# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 10. juni 2003 [1]

## Indledning

1. K.B., som er en kvindelig britisk arbejdstager, ønsker at hendes partner R., som har gennemgået en kønsskifteoperation fra kvinde til mand, til sin tid kan oppebære den enkemandspension, han ville have ret til som efterlevende ægtefælle. Efter Det Forenede Kongeriges lovgivning kan en transseksuel imidlertid ikke indgå ægteskab i overensstemmelse med sit nye køn.

2. Sagsøgeren i hovedsagen mener sig udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår løn. En sådan påstand kan måske finde støtte i direktiv 75/117/EØF [2], selv om den påståede forskelsbehandling ikke umiddelbart skyldes hendes eller hendes partners køn, men de nationale civilretlige regler vedrørende fastsættelse af en persons køn: I Det Forenede Kongerige er det ikke muligt at få rettet indførelser i et register efter en kønsskifteoperation, således at der ville kunne indgås et — nødvendigvis — heteroseksuelt ægteskab. Fællesskabet savner ganske vist kompetence inden for dette område, men hvis det antages, at de britiske regler udgør en tilsidesættelse af en grundlæggende rettighed, kan man ikke uden videre se bort fra dette.

3. Sagen er kun af midlertidig interesse, idet det må forventes, at Det Forenede Kongerige inden for nogle måneder vil vedtage lovændringer, der vil løse det tilgrundliggende problem — nemlig at transseksuelle ikke kan indgå ægteskab.

## De faktiske omstændigheder

4. K.B., der er sagsøger i hovedsagen, arbejdede fra 1976 til 1996 for National Health Service (herefter »NHS«), som er den britiske myndighed, der har ansvaret

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Rådets direktiv af 10.2.1975 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om gennemførelse af princippet om lige løn til mænd og kvinder (EFT L 45, s. 19, herefter »direktiv 75/117«).

for de offentlige sundhedsydelser. I disse 20 år betalte hun bidrag til NHS's pensionsordning og optjente bl.a. ret til en årlig pensionsydelse på 5 375,86 GBP.

I henhold til NHS's pensionsordning tildeles den tilsluttedes efterlevende ægtefælle efterladtepension. Ved »ægtefælle« forstås alene en person, med hvem den tilsluttede har indgået ægteskab.

5. R, der er født som kvinde og indført i folkeregisteret som sådan, led af kønsdysfori. Efter at have gennemgået en kønsskifteoperation indtog hun rollen som mand i forhold til både K.B. og omverdenen. R. og K.B. har haft et forhold til hinanden og levet sammen i mange år. Havde det været muligt, ville de have giftet sig, men de gik med rette ud fra, at loven forhindrede dem i at gøre dette.

6. Eftersom de ikke har ret til at gifte sig, vil R. ikke kunne oppebære enkemandspension i tilfælde af, at hans samleverske dør først.

7. K.B. indbragte derfor sagen for Employment Tribunal, idet hun gjorde gældende, at NHS's afslag på til sin tid at lade R. oppebære enkemandspension udgør en forskelsbehandling på grundlag af køn, der i lyset af Domstolens praksis, herunder særlig dommen af 30. april 1996 i sagen P. mod S.[3], er i strid med bestemmelserne i artikel 141 EF og med direktiv 75/117. Ifølge K.B. kan der af disse bestemmelser udledes et krav om, at begrebet »enkemand« i en sådan sammenhæng må fortolkes således, at det ligeledes omfatter en efterlevende partner, som ville have opnået denne status, hvis vedkommendes køn ikke var resultatet af en kønsskifteoperation.

8. De sagsøgte i hovedsagen — som er den myndighed, der forvalter NHS's pensionsordning (NHS Pensions Agency), og sundhedsministeren (Secretary of State for Health) — har gjort gældende, at sagsøgerens påstand ikke tager hensyn til dommen af 17. februar 1998, Grant[4], hvoraf det fremgår, at en ansats partner af samme køn ikke har ret til de samme fordele vedrørende transportmidler som en partner af modsat køn. Desuden tages der heller ikke hensyn til, at selv om Domstolen i dommen i sagen P. mod S. fastslog, at forskelsbehandling af en transseksuel på grundlag af kønsskifte opnået ved operation er i strid med lighedsprincippet, tillagde den ikke en sådan person alle de rettigheder, der følger af hans eller hendes nye køn.

9. Employment Tribunal og Employment Appeal Tribunal, hvortil sagen blev appel-

3 — Sag C-13/94, Sml. I, s. 2143 (herefter »dommen i sagen P. mod S.«).

4 — Sag C-249/96, Sml. I, s. 621.

leret, gav de indstævnte medhold. Herefter blev sagen indbragt for Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), som har forelagt den for Domstolen til præjudiciel afgørelse.

## Retsforhandlingerne ved Domstolen

10. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse indgik til Domstolens Justitskontor den 15. marts 2001.

11. Efter at der var indgivet skriftlige indlæg af K.B., af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen, blev der afholdt offentligt retsmøde den 23. april 2002.

