



# DISCRIMINATIE OP GROND VAN SEKSUELE GEAARDHEID EN GENDERIDENTITEIT

*Presentatie voor het ERA-Webinar 'Toepassing van de Europese antidiscriminatiewetgeving'*

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading



Deze opleiding wordt gefinancierd in het kader van het programma "Rechten, gelijkheid en burgerschap" 2014-2020 van de Europese Commissie

21/01/21

1

## WAT IS SEKSUELE GEAARDHEID?

'Onder seksuele geaardheid wordt verstaan eenieders vermogen om zich zowel emotioneel, gevoelsmatig als seksueel aangetrokken te voelen tot personen van het andere geslacht, van hetzelfde geslacht of van beide geslachten en hiermee intieme relaties te hebben.'

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading



21/01/21

2

## WAT IS GENDERIDENTITEIT?

'Genderidentiteit verwijst naar eenieders diepe innerlijke en individuele ervaring met betrekking tot zijn of haar gender die al dan niet overeenkomt met het geslacht dat bij de geboorte werd toegekend. De term genderidentiteit omvat zowel de persoonlijke beleving van het lichaam (met inbegrip van de eventueel vrijwillig gekozen medische, chirurgische of andere aanpassingen van het fysieke voorkomen of de lichamelijke functies) als andere uitingen van het gender, zoals kledij, taal of gedragingen''

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading



21/01/21

3

## DE RATIONALE ACHTER HET DISCRIMINATIEVERBOD TEGEN LGBT-PERSONEN

Homoseksualiteit & bisexualiteit worden beschouwd als seksuele geaardheden van minderheidsgroepen en daarom worden personen met die seksuele geaardheid (LGB- personen) vaak gediscrimineerd.

Daarom is seksuele geaardheid een 'verdachte classificatie' en is discriminatie op grond van seksuele geaardheid in een aantal rechtsinstrumenten wereldwijd verboden.

Transgender personen vormen een gender-minderheid, aangezien voor de meeste mensen ('cisgendermensen' ook wel 'cis' genoemd) hun genderidentiteit en/of genderexpressie overeenstemt met hun geslacht bij geboorte.

Het is belangrijk om op te merken dat niet alle transgender personen ervoor kiezen om een geslachtsverandering te ondergaan. Voor sommige transgender personen is een operatieve geslachtsverandering niet wat ze willen, terwijl dit voor anderen om medische redenen niet mogelijk is.

21/01/21

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading

4



## HOE HET ALLEMAAL BEGON...



21/01/21

5

## LGBT+-RECHTEN IN EUROPA

- Regionale samenwerking in Europa na het einde van Wereldoorlog II
  - 1949: Oprichting Raad van Europa
    - 1953: HGEU wordt van kracht
  - 1952 & 1958: Oprichtingsverdragen van wat later de EU zou worden (EGKS, EEG, Euratom) worden van kracht ('de Gemeenschapsverdragen')

Noch het HGEU noch de Gemeenschapsverdragen omvatten enige verwijzing naar LGBT-rechten

Maar, sinds de jaren 1980 hebben de EU-instellingen een reeks **soft-law** maatregelen aangenomen die direct of indirect bijdragen tot de bescherming van LGB-rechten (zie handout voor voorbeelden)

# BINDENDE EU-BEPALINGEN/INSTRUMENTEN DIE **UITDRUKKELIJK** DE RECHTEN VAN LGB- PERSONEN BESCHERMEN

## ARTIKEL 19(1) VWEU (VERDRAG BETREFFENDE DE WERKING VAN DE EUROPESE UNIE)

'Onverminderd de andere bepalingen van de Verdragen, kan de Raad, binnen de grenzen van de door de Verdragen aan de Unie verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, na goedkeuring door het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of **seksuele geaardheid te bestrijden**'.

