



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: EHRM 2009-01-09

Koffeman, N.R.

Citation

Koffeman, N. R. (2009). Annotation: EHRM 2009-01-09. *Njcm-Bulletin*, 6, 623-638.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14195>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14195>

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

RECHTSPRAAK

RAAD VAN EUROPA

“‘REGEL IS REGEL’ IS NIET GENOEG”^{*} DE TOETSING VAN ‘BRIGHT LINE RULES’ DOOR HET EHRM

- Europees Hof voor de Rechten van de Mens 9 januari 2009
Schlumpf t. Zwitserland (appl. no. 29002/06) •

Met noot van Nelleke Koffeman ^{**}

Mag een ziektekostenverzekeraar bij het stellen van voorwaarden voor vergoeding uit de sociale zekerheid een ‘bright line rule’ toepassen, zonder daarbij te voorzien in een belangenafweging voor ieder individueel geval? Een Zwitserse verzekeraar weigerde vergoeding van een geslachtsveranderende operatie, omdat – hoewel daartoe een medische indicatie bestond – verzekerde niet voldaan had aan de voor vergoeding gestelde voorwaarde van een bezinningsperiode van twee jaar. Het Hof oordeelt dat de mechanische toepassing van deze voorwaarde in het voorliggende geval – mede gelet op de hoge leeftijd van verzekerde (67 jaar) – een disproportionele inbreuk op het recht op respect voor privéleven van verzekerde oplevert en stelt een schending van artikel 8 EVRM vast. In hoeverre kan deze zoektocht naar individuele rechtvaardigheid overtuigen?

DE FEITEN

De Zwitser Max Schlumpf wordt bij zijn geboorte in 1937 in het geboorteregister geregistreerd als van het mannelijk geslacht. Vanaf zijn jeugd heeft hij psychische problemen vanwege een genderidentiteitsstoornis. Dit heeft zelfs al eens tot een zelfmoordpoging geleid. Op veertigjarige leeftijd is Schlumpf ervan overtuigd eigenlijk tot het vrouwelijke geslacht te behoren. Hij besluit echter zijn verantwoordelijkheden als vader van een gezin op zich te nemen totdat zijn kinderen volwassen zijn. Wanneer zijn vrouw in 2002 overlijdt, besluit Schlumpf op vijfenzestigjarige leeftijd daadwerkelijk van geslacht te veranderen. Hij gaat vanaf dat moment als vrouw door het leven onder de naam Nadine Schlumpf en begint in 2003 met hormonale en psychotherapeutische behandelingen. In 2004 bevestigt het afdelingshoofd van een psychiatrische kliniek in Zürich in een rapport de diagnose man-vrouw transseksualiteit. Bovendien voldoet Schlumpf volgens deze specialist aan alle voorwaarden voor een geslachtsveranderende operatie. Per

* Deze titel is dankbaar geleend van het jaarverslag van de Nationale ombudsman over 2006, ‘Regel is regel’ is niet genoeg, jaarverslag van de Nationale Ombudsman over 2006, Den Haag 2006.

■ Samenstelling Hof (Eerste sectie): Rozakis (president), Vajić, Hajiyev, Spielmann, Jebens, Malinverni en Nicolaou.
■ N.R. Koffeman LL.M. is promovenda aan het Europa Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

brief van 2 november 2004 verzoekt Schlumpf haar ziektekostenverzekeraar de door haar voorgenomen operatie te vergoeden. Zij voegt een kopie bij van voornoemd medisch rapport. Op 29 november 2004 weigert de verzekeraar de vergoeding omdat een dergelijke operatie alleen wordt vergoed indien sprake is van 'waarachtig bevonden transseksualiteit', hetgeen op grond van de rechtspraak van de Zwitserse federale verzekeringsrechter enkel kan worden vastgesteld nadat een bezinningsperiode van twee jaar in acht is genomen. Ondanks deze weigering tot vergoeding, ondergaat Schlumpf een dag later met goed gevolg de operatie. In december richt zij zich wederom met een verzoek om vergoeding tot haar verzekeraar, die nogmaals weigert. Gedurende de gerechtelijke procedure die dan volgt, verzoekt Schlumpf herhaaldelijk tevergeefs om een openbare hoorzitting en het horen van medisch deskundigen. Bij uitspraak van 5 december 2005 bevestigt de hoogste federale verzekeringsrechter eerdere jurisprudentie op grond waarvan een bezinningsperiode van twee jaar in acht dient te worden genomen en concludeert dat de verzekeraar de vergoeding op gerechtvaardigde gronden heeft geweigerd. Wel zijn in de tussentijd Schlumpfs geslacht en voornaam in de burgerlijke stand gewijzigd.

KLACHT IN STRAATSBURG

Op 7 juli 2006 dient Schlumpf een klacht in bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Zij klaagt over een schending van het recht op een openbare hoorzitting en een eerlijk proces (artikel 6 EVRM). Daarnaast stelt zij dat haar recht op privéleven (artikel 8 EVRM) is geschonden, omdat de nationale rechter geen eerlijke afweging tussen de belangen van de ziektekostenverzekeraar en haar individuele belangen heeft gemaakt. Tot slot meent zij dat zij discriminatoir is behandeld (artikel 14 EVRM). Op 6 februari 2007 besluit het Hof de ontvankelijkheid en de merites van de klacht tegelijkertijd te beoordelen.

UITSpraak VAN HET EHRM

'(...)

EN DROIT

I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

38. La requérante se plaint d'une atteinte à son droit d'être entendu, du fait que le Tribunal fédéral des assurances aurait, de manière arbitraire, substitué son propre jugement à celui des experts médicaux, ainsi que de l'absence de débats publics devant la première instance. Elle invoque à ce titre l'article 6 § 1 de la Convention, dont le passage pertinent se lit ainsi :

(..)

B. Sur le fond

1. Le grief tiré du droit d'être entendu

(...)

b. L'appréciation de la Cour

51. La Cour rappelle qu'il incombe d'abord aux autorités nationales, et spécialement aux cours et tribunaux, d'interpréter le droit interne et que la Cour ne substituera pas sa propre interprétation du droit à la leur en l'absence d'arbitraire (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Ravnsborg c. Suède*, 23 mars 1994, série A no 283-B, pp. 29-30, § 33, *Bulut c. Autriche*, 22 février 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, pp. 355-356, § 29, et *Tejedor García c. Espagne*, 16 décembre 1997, Recueil 1997-VIII, p. 2796, § 31). Par ailleurs, la Convention ne réglemente pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour ne saurait donc exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 § 1 (arrêts *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, Recueil 1997-II, pp. 436-437, § 34 et *Elsholz c. Allemagne* [GC], no 25735/94, § 66, CEDH 2000-VIII).

52. L'article 6 § 1 implique notamment, à la charge des tribunaux, l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (*Van de Hurk c. Pays-Bas*, arrêt du 19 avril 1994, série A no 288, p. 19, § 59).

