



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Onderscheid wegens geslachtsgelijkheid: burgerlijke staat, sexuele gerichtheid of geslacht als grond?

Waaldijk, C.

Citation

Waaldijk, C. (1997). Onderscheid wegens geslachtsgelijkheid: burgerlijke staat, sexuele gerichtheid of geslacht als grond? *Nemesis*, 1997, 117-120. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3606>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3606>

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

AANHANGIGE ZAKEN

ONDERSCHEID WEGENS GESLACHTSGELIJKHEID

BURGERLIJKE STAAT, SEXUELE GERICHTHEID OF GESLACHT ALS GROND?

Vrij reizen voor vrijers

De heren J en C wonen samen. J werkt bij de NS. Binnen de Benelux kan C, als partner van J, gratis met de trein. Wat dat betreft wordt er geen onderscheid gemaakt tussen gehuwden en ongehuwden. Buiten de Benelux geniet C, als ongehuwde partner van J, dergelijke vervoersfaciliteiten niet, omdat buitenlandse spoorwegmaatschappijen alleen gehuwde partners erkennen.

Bij een van die buitenlandse spoorwegmaatschappijen (South-West Trains in Engeland) werkt Lisa Grant, die met haar vrouwelijke partner ongehuwd samenwoont. Deze maatschappij kent niet alleen vervoersfaciliteiten toe aan de gehuwde partners van haar personeel, maar ook aan hun ongehuwde heteropartners. Als partner van hetzelfde geslacht komt de partner van Grant daarom niet in aanmerking voor goedkoper en gratis reizen.

In beide gevallen wordt een beroep op het discriminatieverbod gedaan. De Nederlandse heren stellen dat er direct onderscheid gemaakt wordt op grond van *burgerlijke staat*, en bovendien indirect onderscheid op grond van hun *homosexuele gerichtheid*. De Britse dames stellen dat er direct onderscheid wordt gemaakt op grond van hun *homosexuele gerichtheid*, en omdat het Britse en het Europese-Gemeenschapsrecht geen aparte bepalingen inzake homodiscriminatie kennen claimen zij tevens direct onderscheid op grond van *geslacht*.

De Commissie gelijke behandeling gaf de heren gelijk.¹ Of het geconstateerde ('vermoeden van') indirect onderscheid op grond van gerichtheid objectief gerechtvaardigd was, liet de commissie echter in het midden (omdat het als onderscheid op grond van burgerlijke staat al onrechtmatig was). Vervolgens heeft J (samen met mevrouw B, die samenwoont met een vrouwelijke partner) een kort geding aangespannen tegen de NS. Bij vonnis van 16 december 1996 kregen J en B gelijk van de Utrechtse president.² De NS zijn in hoger beroep gegaan, maar voldoen inmiddels wel aan de uitspraak.

De Britse zaak hangt nog. Het Industrial Tribunal te Southampton heeft in juli 1996 namelijk prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EG.³ Het Tribunal meent namelijk dat het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *P tegen S en Cornwall County Council*⁴ in ieder geval 'persuasive authority' oplevert voor de stelling dat – naast discriminatie op grond van transsexualiteit – ook discriminatie op grond van sexuele gerichtheid valt onder de EG-rechtelijke verbodsbepalingen inzake sexediscriminatie.

Trans-, travo- en homodiscriminatie als vormen van sexediscriminatie

De zaak van *P tegen S en Cornwall County Council* betrof ontslag wegens geslachtsverandering. Volgens het Hof van Justitie is een dergelijke discriminatie op grond van *transsexualiteit* in strijd met het verbod van ongelijke behandeling van mannen en vrouwen (zoals vervat in richtlijn 76/207/EEG), omdat zij 'voornamelijk zo niet uitsluitend' is gebaseerd op het geslacht van de belanghebbende.⁵ Ook de Nederlandse rechter heeft al eens uitgemaakt dat (discriminatie wegens) transsexualiteit begrepen geacht kan worden onder (discriminatie wegens) geslacht, zoals dat begrip onder meer voorkomt in artikel 137d van het Wetboek van Strafrecht.⁶

