

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

F. G. JACOBS

van 15 december 2005¹

1. Transseksuelen, in de woorden van het House of Lords, de hoogste rechterlijke instantie in het Verenigd Koninkrijk, worden „geboren met het lichaam van een persoon van het ene geslacht maar hebben het onwrikbare geloof of gevoel dat zij van het andere geslacht zijn”.² De overtuiging tot het andere geslacht te behoren, is zo intens dat de transseksueel ertoe gedreven wordt om de bijbehorende lichamelijke correctie te ondergaan³ door hormonale behandeling en operatieve geslachtsverandering.⁴ Deze toestand is ook bekend onder de naam genderdysforie of geslachtelijke identiteitsstoornis.

2. Jan (voorheen James) Morris, de Anglo-Welshse journaliste en schrijfster van reisverhalen, vertelt dat, nadat zij in 1972 een operatieve geslachtsverandering had ondergaan ter voltooiing⁵ van de uiterlijke trans-

formatie tot vrouw — zij had altijd al het gevoel gehad een vrouw te zijn —, „een hoffelijk ambtenaar van het ministerie [...] verontschuldiging uitlegde dat de kwestie van mijn ouderdomspensioen nog zou moeten worden opgelost”.⁶ Meer dan 30 jaar later heeft het Verenigd Koninkrijk de Gender Recognition Act 2004 goedgekeurd, die de civielrechtelijke situatie van transseksuelen inzake onder meer pensioenen regelt.⁷ De wet is op 4 april 2005 in werking getreden en heeft geen terugwerkende kracht.

3. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing van de Social Security Commissioner, Londen, dat is ingediend vóór de inwerkingtreding van de Gender Recognition Act 2004, stelt de vraag aan de orde of het in strijd is met richtlijn 79/7⁸ dat een lidstaat weigert, een man-naar-vrouw transseksueel een ouderdomspensioen toe te kennen vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, terwijl die persoon vanaf 60 jaar recht

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest *Bellinger/Bellinger* [2003] 2 AC 467, per Lord Nicholls of Birkenhead.

3 — Aanbeveling van de Raad van Europa nr. 1117 van 29 september 1989 betreffende de positie van transseksuelen.

4 — [Niet van toepassing op de Nederlandse versie.]

5 — Na acht jaar hormonenbehandeling, met naar schatting minimaal 12 000 oestrogeenpillen (Morris, J., *Conundrum*, Coronet, 1974, blz. 102).

6 — *Conundrum*, blz. 149.

7 — Zie hierna, punten 15 en 16.

8 — Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (PB 1979, L 6, blz. 24).

zou hebben op pensioen indien zij naar nationaal recht als vrouw moest worden beschouwd.

7. Artikel 4, lid 1, bepaalt:

„Het beginsel van gelijke behandeling houdt in dat iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect [...] is uitgesloten in het bijzonder met betrekking tot:

Het relevante gemeenschapsrecht

[...]

4. Artikel 1 van richtlijn 79/7 bepaalt:

— de berekening van de prestaties, waaronder begrepen [...] de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op de prestaties.”

„Deze richtlijn beoogt de geleidelijke tenuitvoerlegging, voor wat betreft de in artikel 3 genoemde gebieden van de sociale zekerheid en van de andere factoren van sociale bescherming, van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, hierna ‚beginsel van gelijke behandeling’ genoemd.”

8. Artikel 7, lid 1, luidt als volgt:

„Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om van haar werkingssfeer uit te sluiten:

5. Artikel 2 bepaalt dat de richtlijn van toepassing is op de beroepsbevolking.

a) de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen [...]

6. Luidens artikel 3, lid 1, sub a, is de richtlijn van toepassing op wettelijke regelingen die bescherming bieden tegen onder meer ouderdom.

[...]”

Relevante nationale wetgeving vóór het arrest Goodwin

9. In Engeland en Wales moet ingevolge Section 1 van de Births and Deaths Registration Act 1953 (wet van 1953 op het geboorten- en overlijdensregister) de geboorte van elk kind worden geregistreerd door de Registrar of Births and Deaths van het gebied waar het kind geboren is. Het geslacht van het kind moet op de geboorteakte worden vermeld. De wet van 1953 voorziet in correctie door de Registrar in geval van verschrijvingen of feitelijke onjuistheden; het officiële standpunt is dat een wijziging enkel mag worden doorgevoerd indien bij de inschrijving van de geboorte een vergissing is gemaakt. Het feit dat het later in het leven van een persoon duidelijk wordt dat zijn of haar „psychologische” geslacht niet het geregistreerde geslacht is, wordt niet beschouwd als een feitelijke onjuistheid bij de oorspronkelijke inschrijving bij de geboorte. In het bijzonder de inschrijving in het geboorteregister van een persoon die een medische en chirurgische behandeling ondergaat om van geslacht te veranderen, wordt niet geacht een onjuistheid te bevatten.

