CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 14 december 1995 *

1. Wederom wordt het Hof verzocht om een uitspraak over de uitlegging van richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden [1] (hierna: „richtlijn").

Wat nieuw is, en zeker niet onbelangrijk, is het feit dat degene die zich op de richtlijn beroept, een transseksueel is. De vragen van het Industrial Tribunal te Truro vestigen dus de aandacht van het Hof op transseksualiteit vanuit de invalshoek van het verbod van discriminatie op grond van geslacht: kan een transseksueel, indien hij/zij wordt ontslagen omdat hij/zij een transseksueel is, in het bijzonder wanneer hij/zij een geslachtsverandering ondergaat, met succes de richtlijn inroepen?

De toepasselijke wetgeving, de feiten en de prejudiciële vragen

2. Volgens artikel 1, lid 1, van de richtlijn beoogt deze „de tenuitvoerlegging in de Lid-Staten van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, en tot de beroepsopleiding, alsmede ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en, onder de voorwaarden bedoeld in lid 2, de sociale zekerheid. Dit beginsel wordt hierna ‚beginsel van gelijke behandeling' genoemd."

In artikel 2, lid 1, van de richtlijn wordt verder bepaald, dat „het beginsel van gelijke behandeling (...) inhoudt dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie". De toepassing van dat beginsel heeft in het bijzonder betrekking op „de toegangsvoorwaarden, met inbegrip van de selectiecriteria, tot beroepen of functies" (artikel 3, lid 1) en op „de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden" (artikel 5, lid 1).

3. De voor deze zaak relevante nationale wettelijke regeling is de Sex Discrimination Act 1975, die als directe discriminatie op grond van geslacht definieert — en verbiedt — dat een vrouw op grond van haar geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een man [Section 1 (a)]. Verder bepaalt zij, dat de bepalingen inzake discriminatie van vrouwen op grond van hun geslacht gelijkelijk van toepassing zijn op de

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1976, L 39, blz. 40.

behandeling van mannen, onverminderd de bijzondere behandeling van vrouwen in verband met zwangerschap en bevalling (Section 2). De Sex Discrimination Act geeft de volgende definities: het begrip „man" omvat een persoon van het mannelijk geslacht ongeacht zijn leeftijd, en het begrip „vrouw" omvat een persoon van het vrouwelijk geslacht ongeacht haar leeftijd, en zij bepaalt ten slotte, dat een vergelijking van de gevallen van personen met een verschillend geslacht of echtelijke staat „aldus moet gebeuren, dat de relevante omstandigheden in het ene geval dezelfde zijn als in het andere geval, of daar niet wezenlijk van verschillen" (Section 5).

Zij bevat evenwel geen specifieke bepaling betreffende de hoedanigheid van transseksuelen, zelfs niet nadat dezen een geslachtsverandering hebben ondergaan. [2] In tegenstelling tot wat in andere nationale rechtsstelsels wordt bepaald, behoudt in het Verenigd Koninkrijk eenieder het mannelijk of vrouwelijk geslacht waarmee hij of zij geboren is: het is derhalve onmogelijk om het oorspronkelijk opgegeven geslacht in de registers van de burgerlijke stand te wijzigen.

4. Dan kom ik nu tot de zaak zelf, die betrekking heeft op het ontslag van een transseksueel op grond van geslachtsverandering; nauwkeuriger gezegd, de betrokkene gaf te kennen dat zij een chirurgische ingreep zou ondergaan om haar biologisch geslacht (mannelijk) aan te passen aan haar seksuele identiteit (vrouwelijk). Ik zal naar deze persoon, die om evidente redenen van anonimiteit als P. wordt aangeduid, verwijzen als een vrouw; en ik beklemtoon, dat ik dit doe, niet alleen ongeacht haar oorspronkelijk geslacht (mannelijk) zoals dit in haar geboorteakte staat, maar ook ongeacht het ogenblik waarop zij, als resultaat van de laatste chirurgische ingreep, fysiek werkelijk van geslacht veranderde.

5. In april 1991 werd P. aangesteld als manager bij een onderwijsinstelling die op het relevante tijdstip werd beheerd door de Cornwall County Council (hierna: „Council"), het territoriaal bevoegde bestuursorgaan. Een jaar later werd S., studieleider en algemeen directeur van deze instelling, door P. in kennis gesteld van haar voornemen een geslachtsverandering te ondergaan. In het begin leek S. vol begrip en tolerant en stelde hij P. gerust met betrekking tot haar positie bij de instelling, maar later veranderde zijn houding. Volgens de reconstructie van de feiten door de nationale rechter, was de veranderde houding van S. voornamelijk een gevolg van het verzet van de bestuurders, die

2 — Dit lijkt het geschikte ogenblik om duidelijk te maken, dat in het Verenigd Koninkrijk geen wettelijke formaliteit vereist is voor een chirurgische ingreep om het geslacht te veranderen, en dat alle kosten worden gedragen door de National Health Service. Ik wil hieraan toevoegen, dat naar Engels recht eenieder zijn/haar naam mag veranderen en de nieuwe naam zonder enige beperking of formaliteit mag gebruiken, met als gevolg dat een transseksueel geen moeilijkheden ondervindt om zijn/haar naam te veranderen en de nieuwe naam te gebruiken in documenten als rijbewijs, paspoort, autoregistratiebewijs en documenten inzake sociale zekerheid en belastingen. Voor een volledig beeld van de positie en rechten van transseksuelen in het Verenigd Koninkrijk, zie Bradley: „Transsexualisme — L'Idéologie, les principes juridiques et la culture politique" in *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 april 1993, 1995, blz. 63 e. v.

op een gegeven ogenblik voorstelden, dat P. als zelfstandige voor de instelling zou blijven werken.

