3.3). Volgens ons kan niet worden ontkend dat het enige verschil tussen de eerste en de tweede groep mannen hun seksuele gerichtheid is. De Commissie ziet dit anders. Zij meent namelijk dat het vaccinatieprogramma onderscheid maakt tussen risicogroepen. Homo- en biseksuele mannen zijn volgens dit programma een ‘risicogroep’, heteroseksuelen niet, althans in mindere mate. Het komt ons voor dat de AWGB onder meer was bedoeld om dit soort generalisaties tegen te gaan. De mate van risico hangt namelijk primair af van het individuele gedrag en niet van de groep waartoe men behoort.

Bovendien is het Commissieoordeel niet overal even duidelijk. Het oordeel is taalkundig niet bepaald consistent en vertoont ook anderszins sporen van haast. Zo wordt in de overwegingen 1.2 en 3.3 gesproken van ‘homo- en biseksuele mannen met veel wisselende contacten’, terwijl de Commissie in overweging 4.6 vaststelt dat ‘alle homo- en biseksuele mannen in aanmerking kunnen komen voor een gratis hepatitis B-vaccinatie.’ Dit is niet hetzelfde. De Commissie gaat er echter uiteindelijk vanuit dat alle homo- en biseksuele mannen tot de doelgroep van het vaccinatieprogramma behoren (overweging 4.9), waarmee het onderscheid tussen seksuele gerichtheid en seksueel gedrag in het geheel wordt opgeheven. Ook ten aanzien van de precieze betekenis van de groep heteroseksuele mannen met veel wisselende partners is het oordeel niet eenduidig. Behoren alleen cliënten van prostituees tot de doelgroep (overweging 3.3) of alle heteroseksuele mannen met veel wisselende partners (overweging 4.9)?

Een probleem is verder dat de Commissie in de onderhavige zaak nogal makkelijk heenstapt over het feit dat er voor verzoeker volgens objectieve maatstaven (‘medische indicatie’) een verhoogd risico bestond op hepatitis B-besmetting. Dit risico kon worden afgewenteld door een vaccinatie. Het enkele feit dat verzoeker niet behoort tot de doelgroepen van het experiment impliceert dat hij, anders dan leden van de doelgroep, voor zijn vaccinatie moet betalen. Dit lijkt sterk op het ongelijk behandelen van gelijke gevallen – gelijk in de zin van gelijke of vergelijkbare risico’s op een hepatitis B besmetting, met seksuele gerichtheid als differentiatiecriteria. De Commissie kent tenslotte ook nog belang toe aan het feit dat het een tijdelijk experiment betreft dat mede door het ministerie van VWS wordt gefinancierd. Het behoeft echter geen betoog dat ook uitvoerders van medisch-wetenschappelijk onderzoek niet mogen handelen in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Ook zij zijn gebonden aan art. 7 lid 1 onderdeel c AWGB. Niet geheel duidelijk is in dit verband of een medisch-ethische toetsingscommissie, aan wie onderzoekers op grond van art. 2 van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMO)²⁷ voorafgaande het onderzoek hun onderzoeksprotocol ter goedkeuring moeten voorleggen, ook mogen of zelfs moeten letten op eventueel discriminatoire aspecten van een experiment. De in de WMO neergelegde toetsingscriteria zien primair op de kwaliteit van het protocol en het beoogde onderzoek. Dit neemt niet weg dat het onderzoek ook dient te voldoen aan ‘redelijkerwijs daaraan te stellen

26 CGB 15 december 1998, oordelen 98-137 en 98-139, *Oordelenbundel* 1998, p. 657 en p. 674, AB 1999, 227, (m.nt. R. Holtmaat), *NJCM-Bull.* 1999, p. 919, (m.nt. T. Loenen), *Rechtshulp* 1999, nr. 4, p. 21, (m.nt. A.C. Hendriks).

27 *Stb.* 1998, 161.

eisen' (art. 3 onder *b* WMO). Mede vanwege het feit dat een medisch-ethische toetsingscommissie een besluit neemt in de zin van de Awb,²⁸ achten wij het slecht voorstelbaar dat zo'n commissie een onderzoeksprotocol mag goedkeuren dat in strijd met de AWGB is. Gelijke toegang tot medisch-wetenschappelijk onderzoek is van groot belang voor de realisatie van het recht op gezondheid.²⁹

Met een iets uitvoeriger feitenonderzoek had de zaak op een simpeler en overtuigender wijze kunnen worden afgedaan. Ofwel de verzoeker heeft volgens eigen zeggen veel wisselende partners, en is dus afgewezen op grond van het enkele feit van zijn heteroseksuele gerichtheid (en dat is volgens ons verboden direct onderscheid), ofwel de verzoeker verklaart niet zo veel wisselende partners te hebben, en is dus afgewezen op een grond die los staat van de door de AWGB beschermde gronden.

2.2 *Homoseksuele man geweigerd door pedicure*

De bevindingen van de Commissie in oordeel 00-95 (integraal opgenomen in deze bundel) zijn voor verzoeker gunstiger. Verzoeker in deze zaak is jaren lang bij een pedicure onder behandeling geweest. Op een dag is hij evenwel door de echtgenoot van de pedicure gebeld, met de mededeling dat hij niet langer door de pedicure behandeld zou worden.

Verzoeker meent dat het besluit van de wederpartij is ingegeven door het feit dat hij homoseksueel is. De pedicure stelt dat zij niet gediend was van zijn verhalen. Bovendien gingen er praatjes rond over verzoeker, als zou hij zijn 'losgeslagen', waardoor het riskant voor haar zou zijn hem nog langer te behandelen. De pedicure voelde zich hierdoor, ook gelet op de negatieve reacties van anderen, in haar zakelijke belangen bedreigd.