10. Het Department for Work and Pensions (voorheen het Department of Social Security; hierna: „DWP”) registreert elke Britse onderdaan ten behoeve van de sociale zekerheid op basis van de gegevens in de geboorteakte. Voor de pensioengerechtigde leeftijd wordt het geslacht van een persoon dus bepaald aan de hand van het biologische (natale) geslacht.

11. De premiebijdragen voor de sociale zekerheid worden door de werkgever ingehouden op het loon van de werknemer en afgedragen aan de Inland Revenue (Britse belastingdienst), die ze overdraagt aan het DWP. Thans verrichten de werkgevers die inhoudingen voor een vrouwelijke werknemer tot de pensioengerechtigde leeftijd van 60 jaar en voor een mannelijke werknemer tot de pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar. Het DWP voert voor man-naar-vrouw transseksuelen een beleid waarbij dezen met het DWP kunnen overeenkomen om de socialezekerheidsbijdragen die verschuldigd zijn na het bereiken van de leeftijd van 60 jaar — die door de werkgever die meent dat zijn werknemer een vrouw is niet meer worden ingehouden — rechtstreeks aan het DWP te betalen. De door de werkgever in het geval van vrouw-naar-man transseksuelen na het 60e levensjaar verrichte inhoudingen kunnen door de werknemer rechtstreeks van het DWP worden teruggevorderd.⁹

12. Volgens lid 1 van bijlage 4 bij de Pensions Act 1995 (wet van 1995 op de ouderdomspensioenen) is de pensioengerechtigde leeftijd van mannen 65 jaar; volgens lid 2 van deze bijlage bereikt een vrouw die vóór 6 april 1950 geboren is, de pensioengerechtigde leeftijd wanneer zij 60 jaar wordt.¹⁰

9 — Dit punt en de voorafgaande punten zijn min of meer letterlijk overgenomen uit de punten 23, 25, 28, 37 en 40 van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Goodwin/Verenigd Koninkrijk 2002 (35 EHRR 447), zoals door de nationale rechter in zijn verwijzingsbeschikking uiteengezet ter samenvatting van de relevante wetgeving.

10 — Een vrouw die vóór of op 5 april 1950 geboren is bereikt de pensioengerechtigde leeftijd op haar 60e verjaardag en een vrouw die op of na 6 april 1950 is geboren als zij 65 jaar wordt. Voor vrouwen die tussen die data geboren zijn, geldt een glijdende schaal.

Het arrest Goodwin en de Gender Recognition Act 2004

om als een persoon van het nieuwe geslacht te huwen.¹²

13. Op 11 juli 2002 heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens zijn arrest gewezen in de zaak Goodwin.¹¹ Verzoekster in deze zaak, een postoperatieve man-naar-vrouw transseksueel, beriep zich op schending van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op het gebied van de rechtspositie van transseksuelen in het Verenigd Koninkrijk, in het bijzonder hun behandeling met betrekking tot werkgelegenheid, sociale zekerheid, pensioen en huwelijk.

14. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde dat de artikelen 8 (eerbiediging van privéleven) en 12 (recht om te huwen) geschonden waren. Met betrekking tot artikel 8 wees het Hof op het ontbreken van wettelijke erkenning van de geslachtsverandering en merkte het in het bijzonder op dat het feit dat verzoekster voor de wet een man bleef, gevolgen had voor haar leven, „omdat het geslacht rechtens relevant is en er onderscheid wordt gemaakt tussen mannen en vrouwen, onder meer inzake pensioenen en pensioengerechtigde leeftijd”. Met betrekking tot artikel 12 zag het Hof geen rechtvaardiging om transseksuelen in alle omstandigheden het recht te ontzeggen

15. Het Verenigd Koninkrijk heeft aan het arrest Goodwin uitvoering gegeven met de Gender Recognition Act 2004 (wet inzake de geslachtserkenning; hierna: „Act”), die op 4 april 2005 in werking is getreden. Volgens deze Act kunnen transseksuelen (ongeacht of zij een operatieve geslachtsverandering hebben ondergaan) een „geslachtserkenningscertificaat” aanvragen, dat, in de bewoordingen van de verwijzende rechter „de sleutel is tot een bijna volledige erkenning van zijn of haar verworven geslacht”.