12. Den 11. juli 2002 afsagde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol dom i sagen Goodwin mod Det Forenede Kongerige og i sagen I. mod Det Forenede Kongerige. Disse domme er udtryk for en ændring af tidligere praksis, idet det fastslås, at det forhold, at transseksuelle i Det Forenede Kongerige ikke har mulighed for at gifte sig i overensstemmelse med deres nye køn, er i strid med den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder. I lyset af dette spurgte Domstolens justitssekretær den forelæggende ret, om en præjudiciel afgørelse fra Domstolen fortsat var nødvendig.

13. Ved skrivelse af 4. oktober 2002 meddelte Court of Appeal Domstolen, at retten i henhold til national ret var forpligtet til at indkalde parterne, før den tog stilling til, om det var relevant at fortsætte den præjudicielle procedure.

14. Den 5. marts 2003 meddelte den forelæggende ret, at den fortsat fandt en besvarelse af spørgsmålet nødvendig, idet dommen i sagen Goodwin mod Det Forenede Kongerige drejede sig om andre forhold end de i hovedsagen foreliggende. Retten tilføjede, at snarlige ændringer i lovgivningen eller retspraksis kunne løse problemet i hovedsagen uden en afgørelse fra Domstolen.

## De relevante nationale retsregler

15. Ifølge Sex Discrimination Act 1975 (lov om forskelsbehandling på grundlag af køn) må en arbejdsgiver ikke udøve nogen form for direkte forskelsbehandling ved at behandle en person af det ene køn mindre fordelagtigt end en person af det modsatte køn. Loven forbyder også indirekte forskelsbehandling på grundlag af køn, der i loven defineres som anvendelsen af ensartede betingelser eller krav på begge køn, der har en uforholdsmæssig og uberettiget negativ virkning for det ene køn.

16. Foranlediget af dommen i sagen P. mod S.[5] vedtog Det Forenede Kongerige Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999 (bekendtgørelse om forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med kønsskifte). Herved blev Sex Discrimination Act 1975 ændret således, at den også omfatter direkte forskelsbehandling som følge af, at en arbejdstager har undergået en kønsskifteoperation. Lovgivningen om ligebehandling hvad angår løn (Equal Pay Act 1970) og pension (Pensions Act 1995) blev dog ikke ændret.

I de nye bestemmelser defineres kønsskifte som »en proces, som foregår under lægelig kontrol med det formål at ændre en persons køn ved at ændre på fysiologiske og andre kønsspecifikke karakteristika«.

I forarbejderne til de nye regler anføres det, at »5 000 mennesker i Det Forenede Kongerige menes at være transseksuelle. Den medicinske behandling, der udføres med det formål at ændre transseksuelles fysik, så den bringes i overensstemmelse med deres kønsidentitet, udføres med gode resultater. Processen betegnes lægefagligt som kønsskifte«.

17. NHS's pensionsordning foreskriver, at der skal udbetales pension til enken eller enkemanden efter en ansat i NHS. Opnåelse af status som enke eller enkemand forudsætter, at den pågældende er efterlevende ægtefælle.

18. I engelsk ret er ægteskab defineret som en frivillig forbindelse mellem en mand og en kvinde. I overensstemmelse med den retspraksis, som High Court (England & Wales) fastlagde i 1971 i Corbett-sagen[6], skal en persons køn i denne forbindelse bestemmes på grundlag af overensstemmende resultater vedrørende kromosomer, kønskirtler og kønsorganer, og der kan ikke tages hensyn til et kirurgisk indgreb.

19. Desuden er det i section 11(c) i Matrimonial Causes Act 1973 (ægteskabsloven) fastsat, at et ægteskab, der indgås mellem to personer, der ikke er henholdsvis mand og kvinde, er ugyldigt.

20. I dommen af 10. april 2003 i Bellinger-sagen[7] fandt House of Lords, at en begæring om anerkendelse af gyldigheden af et ægteskab, som en transseksuel havde indgået i overensstemmelse med sit nye køn, ikke kunne imødekommes. House of Lords var af den opfattelse, at der efter engelsk ret ikke var knyttet nogen særlig retsvirkning til et kønsskifte. Hvad angår section 11(c) i

5 — Nævnt i fodnote 3.

6 — Probate Reports 1971, s. 83.

7 — (2003) UKHL 21.

Matrimonial Causes Act fastslog House of Lords imidlertid, at denne bestemmelse er uforenelig med den europæiske menneskerettighedskonvention i betydningen i section 4(2) i Human Rights Act 1998 (lov om gennemførelse af konventionen i national ret). Hensigten hermed var at tilskynde regeringen til hurtigst muligt at træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at bringe uforeneligheden til ophør [8].

## Fællesskabsbestemmelserne

21. I artikel 141 EF fastslås princippet om lige løn til mænd og kvinder for samme arbejde eller arbejde af samme værdi (stk. 1). Ved løn forstås ikke alene den almindelige løn, men også alle andre ydelser, som arbejdstageren som følge af arbejdsforholdet modtager fra arbejdsgiveren direkte eller indirekte i penge eller naturalier (stk. 2).

22. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 75/117 [9] bestemmer, at princippet om lige løn til mænd og kvinder indebærer, at for samme arbejde eller for arbejde, som tillægges samme værdi, afskaffes enhver forskelsbehandling med hensyn til køn for så vidt angår alle lønelementer og lønvilkår. I henhold til artikel 3 i samme direktiv skal medlemsstaterne afskaffe sådan forskelsbehandling mellem mænd og kvinder, som følger af en administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse, og som er i strid med ligelønsprincippet. I artikel 4 bestemmes det, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger til, at de bestemmelser i kollektive overenskomster, lønskalaer eller lønaftaler eller i individuelle arbejdskontrakter, der er i strid med ligelønsprincippet, anses som ugyldige, kan erklæres ugyldige eller ændres.

23. Efter Domstolens faste praksis omfatter begrebet løn, som det er defineret i artikel 141 EF, ikke sociale sikringsordninger eller -ydelser, navnlig alderspension, som direkte er reguleret ved lov [10]. Begrebet omfatter derimod ydelser, der udbetales i henhold til en pensionsordning, som i det væsentlige beror på pensionsmodtagerens arbejdsforhold, idet disse er knyttet til lønnen [11]. Ved vurderingen af, om en arbejdsophørspension henhører under anvendelsesområdet for artikel 141 EF, er det afgørende kriterium eksistensen af en forbindelse

8 — House of Lords fandt det ikke muligt at fortolke den omtvistede bestemmelse på en måde, der er i overensstemmelse med konventionen, således som det bestemmes i section 3(1) i Human Rights Act.

9 — Jf. fodnote 2.

10 — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889, præmis 22, af 28.9.1994, sag C-7/93, Beune, Sml. I, s. 4471, præmis 44, og af 25.5.2000, sag C-50/99, Podesta, Sml. I. s. 4039, præmis 24.

11 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607, præmis 22, Barber-dommen, præmis 28, Beune-dommen, præmis 46, dom af 10.2.2000, forenede sager C-234/96 og C-235/96, Deutsche Telekom, Sml. I, s. 799, præmis 32, og Podesta-dommen, præmis 25.

mellem arbejdsforholdet og pensionsydelsen, hvorimod de strukturelle elementer i ordningen ikke har afgørende betydning [12].

24. Domstolen har ligeledes fastslået, at en efterladtepension, der er undergivet de samme betingelser, er omfattet af artikel 141 EF. Domstolen har i denne forbindelse præciseret, at denne fortolkning ikke afsvækkes af, at enke(mands)pensionen pr. definition ikke udbetales til arbejdstageren, men til den efterladte, idet en sådan ydelse er en fordel, som udspringer af, at den efterladtes ægtefælle var tilsluttet ordningen, således at den efterladte erhverver retten til pensionen som led i arbejdsforholdet mellem arbejdsgiveren og ægtefællen, og pensionen udbetales til den efterladte som følge af ægtefællens arbejdsforhold [13]. Den efterlevende ægtefælle kan påberåbe sig artikel 141 EF med henblik på, at det fastslås, at den pågældendes ret til ydelser også omfatter udbetaling af en efterladtepension [14].

## Transseksuelles ret til at indgå ægteskab

25. En transseksuel er i retsmedicinsk forstand en person, der udviser et køns genotypiske og fænotypiske træk, men som føler et stærkt tilhørsforhold til det modsatte køn, idet den pågældende forsøger at se ud som og opføre sig som en person af dette køn. Personen ønsker i alle henseender og for enhver pris at blive accepteret som tilhørende dette køn. Transseksualitet defineres således som en tilstand, hvor en patients anatomiske (gonadale) eller biologiske (kromosomale) køn ikke er sammenfaldende med hans eller hendes psykologiske køn [15].

12 — Dom af 12.9.2002, sag C-351/00, Niemi, Sml. I, s. 7007, præmis 45.

13 — Dom af 6.10.1993, sag C-109/91, Ten Oever, Sml. I, s. 4879, præmis 12 og 13, og af 17.4.1997, sag C-147/95, Evrenopoulos, Sml. I, s. 2057, præmis 22.

14 — Dom af 28.9.1994, sag C-200/91, Coloroll Pension Trustees, Sml. I, s. 4389, præmis 19.

15 — Tilstanden har eksisteret til alle tider og er blevet forstået bedre i de primitive kulturer, som ikke er blevet påvirket af kristendommen. For eksempel beskriver M. Vargas Llosa i *El Paraíso en la otra esquina* (forlaget Alfaguara, Madrid, 2003, s. 67 og 68 og s. 435 og 436) tendensen hos maorierne i forbindelse med sin beretning om maleren Paul Gaugins oplevelser i Tahiti. Før de medicinske og kirurgiske fremskridt i anden halvdel af det tyvende århundrede måtte kvinder, der følte sig som mænd, benytte sig af indviklede tricks og kaste sig ud i vanskelige forehavender, som oftest beredte dem en ulykkelig skæbne. Henri Estienne beretter i 1566 om, hvordan en kvinde i Fontaines forklædte sig og arbejdede som stalddreng. Hun giftede sig tilmed med en kvinde, som hun levede lykkeligt sammen med i to år, indtil den genstand, som hun benyttede til at opfylde sine ægteskabelige pligter med, blev opdaget. Hun blev arresteret og levende brændt.