Intussen onderging P. in de zomer van 1992 de eerste chirurgische behandeling met het oog op haar geslachtsverandering, waardoor zij afwezig was wegens ziekte. In die periode besloten S. en de bestuurders haar te ontslaan. Het ontslag werd haar aangezegd met een termijn van drie maanden, die op 31 december afliep, en haar werd verzocht, een aantal bijzondere opdrachten die zij aan het voorbereiden was, tegen die datum af te werken. Toen P. aankondigde dat zij als vrouw gekleed het werk zou hervatten, werd haar gezegd dat zij haar taken thuis kon afwerken, zodat zij niet naar de instelling behoefde te komen. Uiteindelijk eindigde P.'s arbeidsovereenkomst met de instelling op de gestelde datum zonder dat zij naar het werk was teruggekeerd.

6. P. onderging de definitieve geslachtsveranderingsoperatie op 23 december 1992, dat wil zeggen voordat haar ontslag inging, maar nadat zij op 15 september 1992 in kennis was gesteld van de beëindiging van haar arbeidsverhouding. Op 13 maart 1993 maakte P. de zaak aanhangig bij het Industrial Tribunal te Truro, waar zij stelde dat zij het slachtoffer was van discriminatie op grond van geslacht. Zowel S. als de Council hielden echter staande, dat P. was ontslagen wegens een teveel aan personeel.

Het Industrial Tribunal stelde vast, dat er weliswaar een teveel aan personeel was, maar dat de werkelijke ontslaggrond was dat S. en de Council bezwaar hadden tegen P.'s voornemen een geslachtsverandering te ondergaan.

Het uitgangspunt voor het Hof moet dus zijn — in zoverre dit door de verwijzende rechter is vastgesteld —, dat P. enkel en alleen is ontslagen op grond van de geslachtsverandering, die zij eerst meedeelde en die later werd uitgevoerd voordat haar ontslag inging.

7. Het Industrial Tribunal meent dat het Engelse recht in deze omstandigheden geen afdoend antwoord biedt[3] en dat meer bepaald geen discriminatie van P. kan worden vastgesteld op grond van de Sex Discrimination Act. Het meent evenwel, dat de gemeenschapsrichtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen wellicht een ruimere uitlegging toelaat, die eveneens discriminatie van transseksuelen zou omvatten,

3 — Het Tribunal merkt met name op, dat de beëindiging van de arbeidsverhouding niet kan worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van onredelijk ontslag, want daarvoor moet in het Verenigd Koninkrijk iemand ten minste twee jaar aangesteld zijn geweest. Op het ogenblik van haar ontslag had P. slechts 20 maanden voor de betrokken instelling gewerkt.

voor zover zij verwijst naar discriminatie „op grond van geslacht". Juist vanuit deze benadering legt het Tribunal de volgende vragen aan het Hof voor:

„1) Is, gelet op het doel van richtlijn 76/207, die volgens artikel 1 ervan de tenuitvoerlegging beoogt van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces enz. (...), het ontslag van een transseksueel wegens redenen verband houdend met zijn geslachtsverandering, in strijd met deze richtlijn?

2) Verbiedt artikel 3 van de richtlijn, dat betrekking heeft op discriminatie op grond van geslacht, op een werknemer een behandeling toe te passen die gebaseerd is op diens hoedanigheid van transseksueel?"

Transseksualiteit en het recht

8. In de eerste plaats, wat is transseksualiteit? Het zij verre van mij, mij te wagen op een terrein dat een totaal andere kennis en opleiding vereist. Ik geef er de voorkeur aan, de definitie over te nemen die voorkomt in een aanbeveling van de Raad van Europa, volgens welke „transseksualiteit een syndroom is dat wordt gekenmerkt door een dubbele — een fysieke en een psychologische — persoonlijkheid, te zamen met een zo diepe overtuiging tot het andere geslacht te behoren, dat de transseksuele persoon ertoe wordt gebracht om een dienovereenkomstige lichamelijke ‚correctie' te vragen". [4]

Verzoekster heeft een groot aantal wetenschappelijke artikelen overgelegd, waarin wordt gesteld, dat de oorzaken van de gesteldheid te vinden zijn in biologische disfuncties, die dus reeds bij de geboorte aanwezig zijn, of in psychologische disfuncties die verband houden met de omgeving. Het resultaat is evenwel hetzelfde: biologisch geslacht en seksuele identiteit vallen niet samen. [5] Ik moge mij hier beperken tot de opmerking, dat studies over transseksualiteit zeer interessante resultaten hebben opgeleverd, waardoor althans volstrekt ongegronde oude taboes en vooroordelen zijn weerlegd en de aandacht is verlegd van de *morele* dimensie, die sterk simplificerend en soms misleidend is, naar de zuiver medische en wetenschappelijke dimensie van het probleem.