Conform deze Europese en Nederlandse jurisprudentie zal ook onderscheid op grond van *travestie* gerekend moeten worden tot onderscheid op grond van geslacht. De Commissie gelijke behandeling heeft onlangs een gelegenheid voorbij laten gaan om deze conclusie te trekken. In de zaak van een leerling-verpleegkundige (volgens de stukken extrovert en in zijn vrije tijd doende aan travestie) die beweerde dat zijn dienstverband was opgezegd in verband met zijn homoseksuele gerichtheid, stelde de commissie vast dat het 'feit, dat verzoeker aan een collega heeft verteld dat hij schoenen met naaldhakken had besteld', mede een rol had gespeeld bij de beslissing van zijn werkgever om de arbeidsrelatie te beëindigen.⁷ Vreemd genoeg heeft de commissie zich niet gerealiseerd, dat die beslissing daarmee mede gebaseerd is op het man-zijn van de verpleegkundige: als hij een vrouw zou zijn geweest zou de ontboezeming over naaldhakken niet tegen hem/haar gebruikt zijn. (Volgens de commissie is er zelfs geen sprake van indirect onderscheid op grond van homosexuele gerichtheid, want 'niet gebleken is dat travestie in overwegende mate bij personen met een homoseksuele gerichtheid voorkomt'. Zo simpel cijfermatig kun je een vermoeden van indirect onderscheid volgens mij niet weerleggen. Goed voorstelbaar is immers dat travestie vooral gebruikt wordt als stok om homo's te slaan. Bovendien vermoed ik dat de meeste mensen die zich aan travo-discriminatie schuldig maken zich nauwelijks realiseren dat travestieten ook heteroseksueel kunnen zijn.) Inmiddels zijn ook in een andere Britse zaak prejudiciële vragen gesteld over de vraag of homodiscriminatie valt onder sexediscriminatie.⁸ Hier betreft het een militair die (conform de geldende Britse beleidsregels) ontslagen is wegens zijn *homosexuele gerichtheid* (niet wegens enige homosexuele uiting, maar wegens homosexualiteit als 'a state of mind', aldus de rechter). Volgens de High Court

1. Commissie gelijke behandeling 20 juni 1996, oordeel 96-52, RN 1997, 713.

2. President Rechtbank Utrecht 16 december 1996, KG nr. 963/96, RN 1997, 699.

3. Daar geregistreerd als zaak C-249/96, *Grant tegen South-West Trains*.

4. Hof van Justitie 30 april 1996, C-13/94, RN-Kort 1997, 641.

5. Idem, overweging 21.

6. Hof Leeuwarden 13 januari 1995, NJ 1995, 243; klacht over niet vervolging van de makers van het lied 'Transsexueel'.

7. Commissie gelijke behandeling 22 november 1996, oordeel 96-108, overweging 7.4.

8. High Court, Queen's Bench Division, 13 maart 1997, *Regina v. The Secretary of State for Defence, Ex parte Terence Perkins*.

is het, na de zaak van P, 'scarcely possible to limit the application of the Directive to gender discrimination' en is er 'a real prospect that the European Court will take the further () step to extend protection to those of homosexual orientation' (overweging V-a-5)

Het Hof van Justitie is nu aan zet. Uit zijn beslissing zal blijken of de optimistische verwachtingen van de Britse homobeweging en van de betrokken rechters uit zullen komen. Voor Nederland zal het weinig verschil maken. Of homodiscriminatie nu verboden is als zelfstandig type van discriminatie of (mede) als vorm van sexediscriminatie, maakt voor de praktijk vrijwel niets uit (daarover meer hieronder). In veel landen van de Europese Unie is homodiscriminatie op het terrein van de arbeid echter nog steeds niet uitdrukkelijk verboden. En ook de EG-regels inzake bijvoorbeeld het vrij verkeer van (gehuwde) partners van economisch actieven behelzen homodiscriminatie die ontmaskerd zou kunnen worden als sexediscriminatie.⁹