I det syttende århundrede var der kvinder, der blev sørøvere, som f.eks. Anne Bonney og Mary Read og den franske kvinde Geneviève Premoy, der gik under navnet ridder Balthazar, og som Ludvig 14. hædrede med Ludvig den Helliges orden. Mange kvinder blev soldater eller sømænd. Det fremgår af de efterfølgende retssager, at nogle af disse kvinder erklærede, at deres handlemåde var forudbestemt af Gud, at deres fædre ved deres fødsel havde regnet med at få en dreng, og at de — selv om de så ud som kvinder — i virkeligheden var mænd.

Frygten for at blive afsløret drev disse kvinder ud i selvmord. I 1765 vendte Catharine Rosenbrock efter at have arbejdet 12 år som sømand og soldat i Holland tilbage til sit hjem i Hamborg, hvor hendes mor anklagede hende for at have fornægtet sit kvindelige køn. Hun blev arresteret for usædelig opførsel og forsøgte at tage sit eget liv.

Mlle de Maupin var en af fransk teaters mest berømte skuespillerinder i det syttende århundrede. Hun fejrede store triumfer i mandlige roller i operaen i Paris. Under en turné tog hun til Marseille for at forføre en pige fra byen, men da hendes identitet blev afsløret, blev hun fængslet og dømt til døden. På grund af hendes popularitet og folkestemningen blev dommen dog omstødt. Hun fortsatte med at klæde sig som en mand, men fra da af besluttede myndighederne at se gennem fingre med hendes eventyr. C. Spencer omtaler i *Histoire de l'homosexualité*, forlaget Le Pré aux Clercs, oversat af D. Sulmon, Paris, 1998, s. 232 ff., nogle af disse tilfælde.

Den transseksuelles stærke ønske om anerkendelse, også juridisk, af sit tilhørsforhold til det andet køn kommer til udtryk ved viljen til at underkaste sig hormonel behandling for at ændre de sekundære kønskarakterer og kirurgiske indgreb, der gennem fjernelse og rekonstruktion af kønsorganerne indebærer en omdannelse af disse. Kromosomstrukturen ændres ikke, og det såkaldte biologiske køn forbliver derfor det samme [16].

Transseksualitet adskiller sig klart fra de forskellige tilstande, der har at gøre med den seksuelle orientering (heteroseksualitet, homoseksualitet eller biseksualitet), og hvor individet fuldstændigt accepterer sit køn, men hvor eventuelle problemer grundlæggende opstår på det følelsesmæssige plan, og fra transvestisme, der betegner den tilstand, at en person opnår seksuel tilfredsstillelse ved at iklæde sig det andet køns tøj.

26. Det skal præciseres, at det i princippet er den manglende mulighed for at ændre oplysningerne i folkeregisteret i overensstemmelse med kønsskiftet, der forhindrer transseksuelle i at gifte sig, men det er et faktum, at deres ret til at indgå ægteskab herved begrænses i mangel af almindelig anerkendelse af forhold mellem personer af samme køn. For kortheds og nøjagtigheds skyld skal jeg derfor behandle spørgsmålet alene med udgangspunkt i transseksuelles ret til at indgå ægteskab og ikke fortabe mig i de specifikke tekniske hindringer for denne ret.

27. De transseksuelles ønske om at indgå ægteskab i overensstemmelse med den seksuelle identitet, der følger af deres nye køn [17], har på det juridiske plan afsat sig spor i såvel medlemsstaternes lovgivning og administrative praksis som i retspraksis ved især Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Denne baggrund er af fundamental betydning for Domstolens bedømmelse, for så vidt som der kan udledes et almindeligt fællesskabsretligt princip af en fælles forfatningsmæssig tradition i EU-medlemsstaterne eller retningslinjer i et internationalt instrument vedrørende beskyttelse af menneskerettigheder, som er ratificeret af alle medlemsstaterne.

28. En komparativ undersøgelse af den eksisterende retlige situation viser, at ægteskab mellem transseksuelle i overensstemmelse med deres nye køn er almindeligt accepteret. Der er gennem direkte indgreb

16 — Jf. dom afsagt af Corte costituzionale (den italienske forfatningsdomstol) den 6.5.1985 (GURI nr. 131a af 5.6.1985), præmis 3. Jf. i samme retning House of Lords' dom i Bellinger-sagen, fodnote 7, præmis 7-9.

17 — I det følgende taler jeg konsekvent om et hypotetisk ægteskab mellem personer af forskelligt køn, hvor den enes køn er resultatet af et kønsskifte. Der er ikke noget til hinder for, at transseksuelle i Det Forenede Kongerige indgår ægteskab med en person af det modsatte biologiske køn.

fra lovgivers side (Tyskland[18], Grækenland[19], Italien[20], Nederlandene[21] og Sverige[22]), gennem administrativ praksis (Østrig[23] og Danmark[24]) eller ved retspraksis (Belgien[25], Spanien[26], Finland[27], Frankrig[28], Luxembourg[29] og Portugal[30]) åbnet mulighed for rettelse af indførelser i registre, således at transseksuelle kan gifte sig.