9. Wat ik wil benadrukken, is dat het verschijnsel transseksualiteit, hoewel statistisch

4 — Aanbeveling 1117 van 29 september 1989 „betreffende de hoedanigheid van transseksuelen", waarin het Comité van Ministers voorts werd uitgenodigd, de Lid-Staten te verzoeken de materie wettelijk te regelen.

5 — Voor een verdere bespreking van deze punten, zie Reed: „Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme", en Gooren: „Aspects biologiques du transsexualisme et leur importance pour la réglementation en ce domaine", beide in *Transsexualisme, médecine et droit*, reeds aangehaald, blz. 25 e. v. resp. blz. 123 e. v.

niet erg belangrijk [6], thans een werkelijkheid is die in allerlei kringen, niet enkel wetenschappelijke maar ook juridische, punt van discussie is, in het bijzonder vanuit het gezichtspunt van de rechten van de mens. [7] Het recht wordt bijgevolg met deze werkelijkheid geconfronteerd en zal er in toenemende mate mee te maken krijgen. Dat is onvermijdelijk. In de huidige samenleving, waarin gewoonten en zeden snel veranderen, de burgers van een steeds ruimere en sterkere bescherming van hun vrijheden worden verzekerd en sociale en juridische onderzoeken zich steeds meer bezighouden met hedendaagse — en, om die reden, werkelijke — waarden, ervan uitgaande dat het doelmatig is dat te doen, zou het onverdedigbaar zijn om het probleem van transseksualiteit — dat moreel zeker nog steeds tamelijk onafhankelijk kan worden beoordeeld — botweg te verwerpen of eenvoudigweg te veroordelen en als onverenigbaar met de wet te beschouwen.

Het recht mag zich mijns inziens niet losmaken van de maatschappelijke werkelijkheid, maar moet zich zo snel mogelijk eraan aanpassen. Anders loopt het het gevaar verouderde opvattingen op te leggen en een statische rol te spelen. Voor zover het recht tracht relaties in de samenleving te regelen, moet het juist meegaan met de sociale verandering en daarom in staat zijn regels te geven voor nieuwe situaties die door sociale verandering en wetenschappelijke vooruitgang aan het licht komen. Zo gezien lijdt het geen twijfel, dat wat het onderhavige probleem betreft, het beginsel van de zogenoemde onveranderlijkheid van de burgerlijke staat door de feiten is achterhaald. Dat is zo, voor zover en zodra de onveranderlijkheid van het geslacht in bureaucratische en administratieve zin niet langer overeenstemt met de werkelijke situatie, al was het maar wegens de wetenschappelijke vooruitgang die op het vlak van geslachtsverandering is geboekt.

10. Een snelle blik op de situatie in de verschillende Lid-Staten van de Gemeenschap leert, dat er vooral sinds het begin van de jaren '80 een duidelijke tendens bestaat naar steeds bredere erkenning van transseksualiteit, zowel door wetgeving als door rechtspraak. Dit blijkt in de eerste plaats uit het feit, dat geslachtsveranderingen zijn aanvaard, in die zin dat chirurgische ingrepen met dat doel, hoewel onderworpen aan verschillende regelingen, thans in bijna alle staten zijn toegelaten. [8] In de tweede plaats gaat de beweging om geslachtsveranderingen wettig te maken, meestal hand in hand met de toelating, opnieuw onderworpen aan verschillende regelingen, om de geslachtsvermelding in de registers van de burgerlijke stand te corrigeren, met alle gevolgen die daaruit voortvloeien.

Sommige staten hebben een juridisch antwoord op het probleem van de transseksua-

6 — Volgens door verzoekster overgelegde gegevens trachten in Europa 1 op 30 000 mannen en 1 op 100 000 vrouwen door chirurgische ingrepen van geslacht te veranderen.

7 — Dit is bij voorbeeld het geval voor de Raadgevende vergadering van de Raad van Europa, waarvan de debatten hebben geleid tot het aannemen van de reeds genoemde aanbeveling 1117 inzake de hoedanigheid van transseksuelen.

8 — Op dit punt zij herhaald, dat in het Verenigd Koninkrijk, waar het nog steeds onmogelijk is de geslachtsvermelding in het geboorteregister te laten veranderen, de „transseksuele" chirurgische ingreep niet enkel zonder enig wettelijke formaliteit is toegelaten, maar bovendien volledig wordt betaald door de National Health Service.

liteit gegeven door bijzondere wetgeving vast te stellen. Voor zover het de Gemeenschap betreft, is dit het geval in Zweden [9], de Bondsrepubliek Duitsland [10], Italië [11] en Nederland. [12] De desbetreffende wetten laten transseksuelen toe, hun geboorteakte te verbeteren door het invoegen van een verwijzing naar hun nieuwe seksuele identiteit, waardoor zij het recht hebben te huwen, kinderen te adopteren en pensioenrechten te genieten die met hun *nieuwe* seksuele identiteit overeenkomen.