De Commissie kan in deze zaak niet vaststellen of, en zo ja in welke mate, verzoeker de wederpartij tegen haar wil heeft verteld over zijn seksuele ervaringen en/of gedragingen. Dat hij daarbij verder is gegaan dan de wederpartij op enig moment kon verdragen sluit de CGB niet uit.

De Commissie toetst de handelwijze van de wederpartij vervolgens aan de eis van gelijke behandeling en aan de specifieke eisen die voortvloeien uit de aard van de rechtsverhouding tussen partijen. De CGB concludeert vervolgens dat de wederpartij zich mede heeft laten leiden door niet verifieerbare praatjes die over verzoeker circuleerden. De Commissie constateert dat het een feit van algemene bekendheid is dat dergelijke praatjes veelal voortkomen uit onder sommige leden van de bevolking levende homofobie en niet op waarheid berusten. De CGB oordeelt daarop dat de pedicure een verboden direct onderscheid heeft gemaakt op grond van homoseksuele gerichtheid.

De uitkomst van dit oordeel stemt tot tevredenheid. De CGB werpt hiermee duidelijk een dam op tegen *consumer discrimination*, dat wil zeggen onderscheid jegens personen die omwille van hun uiterlijk of andere niet terzake doende redenen (potentiële) klanten kunnen 'afschrikken'. Drie aspecten van dit oordeel vragen evenwel om nadere aandacht.

In de eerste plaats beschouwt de CGB het spreken over homoseksuele ontmoetingen

K.M. Brouwer-Breuker, 'De betekenis van de Awb voor de toetsing van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen', *TvGR* 2000, p. 149.

A.C. Hendriks, 'Health inequalities – symptom of medicalisation and denial of equal opportunities?', in:

T. Loenen & P.R. Rodrigues (red.), *Non-discrimination law: comparative perspectives*, Den Haag/Londen/Boston, MA: Martinus Nijhoff Publishers 1999, p. 181-194.

als een door de AWGB in beginsel beschermde concrete uiting van homoseksuele gerichtheid.³⁰

Het is in de tweede plaats op z'n minst opmerkelijk dat de Commissie niet alleen toetst aan het discriminatieverbod maar tevens aan 'hetgeen bij een verzorgingscontract in het verkeer tussen behandelaar en cliënt aanvaardbaar is te achten' (overweging 4.6). Waarschijnlijk doelt de Commissie daarmee (mede) op het opzeggingsverbod van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO). Ingevolge art. 7:460 BW mag een hulpverlener een behandelingsovereenkomst namelijk alleen in geval van 'gewichtige redenen' opzeggen. Deze verbreding van het toetsingskader is evenwel geenszins vanzelfsprekend. De CGB heeft volgens art. 12 AWGB namelijk (slechts) tot taak om te onderzoeken of er onderscheid is gemaakt in de zin van de AWGB en enkele specifieke wette(lijke bepalinge)n. De opdracht van de wetgever aan de CGB is immers om een bijdrage te leveren aan de naleving van de gelijkebehandelingsnorm. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de AWGB en andere gelijkebehandelingswetten reeds een weging gemaakt tussen het gelijkheidsbeginsel/discriminatieverbod en andere rechten en belangen. Door ook een ander voorschrift mee te laten wegen, lijkt de Commissie uitvoering te geven aan haar voorstel om 'zonder het gesloten systeem (van de AWGB) te doorbreken in de toekomst bij het toepassen van de gelijkebehandelingsnormen aansluiting te zoeken bij de algemene doelstellingen van het gehele wettelijke normenstelsel'.³¹ Of dat zo bedoeld is, is de vraag.

Het derde punt dat wij hier onder de aandacht willen brengen betreft het feit dat er naar de mening van de Commissie sprake was van *niet verifieerbare* praatjes. Ook personen die zijn 'losgeslagen' hebben ons inziens in beginsel recht op behandeling door een pedicure. Het is namelijk niet aan hulpverleners om iemands leefstijl te beoordelen. Zo'n overeenkomst mag, als zij onder art. 7:460 BW valt, slechts worden opgezegd in geval van gewichtige redenen. Het is twijfelachtig of daarvan in het onderhavige geval sprake was.

3 BURGERLIJKE STAAT

De drie oordelen inzake vermeend onderscheid vanwege burgerlijke staat gaan over verschillende aspecten van burgerlijke staat en hebben steeds betrekking op arbeidsvoorwaarden.

3.1 Buitenlandtoelage lager voor alleenstaande militair

Oordeel 00-12 betreft het tweede commissieoordeel over het verschil in toelagen tussen militairen mét en militairen zonder gezinsleden.³² De onderhavige casus gaat over het verschil in buitenlandtoelagen. In het Voorzieningsstelsel buitenland defensiepersoneel (VBD), waarin de buitenlandvergoedingen zijn geregeld, wordt onderscheid gemaakt tussen militairen met gezinsleden, al dan niet ter plaatse, en alleenstaande militairen. De basis van de vergoeding bestaat uit een duurtcorrectie (prijsverschilcompensatie) en een éloignement (een toeslag ter bestrijding van bijzondere kosten die samenhangen met de uitzending). Verzoeker woont zelfstandig te

30 Dat ook onderscheid wegens praten over homoseksualiteit *direct* onderscheid wegens seksuele gerichtheid kan opleveren, bleek ook al uit oordeel 97-135 (*homodisputen*).

31 Commissie gelijke behandeling, *Gelijke behandeling in beweging. Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling*, Utrecht: Commissie gelijke behandeling 2000, p. 25.

32 Vgl. oordeel 97-06, dat een vervolg kreeg in uitspraken van de CRvB 21 augustus 1997, nr. 96/2317 MAW en Rb 's-Gravenhage 21 juli 2000, nr. AWB 00/04786 MAW. Laatstgenoemde uitspraak is opgenomen achterin deze bundel.