53. La Cour rappelle que, dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne* précité, elle a constaté que la décision sur la nécessité d'une opération de conversion sexuelle devait s'appuyer sur des connaissances médicales spécialisées et sur une expertise en matière de transsexualisme et que, eu égard à la particularité du cas d'espèce, les tribunaux allemands auraient dû demander au médecin de la requérante ou à un autre expert des explications orales ou écrites complémentaires (no 35968/97, § 55, CEDH 2003-VII). Dans la même affaire, la Cour a jugé qu'il était disproportionné d'exiger d'une personne transsexuelle de prouver la nécessité médicale d'un tel traitement (*ibidem*, § 56). Elle a également constaté que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle en fonction de leur effet curatif sur un transsexuel n'est pas une affaire d'appréciation juridique (*ibidem*, § 54).

54. En l'espèce, la requérante allègue une violation de son droit à un procès équitable, du fait que le Tribunal fédéral des assurances a refusé d'entendre des experts qu'elle avait proposés (paragraphe 23 ci-dessus). Elle soutient qu'en raison de ce refus elle a été empêchée de prouver que l'opération devait nécessairement intervenir avant l'expiration du délai de deux ans. Par ailleurs, elle soutient que ce délai, tel qu'il a été établi par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, ajoute une condition juridique au diagnostic du transsexualisme, qui est une question purement médicale.

55. La Cour constate que ce qui est en cause en l'espèce est l'application des articles 25 et 32 de la loi sur l'assurance-maladie (paragraphe 32 ci-dessus), qui exposent les conditions requises pour la prise en charge des coûts d'un traitement par l'assurance-maladie. Ces articles exigent l'existence d'une maladie et énoncent que les prestations dont le remboursement est demandé doivent être efficaces, appropriées et économiques.

56. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances a ajouté un critère supplémentaire pour les opérations de conversion sexuelle, à savoir celui de l'écoulement d'un délai d'observation de deux ans. Ce délai a essentiellement pour but de déterminer avec certitude qu'il s'agit d'un cas de « véritable transsexualisme ». Alors que le diagnostic d'un tel transsexualisme n'était pas contesté en l'espèce, le Tribunal fédéral des assurances, invoquant le non-respect du délai de deux ans, n'a pas permis à la requérante d'apporter la preuve que l'opération devait intervenir avant l'écoulement de ce délai.

57. La Cour réitère le principe selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir, *mutatis mutandis*, *Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, série A no 37, p. 16, § 33). A la lumière de ce principe, et compte tenu de l'arrêt *Van Kück*, précité, elle considère qu'il est disproportionné de ne pas admettre des opinions d'experts, d'autant plus que l'existence d'une maladie n'était pas contestée en l'espèce. En refusant à la requérante de telles preuves, sur la base d'une règle abstraite dont l'origine remonte à deux de ses propres décisions de 1988, le Tribunal fédéral des assurances s'est substitué aux médecins et aux psychiatres, alors que la Cour avait déjà précisé par

le passé que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle n'est pas une affaire d'appréciation juridique (Van Küick, précité, § 54).

58. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la requérante n'a pas bénéficié d'un procès équitable devant le Tribunal fédéral des assurances. Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.' Nu de voorliggende vraag over vergoeding van de sekserveranderende operatie niet een puur juridische of technische vraag was, en gelet op de uiteenlopende meningen van partijen hierover, acht het Hof bovendien een openbare hoorzitting noodzakelijk. Het Hof stelt ook op dit punt een schending van artikel 6 EVRM vast.

'2. Le grief tiré du droit à la publicité des débats
(...)

b. L'appréciation de la Cour

62. La Cour rappelle que la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Elle protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens qui contribue à la préservation de la confiance dans les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1, à savoir le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique (voir, notamment, *Diennet c. France*, arrêt du 26 septembre 1995, série A no 325-A, pp. 14-15, § 33, *Gautrin et autres c. France*, arrêt du 20 mai 1998, Recueil 1998-III, pp. 1023-1024, § 42 et *Hurter c. Suisse*, no 53146/99, § 26, 15 décembre 2005).

63. Toutefois, ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 § 1 n'empêchent une personne de renoncer à la publicité des débats, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important (voir, entre autres, *Håkansson et Stureson c. Suède*, arrêt du 21 février 1990, série A no 171-A, p. 20, § 66, et *Schuler-Zraggen c. Suisse*, arrêt du 24 juin 1993, série A no 263, pp. 19-20, § 58).

64. En outre, une audience publique peut ne pas être nécessaire compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'affaire, notamment lorsque celle-ci ne soulève pas de questions de fait ou de droit qui ne peuvent être résolues sur la seule base du dossier disponible et les observations des parties (*Döry c. Suède*, no 28394/95, § 37, 12 novembre 2002, *Lundevall c. Suède*, no 38629/97, § 34, 12 novembre 2002, *Salomonsson c. Suède*, no 38978/97, § 34, 12 novembre 2002 ; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Fredin c. Suède* (no 2), arrêt du 23 février 1994, série A no 283-A, pp. 10-11, §§ 21-22, et *Fischer c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A no 312, pp. 20-21, § 44). Tel est notamment le cas s'agissant de situations portant sur des questions hautement techniques (*Schuler-Zraggen*, précité, pp. 19 et suiv., § 58 et *Döry*, précité, § 41).

65. La Cour réitère également le principe selon lequel un justiciable a normalement le droit d'être entendu publiquement devant au moins une instance. L'absence de débats publics devant une seconde ou troisième instance peut être justifiée par la nature particulière de la procédure concernée, si l'affaire a fait l'objet d'une audience publique en première instance (*Luginbühl c. Suisse* (déc.), no 42756/02, 17 janvier 2006). Il s'ensuit que, sauf dans des circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier l'absence de débats publics, l'article 6 exige que l'intéressé soit entendu publiquement au moins devant une instance (*Döry*, précité, § 39, *Lundevall*, précité, § 36, *Salomonsson*, précité, § 36, et *Helmers c. Suède*, arrêt du 29 octobre 1991, série A no 212-A, p. 16, § 36).

66. En l'espèce, la Cour considère qu'il s'agit d'abord de déterminer si le retrait de la demande d'audience publique devant le tribunal cantonal des assurances équivaut à une renonciation de la part de la requérante, comme le soutient le Gouvernement.

67. Selon la Cour, tel ne peut être le cas, étant donné que la requérante, tout au long de la procédure, a affirmé la nécessité de consulter des experts et qu'elle n'a retiré sa demande d'audience publique devant le tribunal cantonal que dans l'hypothèse d'un renvoi pour complément d'instruction, qui aurait forcément impliqué la consultation d'experts. En plus, elle a expressément indiqué que ce retrait ne s'appliquerait pas à une procédure éventuelle devant le Tribunal fédéral des assurances (paragraphe 18 ci-dessus). Dans

ces circonstances, l'on ne saurait considérer que la requérante a renoncé à l'audience publique devant le Tribunal fédéral des assurances.

68. Se pose donc, deuxièmement, la question de savoir si l'audience publique était nécessaire en l'espèce ou si, au contraire, la procédure ne concernait que des questions juridiques ou qu'elle revêtait un caractère tellement technique que les soumissions d'experts auraient pu être mieux appréciées dans le cadre d'une procédure écrite.