Het feit dat de andere Lid-Staten geen specifieke wetten voor deze materie hebben, betekent niet, dat de positie van transseksuelen wordt genegeerd. In feite is in sommige staten de wettigheid van chirurgische ingrepen bij transseksuelen en van de daaruit volgende verandering van de burgelijke staat gebaseerd op wetten die op zichzelf niets met het probleem van de transseksualiteit te maken hebben. [13] In de meeste andere staten wordt het probleem daarentegen van geval tot geval door de rechtbanken opgelost [14], of, wat veel eenvoudiger is, op administratief niveau. [15]

11. Verder hebben de Europese Commissie en het Europese Hof voor de rechten van de mens zich met het verschijnsel transseksualiteit bezig gehouden zowel vanuit de invalshoek van schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer [artikel 8 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)] als vanuit die van het recht te huwen (EVRM, artikel 12).

De eerste stap werd gezet door een beslissing van de Europese Commissie voor de rechten van de mens, die in 1979 unaniem besliste, dat de weigering van de Belgische Staat om maatregelen te nemen waardoor in de registers van de burgerlijke stand rekening kon worden gehouden met wettig tot stand gekomen geslachtsveranderingen, een schending vormde van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, bedoeld in artikel 8, lid 1, EVRM. [16]

9 — Wet van 21 april 1972 (SFS 1972, blz. 119). Zie de Franse vertaling in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, blz. 295 e. v.

10 — Wet van 10 september 1980 (BGBl. 1980 I, blz. 1654 e. v.). Deze wet voorziet zowel in de zogenoemde „kleine oplossing", die bestaat in de toelating de naam te veranderen, en in de zogenoemde „grote oplossing", die bestaat in een geslachtsveranderende ingreep.

11 — Wet nr. 164 van 14 april 1982 (GURI nr. 106 van 19 4.1982, blz. 2879 e. v.). Het Italiaanse Constitutionele Hof heeft in zijn arrest nr. 161 van 24 mei 1985 het bezwaar verworpen, dat de regels inzake de geslachtsverandering ongrondwettig zouden zijn (*Foro it.*, I, 1985, kol. 2161 e. v.).

12 — Wet van 21 april 1985 (*Staatsblad* 1985, blz. 243 e. v.).

13 — Dit is bij voorbeeld het geval in Denemarken, waar de wet van 11 mei 1935 (sic!) inzake vrijwillige castratie bij analogie wordt toegepast. De personen die op basis van deze wet toelating krijgen een chirurgische ingreep te ondergaan, verwerven automatisch het recht om hun burgerlijke staat te veranderen.

14 — Dit is het geval in Frankrijk, België, Spanje, Portugal, Luxemburg en Griekenland (hoewel in Griekenland tot nu toe enkel hermafrodieten toelating hebben gekregen hun burgerlijke staat te veranderen).

15 — Dit is het geval in Oostenrijk, waar het sinds 1981 gevestigde praktijk is dat de ambtenaar van de burgerlijke stand een aantekening bij de geboorteakte maakt, op enkele voorwaarde dat de betrokkene de chirurgische ingreep heeft ondergaan, waarvan het bewijs moet worden geleverd door een verslag, opgesteld door deskundigen van het Instituut voor gerechtelijke geneeskunde van de universiteit van Wenen.

16 — D. Van Oosterwijck/België (beroep nr. 7654/76), Commissieverslag van 1 maart 1979, gepubliceerd in *Rapport européen sur les droits de l'homme*, 1981, blz. 557 e. v.

12. Het Europese Hof voor de rechten van de mens had bij een uitspraak over een vermeende schending van de artikelen 8 en 12 EVRM door het Verenigd Koninkrijk, een andere benadering. In de zaak Rees verklaarde het, dat „de verwerende staat dient te bepalen in welke mate hij op de overige verzoeken van transseksuelen kan ingaan. Het Hof is zich evenwel bewust van de ernstige problemen waarmee die personen te kampen hebben, en van het leed dat zij ondergaan. Het verdrag dient steeds in het licht van de actuele situatie te worden uitgelegd en toegepast. De noodzaak van passende wettelijke maatregelen moet dus worden onderzocht, met name rekening houdend met de wetenschappelijke en maatschappelijke ontwikkelingen." [17] Voor dezelfde oplossing werd later in de zaak Cossey gekozen. [18]

In de volgende zaak (B./Frankrijk) veroordeelde het Hof te Straatsburg Frankrijk echter door te verklaren, dat het feit dat de verzoekster, die in 1972 een chirurgische ingreep had ondergaan om (ook) in seksueel opzicht vrouw te worden, geen vrouwelijke naam kon aannemen en haar burgerlijke staat niet kon wijzigen, een schending van artikel 8, lid 1, EVRM opleverde. [19] Om tot die conclusie te komen — en de zaak B./Frankrijk te onderscheiden van de zaken Rees en Cossey [20] —, verduidelijkte het Europese Hof, dat de opvattingen waren veranderd, de wetenschap vooruitgang had geboekt en steeds meer belang werd gehecht aan het probleem van de transseksualiteit.

13. Uit het voorgaande blijkt, dat „transseksuele" chirurgie thans als wettig wordt beschouwd, zelfs in landen die nog steeds geen overeenkomstige verandering van de burgerlijke staat toestaan. Dit feit op zich betekent, dat het recht als gevolg van de wetenschappelijke en sociale vooruitgang op dit gebied steeds meer aandacht besteedt aan transseksualiteit, door die aspecten te regelen die een belangrijke invloed kunnen hebben op maatschappelijke relaties. Zoals wij zagen, wordt dit bevestigd door het feit dat wijziging van de burgerlijke staat in de meeste nationale rechtsstelsels is toegestaan, hetzij op grond van specifieke wettelijke bepalingen, hetzij op grond van een rechterlijke beslissing in het concrete geval.