Homodiscriminatie als burgerlijke-staatsdiscriminatie

Veel regels van anti-discriminatierecht (waaronder het verbod van *indirect* onderscheid in de Algemene wet gelijke behandeling, Awgb) laten ruimte voor rechtvaardiging van onderscheid. Bij de gronden nationaliteit en burgerlijke staat wordt de schijn van rechtvaardiging er echter al door de wetgever bij geleverd. Door deze juridische categorieën te scheppen lijkt de wetgever het extra gemakkelijk te maken om onderscheid op deze gronden te rechtvaardigen. Mede daardoor zijn veel van de pogingen mislukt om onderscheid op grond van burgerlijke staat aan te vechten als zijnde indirecte discriminatie van vrouwen of homoseksuelen.

Juist daarom is het van groot belang dat de Awgb *direct* onderscheid op grond van burgerlijke staat verbiedt, zonder de mogelijkheid van objectieve of redelijke rechtvaardiging.

In de zaak van J en B tegen de NS is de president van de Rechtbank dus terecht niet op zoek gegaan naar een dergelijke rechtvaardiging van de geconstateerde ongelijke behandeling ten nadele van ongehuwden. In overweging 4.6 wordt dat bevestigd door de bewering dat 'praktische problemen' de NS niet kunnen ontslaan van de verplichting om haar werknemers gelijk te behandelen. Wel is de president eerst nagegaan of de NS 'in staat moet worden geacht' om de ongelijkheid op te heffen (overweging 4.4). Dat is een aanmerkelijk strengere criterium dan dat van de 'objectieve rechtvaardiging' (zoals voor indirect onderscheid voorgeschreven in artikel 2 Awgb). Het lijkt mij ook een aanvaardbaar criterium tot het onmogelijke is niemand gehouden. De president acht de NS vervolgens inderdaad in staat om de ongelijkheid 'op eigen kosten' weg te nemen (overweging 4.5). Daarmee geeft de president impliciet te kennen dat ook financiële problemen een werkgever niet van haar verplichting tot gelijke behandeling kunnen ontslaan. In het stelsel van de Awgb is het de wetgever die moet bepalen of er financiële argumenten

zijn om een uitzondering te maken op het verbod van ongelijke behandeling – zoals in artikel 5, zesde lid, van de Awgb ook gebeurd is ten aanzien van pensioenen.¹⁰

De Nederlandse wetgeving bevat geen omschrijving van het begrip burgerlijke staat. Onder onderscheid naar burgerlijke staat valt in ieder geval onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden en tussen wettige, natuurlijke, gewettigde en geadopteerde kinderen.¹¹ Op beide punten gaat er wat veranderen.

De Tweede Kamer is akkoord gegaan met de invoering van geregistreerd partnerschap. Tijdens de behandeling heeft de staatssecretaris van Justitie – onweersproken – verklaard dat het geregistreerd partnerschap 'naast het huwelijk een nieuwe burgerlijke staat' zal zijn.¹² Voor de toepassing van de Awgb zal dat (vermoedelijk vanaf januari 1998) twee dingen betekenen. Het zal verboden zijn om onderscheid te maken tussen echtgenoten enerzijds en geregistreerde partners anderzijds. (Afgewacht zal moeten worden of buitenlandse spoorwegmaatschappijen een in Nederland of in een van de Noord-Europese landen geregistreerd partnerschap gelijk zullen stellen aan een huwelijk.) En het zal verboden zijn om onderscheid te maken tussen gehuwden en andere geregistreerden enerzijds en ongeregistreerden anderzijds.