69. Compte tenu de ses conclusions relatives au droit d'être entendu (paragraphe 51-58 ci-dessus), la Cour considère que la détermination de la nécessité d'une opération de conversion sexuelle ne saurait être qualifiée de question purement juridique. En outre, la Cour est d'avis que la détermination de la nécessité d'une opération de conversion sexuelle ne revêt pas un caractère technique au point qu'une exception au droit d'être entendu lors d'une audience publique s'avère justifiée, d'autant plus que les opinions des parties divergent quant à l'opportunité d'un délai d'attente. Par ailleurs, l'article 112 de la loi fédérale d'organisation judiciaire donne explicitement au président du Tribunal fédéral des assurances le droit d'ordonner des débats (paragraphe 29 ci-dessus).

70. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la requérante n'a pas été entendue publiquement devant les juridictions internes. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1.'

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

71. La requérante invoque également une violation du droit au respect de sa vie privée. Elle fait valoir que le critère de deux ans d'observation serait en l'espèce contraire à l'article 8 et que le juste équilibre entre les intérêts de l'assurance-maladie et ses propres intérêts n'a pas été garanti. L'article 8 est libellé comme suit :

(...)

A. Sur la recevabilité

72. Le Gouvernement argue que la requérante a eu la possibilité de procéder sans entrave à l'opération de conversion sexuelle souhaitée, que ce genre d'opération figure, en principe, parmi les prestations à la charge de l'assurance-maladie obligatoire, et que l'opération a réussi.

73. De l'avis du Gouvernement, l'on ne saurait en revanche déduire de l'article 8 l'obligation positive pour l'Etat de supporter les coûts de l'opération dans un cas où les conditions établies sans arbitraire par la jurisprudence sur la base du droit national applicable à l'ensemble du système de l'assurance-maladie n'ont pas été respectées.

74. Contrairement à l'affaire Van Kück c. Allemagne, précitée, où la Cour avait examiné la question de l'application faite par les juridictions allemandes des conditions existantes de prise en charge des frais médicaux, la requérante conteste en l'espèce l'admissibilité des conditions elles-mêmes, telles qu'elles ont été développées par le Tribunal fédéral des assurances. Le Gouvernement rappelle à ce sujet que la Cour ne procède qu'à un examen limité de l'application du droit interne, l'application et l'interprétation de celui-ci revenant en premier lieu aux autorités nationales, notamment aux tribunaux.

75. Par conséquent, le Gouvernement conclut à ce qu'il soit reconnu que la requérante n'a pas la qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée et qu'il n'y a donc pas eu atteinte à ce droit.

76. La requérante soutient que c'est uniquement grâce aux économies qu'elle a faites pendant les années précédant l'intervention chirurgicale qu'elle a pu assumer les frais médicaux et d'hospitalisation. Ainsi, sa qualité de victime n'est pas contestable.

77. La Cour rappelle que le droit au respect de la vie privée inclut le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voir, par exemple, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, série A no 280-B, p. 37, § 47, et *Friedl c. Autriche*, arrêt du 31 janvier 1995, série A no 305-B, avis de la Commission, p. 20, § 45). Elle constate qu'en l'espèce la procédure engagée par la requérante devant les tribunaux internes mettait en jeu sa liberté de définir son appartenance sexuelle. Devant la Cour, l'intéressée se plaint en substance que le Tribunal fédéral,

en dernière instance, n'ait pas tenu compte de sa transsexualité dans le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance. Il est vrai que la Convention ne garantit aucun droit au remboursement des frais médicaux causés par une opération de conversion sexuelle. La Cour constate également que personne n'a empêché la requérante de subir l'intervention chirurgicale, celle-ci étant intervenue avec succès le 30 novembre 2004. Néanmoins, la Cour estime que l'application, par la compagnie d'assurances, du délai de deux ans, au mépris des indications claires découlant des opinions des spécialistes, était, à la lumière notamment de l'âge relativement avancé de la requérante, susceptible de l'influencer dans sa décision de subir l'opération.

Partant, la Cour ne doute pas que la requérante peut se prévaloir de sa qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention.

78. Compte tenu de ce qui précède, le grief tiré de l'article 8 n'est pas manifestement mal fondé et ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité au sens de l'article 35. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

(...)

2. L'appréciation de la Cour

a) Les principes généraux établis par la Cour

100. Comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, série A no 91, p. 11, § 22), mais peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (Mikulić c. Croatie, no 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). Des éléments tels que, par exemple, l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (arrêts Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, série A no 45, pp. 18-19, § 41, B. c. France, 25 mars 1992, série A no 232-C, pp. 53 et suiv., § 63, Burghartz, précité, p. 28, § 24, Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, 19 février 1997, Recueil 1997-I, p. 131, § 36, et Smith et Grady c. Royaume-Uni, nos 33985/96 et 33986/96, § 71, CEDH 1999-VI). Comme la Cour a déjà remarqué plus haut, cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (paragraphe 77 ci-dessus, avec d'autres références). Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (Pretty c. Royaume-Uni, no 2346/02, § 61, CEDH 2002-III).

101. La dignité et la liberté de l'homme relevant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti (I. c. Royaume-Uni [GC], no 25680/94, § 70, 11 juillet 2002, et Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], no 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI ; voir également, quant aux affaires ayant trait à la situation des transsexuels, Rees c. Royaume-Uni, arrêt du 17 octobre 1986, série A no 106, Cossey c. Royaume-Uni, arrêt du 27 septembre 1990, série A no 184, Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, arrêt du 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, Grant c. Royaume-Uni, no 32570/03, CEDH 2006-..., et, indirectement, X, Y et Z c. Royaume-Uni, arrêt du 22 avril 1997, Recueil 1997-II).

102. La Cour réaffirme par ailleurs que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (arrêts X et Y c. Pays-Bas, précité, p. 11, § 23, Botta c. Italie, 24 février 1998, Recueil 1998-I, p. 422, § 33, et Mikulić, précité, § 57).

103. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise, mais les principes applicables dans le cas des premières sont comparables à ceux valables pour les secondes. Pour déterminer si une obligation – positive ou négative

– existe, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ; dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, les arrêts *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A no 290, p. 19, § 49, *B. c. France*, précité, p. 47, § 44, *Sheffield et Horsham*, précité, p. 2026, § 52, *Mikulić*, précité, § 57, et *Cossey*, précité, p. 15, § 37).

104. En ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, soit la définition sexuelle d'une personne (voir, mutatis mutandis, pour des affaires ayant trait aux personnes homosexuelles, *Dudgeon*, précité, p. 21, § 52, et *Smith et Grady*, § 89, précités).

b) Application des principes susmentionnés au cas d'espèce

105. La Cour précise d'emblée que n'est pas en cause devant elle la reconnaissance, au sens juridique, du changement de sexe de la requérante (*Christine Goodwin*, précité, § 76, et *L. c. Lituanie*, no 27527/03, §§ 56-60, CEDH 2007-..., dans lesquelles la Cour a prononcé des violations de l'article 8), le président du tribunal de district d'Aarau ayant reconnu, le 14 février 2005, le changement de son identité sexuelle. Par la suite, les modifications d'état civil ont été effectuées (paragraphe 17 ci-dessus). En revanche, l'intéressée se plaint en substance que le Tribunal fédéral, en dernière instance, n'ait pas dûment tenu compte des problèmes liés à sa transsexualité dans le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance.