Blijft de vraag, of er wettelijke bescherming mogelijk is van mensen die van geslacht zijn veranderd of die in de overgangsperiode leven, wanneer zij juist en uitsluitend om die reden worden gediscrimineerd of althans ongunstig worden behandeld op het vlak van tewerkstelling, eventueel zelfs, zoals in dit geval, doordat zij worden ontslagen.

17 — Rees/Verenigd Koninkrijk (2/1985/88/135), arrest van 17 oktober 1986, serie A, vol. 106, punt 47.

18 — Cossey/Verenigd Koninkrijk (16/1989/176/232), arrest van 27 september 1990, serie A, vol. 184, punt 42.

19 — B./Frankrijk, (57/1990/248/319), arrest van 25 maart 1992, serie A, vol. 232-C, punt 63.

20 — In het bijzonder bleek dat in Frankrijk, anders dan in het Verenigd Koninkrijk, het register an de burgelijke stand zonder enig probleem kan worden veranderd. Zie dienaangaande voetnoot 2.

Antwoorden op de vragen

14. De nationale rechter vraagt het Hof, of, gelet op het doel van de richtlijn zoals omschreven in artikel 1, het ontslag van een transseksueel wegens zijn geslachtsverandering een door de richtlijn verboden discriminatie vormt, en meer in het algemeen, of artikel 3, lid 1, aldus moet worden uitgelegd, dat het op het punt van de arbeidsvoorwaarden ook betrekking heeft op discriminatie van transseksuelen.

De nationale rechter gaat uit van de premisse, dat de richtlijn, in het bijzonder artikel 3, lid 1, waar dit vooropstelt dat „iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht is uitgesloten" [21], niet betekent, of althans niet noodzakelijk betekent, dat discriminatie enkel tussen mannen en vrouwen kan bestaan, maar aldus kan worden uitgelegd, dat het ook ziet op discriminatie van transseksuelen.

15. Om te beginnen merk ik op, dat de voor deze zaak relevante bepalingen eerder zijn artikel 2, lid 1, dat in algemene termen het verbod van discriminatie op grond van geslacht formuleert, en artikel 5, lid 1, van de richtlijn, dat meer specifiek discriminatie op grond van geslacht met betrekking tot de ontslagvoorwaarden verbiedt. De prejudiciële vraag moet daarom in die zin worden geherformuleerd.

Dit gezegd zijnde, dienen wij in elk geval nog vast te stellen, of het ontslag van een transseksueel wegens haar geslachtsverandering onder de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt, en meer bepaald onder de werkingssfeer van de richtlijn betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

16. Weliswaar verbiedt de richtlijn iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, maar er kan geen twijfel over bestaan, dat de formulering van het erin vastgelegde beginsel van gelijke behandeling naar de traditionele man/vrouw-dichotomie verwijst.

Om te bepalen of de richtlijn, zoals het Industrial Tribunal suggereert, aldus kan worden uitgelegd, dat zij eveneens betrekking heeft op discriminatie van transseksuelen, zullen wij hoe dan ook eerst moeten nagaan, of de ongunstige behandeling van transseksuelen discriminatie op grond van het geslacht vormt, en vervolgens, of alleen discriminatie tussen mannen en vrouwen onder de term „discriminatie op grond van geslacht" valt dan wel, meer in het algemeen, elke ongunstige behandeling in verband met het geslacht.

21 — Naast artikel 3, lid 1, schrijft artikel 2, lid 1, in algemene termen hetzelfde voor.

17. Om te beginnen wijs ik op de in medische en wetenschappelijke kringen steeds meer aangehangen opvatting, dat men van de traditionele indeling dient af te stappen en moet erkennen, dat, naast de man/vrouw-dichotomie, er een reeks kenmerken, gedragingen en rollen bestaat die aan mannen en vrouwen gemeen zijn, zodat het geslacht eerder als een continuum is te beschouwen. Zo gezien is het duidelijk, dat het onjuist zou zijn uitsluitend discriminaties op grond van geslacht in relatie tot mannen en vrouwen in de traditionele betekenis van die termen als onwettig te beschouwen, en bescherming te weigeren aan degenen die juist wegens hun geslacht en/of seksuele identiteit eveneens ongunstig worden behandeld.

Deze stelling, hoewel zeer aantrekkelijk, vereist een nieuwe definitie van geslacht, die een grondiger beschouwing in daarvoor meer geschikte kringen verdient; dit is dus niet de weg die ik het Hof voorstel te volgen. Ik besef ten volle, dat sinds onheuglijke tijden iemands geslacht simpelweg werd vastgesteld, zonder dat het recht het behoefde te definiëren. Het recht is niet gesteld op ambiguïteit en het is zeker eenvoudiger in termen van Adam en Eva te denken.