Curaçao. De systematiek van de toelagen is zijns inziens niet gerechtvaardigd. Ook zou er ten onrechte geen rekening worden gehouden met een keuze voor zelfstandige huisvesting, maar worden uitgegaan van een verblijf op de kazerne.

De Commissie stelt allereerst vast dat er door de wederpartij geen *direct* onderscheid wordt gemaakt op grond van burgerlijke staat, maar dat het verschil in toelagen is gebaseerd op de woon- en leefomstandigheden van uitgezonden militairen. De CGB onderzoekt vervolgens of er ten opzichte van verzoeker sprake is van indirect onderscheid. De Commissie stelt daarop vast dat er wel degelijk rekening wordt gehouden met de positie van alleenstaanden, ook als zij kiezen voor zelfstandige huisvesting. Om te onderzoeken of verzoeker door de éloignementspercentages wordt benadeeld, ziet de CGB zich voor de lastige vraag gesteld met welke groep verzoeker het best kan worden vergeleken. De Commissie acht de positie van verzoeker nog het meest vergelijkbaar met die van uitgezonden zelfstandig wonende militairen met een gezin in Nederland. Vanwege feitelijk verschillen zijn beide groepen evenwel niet in ieder opzicht vergelijkbaar. De CGB is het uiteindelijk niet met verzoeker eens dat een netto verschil tussen beide groepen van f 257,- per maand onredelijk groot is. Het oordeel luidt daarop dat er ten opzichte van verzoeker ook geen *indirect* onderscheid naar burgerlijke staat is gemaakt.

3.2 Zomervakantievoorrrang voor medewerkers met kinderen

Ook het tweede oordeel over burgerlijke staat, oordeel 00-79, is niet uniek.³³ Verzoeker klaagt zich over het feit dat medewerkers met leerplichtige kinderen op grond van het bij zijn bedrijf geldende Regelingenboek voorrang hebben bij de toewijzing van verlof in de schoolvakantieperiode. Medewerkers zonder leerplichtige kinderen hebben als compensatie voorrang bij de toewijzing van verlof in de wintervakantieperiode. Verzoeker meent dat hij als alleenstaande door deze regeling wordt benadeeld. De wederpartij stelt evenwel dat verzoeker thans, na het intreden van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, een andere functie bekleedt waarvoor de voorrangsregeling niet van toepassing is. Verzoeker zou daarom geen belang hebben bij een oordeel van de Commissie. De CGB volgt de wederpartij in dezen. De Commissie merkt daarbij op dat verzoeker, toen de voorrangsregeling nog op hem van toepassing was, geen vakantieverlof in de zomer heeft opgenomen, ook niet nadat de wederpartij hem schriftelijk had aangeboden om voortaan rekening te houden met zijn specifieke omstandigheden bij de toewijzing van vakantieverlof in de zomerperiode.³⁴ De Commissie oordeelt daarop dat verzoeker geen belanghebbende (meer) is in de zin van de AWGB en dat zij zijn verzoek daarom niet kan ontvangen.³⁵

3.3

Ouderbijdrage kinderopvang afhankelijk van gezinsinkomen

De Commissie heeft zich al diverse malen moeten buigen over vragen die samenhangen met de schaarste aan kinderopvangcapaciteit. De klachten hadden meestal betrekking op het voeren van een voorkeursbeleid voor vrouwelijke werknemers.³⁶ Oordeel 00-81 (opgenomen in deze bundel) voegt een nieuwe dimensie toe aan de kinderopvangjurisprudentie. De casus die aan dit oordeel ten grondslag ligt betreft de vaststelling van de hoogte van de ouderbijdrage voor de kinderopvang van werk-

Vgl. oordelen 99-28 en 99-29. Zie hierover Waaldijk & Hendriks 2000, p. 49-50 (zie noot 6).

Enigszins verwarrend is hier dat in overweging 3.5 wordt gesproken van een brief van 27 juni 1997 en in overweging 4.3 van een brief van 27 juni 1999.

Deze interpretatie van art. 14 AWGB is conform de aanbevelingen van C.E. van Vleuten & L. Willems, in: Ascher-Vonk & Groenendijk 1999, p. 235 (256) (zie noot 6).

Oordelen 96-35, 96-36, 96-44, 96-45, 97-35, 97-67, 97-68, 97-74, 97-75, 97-76, 97-77, 98-144 en 99-46.

nemers door de werkgever van verzoekster, het College van Bestuur van de Universiteit Maastricht. Verzoekster maakt sinds 1993 gebruik van de kinderopvangregeling van de universiteit. De bijdrage is vanaf 1999 afhankelijk van het gezinsinkomen van werknemers. Zo wordt ervan uitgegaan dat de werkgever van de partner voor de helft dient bij te dragen in de kosten die de universiteit voor de kinderopvangplaats maakt. De werkgever van de partner wordt hiervoor benaderd. Weigert deze bij te dragen, dan is een werknemer van de universiteit die een beroep doet op de kinderopvangregeling per maand f 25,- extra verschuldigd. Verzoekster meent dat zij door de nieuwe kinderopvangregeling ongelijk wordt behandeld ten opzichte van alleenstaande collega's.

De Commissie moet daarop twee vragen beoordelen. Wordt er onderscheid gemaakt door de ouderbijdrage te berekenen op basis van het netto gezinsinkomen van verzoekster? Is er sprake van onderscheid door verzoekster maandelijks f 25,- in rekening te brengen doordat de werkgever van haar echtgenoot niet is ingegaan op het verzoek van de universiteit om voor de helft bij te dragen in de werkgeverslasten van kinderopvang?

De Commissie stelt allereerst vast dat er geen sprake is van *direct* onderscheid naar burgerlijke staat, aangezien gehuwden en samenwonenden gelijk worden behandeld. De Commissie onderzoekt vervolgens of het handelen van de universiteit moet worden aangemerkt als indirect onderscheid. Op basis van de door de wederpartij overlegde gegevens kan de CGB evenwel niet vaststellen dat er sprake is van *indirect* onderscheid ten nadele van gehuwden. Daar komt bij dat de wederpartij een genuanceerd inkomensbegrip hanteert. Ten overvloede merkt de Commissie op dat ook wanneer er sprake zou zijn geweest van indirect onderscheid, dit in het onderhavige geval objectief gerechtvaardigd zou zijn.