16. De wet voorziet met name in de instelling van een Gender Recognition Panel (geslachtserkenningscomité). Section 2 van de Act bepaalt dat het Panel een geslachts-erkenningcertificaat moet uitreiken als het ervan overtuigd is dat de verzoeker:

„a) [...] lijdt of heeft geleden aan genderdysforie,

11 — Aangehaald in voetnoot 9.

12 — Punten 71, 76 en 103.

- b) [...] gedurende twee jaar vóór het indienen van de aanvraag onder zijn nieuwe seksuele identiteit [heeft] geleefd,
- b) de leeftijd van 65 jaar nog niet heeft bereikt,

- c) van plan is tot de dood als een persoon van het verworven geslacht te leven”

moet deze persoon worden geacht [...] de pensioengerechtigde leeftijd te hebben bereikt op de datum van uitreiking van het certificaat”.¹³

en voldoet aan een aantal vereisten met betrekking tot het voorleggen van voldoende bewijs als vermeld in Section 3 van de Act.

Feiten en procesverloop in het hoofdgeding

17. Section 13 en bijlage 5 van de Gender Recognition Act 2004 regelen de toegang tot socialezekerheidsuitkeringen en pensioenen. Lid 7, derde alinea, van bijlage 5 bepaalt dat:

18. Verzoekster is geboren in 1942. Bij de geboorte is zij geregistreerd als van het mannelijk geslacht.

„[...] wanneer (onmiddellijk voor het uitreiken van het certificaat) een persoon

19. Nadat bij haar genderdysforie was vastgesteld, onderging verzoekster op 3 mei 2001 een operatieve geslachtsverandering. De verwijzende rechter heeft haar daarom omschreven als een postoperatieve man-naar-vrouw transseksueel.

- a) een man is die de leeftijd heeft bereikt waarop een vrouw van dezelfde leeftijd pensioengerechtigd is, maar

20. In februari 2002 diende verzoekster een aanvraag in voor een ouderdomspensioen vanaf haar 60e verjaardag.

¹³ — Lid 7, tweede alinea, bevat een overeenkomstige bepaling met betrekking tot de status van vrouw-naar-man transseksuelen.

21. Deze aanvraag werd afgewezen op grond dat zij was ingediend meer dan vier maanden voordat de aanvrager de leeftijd van 65 jaar, de pensioengerechtigde leeftijd voor mannen in het Verenigd Koninkrijk, zou bereiken.

22. Verzoekster ging in beroep bij de Social Security Appeal Tribunal. Dit enkel op nationaal recht gebaseerde beroep werd verworpen.

23. Verzoekster betoogde in hoger beroep bij de Social Security Commissioner, dat de weigering om haar een pensioen toe te kennen op de leeftijd waarop elke andere vrouw voor pensioen in aanmerking zou komen, een met richtlijn 79/7 strijdige, ontoelaatbare discriminatie vormde.

24. Het staat vast dat verzoekster binnen de personele werkingssfeer van richtlijn 79/7 valt en dat het betrokken nationale pensioenstelsel door de materiële werkingssfeer van deze richtlijn wordt gedekt.

25. De Social Security Commissioner heeft bijgevolg de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Staat richtlijn 79/7 in de weg aan de weigering om aan een man-naar-vrouw transseksueel een ouderdomspensioen toe

te kennen voordat zij de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt, terwijl zij op de leeftijd van 60 jaar een dergelijk pensioen had kunnen ontvangen indien zij naar nationaal recht als vrouw werd beschouwd?

2) Zo ja, vanaf welke datum treden de gevolgen van de uitspraak van het Hof over de eerste vraag in?”

26. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door verzoekster, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie, die allen vertegenwoordigd waren ter terechtzitting.

Rechtspraak van het Hof inzake transseksuelen en discriminatie

27. Het Hof heeft een arrest gewezen in twee zaken waarin een transseksueel beweerde op grond van geslacht te zijn gediscrimineerd. In beide gevallen was de verwijzingsbeschikking afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk.