In behandeling is verder een wetsvoorstel tot herziening van het afstammingsrecht,¹³ dat de termen wettig, onwettig en natuurlijk kind laat vervallen. In de toekomst zal de wet kinderen onderscheiden al naar gelang zij tot een of tot twee ouders in een familierechtelijke betrekking staan. Voor anderen dan de parlementaire wetgever zal het op grond van de Awgb, lijkt mij, dan verboden zijn om op grond van die burgerlijke staat onderscheid te maken. Ook dat betekent tweemaal. Of een biologische ouder-kind relatie al dan niet tot familierechtelijke betrekking is geworden, zal geen rol meer mogen spelen op de terreinen van de Awgb (arbeid, goederen en diensten). Dat zou van belang kunnen zijn voor kinderen ontstaan met donorzaad of door een verwekker die niet tot vader is geworden. Het tweede gevolg is van belang voor pleegouders, meemoeders en medevaders en hun (niet erkende of geadopteerde) sociale kinderen: het wordt verboden om onderscheid te maken op de grond dat een feitelijke opvoedings- en verzorgingsrelatie tussen een sociale ouder en een (pleeg- of stief-) kind niet tot familierechtelijke betrekking is geworden.

Ongehuwden-discriminatie als homodiscriminatie

Onderscheid ten nadele van gehuwden of ongehuwden levert soms indirect onderscheid naar geslacht op. En zolang het huwelijk exclusief heterosexueel is, levert onderscheid ten nadele van ongehuwden altijd indirect onderscheid ten nadele van gelijkgeslachtelijke partners op. Dergelijke partners zijn immers nooit (met elkaar) gehuwd, terwijl partners van verschillend geslacht meestal wel gehuwd zijn. Bovendien kunnen heteroparen ongehuwendiscriminatie ontlopen door (alsnog) te huwen. Homo- en lesbische paren hebben die mogelijkheid niet. Deze redenering heeft steun gekregen van de rechter in

9 Zie mijn artikel *Free Movement of Same Sex Partners* *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996 p. 271-286.

10 Zie Commissie gelijke behandeling 23 november 1995 RN 1996 550.

11 Zie de memories van toelichting en antwoord op de Awgb Kamer

stukken II 1990/91 22014 nr. 3 p. 13 en 1991/92 nr. 4 p. 68 en 70.

12 Kamerstukken II 1996/97 23761 nr. 11 p. 3 het gewijzigde voorstel van wet ligt nu bij de Eerste Kamer zie Kamerstukken I 1996/97 23761 nr. 157.

13 Kamerstukken II 1996/97 24649 nr. 8 (gewijzigd voorstel van wet).

een procedure van een homopaar dat gemeenschap van goederen wilde,¹⁴ en in enkele rechtszaken over de weigering van een afhankelijke verblijfsvergunning aan een buitenlander wiens Nederlandse gelijkgeslachtelijke partner niet aan de bestaansmiddelen eis voor ongehuwden voldeed, maar wel aan die voor gehuwden¹⁵

In haar oordeel in de zaak van J en zijn partners tegen de NS heeft de Commissie gelijke behandeling de redenering eveneens omarmd. Er was sprake van onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid, omdat 'van de homoseksueel gerichte werknemers met een duurzaam samenlevingsverband een ieder wordt getroffen' en van de 'heteroseksueel gerichte () niet een ieder'.¹⁶ In enkele pensioenzaken was de commissie die vaststelling nog uit de weg gegaan.¹⁷

In het kort geding van J en B tegen de NS maakte de president geen woorden vuil aan de vraag of er ook sprake is van homodiscriminatie.¹⁸ Daar was ook geen reden toe, omdat er geen toepasselijke uitzondering op het verbod van onderscheid wegens burgerlijke staat in het geding is. In dat opzicht verschilt de spoorwegzaak van de genoemde pensioenzaken. In artikel 5, zesde lid, bevat de Awgb immers een uitzondering voor onderscheid op grond van burgerlijke staat ter zake van pensioenen. Die uitzondering is volgens mij te omzeilen, door indirect onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid aan te nemen. De Commissie gelijke behandeling heeft die weg echter niet willen bewandelen in de zaak van een homo-man die als ongehuwde een nabestaandenpensioen misliep. De genoemde uitzondering zou volgens de Commissie ook gelden ten aanzien van indirect onderscheid op grond van seksuele gerichtheid dat het gevolg is van onderscheid op grond van burgerlijke staat.¹⁹ Uit haar oordeel in de spoorwegzaak kan ik niet afleiden of de commissie op dit punt van mening veranderd is.