106. La Cour note que les griefs soulevés par la requérante sur le terrain de l'article 8 § 1 portent sur le refus de prendre en compte certains éléments de preuve relatifs à sa transsexualité, point qui a déjà été examiné sur le terrain de l'article 6 § 1. Elle souligne cependant la différence de nature entre les intérêts protégés par l'article 6 § 1, qui accorde une garantie procédurale, et ceux protégés par l'article 8, qui assure le respect de la vie privée ; cette différence peut justifier l'examen d'un même ensemble de faits sous l'angle des deux articles (arrêts *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995, série A no 307-B, p. 57, § 91, *Buchberger c. Autriche*, no 32899/96, § 49, 20 décembre 2001, et *P., C. et S. c. Royaume-Uni*, no 56547/00, § 120, CEDH 2002-VI).

107. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il convient d'examiner aussi le grief tiré par la requérante de l'article 8, selon lequel la manière dont le Tribunal fédéral des assurances a traité sa demande de remboursement de ses frais médicaux emporte violation des obligations positives qui incombent à l'Etat (voir, mutatis mutandis, *Van Kück*, précité, § 75).

108. La Cour tient à préciser que la question centrale qui se pose en l'espèce est celle de l'application faite par le Tribunal fédéral des assurances des conditions de prise en charge des frais médicaux lorsqu'il a eu à se prononcer sur la demande de la requérante de se faire reconnaître un droit au remboursement pour les frais liés à une opération de conversion sexuelle (voir, mutatis mutandis, *Van Kück*, précité, § 78).

109. La Cour observe qu'en l'occurrence le Tribunal fédéral des assurances s'est fondé sur un critère établi par sa propre jurisprudence, qui ne trouve sa base dans aucune loi. Cette condition supplémentaire ne permet le remboursement des frais de l'opération de conversion sexuelle qu'après écoulement d'un délai d'observation de deux ans. Ce délai de deux ans s'explique, comme le soutient le Tribunal fédéral des assurances, par le fait qu'il garantit un équilibre entre les intérêts de la personne concernée, d'une part, et l'intérêt public visant à éviter les opérations inutiles, d'autre part.

110. La Cour est consciente des problèmes auxquels les compagnies d'assurances sociales sont confrontées dans leurs décisions de prise en charge des prestations. Elle ne sous-estime pas non plus l'ampleur des conséquences pour l'intéressée d'une opération de conversion sexuelle – intervention coûteuse et irréversible –, et, dès lors, l'intérêt de l'assurance et de l'intéressée à éviter qu'une décision soit prise hâtivement. C'est l'objectif principal – objectif certes légitime – poursuivi par le délai de deux ans. Toutefois, la Cour rappelle ce qu'elle a déjà affirmé en 2002, à savoir que l'on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination

et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société (voir, *mutatis mutandis*, Christine Goodwin, précité, § 81).

111. La Cour ne méconnaît pas non plus qu'il revient au premier chef aux autorités nationales, singulièrement aux instances juridictionnelles, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir la jurisprudence citée au paragraphe 51 ci-dessus). Néanmoins, dans la mesure où la Cour est compétente pour contrôler la procédure suivie devant les tribunaux internes, elle considère qu'une application trop rigide du délai de deux ans peut s'avérer contraire à l'article 8 de la Convention.

112. A cet égard, la Cour réitère le principe selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (voir la jurisprudence citée au paragraphe 57 ci-dessus). Il en découle que, pour qu'ils puissent apparaître comme légitimes, les arguments invoqués pour justifier une ingérence doivent poursuivre concrètement et effectivement les motifs mentionnés au paragraphe 2 de l'article 8. En tant qu'exceptions à l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, ceux-ci appellent un examen attentif et soigneux par la Cour (*Emonet et autres c. Suisse*, no 39051/03, § 77, CEDH 2007-...). En insistant sur le respect du délai de deux ans, le Tribunal fédéral a refusé de se livrer à une analyse des circonstances spécifiques du cas d'espèce et de peser les différents intérêts en jeu. La Cour estime que les autorités internes auraient dû prendre en compte les opinions des spécialistes afin d'examiner s'il y avait lieu d'admettre une exception à la règle des deux ans, notamment sur la base de l'âge relativement avancé de la requérante et de l'intérêt à ce qu'elle subisse une intervention chirurgicale dans un bref délai.

113. En outre, la Cour ne s'estime pas tenue de répondre définitivement à la question de savoir si ce délai de deux ans correspond aux courants actuels dans la pratique et la doctrine en matière de conversion sexuelle. En revanche, elle est convaincue que, depuis 1988, année où le Tribunal fédéral des assurances a rendu ses deux arrêts de principe, la médecine a fait des progrès dans l'établissement de la « véracité » du transsexualisme (voir, dans ce sens, Christine Goodwin, précité, §§ 81 et suiv., et § 92), ce dont le Tribunal fédéral des assurances n'a pas tenu compte. Or, la Cour a à maintes occasions souligné l'importance d'une approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (voir, entre autres, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A no 26, p. 15, § 31, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A no 31, p. 19, § 41, *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A no 32, pp. 14 et suiv., § 26, *Vo c. France* [GC], no 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII, et *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I).

114. La Cour a par ailleurs jugé que le fait que les services médicaux n'attendent pas, pour dispenser des soins et des traitements chirurgicaux à des transsexuels, que chacun des aspects du statut juridique de ces personnes ait été examiné et réglé bénéficie aux intéressés et contribue à leur liberté de choix (*Rees*, précité, p. 18, § 45). Elle a aussi jugé que la détermination dont témoignent les personnes concernées constitue un élément assez important pour entrer en ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'article 8 (*B. c. France*, précité, p. 51, § 55, et *Van Kück*, précité, § 77). A cet égard, la Cour considère comme important le fait que la décision tardive de la requérante de subir l'opération s'explique exclusivement par le respect qu'elle portait à ses enfants et à son ex-épouse, ce qui l'a conduite à reporter l'intervention jusqu'à la majorité des enfants et jusqu'au décès de son épouse. En un mot, l'application du délai d'attente de deux ans a eu pour effet de prolonger la situation insatisfaisante de la requérante (voir, dans le même sens, Christine Goodwin, précité, § 90).

115. Le respect de la vie privée de la requérante aurait exigé la prise en compte des réalités médicale, biologique et psychologique, exprimées sans équivoque par l'avis des experts médicaux, pour éviter une application mécanique du délai de deux ans. La Cour en conclut que, eu égard à la situation très particulière dans laquelle se trouvait la requérante – âgée de plus de 67 ans au moment de sa demande de prise en charge des frais liés à l'opération –, et compte tenu de la marge d'appréciation étroite dont l'Etat défendeur bénéficiait s'agissant d'une question touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part.

116. Il y a donc eu violation de l'article 8.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14, COMBINE AVEC LES ARTICLES 6 ET 8 DE LA CONVENTION

117. La requérante fait valoir que la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances est discriminatoire puisque, pour d'autres maladies, la Haute Cour se contente d'appliquer les critères prévus par la loi pour vérifier la nécessité d'une intervention sans ajouter de critère supplémentaire. La requérante soutient que le fait d'exiger des conditions plus strictes pour le cas d'une opération de conversion sexuelle constitue une atteinte à l'article 14, en relation avec le droit à un procès équitable (article 6) et le droit au respect de la vie privée (article 8).