De Commissie beoordeelt vervolgens of de maandelijks heffing van f 25,- onderscheid naar burgerlijke staat oplevert. Aangezien deze heffing niet gegrond is op het al dan niet gehuwd zijn, is van *direct* onderscheid geen sprake. Op basis van de beschikbare cijfers kan de CGB ook niet concluderen dat er sprake is van *indirect* onderscheid. De Commissie merkt evenwel, ten overvloede, op dat er geen noodzaak is om de kosten die gemoeid gaan met het aansporen van werkgevers van partners af te wentelen op deelnemers. Zij vraagt zich dan ook af of deze regeling wel redelijk is. Dat doet echter niet af aan het eindoordeel dat de universiteit geen direct of indirect onderscheid heeft gemaakt jegens verzoekster.

Over dit oordeel kan nog het volgende worden opgemerkt. De CGB bevestigt hier haar vaste jurisprudentie dat het begrip 'burgerlijke staat' rechtstreeks ziet op huwelijkse staat.³⁷ Onderscheid tussen personen met en personen zonder partners ('alleenstaanden') wordt aangemerkt als onderscheid naar woon- en leefomstandigheden.³⁸ Dit levert hooguit indirect onderscheid op naar burgerlijke staat. Eerdere oordelen van de Commissie betroffen meestal alleenstaanden die meenden dat zij werden achtergesteld bij gehuwden/samenwonenden.³⁹ Dit oordeel laat opnieuw zien dat de strikte uitleg van het begrip 'burgerlijke staat' ook nadelig kan zijn voor personen met een partner.⁴⁰

Dat het mogelijke indirecte onderscheid in deze zaak door de CGB objectief gerechtvaardigd wordt geacht, lag wel voor de hand. De klacht van verzoekster kwam er immers op neer dat ze (iets) meer moest betalen dan een alleenstaande ouder met hetzelfde inkomen.

Verzoekster zou misschien meer succes gehad hebben, als ze geklaagd had over

37 Vgl. oordelen 97-06 en 97-81.

38 Vgl. oordelen 97-06 en 97-81.

39 Vgl. oordeel 96-02. Zie ook oordeel 00-04, hierna besproken in par. 4.

40 Eerder was dat al gebleken in oordeel 97-88 (weigering om te bemiddelen voor de uitzending van vrijwilligers met een afhankelijke partner).

indirect onderscheid naar *geslacht*. Het meetellen van het inkomen van de partner leidt voor vrouwen immers veel vaker tot een hogere eigen bijdrage dan voor mannen. De meeste vrouwen hebben immers een man tot partner, en de meeste mannen verdienen meer dan ('hun') vrouwen (zeker bij de aanwezigheid van kinderen). Waarom noch de verzoekster, noch de Commissie dit aspect aan de orde heeft gesteld, is niet duidelijk.

4 SEKSUELE GERICHTHEID EN BURGERLIJKE STAAT: TOELATINGSEISEN VOOR IVF-BEHANDELING

Oordeel 00-04 (opgenomen in deze bundel) is het eerste gepubliceerde onderzoek van de Commissie uit eigen beweging. De CGB startte dit onderzoek naar aanleiding van een advies van de Gezondheidsraad uit 1997.⁴¹ Volgens dit advies worden, zoals reeds eerder in de literatuur was gesignaleerd,⁴² alleenstaande vrouwen, lesbische paren en ongehuwd heteroseksuele paren door sommige instellingen uitgesloten van toegang tot IVF-voorzieningen.

Het onderzoek van de CGB, waaraan IVF-instellingen wettelijk verplicht waren medewerking te verlenen,⁴³ brengt aan het licht dat acht van de dertien onderzochte instellingen nimmer overgaan tot IVF-behandeling in geval van een alleenstaande vrouw. De overige vijf instellingen hanteren voor alleenstaande vrouwen strengere toelatingseisen dan voor vrouwen met een partner. Lesbische paren worden door vier van de dertien instellingen geweigerd. Ongehuwde heteroseksuele paren worden daarentegen door geen van de dertien instellingen bij voorbaat geweigerd. Wel worden er soms voorwaarden gesteld aan de duurzaamheid en stabiliteit van de relatie.

De Commissie onderzoekt vervolgens of de instellingen bij het aanbieden van IVF-behandelingen onderscheid maken naar burgerlijke staat en/of homoseksuele gerichtheid als bedoeld in de AWGB. De Commissie merkt hierover vooraf op dat man/vrouw-paren niet in ieder opzicht kunnen worden vergeleken met lesbische paren en alleenstaanden, omdat de laatste twee groepen per definitie gebruik dienen te maken van een donor. Maar, zo voegt de CGB daar aan toe, indien men het vruchtbaarheidsprobleem als uitgangspunt neemt, vallen de drie groepen wel aan te merken als gelijke gevallen. Er dient derhalve te worden beoordeeld of er in gelijke gevallen gelijk wordt behandeld (overweging 4.2). De eis dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld geldt ook voor instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, aangezien zij door art. 7 AWGB nu eenmaal niet van de reikwijdte van de AWGB worden uitgezonderd (overweging 4.3).