Det er tilsyneladende kun den irske retsorden og Det Forenede Kongeriges retsorden, der går imod denne generelle tendens, men det forhindrer ikke, at der tegner sig et billede af en tilstrækkeligt ensartet juridisk tradition, hvoraf der kan udledes et almindeligt fællesskabsretligt princip.

18 — § 8-12 i Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen — Transsexuellengesetz.

19 — Artikel 14 i lov nr. 2503/1977 om civilstand (FEK A' 107/1997).

20 — Artikel 1 i lov nr. 164 af 14.4.1982, Norme in materia de rettificazione di sesso (lov om kønsskifte).

21 — Artikel 28-28C i Burgerlijk Wetboek (civillovbogen).

22 — Lag 1972/119 om fastställande av könstillhörhet (lov om fastsættelse af kønstilhørsforhold).

23 — »Transsexuellen-Erlass« des Bundesministeriums für Inneres (cirkulære fra indenrigsministeren af 27.11.1996 (36.250/66-IV/4/96)).

24 — Cirkulæreskrivelse nr. 12003 af 10.11.1976 om ændring af fødselstilførsler som følge af kønsskifte.

25 — Jf. f.eks. dom afsagt den 19.2.1996 af Tribunal de première instance de Verviers (belgisk førsteinstansret) og dom afsagt den 27.1.1999 af Hof van Beroep (belgisk appelret) i Antwerpen.

26 — Jf. f.eks. dom afsagt den 11.2.1994 af Audiencia Provincial i Barcelona (spansk provinsdomstol) og dom afsagt den 21.9.1999 af Juzgado de primera instancia (spansk førsteinstansret) i Lérida.

27 — Dom afsagt af Korkein Hallinto Oikeus (øverste forvaltningsdomstol i Finland), 1988-A-46.

28 — Plenumdom afsagt den 11.12.1992 af Cour de cassation (fransk kassationsdomstol).

29 — Domme afsagt den 28.1.1987 og den 31.5.1989 af Tribunal administratif (luxembourgsk forvaltningsdomstol), første afdeling.

30 — Jf. f.eks. dom afsagt den 9.11.1993 af Tribunal da Relação (portugisisk appelret) i Lissabon.

29. Under alle omstændigheder er tvivlen endnu mindre hvad angår de retningslinjer, der findes i konventionen.

30. I henhold til konventionens artikel 8, stk. 1, har »enhver [...] ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance«. Ethvert indgreb i udøvelsen af denne ret skal — for at være gyldigt — ske i overensstemmelse med loven, forfølge et lovligt formål og være nødvendigt i et demokratisk samfund (stk. 2).

Desuden bestemmes det i konventionens artikel 12, at »[g]iftefærdige mænd og kvinder har ret til at indgå ægteskab og stifte familie i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret«.

31. Efter at der var blevet anlagt en række sager af især britiske transseksuelle, der under påberåbelse af artikel 8 og 12 krævede anerkendelse af deres ret til at indgå ægteskab i overensstemmelse med deres nye køn, fastslog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i dom af 17. oktober 1986 i sagen Rees mod Det Forenede Kongerige[31], at det *foreløbigt* må overlades til den sagsøgte stat at afgøre,

31 — Series A, nr. 156.

i hvilket omfang de transseksuelles krav kan imødekommes, og at behovet for retlige foranstaltninger løbende skal undersøges under hensyn til de videnskabelige fremskridt og samfundsudviklingen [32].

I dom af 27. september 1990 i sagen Cossey mod Det Forenede Kongerige [33] og af 30. juli 1998 i sagen Sheffield og Horsham mod Det Forenede Kongerige [34] bekræftede Menneskerettighedsdomstolen, at staterne har vide skønsbeføjelser inden for området. I dommen i sagen Sheffield og Horsham mod Det Forenede Kongerige bemærkede domstolen, at transseksualitet fortsat giver anledning til komplekse videnskabelige, juridiske, moralske og sociale problemer, og at der ikke findes nogen almindeligt accepteret løsning på disse i de kontraherende stater [35].

32. Dette var situationen på tidspunktet for hovedsagens anlæggelse og på tidspunktet for forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål i sagen, og denne situation forblev uændret til efter afholdelsen af det offentlige retsmøde den 23. april 2002.

33. Den 11. juli 2002 afsagde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols plenum dom i sagen Goodwin mod Det Forenede Kongerige [36], hvorved retspraksis blev ændret radikalt.

34. Menneskerettighedsdomstolen gennemgik den tidligere retspraksis og den retlige og sociale udvikling og fastslog herefter enstemmigt og i meget kraftige vendinger, at den sagsøgte regering ikke længere kunne gøre gældende, at spørgsmålet faldt inden for rammerne af dens skøn, undtagen hvad angår de nødvendige foranstaltninger til at sikre anerkendelsen af den ved konventionen beskyttede rettighed. Der fandtes ikke at være nogen væsentlige offentlige interesser, der opvejede klagerens interesse i at opnå juridisk anerkendelse af sit nye køn, og domstolen konkluderede derfor, at den rimelige afvejning, der er central i konventionen, nu faldt ud til klagerens fordel. Der var følgelig gjort indgreb i den pågældendes ret til respekt for privatlivet i strid med konventionens artikel 8 [37].