118. La Cour considère que le grief relatif à l'article 14 coïncide en substance avec les griefs soulevés au regard des articles 6 et 8. Il est recevable, mais la Cour ne juge pas nécessaire de l'examiner séparément.

(...)'

NOOT

1. De hier besproken zaak draait om de vraag of een ziektekostenverzekeraar bij het stellen van voorwaarden voor vergoeding uit de sociale zekerheid een strikte regel mag toepassen, zonder daarbij te voorzien in een belangenafweging voor ieder individueel geval. In deze noot zal met name worden ingegaan op dit vraagstuk van zogenoemde 'bright line rules' versus individuele rechtvaardigheid (nrs. 3-10). Het oordeel van het Hof in *Schlumpf* zal daarbij vergeleken worden met eerdere EHRM-uitspraken over dergelijke vraagstukken. De uitspraak bevat ook enkele procedurele aspecten (artikel 6 EVRM) die in deze annotatie niet aan bod zullen komen.¹ Wel zal kort aandacht worden besteed aan de in de Nederlandse wet opgenomen voorwaarden voor aanpassing van het geslacht in het geboorteregister, welke recentelijk zijn bekritiseerd door de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa (nr. 11). Allereerst zal echter nader worden ingegaan op het doel van de verzekeringsvoorwaarde die in *Schlumpf* centraal staat.

De voorwaarde voor vergoeding: een bezinningsperiode van twee jaar

2. Op grond van Zwitserse wetgeving komt een transseksueel in aanmerking voor vergoeding vanuit de sociale zekerheid, indien er sprake is van 'waarachtige transseksualiteit'. Dit criterium is door de Zwitserse verzekeringsrechter sinds 1988 zo uitgelegd dat een operatie pas voor vergoeding in aanmerking komt indien de verzekerde een leeftijd van vijftientig jaar heeft bereikt, er grondig medisch psychiatrisch en endocrinologisch (hormonaal) onderzoek is verricht en een bezinningsperiode van minimaal twee jaar in acht is genomen. Volgens de Zwitserse rechter wordt met de bezinningsperiode van twee jaar een evenwicht nagestreefd tussen het individuele belang van degene die een operatie wenst te ondergaan en het publiek belang om overhaaste beslissingen met onomkeerbare gevolgen te voorkomen. In 1995 heeft de Zwitserse federale verzekeringsrechter bovendien nog eens benadrukt dat de bezinningsperiode niet slechts een formaliteit is, die bij een duidelijke diagnose van transseksualiteit veronachtzaamd

¹ Voor bespreking van deze procedurele aspecten zij verwezen naar elders gepubliceerde annotaties bij deze uitspraak, bijvoorbeeld de annotaties van Hendriks in *EHRC* 2009/35 en *GJ* 2009/33.

zou mogen worden. In de hier besproken uitspraak miskent het EHRM geenszins het zowel individuele als algemene belang van het voorkomen van overhaaste beslissingen met onomkeerbare gevolgen. Tegelijkertijd herhaalt het Hof diens overweging uit *Christine Goodwin* dat gezien het grote aantal pijnlijke ingrepen dat een dergelijke operatie met zich brengt en de mate van overtuiging die vereist is om ook in maatschappelijk opzicht van geslacht te veranderen, geenszins kan worden beweerd dat het besluit van een individu om een geslachtsveranderende operatie te willen ondergaan arbitrair of grillig zou zijn.² De kans op spijtoptanten – en dus ook op achteraf onnodige gemaakte ziektekosten – lijkt daarmee klein. Hoewel dat in de uitspraak niet met zoveel woorden benoemd wordt, zal de bezinningsperiode ook een financieel belang dienen. Uitstel betekent tenslotte niet zelden afstel. Gelet op de aanzienlijke kosten die met een operatie gemoeid zijn (gemiddeld tussen de 3.500 en 20.000 Euro)³ hebben verzekeraars – en indirect de maatschappij in het algemeen – er financieel belang bij een extra drempel op te werpen.

'Bright line rules versus individual justice'

3. Bij het uitvoeren van de proportionaliteitstoets onder (o.m.) artikel 8 EVRM komt het Hof regelmatig in aanraking met zogenoemde 'bright line rules'.⁴ Dit zijn regels die onverkort op een bepaalde groep personen of gevallen van toepassing zijn zonder dat daarbij een individuele belangenafweging per geval vereist is. Alhoewel het Hof in enkele zaken een 'bright line rule' heeft aanvaard (hierover meer onder nr. 5), heeft het Hof over het algemeen moeite met dergelijke absolute regels. Zo was het Hof in *Open Door and Dublin Well Woman* (1992)⁵ getroffen door het absolute karakter van het Ierse verbod op informatie voor vrouwen over abortusfaciliteiten in het buitenland; dat verbod gold ongeacht leeftijd of gezondheid van de vrouwen en ongeacht de reden waarom zij informatie zochten over zwangerschapsbeëindiging.⁶ Deze uitspraak en vergelijkbare voorbeelden in de Straatsburgse jurisprudentie⁷ hebben met elkaar gemeen dat de groep waarop de absolute regel van toepassing is te ruim gedefinieerd is: binnen de groep bestaan aanzienlijke verschillen. En zoals het Hof reeds in *Thlimmenos* (2000)⁸ over-

2 EHRM 11 juli 2002 (GK), *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 28957/95, NJ 2002/553 m.nt. Wortmann, NJCM-Bulletin 2003, p. 330 (m.nt. Van Dijk), EHRC 2002/74 (m.nt. Janssen & Van der Velde), r.o. 81. Schlumpf, r.o. 101.

3 Zie de annotaties van Hendriks bij deze uitspraak in EHRC 2009/35 en GJ 2009/33.

4 Deze term is voor het eerst door het Hof zelf gebruikt in *Evans*. Zie hierover ook J. Bomhoff & L. Zucca, 'The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, case note to Evans v. the United Kingdom', *European Constitutional Law Review* 2: 2006, p. 440.

5 EHRM 29 oktober 1992 (GK), *Open Door and Dublin Well Woman t. Ierland*, appl. nos. 14234/88 en 14235/88, NJCM-Bulletin 1993, p. 700 (m.nt. JvN), NJ 1993/554 (m.nt. EJD).

6 R.o. 73.

7 Bijvoorbeeld EHRM 6 oktober 2005 (GK), *Hirst t. Verenigd Koninkrijk* (No. 2), appl. no. 74025/01, NJCM-Bulletin 2006, p. 234-243 (m.nt. Sackers), EHRC 2005/115 (m.nt. Broeksteeg) (over algehele en automatische uitsluiting van gedetineerden van kiesrecht); EHRM 8 juli 2008, *Vajnai t. Hongarije*, appl. no. 33629/06, NJCM-Bulletin 2009, p. 56 (m.nt. Nieuwenhuis), EHRC 2008/105 (m.nt. Van der Velde) (over een algeheel verbod op het dragen van een rode ster) en EHRM 4 december 2008 (GK), *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, appl. nos. 30562/04 en 30566/04, NJCM-Bulletin 2009, p. 391 (m.nt. M.G.J.M. van der Staak), EHRC 2009/13 (m.nt. Koops) (over vergaande bevoegdheden tot afname van DNA en vingerafdrukken bij verdachten).