De CGB stelt allereerst vast dat niet is gebleken dat er ten nadele van ongehuwde heteroseksuele paren onderscheid wordt gemaakt bij de toelating tot IVF-voorzieningen (overweging 4.5). Dit is anders bij lesbische paren. Twee van de dertien instellingen weigeren lesbische paren vanwege hun levensbeschouwelijke visie dat een kind bij voorkeur bij een vader en een moeder behoort op te groeien, en een derde instelling vanwege de opvatting dat IVF zoveel mogelijk dient te worden toegepast in de sfeer waarin de vruchtbaarheid het beste tot zijn recht komt, namelijk in een stabiele relatie tussen een man en een vrouw, waarbij eigen genetisch materiaal de basis vormt. De Commissie meent dat deze drie instellingen zich hiermee schuldig maken aan *direct* onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid, aangezien lesbische paren van behandeling worden uitgesloten louter en

Commissie Herziening Planningsbesluit IVF, *Het Planningsbesluit IVF*, Rijswijk: Gezondheidsraad 1997.
G.J.M. Veerman & A.C. Hendriks, 'Recht op toegang tot IVF; IVF bij alleenstaande, lesbische en oudere vrouwen', *Nemesis* 1996, p. 136-145.
Art. 19 lid 1 AWGB.

alleen vanwege het feit dat de betrokken vrouwen een lesbische relatie hebben of omdat een vader in de relatie ontbreekt.

Het Academisch Ziekenhuis (AZ) Nijmegen weigert IVF-behandeling met donormateriaal, vanwege mogelijke problemen voor het kind indien later de identiteit van de donor niet achterhaald kan worden. De CGB constateert dat dit criterium niet rechtstreeks verwijst naar (homo)seksuele gerichtheid, maar dat er dan wel sprake is van *indirect* onderscheid jegens lesbische paren (overweging 4.6). De Commissie meent dat dit middel niet geschikt en noodzakelijk is ter bereiking van het door het AZ Nijmegen gestelde legitieme doel, te weten het behartigen van de belangen van het kind. Daaruit volgt dat het AZ Nijmegen zich schuldig maakt aan ongerechtvaardigd indirect onderscheid naar homoseksuele gerichtheid (overweging 4.7). De Commissie moet zich vervolgens buigen over de vraag of de instellingen die alleenstaanden weigeren voor IVF-voorzieningen in strijd handelen met de AWGB. Sommige instellingen doen dit vanwege de leefvorm van de betrokken vrouwen (er is geen (vaste) (mannelijke) partner), andere omdat er 'vreemd' donormateriaal moet worden gebruikt om de zwangerschap tot stand te brengen. De CGB meent dat het handelen van al deze instellingen in de kern gebaseerd is op het belang van het kind. Aangezien onderscheid ten nadele van alleenstaanden hooguit indirect onderscheid naar burgerlijke staat oplevert, onderzoekt de Commissie vervolgens of het middel geschikt en noodzakelijk is ter bescherming van de belangen van het kind. De Commissie laat zich bij de beantwoording van deze vraag bijstaan door een extern deskundige. Aangezien uit het bestaande onderzoek geen eenduidig beeld naar voren komt over de problemen die kinderen ervaren indien zij opgroeien in eenoudergezinnen, acht de Commissie het gerechtvaardigd dat de instellingen – zolang er nog twijfels bestaan over mogelijke schade voor kinderen – afzien van behandeling. Bij het Academisch Medisch Centrum (AMC) te Amsterdam is er evenwel geen objectieve rechtvaardiging voor het uitsluiten van alleenstaande vrouwen. Het AMC had betoogd dat de IVF-behandeling bij alleenstaande vrouwen tot een veel lager resultaat leidt dan bij vrouwen met een partner (omdat zij zich relatief vaak terugtrekken en de behandeling bij alleenstaanden minder succesvol zou zijn). De CGB meent dat dit argument (het voorkómen van inefficiënte inzet van middelen) niet beantwoordt aan een daadwerkelijke behoefte van het AMC, omdat jaarlijks slechts een enkele alleenstaande voor IVF in aanmerking wenst te komen. Derhalve maakt de instelling zich aldus schuldig aan indirect onderscheid jegens alleenstaande vrouwen.

Dit oordeel van de Commissie heeft een stroom van reacties losgemaakt. Zowel voor- als tegenstanders hebben luid en duidelijk van zich laten horen.⁴⁴ Het oordeel heeft ook geleid tot vragen in de Tweede Kamer.⁴⁵ Dit is niet de plaats om de discussie te herhalen. Wij beperken ons tot het maken van enkele opmerkingen. Het moet allereerst worden toegejuicht dat de CGB duidelijk stelt dat lesbische en heteroseksuele paren met eenzelfde medische indicatie voor IVF-behandeling moeten worden aangemerkt als gelijke gevallen. Zo'n indicatie wordt volgens objectieve medische criteria vastgesteld. Het geslacht van de partner van een vrouw met een IVF-indicatie is, vanuit behandelingsperspectief, niet relevant. Dit vormt ook geen bruikbare indicator ter bepaling van het succes van de behandeling. Dit impliceert ons inziens dat in beginsel alle geïndiceerde vrouwen een gelijk recht

44 Zie o.a. C.A.J.M. Kortmann, 'Monomanie' (Opinie), *NJB* 2000, p. 594, met reacties van R. de Winter, *NJB* 2000, p. 850, en R. Holtmaat, *NJB* 2000, p. 1106; S. Kraus, 'De zon draait om de aarde, en een twee-oudergezin is het veiligst' (Recht uit het hart) *Nemesis* 2000, p. 103; 'Redactioneel', *NJCM-Bull.* 2000, p. 835, en, meer terzijde, G.T. Oudhof, 'Het wetsvoorstel 'Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie' en de (tegengestelde) belangen van het kind', *FJR* 2000, p. 229 (235-236). Zie ook de annotaties van R. Holtman onder dit oordeel in *AB* 2000, 224 en van G.J.M. Veerman in *NJCM-Bull.* 2000, p. 1082.

45 *Aanhangsel Handelingen II* 1999/2000, nr. 2023.

hebben op IVF-behandeling. Zo'n behandeling kan in voorkomende gevallen alleen worden geweigerd op grond van contra-indicaties die samenhangen met de individuele hulpvraagster.