Homodiscriminatie als sexediscriminatie

In de musical *Victor/Victoria* wordt de problematiek van sexediscriminatie kernachtig samengevat in het lied 'If I were a man'. Om vast te stellen of iemand gediscrimineerd wordt vanwege haar of zijn geslacht, moet men zich telkens afvragen of de betrokkene anders behandeld zou worden indien zij of hij tot het andere geslacht behoorde. Zo kan een vrouw die gediscrimineerd wordt zich beroepen op de betere behandeling van een al dan niet fictieve 'maatman'. Bestrijding van sexediscriminatie vereist transsexuele gedachtenoefeningen (zie hierboven). Als ik een man geweest zou zijn, zou ik dan ook ontslagen zijn? Zou ik dan wel promotie hebben gekregen? Enzovoort. Seksuele gerichtheid is een term ter aanduiding van een kenmerk van intieme gevoelens (voor mensen van een

bepaald geslacht), *handelingen* (met iemand van een bepaald geslacht) en *relaties* (tussen mensen van hetzelfde geslacht of van verschillend geslacht). Bij uitbreiding wordt het begrip ook wel gebruikt voor een kenmerk van de *personen* die dergelijke gevoelens, handelingen en/of relaties hebben. Wanneer nu iemand gediscrimineerd wordt vanwege zijn of haar homo- of heteroseksuele gevoelens, handelingen, relatie(s) en/of 'persoonlijkheid', dan kan dat altijd herleid worden tot discriminatie op grond van geslacht. Immers, indien deze persoon tot het andere geslacht zou behoren en gevoelens voor, en handelingen en relaties met dezelfde mensen zou hebben, dan zou de gediscrimineerde anders hebben gehandeld. Bijvoorbeeld als J geen man maar een vrouw zou zijn geweest, dan had hij/zij door te huwen met zijn/haar mannelijke partner C de gewenste vervoersfaciliteiten voor C kunnen verwerven.

Er is geen speld tussen te krijgen, afgezien van de bedoeling van de op- en vaststellers van de diverse discriminatieverboden. Met 'wethistorische' interpretatie dient men echter zuinig te zijn op het terrein van de mensenrechten. Mensenrechtelijke regels zijn er juist ook om (zogenaamd) 'vergeten' groepen te beschermen.²⁰

Op zeer hoog niveau heeft de gedachte dat homodiscriminatie een vorm van sexediscriminatie is, inmiddels steun gekregen. Het Comité voor de rechten van de mens, dat toeziet op naleving van het IVBPR, heeft beslist dat 'the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation'.²¹ Daarmee ging het comité terecht voorbij aan het gegeven dat de opstellers van het IVBPR vermoedelijk bij het woord 'sex' niet aan seksuele gerichtheid hebben gedacht. In casu ging het om het volledige verbod op sex tussen mannen dat (als Britse erfenis) nog steeds gold in de Australische deelstaat Tasmanie. Deze homodiscriminatie werd door het comité onder meer in strijd met het verbod van sexediscriminatie geoordeeld.

In Nederland werd deze redenering overigens al gevolgd in het *Advies over de wenselijkheid van een wet tegen sexediscriminatie* van de Emancipatiecommissie,²² en vervolgens ook door de Tweede Kamer, die een motie-Haas-Berger aannam waarin werd gevraagd om een wetsvoorstel gericht tegen 'discriminatie op grond van geslacht, daarbij inbegrepen homofiele'.²³

In Nederland zal de redenering echter niet vaak nodig zijn, omdat hier discriminatie op grond van seksuele gerichtheid zelfs ruimer verboden is dan discriminatie op grond van geslacht. Ten aanzien van geslacht bestaan uitzonderingen die niet gelden ten aanzien van gerichtheid.²⁴ De uitzonderingen ten aanzien van seksuele gerichtheid (waaronder de roemruchte enkele-feit-constructie) gelden evenzeer ten aanzien van geslacht.²⁵