28. In de zaak P./S.¹⁴ werd het Hof in wezen gevraagd, of het ontslag van een transsek-suele werknemer op een grond die verband hield met zijn geslachtsverandering, discrimi-natie op grond van geslacht vormde in de zin van de richtlijn gelijke behandeling.¹⁵

29. Het Hof beantwoorde de oproep van advocaat-generaal Tesauro om een „moe-dige” beslissing te nemen. Het oordeelde als volgt:

„[...] het beginsel van gelijke behandeling ,van mannen en vrouwen’, waarvan sprake is in de titel, de preambule en de bepalingen van de richtlijn, [houdt] de uitsluiting in [...] ,van iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht’ [...]

Daarmee geeft de richtlijn op het betrokken gebied uitdrukking aan het gelijkheidsbegin-sel, dat een van de grondbeginselen van het gemeenschapsrecht is.

Zoals voorts het Hof reeds herhaaldelijk heeft vastgesteld, is het recht om niet op

grond van zijn geslacht te worden gedis-crimineerd, een van de fundamentele rech-ten van de mens, waarvan het Hof de eerbiediging dient te verzekeren [...]

Het toepassingsgebied van de richtlijn kan dan ook niet worden beperkt tot discrimi-naties verband houdend met het behoren tot het ene dan wel het andere geslacht. Gelet op haar doelstelling en op de aard van de rechten die zij beoogt te beschermen, dient de richtlijn ook toepassing te vinden bij discriminaties die, zoals in casu, berusten op de geslachtsverandering van de betrokkene.

Dergelijke discriminaties zijn immers voor-namelijk zo niet uitsluitend gebaseerd op het geslacht van de belanghebbende. Wanneer iemand dus wordt ontslagen op grond dat hij/zij een geslachtsverandering wenst te ondergaan of heeft ondergaan, wordt hij/zij slechter behandeld dan degenen die behoren tot het geslacht waartoe hij/zij voor die operatie werd geacht te behoren.

Door een dergelijke discriminatie te gedogen, zou afbreuk worden gedaan aan het respect voor de waardigheid en de vrijheid, waarop de betrokkene recht heeft en dat het Hof dient te beschermen.”¹⁶

14 — Arrest van 30 april 1996, P./S. (C-13/94, Jurispr. blz. 2143).

15 — 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 (PB L 39, blz. 40).

16 — Punten 17-22.

30. Het Hof concludeerde dan ook dat de richtlijn zich verzette tegen het ontslag van een transseksueel op een grond die verband hield met zijn geslachtsverandering.

EG en de richtlijn gelijke beloning, overwoog het Hof dat:

31. Verzoekster in de zaak K. B.¹⁷ was een vrouw die samenleefde met de vrouw-naar-man transseksueel R, met wie zij volgens de wet niet kon huwen. K. B. werd ervan op de hoogte gebracht dat, mocht zij als eerste overlijden, R geen weduwnaarspensioen zou kunnen ontvangen, omdat enkel de langstlevende echtgenoot recht had op deze uitkering en het volgens het nationale recht niet mogelijk was om buiten een wettig huwelijk als „echtgenoot” te worden erkend. K. B. stelde een vordering in wegens discriminatie op grond van geslacht. Aan het Hof werd de vraag voorgelegd of het pensioenstelsel, in strijd met het gemeenschapsrecht, discrimineerde op grond van geslacht, door een persoon in een situatie als die van R uit te sluiten.¹⁸

„[...] artikel 141 EG zich in beginsel verzet tegen een wettelijke regeling waardoor in strijd met het EVRM een paar als K. B. en R niet kan voldoen aan het huwelijksvereiste waaraan moet zijn voldaan voor de toekenning aan één van hen van een bestanddeel van de beloning van de andere partner. Het staat aan de nationale rechter om te onderzoeken of, in een geval als in het hoofdgeding, een persoon in de situatie van K. B. met een beroep op artikel 141 EG de erkenning kan verlangen van zijn recht om zijn partner in aanmerking te laten komen voor een overlevingspensioen.”¹⁹

De eerste vraag

32. Na te hebben vastgesteld dat een overlevingspensioen dat werd betaald in het kader van de betrokken bedrijfspensioenregeling „beloning” vormde in de zin van artikel 141

33. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of richtlijn 79/7 zich verzet tegen de weigering door een lidstaat om aan een man-naar-vrouw transseksueel een ouderdomspensioen toe te kennen vóór de leeftijd van 65 jaar, terwijl die persoon op de leeftijd van 60 jaar voor een dergelijk pensioen in aanmerking zou zijn gekomen indien zij naar nationaal recht als vrouw werd beschouwd.