Het is tegelijkertijd de vraag of heteroseksuele paren die voor een IVF-behandeling gebruik kunnen maken van 'eigen' genetisch materiaal, juridisch gezien wel gelijk zijn aan alleenstaande, lesbische en heteroseksuele vrouwen die zijn aangewezen op 'vreemd' donormateriaal. In het laatste geval is men voor voortplanting altijd aangewezen op een (bekende of anonieme) donor. In geval van een bevruchting resulterend in de geboorte van een kind wordt deze donor immers (meestal) niet de juridische vader. Bij gebruik van 'eigen' genetisch materiaal doet zich een dergelijke complicatie niet voor; de juridische vader is dan tevens de biologische vader. Vanuit dit perspectief is het standpunt van het AZ Nijmegen en het Catharina Ziekenhuis Eindhoven niet onbegrijpelijk. Dit neemt niet weg dat de medische hulpvraag in beide gevallen dezelfde is.

Hoe glibberig de objectieve rechtvaardigingstoets is blijkt wel bij de toepassing hiervan bij alleenstaande vrouwen. Bij gebrek aan onderzoeksgegevens waaruit blijkt dat kinderen die opgroeien in eenoudergezinnen niet meer problemen ervaren dan kinderen die opgroeien bij twee ouders, meent de CGB dat voldaan is aan deze eis. Dit verbaast. Er zijn namelijk vele typen een- en twee-oudergezinnen. Mede daardoor kan moeilijk worden volgehouden dat de kwaliteit van het verzorgings- en opvoedingsklimaat van het toekomstige kind in abstracto kan worden afgelezen uit de leefvorm van de moeder, die door de tijd heen ook kan evolueren. Kortom, door de Commissie wordt een wel zeer grove maatstaf geaccepteerd. Minister Borst van VWS heeft wat dit punt betreft afstand genomen van het commissieoordeel. In haar standpunt over het oordeel van de CGB stelt zij dat lesbische paren en alleenstaande vrouwen bij de toepassing van IVF en andere kunstmatige fertiliteitstechnieken niet mogen worden achtergesteld ten opzichte van heteroseksuele paren. Het bij voorbaat uitsluiten van lesbische paren of alleenstaande vrouwen is naar de mening van de minister niet aanvaardbaar en ook in strijd met het door het kabinet gevoerde (wetgevings)beleid gericht op het gelijk behandelen van verschillende leef- en gezinsvormen.⁴⁶ Zij kondigt daarop aan de instellingen in de gelegenheid te stellen om hun beleid op korte termijn, waar nodig, aan te passen.⁴⁷

Dit brengt ons op het volgende punt. Instellingen die IVF willen uitvoeren behoeven om 'gewichtige redenen' een vergunning ingevolge de Wet op bijzondere medische verrichtingen. Deze gewichtige redenen laten zich wellicht het best omschrijven als doelmatigheids- en kwaliteitsredenen. De vraag dringt zich op of de Minister van VWS bij het verstrekken van een dergelijke vergunning rekening mag of moet houden met het door de vergunningaanvrager gevoerde toelatingsbeleid. Zoals hierboven betoogd naar aanleiding van oordeel 00-90,⁴⁸ komt het ons voor dat de Minister van VWS geen vergunningen mag verstrekken indien door de vergunningaanvrager een toelatingsbeleid wordt gevoerd dat in strijd is met de AWGB. De minister lijkt dit in haar eerder genoemde schrijven aan de Commissie te erkennen, al suggereert zij tegelijkertijd dat het veeleer de taak is van de instellingen om naleving van andere wetten te waarborgen.⁴⁹

Onze laatste opmerking betreft het ogenschijnlijke gemak waarmee de Commissie heenstapt over de door het AMC naar voren gebrachte doelmatigheidsoverwegingen. Het is namelijk algemeen geaccepteerd dat hulpverleners kostenbewust en

Sinds 1 april 1998 is eenouderadoptie in Nederland mogelijk.

Brief van de Minister van VWS aan de voorzitter van de CGB dd. 28 juni 2000, kenmerk CSZ/ZT/2076894, in afschrift gestuurd aan de voorzitter van de Vaste Tweede Kamer Commissie voor VWS, kenmerk DBO-CB-U-2068355 (<http://www.minvws.nl/zoek>).

Zie par. 2.1.

Zie noot 47.

doelmatig dienen te handelen. Ook moeten zij onnodige kosten vermijden.⁵⁰ Dit zou een besluit kunnen rechtvaardigen om bepaalde vrouwen bij voorbaat niet uit te nodigen voor een intake, in het bijzonder bij vooraf bekende contra-indicaties. Een dergelijk besluit mag evenwel niet zijn gebaseerd op generalisaties. In het onderhavige geval lijkt het doelmatigheidsargument bovendien nogal willekeurig in stelling te worden gebracht. Het feit dat de CGB geen genoegen neemt met het verweer van het AMC stemt daarom uiteindelijk tot tevredenheid.