35. Hvad angår artikel 12 fandt Menneskerettighedsdomstolen det søgt at hævde, at personer, der har undergået en kønsskifteoperation, ikke er frataget retten til at indgå ægteskab, eftersom de i overensstemmelse med loven kan gifte sig med en person af det modsatte køn i forhold til

32 — Dommens præmis 47. Officiel oversættelse til dansk foreligger ikke. Fremhævet her.

33 — Series A, nr. 256.

34 — *Report of Judgments and Decisions* 1998-V, s. 2021.

35 — Dommens præmis 58.

36 — *Report of Judgments and Decisions 56/88*. Jf. ligeledes den lignende dom af samme dato i sagen I. mod Det Forenede Kongerige (*Report of Judgments and Decisions 35/56*).

37 — Dommen i sagen Goodwin mod Det Forenede Kongerige, præmis 93.

deres tidligere køn. Domstolen anerkendte, at dette ikke var muligt for klageren, der levede som kvinde og havde et forhold til en mand, som hun ønskede at gifte sig med [38]. Domstolen tilføjede, at det ganske vist tilkommer den kontraherende stat at fastsætte, f.eks. hvilke betingelser en transseksuel, der søger anerkendelse af sin nye seksuelle identitet, skal opfylde for at bevise, at kønsskiftet er en realitet, på hvilke betingelser et tidligere ægteskab bliver ugyldigt, og tilmed de formaliteter, der gælder for et nyt ægteskab (f.eks. vedrørende oplysninger, som den kommende ægtefælle skal have), men den fandt det ikke begrundet, at transseksuelle under alle omstændigheder nægtes retten til at gifte sig [39]. Domstolen konkluderede derfor enstemmigt, at også konventionens artikel 12 var blevet tilsidesat.

## Det præjudicielle spørgsmål

36. Ved kendelse af 14. december 2000 har Court of Appeal anmodet Domstolen om at besvare følgende spørgsmål:

»Foreligger der forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med artikel 141 EF og Rådets direktiv 75/117/EØF af 10. februar 1975, såfremt en partner til et kvindeligt medlem af National Health Service Pension Scheme — der bestemmer, at kun medlemmets efterlevende mand kan gøre krav på efterlevelsesydelsen — udelukkes fra National Health Service Pension Scheme, idet partneren har skiftet køn fra kvinde til mand?«

37. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Court of Appeals tvivl vedrører følgende punkter:

a) Domstolens afgørelser i sagen P. mod S. og i Grant-sagen er entydige, men det samme er ikke tilfældet for de omstændigheder, der adskiller dem: Hvis det afgørende er, at en afvisning af at indrømme ydelser til homoseksuelle partnere ikke skal betragtes som forskelsbehandling, i det omfang en betingelse finder anvendelse uden forskel på mænd og kvinder, må det samme gøre sig gældende for så vidt angår afvisningen af at indrømme ydelser til ugifte samlevende partnere som i den foreliggende sag. Hvis det afgørende på den anden side er, at en persons køn, som grundlag for forskelsbehandling, inkluderer seksuel identitet, men ikke seksuel orientering, må det lægges til grund, at afvisningen af at indrømme ydelsen i den aktuelle sag er begrundet direkte i den pågældendes køn, hvorfor der er tale om forskelsbehandling på grundlag af køn.

b) Hvis det antages, at artikel 14 og muligvis artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention er overtrådt, er betydningen heraf for

38 — Samme dom, præmis 101.
39 — Samme dom, præmis 103.

fortolkningen af udtrykket »enkemand« usikker. Hvis begrebet familieliv indbefatter det, at den erhvervsaktive part søger at sikre den efterlevende part økonomisk, og hvis begrebet privatliv inkluderer det at undgå en nærmere undersøgelse af en persons biologiske karakter, kan det hævdes, at respekten for begge dele uretmæssigt er blevet nægtet K, eller indrømmet denne i mindre omfang som følge af, at man har afskåret efterlevende transseksuelle partnere fra at opnå de pågældende pensionsydelser. Hvis dette argument tages til følge, må overensstemmelsen med artikel 141 EF og direktiv 75/117 overvejes.

38. Efter den forelæggende rets opfattelse er der ikke tale om indirekte forskelsbehandling, eftersom der ikke er grund til at antage, at mænd og kvinder, der lever i et forhold med en transseksuel partner, påvirkes forskelligt af ægteskabskravet; at støtte sig på et argument om, at kravet har ulige virkning for transseksuelle personer, ville være ensbetydende med, at man uretmæssigt behandlede dem som et tredje køn.