17 — Arrest van 7 januari 2004, K. B. (C-117/01, Jurispr. blz. I-541).

18 — Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PB L 45, blz. 19) (hierna: „richtlijn gelijke beloning”).

19 — Punt 36 en dictum.

34. Verzoekster en de Commissie betogen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Het Verenigd Koninkrijk is de tegenovergestelde mening toegedaan.

35. Verzoekster en de Commissie verwijzen ter ondersteuning van hun betoog naar de arresten P./S.²⁰ en K. B.²¹

36. In de zaak P./S. besliste het Hof in wezen dat ontslag op „een grond verband houdend met [...] geslachtsverandering” neerkomt op een met artikel 5, lid 1, van de richtlijn gelijke behandeling strijdige discriminatie op grond van geslacht.²²

37. Het is duidelijk dat het „beginsel van gelijke behandeling” dat in artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 tot uitdrukking komt op het gebied van de sociale zekerheid, dezelfde doelstelling en dezelfde uitwerking heeft als het „beginsel van gelijke behandeling” dat in artikel 5, lid 1, van de richtlijn gelijke behandeling tot uitdrukking komt op het gebied van arbeidsvoorwaarden. Artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 bepaalt dat dit beginsel in het bijzonder directe of indirecte discriminatie op grond van geslacht uitsluit, onder meer met betrekking tot de voorwaarden inzake de duur van het recht op die prestaties onder wettelijke ouderdomspensioenregelingen.

38. Verzoekster in de onderhavige zaak wordt een pensioen geweigerd waarop zij thans recht zou hebben gehad wanneer zij bij haar geboorte als van het vrouwelijke geslacht was geregistreerd. De beweerde discriminatie vloeit dus voort uit het verzuim van het Verenigd Koninkrijk om het door transseksuelen verworven geslacht gelijk te stellen met het bij de geboorte geregistreerde geslacht van andere personen.

39. In de zaak P./S. oordeelde het Hof dat wanneer een persoon wordt ontslagen op grond dat hij/zij een geslachtsverandering wenst te ondergaan of heeft ondergaan, hij/zij slechter wordt behandeld dan degenen die behoren tot het geslacht waartoe hij/zij voor die operatie werd geacht te behoren.²³

40. Indien deze benadering in het onderhavige geval werd gevolgd, dan zou verzoekster derhalve moeten worden vergeleken met „personen die behoren tot het geslacht waartoe zij voor de operatieve geslachtsverandering werd geacht te behoren”. Bij deze personen zou het gaan om mannelijke pensioenaanvragers die geen recht op pensioen hebben vóór de leeftijd van 65 jaar, zodat er van discriminatie geen sprake zou zijn.

20 — Aangehaald in voetnoot 14.

21 — Aangehaald in voetnoot 17.

22 — Aangehaald in voetnoot 14.

23 — Punt 21.

41. Ik ben het echter met de Commissie eens dat bij de toepassing van de voorschriften inzake discriminatie op grond van geslacht op transseksuelen een andere redenering moet worden gevolgd dan het klassieke model, dat altijd is gebaseerd op rechtstreekse vergelijking tussen mannen en vrouwen.

42. De zaak P./S. was een bijzonder duidelijk geval van discriminatie, daar vaststond dat het ontslag was gegeven „wegens redenen verband houdend met een geslachtsverandering”. Of de vergelijking plaatsvond met een man was die niet van plan was een operatieve geslachtsverandering te ondergaan of met een vrouw die een dergelijke operatie niet had ondergaan, het resultaat zou hetzelfde zijn geweest: vergeleken met een dergelijke persoon was verzoekster benadeeld.

43. Hetzelfde kan worden gezegd van de beslissing van het House of Lords in de zaak A./Chief Constable of West Yorkshire Police²⁴, waar de benadering van het Hof van Justitie in de zaak P./S. werd gevolgd om de correcte vergelijkingsbasis te bepalen.²⁵ Deze zaak had eveneens betrekking op rechtstreekse discriminatie vanwege geslachtsverandering.