## RICHTLIJN 2000/78

21/01/21

- **Doel:** Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep (incl. beroepsopleiding) een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.
- **Probleem:** beperkte reikwijdte → momenteel (sinds 2008) **voorstel** voor een (aanvullende) Gelijkeheidsrichtlijn die discriminatie op de hierboven genoemde gronden in de volgende gebieden zou verbieden:
  - Sociale bescherming, incl. sociale zekerheid en gezondheidszorg
  - Sociale voordelen
  - Onderwijs
  - Toegang tot en aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, incl. huisvesting
- Verbiedt directe & indirecte discriminatie op die gronden, alsook intimidatie en aanzetten tot discriminatie
- Breed scala aan afwijkingen en uitzonderingen beschikbaar - "inferieure" bescherming tegen deze discriminatiegronden, in vergelijking met maatregelen die discriminatie op grond van ras of etnische afstamming en geslacht verbieden

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading

9

## ARTIKEL 21 HGEU

21/01/21

'Iedere discriminatie op basis van welke grond ook zoals geslacht, ras, ethnische of sociale afstamming, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, handicap, leeftijd of **seksuele geaardheid** is verboden'.

Geen beperking van gebieden waar dit verbod geldt (in tegenstelling tot Richtlijn 2000/78), er zijn evenwel grenzen aan het toepassingsgebied van het HGEU (Handvest van de grondrechten van de Europese Unie)

- Art. 51 HGEU: De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. [...]

Een aantal andere HGEU-bepalingen (en fundamentele mensenrechten die algemene beginselen van het EU-recht zijn) kunnen worden ingeroepen door LGB-personen en koppels van hetzelfde geslacht (v.b. Art. 7 HGEU).

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading

10

## ARTIKEL 10 VWEU

Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden streeft de Unie naar bestrijding van iedere discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.

## BINDENDE EU-INSTRUMENTEN DIE UITDRUKKELIJK DE RECHTEN VAN LGB- PERSONEN BESCHERMEN

## EU-INSTRUMENTEN – TRANSGENDER PERSONEN

- Genderidentiteit wordt niet uitdrukkelijk erkend als een verboden discriminatiegrond in de EU-oprichtingsverdragen (het VEU en VWEU), en wordt evenmin vermeld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HGEU).
- Bovendien bestaat er geen EU-wetgeving die *specifiek* tot doel heeft de rechten van transgender personen te beschermen.
- Er zijn echter twee stukken EU-wetgeving die de meer inclusieve taal van de "genderidentiteit" hanteren en zo kunnen worden gelezen als inclusief voor transgender personen:
  - Richtlijn 2012/29 ('Slachtofferrichtlijn'), die 'minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten' vaststelt
  - Richtlijn 2011/95 ('Herschikte Kwalificatierichtlijn'), die bepaalde aspecten van de wetgeving inzake asiel en subsidiaire bescherming over de 27 EU-lidstaten regelt

## EU-INSTRUMENTEN – TRANSGENDER PERSONEN

- Er zijn twee stukken secundaire EU-wetgeving die enige bescherming voor transgender personen bieden, ook al is dit via vereisten inzake gelijke behandeling van de geslachten:
  - Richtlijn 2006/54 ('De herschikte Richtlijn') die het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep implementeert, en die in de derde considerans opmerkt dat de reikwijdte van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ook geldt voor discriminatie die berust op de geslachtsverandering van een persoon.(consolidering relevante rechtspraak HvJ-EU)
  - Richtlijn 2004/113 ('De Goederen- en Dienstenrichtlijn') die het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten implementeert waarvoor de Commissie in een Rapport opmerkt dat de reikwijdte van het beginsel van gelijke behandeling voor mannen en vrouwen en het verbod van discriminatie op grond van geslacht ook geldt voor discriminatie die berust op de geslachtsverandering van een persoon en dat hoewel er algemeen gesproken geen rechtspraak bestaat betreffende genderidentiteit zoals voorzien door de bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht, de benadering substantieel gelijklopend zou moeten zijn.