39. Retten er derimod i tvivl om fortolkningen af artikel 2, stk. 1, i direktiv 76/207/EØF, hvorefter der ikke må finde forskelsbehandling sted »på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«. Denne bestemmelse synes at begrænse anvendelsen af kriteriet ægteskabelig stilling til kun at vedrøre indirekte forskelsbehandling. Hvis ægteskabskravet håndhæves ens over for mænd og kvinder, er det imidlertid svært at se, under hvilke omstændigheder det skulle kunne få forskellig virkning for de to køn. Herefter opstår spørgsmålet, om ægteskabelig eller familiemæssig stilling efter direktivet skal sidestilles med køn ved prøvelsen af, om der er tale om direkte forskelsbehandling, eller om begreberne skal betragtes som indeholdende et kønsneutralt krav, men med forskellig virkning, i forbindelse med prøvelsen af, om der er tale om uretmæssig indirekte forskelsbehandling.

**Stillingtagen til det præjudicielle spørgsmål**

40. Alle de parter, der har udtalt sig om spørgsmålet, er af den opfattelse, at den omtvistede enke(mands)pension udgør et lønelement i artikel 141 EF's forstand. Der er ingen grund til ikke at tilslutte sig denne konstatering.

I henhold til fast retspraksis omfatter begrebet løn ydelser, der udbetales i henhold til en pensionsordning, som beror på

pensionsmodtagerens arbejdsforhold [40]. Det samme gælder for enke(mands)pensioner, der er undergivet samme betingelse [41].

Det fremgår af sagens akter, at den pension, der udbetales af NHS, beregnes på grundlag af arbejdstagerens arbejdsforhold, herunder særligt hendes løn, og det må derfor antages, at den er knyttet til hendes løn.

41. Jeg er også enig i, at det ikke er begrundet at bedømme de former for forskelsbehandling, der er forbudt i henhold til direktiv 76/207/EØF [42], anderledes end forskelsbehandling med hensyn til løn, som er omfattet af direktiv 75/117. En sådan ensartet fortolkning er tilrådelig, dels fordi artikel 141 EF ikke indfører forskellige beskyttelsesordninger, dels fordi der er store ligheder mellem de to direktiver hvad angår ordlyd og formål.

42. Sagsøgeren i hovedsagen og den forelæggende ret er ikke helt enige om, hvad det præjudicielle spørgsmål drejer sig om.

43. Ifølge K.B. vedrører sagen hverken transseksuelles ret til at indgå ægteskab, der ikke henhører under Fællesskabernes kompetence, eller den forskelsbehandling, som par af samme køn udsættes for på grund af deres seksuelle orientering, eftersom der i det foreliggende tilfælde i alle henseender er tale om et forhold mellem en mand og en kvinde. Efter K.B.'s opfattelse bør Domstolen derfor anvende retspraksis fra dommen i sagen P. mod S., hvorefter fællesskabsretten [43] er »til hinder for afskedigelse af en transseksuel på grundlag af den pågældendes kønsskifte« [44], idet udtrykket »afskedigelse af en transseksuel« blot skal erstattes af »afvisning af at tildele en transseksuel pension«.

Som sagsøgeren i hovedsagen understregede under retsmødet, søger hun altså ikke anerkendelse af transseksuelles ret til at indgå ægteskab, men alene af retten til, at deres parforhold betragtes som et ægteskab med henblik på tildeling af økonomiske ydelser.

44. Court of Appeal udtrykker i forelæggelseskendelsen tvivl om det kriterium, der anvendes i dommen i sagen P. mod S. og i Grant-dommen, nemlig om det afgørende

40 — Jf. punkt 23.

41 — Jf. punkt 24.

42 — Rådets direktiv af 9.2.1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (EFT L 39, s. 40).

43 — Nærmere bestemt direktiv 76/207 (ligebehandlingsdirektivet), men som anført er der ingen grund til ikke at anvende denne retspraksis i relation til ligelønsdirektivet.

44 — Domskonklusionen.

er, at en betingelse finder anvendelse uden forskel på mænd og kvinder, eller at en persons køn, som grundlag for uacceptabel forskelsbehandling, inkluderer seksuel identitet, men ikke seksuel orientering. Den forelæggende ret spørger også, om afvisningen af at udbetale efterladtepension eventuelt kan skade de rettigheder for transseksuelle, der følger af artikel 8 og 14 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Retten er endelig i tvivl om, hvorvidt begrebet »ægteskabelig eller familiemæssig stilling« i ligebehandlingsdirektivets artikel 2, stk. 1, skal sidestilles med »køn«, eller om der blot er tale om en omstændighed i forbindelse med prøvelsen af, om der er tale om uretmæssig indirekte forskelsbehandling.

Court of Appeal afviser, at der kan være tale om indirekte forskelsbehandling, idet dette ville være ensbetydende med, at man uretmæssigt behandlede transseksuelle som et tredje køn.

45. Jeg skal blot påpege, at det af den forelæggende rets begrundelse i hvert fald kan udledes, at den ikke udelukker, at problemstillingen i sagen handler om de transseksuelles manglende mulighed for at indgå ægteskab som direkte forskelsbehandling på grundlag af køn.

46. Således som det præjudicielle spørgsmål er formuleret, beror afgørelsen af, om der i sagen her foreligger en forskelsbehandling, der er i strid med artikel 141 EF og direktiv 75/117, i praksis på, om retspraksis fra dommen i sagen P. mod S. finder anvendelse. Herudover er det i modsætning til, hvad sagsøgeren i hovedsagen har gjort gældende, ikke helt enkelt at undlade at tage hensyn til betydningen for sagens afgørelse af problemet med de efter national ret gældende betingelser for at indgå ægteskab og nærmere bestemt den hindring for indgåelse af ægteskab, det i denne henseende indebærer, at det ikke er muligt at ændre oplysningerne i folkeregisteret efter en kønsskifteoperation.