5 SEKSUELE GERICHTHEID EN GESLACHT: HOMOSEKSUELE MAN AFGEWEEZEN ALS VERKOPER

De Commissie kreeg in het jaar 2000 één zaak voorgelegd die zowel betrekking had op de gronden (homo)seksuele gerichtheid als geslacht. Verzoeker van oordeel 00-53 was door de wederpartij afgewezen als verkoper van damesmode. Verzoeker meende dat de wederpartij jegens hem onderscheid had gemaakt op grond van homoseksuele gerichtheid en geslacht. Dit laatste omdat de wederpartij via een raamposter alleen verkoopsters had geworven. Verzoeker heeft daarop toch mondeling gesolliciteerd bij de wederpartij. Deze zou hem toen te verstaan hebben gegeven dat uitsluitend vrouwen worden aangenomen. Het door verzoeker gestelde wordt door de wederpartij bestreden. De wederpartij heeft verzoeker naar aanleiding van diens mondelinge sollicitatie uitgenodigd om schriftelijk te reflecteren, hetgeen bij wederpartij de gebruikelijke procedure is. In plaats daarvan heeft verzoeker diverse malen, en soms onder valse naam, telefonisch contact gezocht met de chef de bureau en een van zijn collega's, die vervolgens werden beschuldigd van onheuse bejegening en discriminatoir gedrag. De wederpartij heeft naar aanleiding van deze beschuldigingen aangegeven alleen nog maar schriftelijk met verzoeker te willen communiceren. Enige maanden later heeft de wederpartij verzoeker nogmaals schriftelijk uitgenodigd om schriftelijk te solliciteren, waarop door verzoeker nimmer, althans niet aantoonbaar, is gereageerd.

De Commissie kan niet vaststellen of verzoekers homoseksualiteit een rol heeft gespeeld bij de sollicitatie, aangezien partijen elkaar op dit punt tegenspreken en schriftelijk materiaal ontbreekt. Met betrekking tot de vraag of verzoekers geslacht bepalend is geweest, merkt de CGB op dat een beleid om alleen vrouwen aan te nemen in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving, tenzij een van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is. De Commissie heeft eerder geoordeeld dat van een dergelijk uitzondering sprake kan zijn (art. 5 lid 2 WGB m/v), indien positiekleding en foundations worden verkocht.⁵¹ Er liggen in de onderhavige zaak echter onvoldoende feitelijke gegevens voor om te bezien of zo'n uitzondering ook hier opgaat. Bovendien staat niet vast dat de wederpartij nog steeds uitsluitend vrouwen in dienst wilde nemen. De wederpartij heeft namelijk kenbaar gemaakt (ook jegens verzoeker) het in dienst nemen van een man te willen overwegen. De CGB oordeelt daarop dat de wederpartij geen onderscheid heeft gemaakt op grond van homoseksuele gerichtheid of geslacht.

Het voorliggende feitencomplex laat zich moeilijk beoordelen, zoals in de praktijk – helaas – zo vaak het geval is bij sollicitatieprocedures. Vast staat in ieder geval dat wederpartij aanvankelijk alleen onder vrouwen wilde werven. Dit is, zoals de Commissie ook aangeeft, in beginsel in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. Naar aanleiding van de mondelinge sollicitatie van verzoeker heeft het bedrijf

50 Vgl. J.K.M. Gevers, 'Vermenging van medische en maatschappelijke verantwoordelijkheden ongewenst', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2000, p. 1662 (1663).

51 Oordeel 99-90.

evenwel aangegeven zijn beleid in dezen te willen heroverwegen. In hoeverre dit ook echt zo is, is niet duidelijk. Indien verzoeker goede redenen had om deze bereidheid in twijfel te trekken, kan men het hem niet euvel duiden dat hij niet meer de moeite heeft genomen om schriftelijk te solliciteren. Waarom die moeite nemen indien je bij voorbaat toch al weet dat je niet wordt aangenomen? Maar zo simpel lag het niet in deze casus; verzoeker slaagt er althans niet in om aannemelijk te maken dat de wederpartij apert afwijzend ten stond ten opzichte van hem vanwege zijn geslacht en/of homoseksuele gerichtheid.

6 BURGERLIJKE STAAT EN GESLACHT

Twee oordelen betreffen zowel de grond burgerlijke staat als de grond geslacht.

6.1 Lagere inschaling alleenstaande moeder

Verzoekster van oordeel 00-05 (integraal opgenomen in deze bundel) is als operatie-assistent werkzaam bij wederpartij. Vanwege het feit dat zij alleenstaande moeder is van opgroeiende kinderen wil zij geen onregelmatige diensten verrichten. Als gevolg hiervan wordt zij lager ingeschaald dan collega operatie-assistenten die zulke diensten wel doen. Verzoekster meent daarop dat er sprake is van ongelijke beloning op grond van geslacht en burgerlijke staat.

De wederpartij stelt dat de verantwoordelijkheden van de dienstdoende OK-assistent(e) tijdens onregelmatige diensten groter zijn, hetgeen een verschil in salaris rechtvaardigt. Aangezien met verzoekster is afgesproken dat zij geen onregelmatige diensten wil doen, komt zij niet voor het hogere salaris in aanmerking. Het geslacht en de burgerlijke staat van verzoekster spelen geen enkele rol bij de indeling in de functiegroep volgens het van toepassing zijnde functiewaarderingssysteem (FWS). De Commissie start daarop een onderzoek, waarbij zij zich laat bijstaan door een bedrijfskundige van de Arbeidsinspectie van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Daaruit blijkt dat er een significant verschil bestaat in beloning tussen gediplomeerde mannelijke en gediplomeerde vrouwelijke OK-assistenten. Dit verschil blijkt vervolgens geheel te kunnen worden toegeschreven aan het wel of niet verrichten van onregelmatige diensten.

De Commissie constateert dat verzoekster in een hogere functieschaal zou worden ingedeeld, wanneer zij bereid zou zijn onregelmatige diensten te doen. Het stellen van de eis dat men onregelmatige diensten doet voor een hogere inschaling is, naar de opvatting van de Commissie, nadelig voor alleenstaande ouders. Dit levert indirect onderscheid ten nadele van ongehuwden op. Het onderzoek van de deskundige van de Arbeidsinspectie toont, volgens de CGB, aan dat het doen van onregelmatige diensten weliswaar extra FWS-punten oplevert, maar niet in die mate dat automatische indeling in een hogere schaal een geschikt middel is. Dit middel is evenmin noodzakelijk. Zo maakt de wederpartij, aldus de Commissie, ook gebruik van andere middelen om de inzetbaarheid van personeel tijdens onregelmatige diensten te bevorderen, zoals het toekennen van onregelmatigheidstoelagen. Nu de wederpartij de inzetbaarheid bij onregelmatige diensten automatisch verbindt aan een hogere schaal, maakt zij zich schuldig aan *indirect* onderscheid naar burgerlijke staat en geslacht.