44. De situatie in de zaak K. B. lag anders. Om tot de conclusie te komen dat de uitsluiting van een van vrouw tot man geworden transseksuele partner van een vrouwelijk lid van het National Health Service Pension Scheme een met artikel 141 EG strijdige discriminatie op grond van geslacht vormde, vergeleek het Hof het paar met „[een] heteroseksue[el] [paar] waarin geen van beide partners zijn identiteit aan een ingreep tot geslachtsverandering ontleent, zodat zij met elkaar kunnen huwen”.²⁶ De correcte vergelijkingsbasis voor de vrouw-naar-man transseksueel was bijgevolg een man wiens identiteit niet het gevolg was van een operatieve geslachtsverandering.

45. Dit lijkt mij in de onderhavige zaak eveneens de correcte vergelijkingsbasis. Verzoekster wordt pensioen geweigerd in omstandigheden waarin zij, indien zij bij de geboorte als vrouw was geregistreerd, daarvoor in aanmerking zou zijn gekomen. De beweerde discriminatie vloeit dus voort uit het verzuim van het Verenigd Koninkrijk om een transseksueel in zijn verworven geslacht gelijk te stellen met personen die bij de geboorte zijn geregistreerd als van dat geslacht, wat precies het voorwerp was van het geschil in de zaak K. B. Mijns inziens is in de onderhavige zaak, die een man-naar-vrouw transseksueel betreft, de correcte vergelijkingsbasis een vrouw wier identiteit

24 — [2005] 1 AC 51.

25 — Zie de conclusie van Baroness Hale, in het bijzonder punten 56-58.

26 — Punt 31.

niet het gevolg is van een operatieve geslachtsverandering.

46. Om deze reden is het mijns inziens in strijd met artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7, dat een lidstaat weigert aan een man-naar-vrouw transseksueel ouderdomspensioen toe te kennen vóór de leeftijd van 65 jaar, terwijl die persoon vanaf 60 jaar recht zou hebben op pensioen indien zij naar nationaal recht als vrouw werd beschouwd.

47. Het Verenigd Koninkrijk betoogt echter dat artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 niet van toepassing is omdat het Verenigd Koninkrijk gebruik heeft gemaakt van de in artikel 7, lid 1, sub a, geboden mogelijkheid om de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd uit te sluiten van de werkingssfeer van de richtlijn.

48. Verzoekster en de Commissie werpen op dat verzoekster niet erover klaagt dat voor mannen en vrouwen verschillende pensioengerechtigde leeftijden gelden, maar er bezwaar tegen maakt dat zij, als vrouw, haar pensioen niet op de vastgestelde leeftijd kan ontvangen, enkel omdat het Verenigd Koninkrijk haar verworven geslacht niet erkent.

49. Ik ben het er mee eens dat artikel 7, lid 1, sub a, in casu irrelevant is.

50. Het Hof heeft geoordeeld dat discriminatie die in beginsel in strijd is met artikel 4, lid 1, slechts onder de uitzondering van artikel 7, lid 1, sub a, valt indien zij noodzakelijk blijkt voor de verwezenlijking van de doelstellingen die de richtlijn nastreeft door de lidstaten toe te staan voor mannen en vrouwen een verschillende pensioengerechtigde leeftijd te handhaven.²⁷

51. Dit is niet aan de orde in de onderhavige zaak, waarin verzoekster in wezen opkomt tegen de grondslag waarop het Verenigd Koninkrijk een persoon indeelt in een bepaald geslacht om dan te bepalen of deze persoon de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. De uitzondering van artikel 7, lid 1, sub a, is van toepassing op wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de vaststelling van verschillende pensioengerechtigde leeftijden voor mannen en vrouwen. Zij is niet van toepassing op voorschriften die betrekking hebben op de — andere — kwestie van de bepaling van het geslacht van de betrokken persoon.

52. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk kan verzoekster niet enerzijds

²⁷ — Zie arrest van 7 juli 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, Jurispr. blz. I-4297, punt 13).

beweren dat discriminatie op grond van geslacht in de zin van artikel 4, lid 1, mede discriminatie op grond van geslachtsverandering omvat en anderzijds staande houden dat de uitzondering op het verbod van discriminatie op grond van geslacht die het Verenigd Koninkrijk maakt op basis van artikel 7, niet van toepassing is op de discriminatie waarover zij klaagt.