Dat het recht met een vrouw die ten opzichte van een man is gediscrimineerd, of vice versa, rekening moet houden en haar of hem moet beschermen, maar die bescherming ontzegt aan degenen die eveneens op grond van geslacht worden *gediscrimineerd* enkel omdat zij buiten de traditionele man/vrouw-indeling vallen, beschouw ik als een achterhaalde opvatting.

18. De in deze procedure verschillende malen gehoorde tegenwerping, dat het element van discriminatie op grond van geslacht ontbreekt omdat „vrouwelijke transseksuelen" niet anders worden behandeld dan „mannelijke transseksuelen", wordt te veel als vanzelfsprekend beschouwd. Samengevat komt zij erop neer, dat waar beiden ongunstig worden behandeld, er in het geheel geen sprake kan zijn van discriminatie. Een blik op de relevante nationale rechtspraak bevestigt dat standpunt [22], zij het met enkele uitzonderingen. [23]

22 — In de zaak White/British Sugar Corporation [1977] IRLR 121, oordeelde een Engelse Industrial Tribunal, dat de Sex Discrimination Act niet van toepassing was op het ontslag van een vrouwelijke transseksueel die geen geslachtsverandering had ondergaan, maar die zichzelf als man had voorgedaan toen zij de betrekking kreeg. In de Verenigde Staten zijn er veel uitspraken over deze problematiek. Bijna alle beschouwden zij het ontslag van transseksuelen wettig, omdat het niet als discriminatie op grond van geslacht kon worden aangemerkt (zie, bij voorbeeld, Grossman/Bernards Township Board of Education, 11 FEP Cases 1196, 1975; Kirkpatrick/Seligman and Latz, 636 F 2d 1047, 1981; Sommers/Budget Marketing, 667 F 2d 748, 1982; en Ulane/Eastern Airlines, 35 FEP Cases 1348, 1984). De zaak Holloway/Arthur Anderson & Co. (566 F 2d 659, 1977) verdient aparte vermelding; in deze zaak, gelijk aan de onderhavige, werd het wettig geacht een transseksueel te ontslaan omdat hij begonnen was met de behandeling die hem tot vrouw zou maken.

23 — Zie dienaangaande de uitspraak in eerste aanleg in Ulane/Eastern Airlines (35 FEP Cases 1332, 1984) waarin de rechter oordeelde, dat het ontslag van een werknemster wegens haar transseksuele hoedanigheid gelijkstond met ontslag op grond van geslacht. Een andere opmerkelijke uitzondering kan worden gevonden in Richards/United States Tennis Association (93 misc. 2d 713, 400 N. Y. S. 2d 267, 1977) betreffende een tennisspeler die, na een chirurgische ingreep om (ook) fysiek vrouw te worden, wilde deelnemen aan vrouwentoernooien. Ondanks het verzet van de tennisvereniging, die betoogde dat Richards een voordeel zou hebben doordat zij haar mannelijke spierstructuur behield, liet de Supreme Court van de staat New York haar toe deel te nemen aan de US Women's Open van 1977 (om het beeld af te ronden: in de eerste ronde werd Richards met 6-1, 6-4 door Wade verslagen).

Ik ben niet overtuigd door dat standpunt. Het is inderdaad mogelijk, dat indien P. in de omgekeerde situatie had verkeerd, dat wil zeggen van vrouw in man was veranderd, zij toch zou zijn ontslagen. Eén ding is echter niet enkel mogelijk, maar zeker: P. zou niet zijn ontslagen indien zij man was gebleven.

Hoe kan men dan zeggen, dat er geen sprake was van discriminatie op grond van geslacht? Hoe kan men ontkennen dat juist en uitsluitend het geslacht de grond van de discriminatie was? Mij dunkt, dat wanneer de ongunstige behandeling van een transseksueel in verband staat met (of, juister, veroorzaakt is door) een geslachtsverandering, er sprake is van discriminatie wegens het geslacht of, zo men dat verkiest, op grond van geslacht.

19. Dienaangaande kan ik er enkel maar aan herinneren, dat het verbod van discriminatie op grond van geslacht een aspect is van het gelijkheidsbeginsel, dat eist dat geen rekening wordt gehouden met onderscheidende elementen, voornamelijk geslacht, ras, taal en godsdienst. Wat telt, is dat individuen in gelijke situaties gelijk worden behandeld.

Het gelijkheidsbeginsel verbiedt dus ongelijke behandeling van individuen op grond van bepaalde onderscheidende elementen, waartoe met name het geslacht behoort. Dit betekent, dat geen belang kan of mag worden gehecht aan het geslacht op zich als relevante factor, op welke manier ook, voor de behandeling van bij voorbeeld werknemers. Dat is de redenering waarop mijn conclusie in de zaak Kalanke [24] is gebaseerd, waarin ik mij verzette tegen aanwervings- en promotiequota voor vrouwen, omdat ik van oordeel ben, dat het beginsel van non-discriminatie op grond van geslacht enkel die uitzonderingen toelaat die, omdat zij strekken tot het bereiken van *materiële* gelijkheid, gerechtvaardigd zijn door het doel werkelijke gelijkheid tussen personen te verzekeren.