8 EHRM 6 april 2000, *Thlimmenos t. Griekenland*, appl. no. 34369/97, NJCM-Bulletin 2000, p. 1095 (m.nt. Hendriks en Loenen), EHRC 2000/45 (m.nt. Gerards), AB 2000/386 (m.nt. Verhey).

woog, moeten personen in significant verschillende situaties ook verschillend behandeld worden.⁹

4. Daarnaast heeft het Hof regelmatig geoordeeld dat de onverkorte toepassing van een op zichzelf met het EVRM verenigbare regel tot een voor het individu onevenredig bezwarende en dus disproportionele uitkomst leidde. In *Sergey Kuznetsov* (2008) bijvoorbeeld was een administratieve boete opgelegd voor het organiseren van een vreedzame staking die twee dagen te laat bij de autoriteiten was aangemeld (acht in plaats van tien dagen van tevoren). Het Hof oordeelde dat in de omstandigheden van dat geval – het ging om een kleinschalige, vreedzame staking, waarbij de autoriteiten voldoende tijd hadden om zich daarop voor te bereiden – er geen rechtvaardiging bestond voor de inbreuk op de demonstratievrijheid van betrokkene.¹⁰

5. Slechts in enkele gevallen leverde onverkorte toepassing van een absolute regel zonder hardheidsclausule naar het oordeel van het Hof geen schending van een EVRM-bepaling op.¹¹ De zaak *Pretty* behoort tot die selecte groep uitspraken. Mevrouw *Pretty* claimde dat voor haar geval een uitzondering op het absolute wettelijk verbod op hulp bij zelfdoding gemaakt moest worden, aangezien zij door haar ziekte fysiek niet meer in staat was zichzelf het leven te benemen en haar bovendien een pijnlijk en vernederend sterfproces te wachten stond. Hoewel het Hof begrip toonde voor haar schrijnende situatie,¹² achtte het de bedoeling van de wet – bescherming van een kwetsbare groep van personen in de samenleving die niet in de positie zijn een geïnformeerde beslissing te nemen over levensbeëindiging – gerechtvaardigd.¹³ Het Hof erkende dat ongetwijfeld niet alle ongeneeslijk zieke personen als kwetsbaar zijn te karakteriseren, maar oordeelde dat het in eerste instantie aan de staat is om te bepalen of eventueel te maken uitzonderingen op die regel een risico van misbruik oproepen. Het EHRM concludeerde dat het absolute verbod op hulp bij zelfdoding niet disproportioneel was.¹⁴ In *Murphy* (2003)¹⁵ rechtvaardigde het Hof het absolute karakter van een Iers verbod op audiovisuele reclameboodschappen voor godsdienstige doeleinden op twee gronden:

(1) het alternatief – het instellen van een instantie die in elk individueel geval zou moeten beoordelen of de religieuze reclame aanvaardbaar was of niet – was te ingewikkeld en droeg daarmee een risico op arbitraire oordelen met zich en (2) beperkte toelating van religieuze

9 R.o. 44.

10 EHRM 23 oktober 2008, *Sergey Kuznetsov t. Rusland*, appl. no. 10887/04, r.o. 43. Voor vergelijkbare redeneringen zie EHRM 27 oktober 1994, *Kroon e.a. t. Nederland*, appl. no. 18535/91, NJCM-Bulletin 1995, p. 45 e.v. (m.nt. Forder), NJ 1995/248 (m.nt. JdB), FJR 1995/1, p. 12 (m.nt. De Bruijn-Lückers) en EHRM 9 oktober 2003 (GK), *Slivenko t. Letland*, appl. no. 48321/99 r.o. 122, NJ 2003/58, EHRC 2003/91 (m.nt. Janssen), JV 2003/ 494 (m.nt. Vermeulen).

11 Deze paragraaf geeft enkele voorbeelden, maar pretendeert geenszins een uitputtend overzicht van dergelijke zaken te geven. Een andere interessante uitspraak betreft bijvoorbeeld *Twizell* (2008) waarin het Hof oordeelde dat strikte toepassing van een ‘cut-off date’ voor een wijziging in sociale zekerheidswetgeving binnen de beoordelingsruimte van een staat valt. EHRM 20 mei 2008, *Twizell t. Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2008/90 (m.nt. Driessen), r.o. 24

12 R.o. 55.

13 R.o. 74.

14 R.o. 74-76.

15 EHRM 10 juli 2003, *Murphy t. Ierland*, appl. no. 44179/98, NJ 2005/177 (m.nt. E.J. Dommering), EHRC 2003/72 (m.nt. Brems).

reclame zou grote godsdiensten onevenredig bevoordelen, omdat deze zich gemakkelijker reclame kunnen veroorloven.¹⁶ De 'bright line rule' in *Evans* (2007)¹⁷ dat een IVF-behandeling alleen kon worden afgerond indien beide partners daarmee instemden, was volgens het Hof gerechtvaardigd op grond van de rechtszekerheid en – vergelijk *Murphy* – het voorkomen van arbitraire toepassing van regels. In *Zdanoka* (2006)¹⁸ maakte het Hof nog eens expliciet duidelijk dat de rechter niet altijd de taak heeft om te zoeken naar individuele rechtvaardigheid:

'(...) as long as the statutory distinction itself is proportionate and not discriminatory as regards the whole category or group specified in the legislation, the task of the domestic courts may be limited to establishing whether a particular individual belongs to the impugned statutory category or group. The requirement for "individualisation", that is the necessity of the supervision by the domestic judicial authorities of the proportionality of the impugned statutory restriction in view of the specific features of each and every case, is not a precondition of the measure's compatibility with the Convention.'¹⁹

6. Hoe verhoudt het oordeel van het Hof in *Schlumpf* zich tot deze 'bright line rule' jurisprudentie? Schlumpf voldeed op enkele maanden na niet aan de voorwaarde van een bezinningsperiode van twee jaar, hetgeen voor de verzekeraar reden was de vergoeding te weigeren.²⁰ De uitspraak van het EHRM lijkt onder de tweede categorie zaken (zie nr. 4) geschaard te kunnen worden: het Hof acht de regel als zodanig niet disproportioneel – al plaatst het wel vraagtekens bij de herkomst van die regel en de verenigbaarheid van die regel met de stand van de medische wetenschap – maar meent dat de mechanische toepassing daarvan, zonder de concrete medische, biologische en psychologische gegevens van Schlumpf in de afweging mee te nemen, disproportioneel is. Het Hof benadrukt daarbij dat genderidentiteit één van de meest intieme aspecten van het privéleven raakt²¹ waardoor de staat slechts een beperkte beoordelingsvrijheid toekomt.²² Het Hof hecht in het bijzonder waarde aan de gevorderde leeftijd van Schlumpf en haar belang om zonder al te veel vertraging een geslachtsveranderende operatie te ondergaan.²³ Ook de vastberadenheid tot het ondergaan van een operatie van

16 In de recente vergelijkbare zaak *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti* (2008) over een Noors verbod op tv-reclame voor politieke doeleinden, kwam het Hof echter tot een andere slotsom. Het Hof onderscheidde deze zaak expliciet van *Murphy*, omdat in het Noorse geval geen sprake zou zijn van gevoeligheden die zouden kunnen leiden tot ongelijkheid of die aanstoot zouden kunnen geven. EHRM 11 december 2008, *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti t. Noorwegen*, appl. no. 21132/05, EHRC 2009/25 (m.nt. Broeksteeg), r.o. 75.