53. Toch stelt de regering van het Verenigd Koninkrijk mijns inziens ten onrechte dat deze redenering gebrekkig is. Anders dan deze regering betoogt, kan een aangelegenheid onder een algemeen discriminatieverbod vallen en tegelijkertijd buiten een specifieke uitzondering op dat verbod vallen.

54. Uit de bewoordingen van artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7, dat bepaalt dat „iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name echtelijke staat of gezinssituatie, is uitgesloten”, blijkt duidelijk dat het daarin neergelegde discriminatieverbod bedoeld is om alomvattend te zijn. Het Hof heeft geoordeeld dat de bepaling „iedere discriminatie op grond van geslacht in algemene, ondubbelzinnige bewoordingen uitsluit”.²⁸ Artikel 4, lid 1, vermeldt enkele specifieke voorbeelden van contexten waarin discriminatie verboden is, te weten de wer-

kingssfeer van de regelingen alsmede de voorwaarden inzake toelating tot de regelingen, de verplichting tot premiebetaling en de premieberekening, de berekening van de prestaties en de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op de prestaties.

55. Daarentegen heeft het Hof geoordeeld dat, gelet op het fundamentele belang van het beginsel van gelijke behandeling, de in artikel 7, lid 1, sub a, voorziene afwijking van het verbod van discriminatie op grond van geslacht strikt moet worden uitgelegd.²⁹ Zoals gezegd, mag op grond van deze bepaling een specifiek geval van verschillende behandeling van mannen en vrouwen, namelijk bij de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de mogelijke gevolgen daarvan voor andere uitkeringen, worden gehandhaafd. Deze vorm van discriminatie op grond van geslacht is in het onderhavige geval niet aan de orde.

56. In de onderhavige zaak valt de gelaakte gedraging onder het algemene verbod van artikel 4, lid 1, van de richtlijn gelijke behandeling en buiten de in artikel 7, lid 1, sub a, bedoelde uitzondering daarop.

28 — Arrest van 4 december 1986, Federatie Nederlandse Vakbeweging (71/85, Jurispr. blz. 3855, punt 18).

29 — Arrest van 30 maart 1993, Thomas e.a. (C-328/91, Jurispr. blz. I-1247, punt 8).

57. Ik zou hieraan willen toevoegen, dat de vraag vanaf welk stadium een transseksueel recht heeft op dezelfde behandeling, in de zin van richtlijn 79/7, als personen van zijn of haar verworven geslacht, ter terechtzitting aan de orde is geweest. In casu hoeft dit probleem echter niet te worden opgelost, aangezien het hier een postoperatieve transseksueel betreft wier recht bijgevolg duidelijk is.

58. Ik stel derhalve voor op de eerste vraag te antwoorden, dat artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7 zich verzet tegen de weigering door een lidstaat om aan een postoperatieve man-naar-vrouw transseksueel een ouderdomspensioen toe te kennen vóór de leeftijd van 65 jaar, terwijl die persoon op de leeftijd van 60 jaar voor een dergelijk pensioen in aanmerking zou komen indien zij naar nationaal recht als vrouw werd beschouwd.

De tweede vraag

59. De tweede vraag van de verwijzende rechter is aan de orde indien de eerste vraag wordt beantwoord in de door mij in punt 58 voorgestelde zin. In dat geval vraagt de verwijzende rechter of de werking van de

uitspraak van het Hof betreffende de eerste vraag in de tijd moet worden beperkt.

60. De verwijzende rechter heeft de tweede vraag kennelijk gesteld naar aanleiding van een door de Secretary for Work and Pensions tijdens de procedure opgeworpen middel, dat in de verwijzingsbeslissing wordt samengevat als volgt:

„Mocht het Hof [...] besluiten dat het gemeenschapsrecht in de weg staat aan de discriminatie waartegen appellante opkomt, zal de Secretary of State het Hof vragen om de gevolgen in de tijd te beperken zoals in het arrest van 17 mei 1990, Barber (C-262/88, Jurispr. blz. I-1889, punten 40-44), en vast te stellen dat het arrest in deze zaak geen grond vormt om aanspraak te maken op een pensioen vanaf een tijdstip gelegen vóór de datum van dat arrest, behalve in het geval van diegenen die [...] een rechtsvordering of een naar geldend nationaal recht daarmee gelijk te stellen vordering hebben ingesteld.”