# RECHTSPRAAK HVJ-EU – SEKSUELE GEAARDHEID

## **GRANT V. SOUTH-WEST TRAINS (1998) & D EN ZWEDEN V. RAAD (2001): DE EERSTE ZAKEN**

- Discriminatie op grond van seksuele geaardheid is niet gelijk aan discriminatie op grond van geslacht (in tegenstelling tot *P v. S & Cornwall - trans*) – gebruik van het 'equal misery' argument (verkeerde comparator)
- Toen was discriminatie op grond van seksuele geaardheid niet verboden in de EU-wetgeving
- Stabiele relaties tussen twee personen van hetzelfde geslacht (*Grant*) en geregistreerde partnerschappen tussen partners van hetzelfde geslacht (*D*) 'worden niet beschouwd als gelijkgesteld aan het huwelijk of stabiele relaties buiten het huwelijk tussen personen van verschillend geslacht' in het kader van de EU-wetgeving



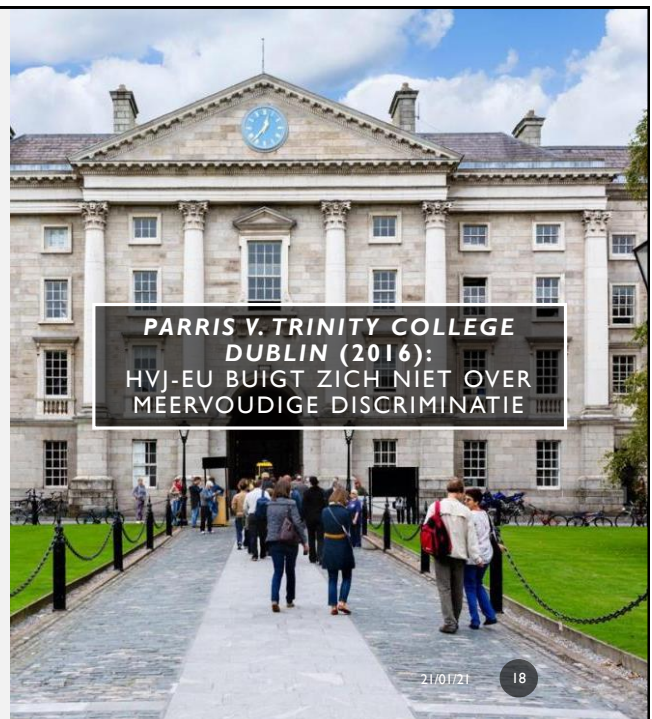


## MARUKO (2008), RÖMER (2011), HAY (2013) GEREGISTREERDE PARTNERS WERDEN UITGESLOTEN VAN VOORDELEN DIE BESCHIKBAAR ZIJN VOOR GEHUWDE KOPPELS

- Zaken in het kader van Richtlijn 2000/78 en discriminatie op grond van seksuele geaardheid op het vlak van 'beloning'
- *Maruko* en *Römer* – in die tijd konden in Duitsland partners van hetzelfde geslacht alleen een geregistreerd partnerschap aangaan, en konden koppels van verschillend geslacht alleen een huwelijk afsluiten (m.a.w. geregistreerde partnerschap was een statuut dat alleen beschikbaar was voor partners van hetzelfde geslacht).
- *Hay* – in die tijd konden in Frankrijk partners van hetzelfde geslacht alleen een PACS (geregistreerd partnerschap) aangaan, terwijl koppels van verschillend geslacht ofwel een huwelijk ofwel een PACS konden aangaan (m.a.w. PACS was een statuut dat zowel voor koppels van hetzelfde geslacht als voor koppels van verschillend geslacht beschikbaar was).
- *Maruko* en *Römer*: overlevingspensioen & aanvullend pensioen – *Hay*: speciaal verlof en premie voor werknemers bij huwelijk --- deze voordelen waren alleen beschikbaar voor gehuwde koppels: daar partners van hetzelfde geslacht niet konden huwen (alleen een geregistreerd partnerschap aangaan), werden ze uitgesloten van deze voordelen.
- **HVJ-EU:**
  - Als voor een bepaald doel (v.b. overlevingspensioen/aanvullend pensioen/speciaal verlof & premie) een lidstaat geregistreerde partnerschappen tussen mensen van hetzelfde geslacht als gelijkgesteld aan het huwelijk beschouwt, moet de lidstaat hen ook op dezelfde manier behandelen
    - *Maruko* en *Römer*: De beoordeling of ze als "gelijkgesteld" worden beschouwd, wordt overgelaten aan de nationale rechtbank
    - *Hay*: Het HvJ-EU heeft de beoordeling van gelijkstelling zelf uitgevoerd
  - Als ze gelijkgesteld zijn en ze worden niet op dezelfde manier behandeld, wordt dit beschouwd als directe discriminatie op grond van seksuele geaardheid, wat verboden is door Richtlijn 2000/78
  - In de zaak *Hay* bevestigde het HvJ-EU dat het verschil in behandeling *directe discriminatie* op grond van seksuele geaardheid inhield, ook al was PACS mogelijk zowel voor koppels van hetzelfde geslacht als voor koppels van verschillend geslacht (in tegenstelling tot het geregistreerde samenlevingscontract in *Maruko* en *Römer*)