Wat in de onderhavige zaak noodzakelijk is, is ten minste een strikte toepassing van het gelijkheidsbeginsel, zodat, op grond daarvan, connotaties in verband met geslacht en/of seksuele identiteit op geen enkele manier relevant kunnen zijn. Ten bewijze van hun relevantie zou men bovendien erg moeilijk staande kunnen houden — het is overigens ook niet gesteld —, dat de bekwaamheden en de rol van de betrokkene door haar geslachtsverandering negatief werden beïnvloed.

20. Ik moet hieraan toevoegen, dat in deze zaak het geslacht belangrijk is als conventie,

24 — Arrest van 17 oktboer 1995, zaak C-450/93, Jurispr. 1995, blz. I-3051.

als sociale parameter. De discriminatie waarvan vrouwen dikwijls het slachtoffer zijn, is uiteraard niet toe te schrijven aan hun fysieke kenmerken, maar eerder aan hun rol, aan het beeld dat de maatschappij van vrouwen heeft. Bijgevolg is de sociale rol die vrouwen worden geacht te spelen, en zeker niet hun fysieke kenmerken, de ratio voor een minder gunstige behandeling. Evenzo moet worden erkend, dat de ongunstige behandeling van transseksuelen meestal verband houdt met een negatief beeld, een moreel oordeel dat niets van doen heeft met hun bekwaamheden in het arbeidsleven.

Een dergelijke situatie is nog minder aanvaardbaar wanneer de sociale verandering en de wetenschappelijke vooruitgang die de laatste jaren op dit gebied zijn geboekt, in aanmerking worden genomen. Hoewel het waar is dat transseksuelen, zoals ik reeds heb opgemerkt, statistisch insignificant zijn, is het ook waar dat het juist daarom van vitaal belang is, dat zij ten minste een minimum aan bescherming genieten. Daarom zou de stelling, dat de ongunstige behandeling waarvan P. het slachtoffer was, niet op het geslacht was gebaseerd, omdat zij te wijten was aan haar geslachtsverandering of omdat in een dergelijk geval niet kan worden gesproken van discriminatie tussen de twee geslachten, een kleingeestige, formalistische interpretatie zijn, die verraad pleegt aan het wezen van die fundamentele en onvervreemdbare waarde, de gelijkheid.

21. Thans moet nog worden uitgemaakt, of een richtlijn die, volgens haar tekst, de afschaffing van discrimatie tussen mannen en vrouwen beoogt te verzekeren, eveneens betrekking kan hebben op de ongunstige behandeling van transseksuelen. Dient met andere woorden, bij ontbreken van specifieke wetgeving die uitdrukkelijk rekening houdt met transseksuelen, te worden geconcludeerd, dat transseksuelen — wanneer zij onder discriminatie te lijden hebben — geen enkele rechtsbescherming genieten?

Bij dit punt is een uitspraak van de Duitse constitutionele rechter van belang: deze erkende — bij afwezigheid van toepasselijke wetgeving — het recht van transseksuelen om hun burgerlijke staat te veranderen. Hij overwoog, dat „het zeker in het belang van de rechtszekerheid is, dat de wetgever de problemen betreffende de persoonlijke wettelijke staat die samenhangen met een geslachtsverandering, en hun gevolgen zou regelen. Maar zolang een dergelijke wettelijke regeling ontbreekt, hebben de rechtelijke instanties geen andere taak dan die welke voortvloeit uit het beginsel van gelijkheid tussen mannen en vrouwen vóór de inwerkingtreding van een wet die hen op gelijke voet plaatst." [25]

22. In de eerste plaats vormen transseksuelen zeker geen derde geslacht, zodat het, eveneens rekening houdend met de hiervoor genoemde erkenning van hun recht op een

25 — Bundesverfassungsgericht, 11 oktober 1978, NJW, 1979, blz. 595 e. v.

seksuele identiteit [26], als een principezaak zou moeten worden beschouwd dat zij onder de richtlijn vallen.

In de tweede plaats is de richtlijn niets anders dan een uitdrukking van een algemeen beginsel en een fundamenteel recht. Hier wil ik erop wijzen, dat de eerbiediging van de fundamentele rechten deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, welker eerbiediging het Hof dient te verzekeren; en dat „het geen twijfel kan lijden dat de *opheffing van discriminaties op grond van geslacht* deel uitmaakt van die fundamentele rechten". [27]

23. Wanneer het probleem in die termen wordt gesteld, lijkt het mij maar al te duidelijk, dat de richtlijn, die dateert van 1976, rekening hield met wat kan worden gedefinieerd als de „normale" realiteit op het ogenblik waarop zij werd vastgesteld. Het spreekt voor zich, dat zij niet uitdrukkelijk rekening kon houden met een probleem en een werkelijkheid die in die tijd nog maar net „ontdekt" begonnen te worden. Als de uitdrukking van een meer algemeen beginsel, op grond waarvan het geslacht zonder belang is voor de behandeling die eenieder ontvangt, dient de richtlijn evenwel in een ruimer perspectief te worden uitgelegd en wel zo, dat zij betrekking heeft op alle situaties waarin het geslacht een onderscheidend element is.