14 Rechtbank Haarlem 4 augustus 1992 bevestigd door Hof Amsterdam 6 mei 1993, NJ 1994, 681

15 President Rechtbank Den Haag 24 oktober 1995, MR 1996 4, President Rechtbank Den Haag 24 mei 1996, MR 1996, 136 en Rechtbank Den Haag 29 november 1996, MR 1997, 21. Uitgebreid daarover Tessel de Lange, *Voldoende middelen van bestaan bij gezinshereniging II Een jurisprudentieoverzicht 1995-1996*, Migrantenrecht 1997, p. 81-87 en mijn noot onder Adviescommissie voor vreemdelingenzaken 30 oktober 1996, MR 1997, 50

16 Commissie gelijke behandeling 20 juni 1996, oordeel 96-52, RN 1997, **

17 Commissie gelijke behandeling 23 november 1995, RN 1996, 550

18 President Rechtbank Utrecht 16 december 1996, KG nr. 963/96, RN

1997, 699

19 Zie mijn noot onder Commissie gelijke behandeling 23 november 1995, RN 1996, 550

20 In die zin ook de conclusie van Advocaat-Generaal Tesouro in de boven aangehaalde zaak *P tegen S en Cornwall County Council*

21 Comité voor de rechten van de mens 31 maart 1994, *Toonen tegen Australië*, CCPR/C50/D/488/1992, *International Human Rights Reports* 1994, p. 105 (overweging 8.7)

22 Rijswijk 1977, p. 39

23 Kamerstukken II 1977/78 14496 nr. 22

24 Zie artikel 137c Wetboek van Strafrecht en artikel 2, tweede, derde en zesde lid, en artikel 7, tweede lid, tweede volzin, Awgb

25 Artikel 5, tweede lid en artikel 7, tweede lid, eerste volzin, Awgb

In één opzicht is sexediscriminatie wellicht omvattender verboden dan homodiscriminatie. Het gaat dan om indirect onderscheid. De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb m/v) bevat, anders dan de Awgb, geen uitzondering meer ten aanzien van pensioenen. De pensioen-uitzondering van de Awgb heeft weliswaar slechts betrekking op onderscheid op grond van burgerlijke staat, maar volgens de interpretatie van de Commissie gelijke behandeling betreft deze uitzondering tevens indirect onderscheid op grond van seksuele gerichtheid dat het gevolg is van onderscheid op grond van burgerlijke staat. Gegeven die betwistbaar extensieve interpretatie (zie hierboven), zou het wellicht zin hebben om dergelijke indirecte homodiscriminatie aan te vechten als indirecte sexediscriminatie in de zin van artikel 1a van de Wgb m/v. Volgens artikel 6 van die wet komt dan de vraag naar een objectieve rechtvaardiging aan de orde. Voor Commissie en rechter zal de verleiding groot zijn om een dergelijke rechtvaardiging af te leiden uit de Awgb-uitzondering voor pensioenuitsluitingen op grond van burgerlijke staat. Dan is niets gewonnen. Een dergelijke rechtvaardiging (gebaseerd op de extensieve uitleg van een bepaling inzake een andere discriminatiegrond in een andere wet) zou echter in geen verhouding staan tot het grote (financiële en principiële) belang van homo- en lesbische werknemers om niet slechter behandeld te worden dan collega's wier geslacht niet in de weg staat aan een huwelijk met de partner van hun keuze.

Misschien zullen de gevraagde prejudiciële beslissingen van het Hof van Justitie de Nederlandse rechtstoepassers ertoe dwingen dergelijke vormen van homodiscriminatie als sexediscriminatie te berechten.

In één zaak heeft de Commissie gelijke behandeling zich inmiddels al bereid getoond om discriminatie van gelijkgeslachtelijke partners als onderscheid op grond van geslacht te zien. Het ging om de vraag of man-man- en vrouw-vrouw-paren deelname aan danswedstrijden mag worden ontzegd.²⁶ De commissie oordeelde dat de 'uitsluiting van vrouwen voor de leidende-rol en van mannen voor de volgende-rol, alsmede de daarmee gepaard gaande onmogelijkheid om te kiezen voor een danspartner van hetzelfde geslacht' direct onderscheid op grond van geslacht opleveren (overweging 4.3). En omdat er 'bij de leidende-rol noch bij de volgende-rol sprake is van geslachtsbepaaldheid' (in de zin van relevante verschillen wat betreft kracht, gratie en hartstocht) oordeelde de commissie dit onderscheid in strijd met de wet.