### Zaak in het kader van Richtlijn 2000/78 (Beloning)

- Ierland: Pas sinds januari 2011 zijn burgerlijke partnerschappen tussen partners van hetzelfde geslacht mogelijk.
- De heer Parris (geboren in 1946) was al 60 jaar vóór hij een burgerlijk partnerschap in Ierland kon aangaan.
- Hij vroeg het TCD-pensioenplan om bij zijn overlijden zijn geregistreerde partner van hetzelfde geslacht als begunstigde van het overlevingspensioen op te nemen
- TCD weigerde omdat het pensioenplan voorzag dat een overlevingspensioen alleen verschuldigd was als de aanvragende aangeslotene gehuwd was of een burgerlijk partnerschap had afgesloten voordat hij/zij de leeftijd van 60 had bereikt.
- Was dit discriminatie op grond van seksuele geaardheid, in strijd met Richtlijn 2000/78?
  - HvJ-EU – geen directe of indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid: 'het feit dat de heer Parris niet kon voldoen aan die voorwaarde is een gevolg, ten eerste, van de legislatieve situatie in Ierland op het moment van zijn 60<sup>e</sup> verjaardag, meer bepaald, het niet-bestaan op dat moment van een wet die enige vorm van burgerlijk partnerschap of partners van hetzelfde geslacht, erkent en, ten tweede, van de afwezigheid in de regelgeving betreffende de overlevingsuitkering ten tijde van het hoofdgeding, van overgangsbepalingen voor homoseksuele leden geboren voor 1951' – Huwelijksstatuut binnen bevoegdheid van de lidstaten: 'EU-wetgeving, meer bepaald, Richtlijn 2000/78, verplichtte Ierland niet om vóór 1 januari 2011 het huwelijk of enige vorm van burgerlijk partnerschap te voorzien voor partners van hetzelfde geslacht, noch om de Wet Burgerlijk Partnerschap en de uit hoofde van die Wet aangenomen bepalingen terugwerkende kracht te verlenen, noch, wat betreft de overlevingsuitkering die het voorwerp van het hoofdgeding uitmaakt, om overgangsmatregelen vast te leggen voor koppels van hetzelfde geslacht waarbij de bij het pensioenplan aangeslotene de leeftijd van 60 al heeft bereikt op de datum van de inwerkingtreding van de wet'.