Echtgenote van Kaapverdiaan geweigerd als bloeddonor

Over oordeel 00-18 (integraal opgenomen in deze bundel) kunnen wij betrekkelijk kort zijn, ook al omdat dit oordeel verderop in deze bundel door een van ons van een annotatie is voorzien. Verzoekster van dit oordeel, een autochtone Nederlandse

vrouw, was door de Bloedbank geweigerd als bloeddonor vanwege het feit dat haar echtgenoot afkomstig was van de Kaapverdise eilanden. Verzoekster meent daarop dat jegens haar onderscheid is gemaakt op grond van burgerlijke staat en/of geslacht. De Commissie besluit daarop het gevraagde onderzoek uit te voeren, toegespitst op de vraag of door wederpartij onderscheid is gemaakt op grond van ras en/of nationaliteit. De Commissie concludeert uiteindelijk dat de Bloedbank weliswaar indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van ras en nationaliteit, maar dat er in dit geval een objectieve rechtvaardiging bestond voor de bestreden handelwijze.

7 SLOT

Ondanks het feit dat de Commissie ook dit jaar slechts een bescheiden aantal zaken kreeg voorgelegd, waarbij zij diende te onderzoeken of er onderscheid was gemaakt naar hetero- of homoseksuele gerichtheid en/of burgerlijke staat, leverde dit toch een aantal belangrijke nieuwe inzichten op:

- Lesbische en heteroseksuele vrouwen met eenzelfde medische indicatie voor fertiliteitsbehandeling zijn voor de wet gelijk en moeten gelijk worden behandeld. Dezelfde regel geldt in beginsel voor alleenstaande vrouwen, maar hier meent de CGB dat er een objectieve rechtvaardiging kan zijn om niet gelijk te behandelen (oordeel 00-04).
- Het doorstromen naar een hogere schaal mag niet afhankelijk worden gesteld van het (enkel) verrichten van onregelmatige diensten. Voor de beloning van onregelmatige diensten zijn betere mogelijkheden beschikbaar (oordeel 00-05).
- Het is niet toegestaan om een behandelingsrelatie te beëindigen op basis van (niet verifieerbare) homofobe reacties van anderen (oordeel 00-95).

Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen & dr. S.C. van Bijsterveld

1 INLEIDING

De oogst aan oordelen over de discriminatiegronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid is in 2000 nogal beperkt: de Commissie komt tot een zestal uitspraken. Inhoudelijk is deze oogst echter zeker niet gering. De Commissie geeft een nadere invulling van de consistentie-eis die aan een confessionele instelling gesteld wordt om op basis van haar grondslag een beroep te kunnen doen op de uitzonderingsbepaling van art. 5 lid 2 onder *a* AWGB¹. Verder is zij van oordeel dat een openbare school in beginsel niet verplicht is om in de pauze een lokaal ter beschikking te stellen opdat moslim-leerlingen daar kunnen bidden.² Vergaand vinden wij de uitspraak dat een kledingvoorschrift, dat met zich brengt dat een leerling in de klas geen sluier (waardoor het gezicht nagenoeg bedekt wordt) mag dragen, neerkomt op verboden indirect onderscheid.³ Opvallend is ten slotte dat in één uitspraak – betreffende een aspirant-leerlinge die op grond van haar geloofsovertuiging weigert patiënten die een abortus hebben ondergaan van de operatiekamer op te halen – niet, en in een andere uitspraak – betreffende een stagiaire die op grond van haar geloofsovertuiging weigert alcohol te schenken – wel tot onderscheid op grond van godsdienst geconcludeerd wordt.⁴

We zullen in paragraaf 2 deze uitspraken nader analyseren. In paragraaf 3 wordt enige aandacht geschonken aan richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, voorzover rakend aan art. 5 lid 2 AWGB.

2 DE OORDELEN

2.1 Continuïteit

Een tweetal oordelen⁵ is in lijn met de vaste Commissie-jurisprudentie inzake de criteria waaraan een identiteitsgebonden instelling moet voldoen om met een beroep op art. 5 lid 2 sub *a* of sub *c* AWGB een kandidaat te kunnen weigeren omdat deze niet binnen de grondslag van de instelling ‘past’.⁶

- (a) Allereerst zal de instelling aannemelijk moeten maken waarom de door de instelling gestelde eisen die tot de weigering hebben geleid met het oog op de

Oordeel 00-64.

Oordeel 00-51.

Oordeel 00-63 (in deze bundel integraal opgenomen).

Respectievelijk oordeel 00-13 en oordeel 00-75 (laatstgenoemd oordeel is in deze bundel integraal opgenomen).

Oordelen 00-64 en 00-67.

Zie de weergave van deze jurisprudentie in onze bijdrage in de vorige bundel: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 62-63.

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000

Hoofdredacteur:

prof. mr. T. Loenen

Redactie:

prof. mr. I.P. Asscher-Vonk

dr. S.C. van Bijsterveld

prof. mr. C.A. Groenendijk

mr. dr. A.C. Hendriks

mr. Y. Konijn

prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

mr. C. Waaldijk

Met medewerking van:

mr. C.H.S. Evenhuis

dr. ir. T. Havinga

mr. R. Holtmaat

mr. D.J.B. de Wolff

Commissie gelijke behandeling
Postbus 16001
3500 DA Utrecht
telefoon 030-2234800
fax 030-2234848
www.cgb.nl

Lay-out binnenwerk: A. Birnie bNO

Omslagontwerp: Nuyten & Associates

ISBN 90-387-830-0
ISSN 1567-4924

© 2001, 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 ander 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 Reprorecht (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.