Daarenboven wordt in de considerans van de richtlijn uitdrukkelijk verklaard, „dat de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers een van de doelstellingen van de Gemeenschap vormt, *voor zover hierdoor met name de onderlinge aanpassing op de weg van de vooruitgang van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers wordt bevorderd*". [28] De richtlijn beoogt dus in wezen de gelijke behandeling van werknemers te verzekeren, met het oog op het bereiken, met inachtneming van criteria van sociale rechtvaardigheid, van de economische doelstellingen van het Verdrag. Zo gezien, lijkt het mij vanzelfsprekend, dat alle werknemers, dus ook zij die door een chirurgische ingreep van geslacht zijn veranderd, recht hebben op de door de richtlijn toegekende bescherming; en ik herhaal: dit geldt steeds wanneer het geslacht een onderscheidende factor is.

Het Europees Parlement heeft zich in dezelfde zin uitgesproken in een resolutie over de discriminatie van transseksuelen van 9 oktober 1989, waarin het onder meer „de Commissie en de Raad verzoekt *duidelijk te maken* dat de richtlijnen van de Gemeen-

26 — Zie, in het bijzonder, punten 10-13.

27 — Arrest van 15 juni 1978 (zaak 149/77, Defrenne II, Jurispr. 1978, blz. 1365, r. o. 27; cursivering van mij). Zie eveneens, meer recent, arrest van 28 januari 1992 (zaak T-45/90, Speybrouck, Jurispr. 1992, blz. II-33, r. o. 47), waarin het Gerecht van eerste aanleg bevestigde, dat „het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de werkgelegenheid en, in verband daarmee, de uitsluiting van iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect, deel uitmaken van de fundamentele rechten, welker eerbiediging het Hof en het Gerecht krachtens artikel 164 EEG-Verdrag verzekeren".

28 — Derde overweging van de considerans; cursivering van mij.

schap betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op de arbeidsplaats ook discriminatie van transseksuelen verbieden". [29] Het feit dat het Parlement enkel vroeg, duidelijk te maken dat ook transseksuelen onder de gemeenschapsrichtlijnen vallen, betekent, dat volgens deze instelling transseksuelen thans reeds een beroep kunnen doen op de bescherming die door de desbetreffende richtlijnen wordt verzekerd.

24. Ten slotte ben ik mij er wel van bewust, dat ik het Hof vraag een „moedige" beslissing te nemen. Wanneer ik dit doe, dan is dat vanuit de diepe overtuiging, dat hier een universele fundamentele waarde op het spel staat, onuitwisbaar gegrift in de moderne rechtstradities en in de grondwetten van de meer ontwikkelde landen: *de irrelevantie van iemands geslacht voor de regels die de verhoudingen in de samenleving regelen.* Voor wie in deze waarde gelooft, is de gedachte onaanvaardbaar, dat een wet zou toelaten iemand te ontslaan omdat zij of hij respectievelijk een vrouw of een man is, of omdat hij of zij van het ene geslacht (welk dat ook mag zijn) naar het andere overgaat door een chirurgische ingreep die — volgens de huidige medische kennis — de enige remedie is om lichaam en geest in harmonie te brengen. Elke andere oplossing zou overkomen als een morele, en bovendien achterhaalde, veroordeling van transseksualiteit, juist nu de wetenschappelijke vooruitgang en de maatschappelijke verandering op dit gebied een perspectief op dit probleem openen dat het morele perspectief stellig overstijgt.

Ik besef, dat er in het gemeenschapsrecht geen precieze bepaling is die *specifiek* en letterlijk beoogt het probleem te regelen; maar een dergelijke bepaling kan gemakkelijk en duidelijk worden afgeleid uit de beginselen en doelstellingen van het sociale gemeenschapsrecht, uit de considerans van de richtlijn, die de klemtoon legt op „de onderlinge aanpassing op de weg van de vooruitgang van de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden van de werknemers", en ook uit de rechtspraak van het Hof zelf, dat er steeds op bedacht is geweest en het voortouw heeft genomen om te verzekeren, dat benadeelde personen worden beschermd. Derhalve ben ik van oordeel dat het zonde zou zijn deze gelegenheid te missen om een onmiskenbaar stempel van beschaving te plaatsen door een moedige, maar rechtvaardige beslissing te nemen, die bovendien juridisch correct is doordat zij ontegenzeglijk is gebaseerd op en in overeenstemming is met de belangrijke waarde van de gelijkheid.

Ten slotte wil ik, met de woorden van advocaat-generaal Trabucchi in een al twintig jaar oude conclusie, erop wijzen, dat „indien wij willen dat het Gemeenschapsrecht niet een louter mechanische regeling van de economie is, doch een ordening die past in de maatschappijvorm waarvoor zij is bedoeld, indien wij willen dat dit recht beantwoordt aan onze opvatting van sociale rechtvaardigheid en aan de eisen van Europese integratie niet alleen van de economie maar ook van de volkeren, (...) wij de alleszins gegronde verwachting van de [nationale] rechter niet [mogen] beschamen". [30]

29 — PB 1989, C 256, blz. 33; cursivering van mij.

30 — Conclusie van advocaat-generaal Trabucchi in zaak 7/75, Echtelieden F., Jurispr. 1975, blz. 679, 697.

25. Concluderend geef ik het Hof in overweging, de vraag van het Industrial Tribunal te Truro te beantwoorden als volgt:

„Artikel 2, lid 1, en artikel 5, lid 1, van richtlijn 76/207/EEG van de Raad moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen het ontslag van een transseksueel op grond van een geslachtsverandering."