## ASOCIAȚIA ACCEPT (2013) EN NH (2020): HOMOFIBE UITSPRAKEN GELDEN ALS DISCRIMINATIE OP GROND VAN SEKSUELE GEARDHEID

- Gelden homofobe verklaringen door een potentiële werkgever als discriminatie op grond van seksuele geaardheid in strijd met Richtlijn 2000/78?
- Homofobe verklaringen door de heer Becali die wordt beschouwd als een leidende figuur in FC Steaua Bucuresti, waarbij hij de rekrutering uitsluit van een voetballer *waarvan wordt aangenomen dat hij homo is*; homofobe verklaringen door de heer NH, een advocaat, die de rekrutering van homoseksuelen in zijn advocatenkantoor uitsluit.
- NGO's dienden klacht in en stelden dat de verklaringen een vorm van discriminatie op grond van seksuele geaardheid inhielden die in strijd is met Richtlijn 2000/78.
- HVJ-EU:
  - Een identificeerbare klager die stelt slachtoffer te zijn geweest van discriminatie is niet vereist voor een schending van Art. 2000/78
  - Vermoeden van discriminatie is (ook) verboden door Richtlijn 2000/78
  - De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting die voortvloeien uit het verbod van Richtlijn 2000/78 zijn gerechtvaardigd.

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading

21/01/21

19

Gebruik van deze foto door Onbekend is toegestaan onder CC-BY-NC

## LÉGER (2015): EERSTE EN – DUSVER – ENIGE ZAAK BETREFFENDE DISCRIMINATIE OP GROND VAN SEKSUELE GEARDHEID IN HET KADER VAN HET HANDVEST

- Enige zaak (dusver) waar het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid in het kader van het HGEU (Art. 21 HGEU) werd ingeroepen
- Frans levenslang algemeen verbod tot bloeddonatie door MSM (mannen die seks hebben met mannen)
- Was het verbod een schending van Art. 21 HGEU?
- HvJ-EU – het verbod *kan* discrimineren op grond van seksuele geaardheid, maar kan gerechtvaardigd zijn op grond van de volksgezondheid: aan de verwijzende rechtbank om te beslissen of de maatregel gerechtvaardigd kan zijn en, meer bepaald, of die evenredig is dan wel of er een minder restrictief alternatief is.

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading



20



**COMAN (2018): ECHTGENOTEN VAN HETZELFDE GESLACHT MOETEN WORDEN ERKEND ALS 'ECHTGENOTEN' MET HET OOG OP GEZINSHERENIGING WANNEER ZE ZICH VERPLAATSEN BINNEN DE EU**

- GEEN discriminatiezaak
- Roemeen die naar België verhuisde en wilde terugkeren naar Roemenië
- Huwde zijn partner van hetzelfde geslacht (derdeler) in België
- Koppel riep het recht op gezinshereniging van een EU-burger in het kader van de EU-wetgeving inzake vrij verkeer in zodat de derdeler-echtgenoot in Roemenië zou kunnen verblijven
- Interpretatie van Richtlijn 2004/38: houdt de term 'echtgenoot' ook een echtgenoot van hetzelfde geslacht in?
- HvJ-EU: Ja (maar met beperkingen...)
- NB: momenteel zaak hangende van Bulgarije betreffende de grensoverschrijdende erkenning van de geboortakte van een kind met twee moeders

21/01/21

21

**RECHTSPRAAK VAN HVJ-EU – DISCRIMINATIE OP GROND VAN HET FEIT DAT EEN PERSOON EEN GESLACHTSVERANDERING HEEFT ONDERGAAN**

## P V. S & CORNWALL DISTRICTSRAAD (1996)

- Discriminatie op basis van het feit dat een transgender persoon van plan is om een geslachtsverandering te ondergaan, houdt discriminatie op grond van geslacht in
- ‘Dergelijke discriminatie is gebaseerd, hoofzakelijk indien niet uitsluitend, op het geslacht van de betrokken persoon. Wanneer een persoon wordt ontslagen op grond van het feit dat hij of zij van plan is om een geslachtsverandering te ondergaan of heeft ondergaan, wordt hij of zij minder gunstig behandeld in vergelijking met personen van het geslacht waartoe hij of zij geacht werd te behoren vóór de geslachtsverandering’.