Dit is een veelbelovende uitspraak. Het ging hier om een geval waarin de formele positie van man en vrouw verschillend is (het wedstrijdreglement ging uit van een vaste rolverdeling tussen man en vrouw). Nu de commissie zelfs in een dergelijk geval de uitsluiting van een partner van hetzelfde geslacht als sexediscriminatie heeft aangemerkt, zal zij niet tot een andere conclusie kunnen komen in al die gevallen waarin de positie van man en vrouw (althans

formeel) volstrekt gelijk is (zoals in het huwelijk, en bij ongehuwd samenwonen). In de toekomst zal de commissie derhalve ook het weigeren van vervoersfaciliteiten of nabestaandenpensioen aan ongehuwde gelijkgeslachtelijke partners moeten aanmerken als onderscheid op grond van geslacht. En in dergelijke gevallen zal de commissie zonder veel omhaal van woorden kunnen aannemen dat er geen sprake is van geslachtsbepaaldheid in de zin van artikel 2, tweede lid, van de Awgb.

Sexediscriminatie als homodiscriminatie

Dat veel (alle?) gevallen van homodiscriminatie gezien kunnen worden als vormen van sexediscriminatie,²⁷ en dat dat in bepaalde contexten (buitenland, Europese Unie, pensioenen) juridisch voordelig is, wil uiteraard niet zeggen dat het geen homodiscriminatie meer is. En dat is maar goed ook, want in Nederland kent het verbod van homodiscriminatie minder uitzonderingen.

Daarom is het jammer dat de Commissie gelijke behandeling in de bovengenoemde danswedstrijden-zaak doorgeschoten is. Daarin ontkent de commissie namelijk dat er sprake is van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid. 'Homoseksuele mannen en lesbische vrouwen kunnen immers deel uitmaken van een danspaar dat wordt gevormd door een man en een vrouw' (overweging 4.7). Zeker, van direct onderscheid ten nadele van homoseksuele personen is geen sprake. Homoseksuele gerichtheid omvat echter meer, met name ook intieme handelingen en intieme relaties tussen personen van hetzelfde geslacht. *It takes two to be of the same sex.*

Dansen, zelfs wanneer dat als wedstrijdssport bedreven wordt, is ongetwijfeld een intieme handeling, zeker in 'danssoorten waar hartstocht tot uitdrukking moet worden gebracht' (wat volgens de commissie ook mogelijk is bij paren van gelijk geslacht, zie overweging 4.6). Ik zou zelfs denken dat wedstrijdssporten veelal intiemer is dan samen gratis de trein naar Southampton nemen. Wanneer een dergelijke handeling verboden wordt op grond van geslachtsgelijkheid, dan is er sprake van direct onderscheid op grond van de homoseksuele (= gelijkgeslachtelijke) gerichtheid van die handeling. Bovendien bestaat menig danspaar (net als de meeste huwelijksparen en de meeste samenwonende stellen) uit twee mensen die een intieme relatie met elkaar hebben. Wanneer een dergelijk paar op grond van geslachtsgelijkheid wordt uitgesloten, dan is er eveneens sprake van direct onderscheid op grond van de homoseksuele gerichtheid van dat paar. Door in dit verband slechts indirect onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid aan te nemen, zet de commissie de deur open voor oeverloze discussies over 'objectieve' rechtvaardigingen.

Kees Waaldijk

26. Commissie gelijke behandeling | april 1997, RN 1997, 712.

27. Daarover uitgebreid: Robert Wintemute, *Sexual Orientation and*

Human Rights. The United States Constitution. The European Convention and The Canadian Charter, Oxford: Clarendon, 1995, p. 198-248.