17 EHRM 10 april 2007 (GK), *Evans t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 6339/05, NJCM-Bulletin 2007, p. 872 (m.nt. Kütke & Turvey), NJ 2007/459 (m.nt. De Boer), EHRC 2007/73 (m.nt. Brems).

18 EHRM 16 maart 2006 (GK), *Zdanoka t. Letland*, appl. no. 58278/00, EHRC 2006/57 (m.nt. Broeksteeg).

19 R.o. 43

20 Uit de uitspraak is niet geheel duidelijk wanneer de bezinningsperiode aanvangt. Er lijkt uit te kunnen worden afgeleid dat het moment waarop wordt begonnen met psychotherapeutische en endocrinologische behandelingen bepalend is. Dit is ook de termijn die de dissenters (onder 6) aanhouden. Voor het geval van mw. Schlumpf betekent dit dat zij pas in mei 2005 een operatie had mogen ondergaan. Zij ging echter al in november 2004 voor het eerst onder mes.

21 EHRM 12 juni 2003, *Van Kück t. Duitsland*, appl. no. 35968/97, NJCM-Bulletin 2004, p. 485 (m.nt. Vlemminx), EHRC 2003/61 (m.nt. Gerards), AB 2003/437 (m.nt. Van Beers & Vermeulen), r.o. 56.

22 R.o. 115. Dissenters Vajić en Jebens nemen (onder 2) juist als uitgangspunt dat uit eerdere jurisprudentie – ze verwijzen naar *Goodwin*, *Van Kück*, *Mikulic* – is gebleken dat dit bij uitstek een terrein is waarop verdragsstaten een zekere beoordelingsruimte genieten.

23 R.o. 112.

betrokkene is volgens het EHRM een factor die meegenomen moet worden in de afweging onder artikel 8 EVRM. Het Hof acht bovendien van belang dat Schlumpf uit respect jegens haar kinderen en echtgenote pas op latere leeftijd besloot de operatie te ondergaan.²⁴ Op grond van deze bijzondere omstandigheden en gelet op de beperkte beoordelingsruimte die de staat in deze kwestie toekomt, concludeert het Hof dat er geen redelijke afweging tussen de belangen van de verzekeraar en die van Schlumpf heeft plaatsgevonden en stelt een schending van artikel 8 EVRM vast.²⁵ 'Regel is regel' was in dit geval dus niet genoeg.

7. Tot op zekere hoogte kan een vergelijking getrokken worden tussen *Pretty* en *Schlumpf*: ook in het geval van sekseveranderende operaties zou beargumenteerd kunnen worden dat betrokken personen vanwege de vergaande gevolgen en het onomkeerbare karakter van zo'n operatie als kwetsbaar zijn aan te merken en zodoende bescherming behoeven. Behalve direct betrokkenen behoeven bovendien wellicht ook derden, zoals kinderen van transseksuelen, bescherming tegen te licht genomen beslissingen. Toch gaat deze vergelijking mank. Ten eerste kan betwijfeld worden of, zoals het Hof terecht opmerkt, de beslissing een geslachtsveranderende operatie te willen ondergaan, gezien de aard en de daarmee gepaard gaande inspanningen, überhaupt ooit als licht of arbitrair kan worden aangemerkt.²⁶ Daarnaast is die kwetsbaarheid in beide feitencomplexen van een andere orde: in geval van zelfdoding ligt de kwetsbaarheid van de te beschermen groep personen in het feit dat zij mogelijk niet in gelegenheid zijn om goed geïnformeerde beslissingen te nemen. Bovendien is er een groter risico dat de beslissing onder druk van anderen genomen wordt, omdat die daar (financiële) belangen bij kunnen hebben. Bij de keuze tot het al dan niet ondergaan van een geslachtsveranderende operatie lijkt de kans op dergelijke druk uit de omgeving minder groot. Daarnaast is er in dat geval minder reden om aan te nemen dat betrokkene niet in staat is een goed geïnformeerde beslissing te nemen. Ook ligt risico van misbruik – in *Pretty* aanvaard als rechtvaardiging voor het absolute verbod – in een geval als dat van Schlumpf minder voor de hand. Een geslachtsveranderende operatie is immers slechts mogelijk indien daarvoor een medische indicatie is afgegeven en kan bovendien enkel worden uitgevoerd door medisch specialisten. Bij hulp bij zelfdoding daarentegen zou – uiteraard afhankelijk van nationale wetgeving – in beginsel iedere burger betrokken kunnen zijn: als *Pretty's* verzoek om een uitzondering op de regel was toegelaten, dan had haar echtgenoot kunnen assisteren bij haar zelfdoding. Een medische beoordeling kwam er dan niet aan te pas.

8. De in *Murphy* aanvaarde rechtvaardiginggrond dat het doorbreken van strikte toepassing van de 'bright line rule' bepaalde groepen onevenredig zou bevoordelen, is bij een verzoek om vergoeding van een geslachtsveranderende operatie in ieder geval niet aan de orde. De eerste grond – dat het introduceren van een toetsing per geval te ingewikkeld en mogelijk arbitrair zou zijn – levert bij toepassing op het geval van Schlumpf ook geen sterk argument op. De verzekeraar – en daarmee de verzekeringsrechter – zou er immers voor kunnen kiezen

24 R.o. 112.

25 R.o. 115-116.

26 Zie noot 2.

geheel af te gaan op het oordeel van de behandelend arts.²⁷ Een dergelijke benadering sluit aan bij de overweging van het Hof dat de vaststelling van een medische noodzakelijkheid tot geslachtswijziging geen juridische aangelegenheid betreft.²⁸

9. Een wezenlijk verschil tussen *Evans* en *Schlumpf* is dat in *Evans* twee private belangen tegenover elkaar stonden, die volgens het Hof bovendien met elkaar onverenigbaar waren. Toepassing van een absolute regel dient dan in ieder geval het belang van één van beide private partijen.²⁹ *Dissenters* bij de Kameruitspraak in *Evans* bepleitten een toetsing van ieder individueel geval waarbij in de belangenafweging het uitgangspunt moet zijn dat de kern van de betrokken rechten niet wordt aangetast.³⁰ De *dissenters* kenden bovendien veel gewicht toe aan het argument dat mw. Evans door het intrekken van de toestemming van haar ex-partner voor de IVF-behandeling geen enkele mogelijkheid tot het krijgen van een bloedverwant kind meer had. Toepassing van de 'bright line rule' ontnam haar ieder alternatief. In het geval van *Schlumpf* gaat dat argument niet op: *Schlumpf* had het alternatief om een paar maanden langer te wachten met de operatie. Volgens het EHRM kon dit gelet op haar bijzondere persoonlijke omstandigheden echter niet van haar gevergd worden. De *dissenters* bij *Schlumpf* trekken in twijfel of het leed en de frustratie van het enkele maanden langer moeten wachten, voor *Schlumpf* ondraaglijk zouden zijn geweest.³¹