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading



21/01/21

23

## KB V NHS EN EEN ANDERE (2004)

**Discriminatie tegen een persoon die een relatie heeft met een transgender persoon die een operatieve geslachtsverandering heeft ondergaan is discriminatie op grond van geslacht, zelfs als de ongelijke behandeling het genot van een recht beschermd door de EU-wetgeving (namelijk, de toekenning van het overlevingspensioen ('gelijk loon voor gelijk werk') niet ondermijnt maar, eerder, een invloed heeft op één van de voorwaarden voor de toekenning van dat recht (namelijk de huwelijksbevoegdheid)**

→ Wat een schending van Art. 157 VWEU en Richtlijn 75/117 inhield, was niet het reglement van het pensioenplan dat de toekenning van het overlevingspensioen beperkte tot de overlevende 'echtgenoot' van een aangeslotene bij het pensioenplan; maar het waren de bepalingen in de Britse wetgeving die transgender personen verhinderen om wettelijk te worden erkend in hun verkregen geslacht en om te trouwen met een persoon van het geslacht waartoe ze geacht werden te behoren voordat ze de operatieve geslachtsverandering ondergingen, wat een schending van de EU-wetgeving vormt.

Prof. Alina Tryfonidou, Universiteit van Reading

21/01/21

24

## RICHARDS V MINISTER VOOR WERK EN PENSIOENEN (2006)

Een transvrouw die een operatieve geslachtsverandering had ondergaan werd ouderdomspensioen geweigerd op de leeftijd waarop dit beschikbaar was voor (cis) vrouwen (m.a.w. 60) op grond van het feit dat ze niet erkend was als 'vrouw' volgens het nationale recht, dit hield discriminatie op grond van geslacht in, wat in strijd is met Richtlijn 79/7

→ Wat een schending van Richtlijn 79/7 inhield was niet de Britse wetgeving (Pensioenwet 1995) die de toekenning van het ouderdomspensioen op 60-jarige leeftijd beperkte tot 'vrouwen'; maar het was het gebrek aan Britse wetgeving die verhinderde dat transgender personen wettelijk erkend worden in hun verkregen geslacht en de daaruit voortvloeiende weigering om de Pensioenwet 1995 te lezen als van toepassing op zowel cis- als transvrouwen, wat een schending van de EU-wetgeving vormde.

## MB V MINISTER VOOR WERK EN PENSIOENEN (2018)

Een transvrouw die een operatieve geslachtsverandering had ondergaan werd ouderdomspensioen geweigerd op de leeftijd waarop dit beschikbaar was voor (cis) vrouwen (m.a.w. 60) op grond van het feit dat ze niet erkend was als 'vrouw' volgens het nationale recht, omdat zij geen volledig gendererkenningsattest had verkregen overeenkomstig de Gender Recognition Act 2004, dit hield discriminatie op grond van geslacht in, wat in strijd is met Richtlijn 79/7

→ Wat een schending van Richtlijn 79/7 inhield was niet de Britse wetgeving (Pensioenwet 1995) die de toekenning van het ouderdomspensioen op 60-jarige leeftijd beperkte tot 'vrouwen'; het was eerder het feit dat de toen geldende Britse wetgeving transvrouwen die een volledig gendererkenningsattest wilden verkrijgen, verplichtte om hun huwelijk te laten nietig verklaren (dit om de opkomst van huwelijken tussen partners van hetzelfde geslacht tegen te houden [op een moment dat het VK het huwelijk niet had opengesteld voor partners van hetzelfde geslacht], wat het gevolg zou zijn geweest in het geval dat transgender personen huwden met personen die hetzelfde geslacht hadden als hun verkregen gender)

→ **Geen nietigverklaring van het huwelijk = geen volledig gendererkenningsattest = transvrouwen die gehuwd waren voordat ze een geslachtsverandering ondergingen, konden geen ouderdomspensioen krijgen op dezelfde leeftijd als gehuwde cis-vrouwen**

A water droplet is captured mid-fall, creating a series of concentric ripples on a surface of water. The background is a vibrant, multi-colored rainbow spectrum. The text 'DANK U!' is centered within a white-bordered black rectangle overlaid on the ripples.

DANK U!

[a.tryfonidou@reading.ac.uk](mailto:a.tryfonidou@reading.ac.uk)