61. De regering van het Verenigd Koninkrijk geeft in haar schriftelijke opmerkingen evenwel te kennen — en ter terechtzitting heeft zij dit herhaald — dat zij geen beperking in de tijd van de werking van de uitspraak van het Hof vordert.

62. In elk geval blijkt duidelijk uit de rechtspraak van het Hof dat de werking in de tijd slechts wordt beperkt in zeer specifieke omstandigheden, waarin het „gevaar be[staat] voor ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen”.³⁰

63. In de onderhavige zaak zijn er verschillende factoren die gezamenlijk de economische gevolgen van een bevestigend antwoord op de eerste vraag van de verwijzende rechter tot een minimum herleiden. In de eerste plaats is het aantal transseksuelen in het Verenigd Koninkrijk, volgens de cijfers van deze regering zelf, klein: in het jaar 2000 waren het er naar schatting 2 000 tot 5 000³¹ (uiteraard gaat het hier om transseksuelen van alle leeftijden) op een bevolking van bijna 60 miljoen. In de tweede plaats schaft het Verenigd Koninkrijk voor alle personen die na 5 april 1955 zijn geboren het verschil in pensioengerechtigde leeftijd tussen mannen en vrouwen geleidelijk af.³² In de derde plaats wordt een man-naar-vrouw transseksueel aan wie uit hoofde van de Gender Recognition Act 2004 een geslachtserken-

ningscertificaat is uitgereikt en die de leeftijd heeft bereikt waarop een vrouw van dezelfde leeftijd pensioengerechtigd is, behandeld alsof zij de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt wanneer het certificaat wordt uitgereikt. Het ligt derhalve voor de hand dat het aantal personen dat zich in dezelfde situatie bevindt als verzoekster geen gevaar zal opleveren voor ernstige economische gevolgen in het Verenigd Koninkrijk. Dergelijke gevolgen zullen zelfs van nog geringe betekenis zijn in de hele Europese Unie, aangezien reeds in veel lidstaten mannen en vrouwen op dezelfde leeftijd met pensioen gaan en transseksuelen rechtens volledig worden erkend in hun verworven geslacht.³³

64. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat, indien het Hof de eerste vraag van de verwijzende rechter bevestigend beantwoordt, er geen termen aanwezig zijn om de werking van het arrest in de tijd te beperken.

30 — Meest recent: arrest van 15 maart 2005, Bidar (C-209/03, Jurispr. blz. I-2119, punt 69).

31 — Zie het United Kingdom Home Office Report van de Interdepartmental Working Group on Transsexual People (april 2000), waarnaar in punt 87 van het arrest Goodwin wordt verwezen.

32 — Zie voetnoot 10.

33 — Volgens de door de Commissie gepubliceerde MISSOC (Mutual Information System on Social Protection) tabellen „Sociale bescherming in de lidstaten van de Europese Unie, de Europese Economische Ruimte en in Zwitserland” is de pensioengerechtigde leeftijd voor mannen en vrouwen dezelfde in Cyprus, Denemarken, Finland, Frankrijk, Duitsland, Hongarije, Nederland, Ierland, Luxemburg, Portugal, Spanje en Zweden. Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer merkt in zijn conclusie in de zaak K. B. op dat vóór de uitbreiding van 2004 alle lidstaten behalve het Verenigd Koninkrijk en Ierland wijzigingen van de geboorteregisters toestonden na operationele geslachtsveranderingen (zie punt 28 van de conclusie). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in het in voetnoot 9 vermelde arrest Goodwin verklaard dat van de 37 lidstaten van de Raad van Europa slechts vier dergelijke wijzigingen niet toestonden (zie punt 55 van de uitspraak). Deze vier zijn zijn Albanië, Andorra, Ierland en het Verenigd Koninkrijk.

Conclusie

65. Op grond van het bovenstaande stel ik voor de door de Social Security Commissioner, London, voorgelegde vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 4, lid 1, van richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, verzet zich tegen de weigering door een lidstaat om aan een postoperatieve man-naar-vrouw transseksueel een ouderdomspensioen toe te kennen vóór de leeftijd van 65 jaar, terwijl die persoon op de leeftijd van 60 jaar voor een dergelijk pensioen in aanmerking zou komen indien zij naar nationaal recht als vrouw werd beschouwd.

- 2) Er zijn geen termen aanwezig om de werking van dit arrest in de tijd te beperken.”