10. Hoewel deze uitspraak bij eerste lezing misschien de indruk geeft dat het Hof wel zeer gedreven is geweest in het bereiken van individuele gerechtigheid, is de uitkomst in het licht van hierboven besproken Straatsburgse jurisprudentie over 'bright line rules' niet zo opmerkelijk. Het doel dat met de nationale regel nagestreefd wordt, sluit aan bij de door het Hof in *Murphy* en *Evans* gerechtvaardigd geachte doelstelling van rechtszekerheid en het voorkomen van arbitraire beslissingen. Maar de gevolgen van het doorbreken van die regel zijn niet van hetzelfde gewicht als in voornoemde zaken. Er is een groter risico op arbitraire uitkomsten wanneer twee individuele belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen (*Evans*) of wanneer godsdiensten met elkaar moeten worden vergeleken (*Murphy*), dan wanneer – op grond van een medisch oordeel – moet worden vastgesteld of bij verzekerde een duurzaam verlangen tot een geslachtsveranderende operatie bestaat. De strikte toepassing van de regel leidde in het geval van *Schlumpf* tot een voor haar disproportioneel bezwarende uitkomst.³² Ook Hendriks ziet goede redenen een soort hardheidsclausule toe te passen, maar betwijfelt of het de taak van het EHRM is om zo'n uitzondering af te dwingen. Hij meent dat deze zoektocht naar individuele gerechtigheid ten koste gaat van de rechtszekerheid en bovendien zal leiden tot een toename in het aantal zaken dat aan het EHRM zal worden voorgelegd.³³ Daar kan

27 Ook in Nederland wordt 'slechts op basis van de zorginhoudelijke criteria' bepaald of een verzekerde aanspraak maakt op vergoeding van een geslachtsveranderende operatie (artikel 14 lid 1 Zorgverzekeringswet).

28 *Van Kück t. Duitsland* (*supra* noot 21) r.o. 54.

29 Vgl. Bomhoff & Zucca (*supra* noot 4), p. 427-428.

30 *Dissenters* bij *Evans* (2006) onder 6.

31 *Dissenters* bij *Schlumpf* onder 6.

32 Hiermee is niet voldaan is aan de voorwaarde uit *Zdanoka* (zie nr. 5) dat de regel proportioneel moet zijn.

33 Hendriks in zijn noot bij EHRC 2009/35, onder 12.

tegenin worden gebracht dat juist wanneer op nationaal niveau reeds een op het individuele geval toegespitste afweging gemaakt wordt, de kans op pertinent disproportionele uitkomsten – en dus potentiële klachten in Straatsburg – kleiner is.

Tot slot

11. Deze uitspraak vormt het voorlopige sluitstuk³⁴ van een reeks Straatsburgse uitspraken aangaande transseksualiteit.³⁵ Daarin is inmiddels komen vast te staan dat transseksuelen recht hebben op juridische erkenning van hun geslachtswijziging,³⁶ dat de voorwaarde van medische noodzakelijkheid voor vergoeding van een geslachtsveranderende operatie redelijk moeten worden uitgelegd en dat daarbij een redelijke bewijslast moet worden toegepast³⁷ en dat het ontbreken van een wettelijke mogelijkheid tot het ondergaan van een geslachtsveranderende operatie een schending van artikel 8 EVRM oplevert.³⁸ Toch is de rechtspositie van transseksuelen onder de nationale wetgeving van de lidstaten van de Raad van Europa nog niet optimaal. Een Europese studie naar transseksualiteit en gezondheidszorg toont bijvoorbeeld aan dat een aanzienlijk aantal Europese landen nog niet in vergoeding van geslachtsveranderende operaties via de ziektekostenverzekering voorziet.³⁹ Uit een recent gepubliceerd rapport van het EU-Grondrechtenagentschap over homofobie en discriminatie op grond van seksuele oriëntatie in de Europese Unie⁴⁰ blijkt bovendien dat in verschillende EU-lidstaten het recht van transseksuelen op erkenning van hun nieuwe geslacht nog onvoldoende in de nationale wetgeving is vastgelegd.⁴¹ Ook op de Nederlandse wetgeving ten aanzien van de juridische erkenning van transseksualiteit wordt nog wel kritiek geuit. Zo heeft Mensenrechtencommissaris Hammarberg van de Raad van Europa in zijn meest recente rapport over Nederland aanbevolen dat de in artikel 1:28 BW Boek 1 vervatte wettelijke voorwaarde van sterilisatie en andere verplichte behandelingen voor juridische erkenning van iemands genderidentiteit geschrapt zou moeten worden.⁴² Het kabinet heeft aangekondigd dat thans een adviesaanvraag aan onafhankelijke organen wordt voorbereid inzake een herziening van deze wettelijke voorwaarde,

34 Bij persbericht van 25 juni 2009 maakte het EHRM bekend dat het verzoek om verwijzing van *Schlumpf* naar de Grote Kamer is afgewezen.

35 O.a. EHRM 27 september 1990, *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 18034/84, NJ 1995/678 (m.nt. Alkema); EHRM 25 maart 1992, *B. t. Frankrijk*, appl. no. 13343/87, NJ 1995/679 (m.nt. Alkema), NJCM-Bulletin 1993, p. 74 (m.nt. Zwaak); *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* (supra noot 2); EHRM 11 juli 2002 (GK), *I. t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 25680/94; *Van Kück t. Duitsland* (supra noot 21) en EHRM 11 september 2007, *L. t. Litouwen*, appl. no. 27527/03, EHRC 2007/103.

36 *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* (supra noot 2).

37 *Van Kück t. Duitsland* (supra noot 21).

38 *L. t. Litouwen* (supra noot 35).

39 S. Whittle, L. Turner, R. Combs & S. Rhodes, *Transgender EuroStudy: Legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care*, Brussel: ILGA-Europe April 2008, p. 25-26 en p. 54-56.

40 European Union Agency for Human Rights, *Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation in the EU Member States, Part I – Legal Analysis*, 2008, online beschikbaar op: http://fra.europa.eu/fraWebsite/material/pub/comparativestudy/FRA_hdgso_part1_en.pdf.

41 Zo concludeert het rapport dat wetgeving van Ierland, Luxemburg, Letland en Malta aangaande juridische erkenning van transseksuelen mogelijk in strijd is met het EVRM. *Idem*, p. 132-133.

42 Aanbeveling 32 in het Rapport van de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, Thomas Hammarberg, naar aanleiding van zijn bezoek aan Nederland van 21–25 september 2008, CommDH(2009)2. Zie ook *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 700 V, nr. 85.

waarbij de aanbeveling van de Mensenrechtencommissaris in overweging wordt genomen.⁴³ Binnen Europa bestaat geen consensus over deze kwestie,⁴⁴ hetgeen een mogelijke toekomstige uitspraak van het EHRM over de verenigbaarheid van deze sterilisatieverplichting met artikel 8 EVRM des te interessanter maakt.

⁴³ *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 V, nr. 95.

⁴⁴ Ook in Belgische en Duitse wetgeving is een sterilisatieverplichting opgenomen. In Finland, Hongarije, Spanje en het Verenigd Koninkrijk is daarentegen überhaupt geen hormonale behandeling of sekseveranderende operatie nodig om als van het andere geslacht in het geboorteregister te worden geregistreerd. European Union Agency for Human Rights (*supra* noot 40) p. 133-134.