47. Indledningsvis skal jeg imidlertid undersøge, om det af Domstolens praksis kan udledes, at afvisningen af at tildele en transseksuel enke(mands)pension er i strid med artikel 141 EF. Jeg holder mig således til den problemstilling, der er fremlagt af sagsøgeren i hovedsagen, og som den forelæggende ret i det væsentlige er enig i.

48. I den sag, der lå til grund for dommen i sagen P. mod S., var spørgsmålet, om afskedigelsen af en transseksuel på grund af dennes kønsskifte udgjorde en forskelsbehandling, der var i strid med direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder.

49. Domstolen bemærkede, at princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke

finder nogen forskelsbehandling sted *på grundlag af køn*, og dette princip er således udtryk for den grundlæggende ret til ligebehandling, som Domstolen skal sikre overholdes [45].

På grundlag heraf konkluderede Domstolen, at direktivets anvendelsesområde ikke skal indskrænkes til blot at omfatte forskelsbehandling, som følger af, at den pågældende tilhører det ene eller det andet køn, men også omfatter den forskelsbehandling, der udspringer af den pågældendes kønsskifte. *En sådan forskelsbehandling finder nemlig væsentligst, hvis ikke udelukkende, sted på grundlag af den pågældendes køn.* Når en person således afskediges med den begrundelse, at den pågældende har til hensigt at gennemgå eller har gennemgået et kønsskifte, udsættes vedkommende for en behandling, som er mindre gunstig set i forhold til personer af det køn, som vedkommende ansås for at tilhøre før operationen, og som krænker den *ret til personlig værdighed og frihed*, som Domstolen skal beskytte [46].

50. Den af K.B.'s advokat fremførte argumentation bygger på den antagelse, at den ret, K.B. kræver for sin transseksuelle partner, kan udledes ved blot at erstatte udtrykket »når en person afskediges« med »når en person nægtes retten til enkemandspension«, for i begge tilfælde er der tale om rettigheder, som er indrømmet mænd og kvinder på lige vilkår, og som er beskyttet ved henholdsvis direktiv 76/207 og direktiv 75/117.

51. Jeg er enig i denne opfattelse, for så vidt som det i relation til Domstolens bedømmelse er helt og aldeles uden betydning, om den påståede ulige behandling udgøres af en afskedigelse eller en afvisning af at anerkende ret til enke(mands)pension.

52. Efter min opfattelse kan der imidlertid med rette rejses den indvending mod sagsøgeren i hovedsagens fortolkning, at afslaget på at tillægge hendes partner ret til den omtvistede pension ikke skyldes hans kønsskifte, men det forhold, at han ikke kan opfylde en af de i national ret fastsatte betingelser for, at der kan indgås et gyldigt ægteskab med den person, der er berettiget til primærpensionen, nemlig at de kommende ægtefæller har forskelligt køn. Hvis vi følger dette ræsonnement, kan det lægges til grund, at afslaget på at udbetale den omhandlede form for løn ikke er begrundet i kønsskiftet, men i det forhold, at den transseksuelle person netop *ikke har skiftet køn* i juridisk forstand, hvorfor der ikke gyldigt kan indgås ægteskab. Denne argumentation rejser uvægerligt spørgsmålet, om en sådan nægtelse af at tillægge et kønsskifte fuld retsvirkning kan forenes med retsordenens grundlæggende værdier, og parallelt hermed spørgsmålet, om hvorvidt fællesskabsretsinstanserne har kompetence til at udtale sig herom.

45 — Dommen i sagen P. mod S. (nævnt i fodnote 7), præmis 17-19.

46 — Samme dom, præmis 20-22.

53. Inden jeg viderefører denne argumentation, der ligger et stykke fra den oprindelige problemstilling bag det præjudicielle spørgsmål, skal jeg omtale en række fortilfælde med henblik på at fastslå, hvad der er Domstolens praksis inden for området. Jeg skal først se på Grant-dommen og dommen af 31. maj 2001 i sagen D og Sverige mod Rådet[47].

54. I Grant-sagen gjorde en ansat ved et jernbaneselskab gældende, at forbuddet mod forskelsbehandling i det, der dengang var EF-traktatens artikel 119 (EF-traktatens artikel 117-120 er blevet erstattet af artikel 136 EF-143 EF), var blevet tilsidesat ved, at der blev ydet rejsebegunstigelser for arbejdstageren og hans ægtefælle eller en person af modsat køn, som arbejdstageren levede med i et »fast« samlivsforhold, samtidig med at par i en tilsvarende situation, men af samme køn, blev nægtet sådanne rejsebegunstigelser.

Domstolen afviste dette argument med en særlig forklaring. Domstolen svarede først på spørgsmålet, om en bestemmelse som den, der var omhandlet i hovedsagen, udgjorde en direkte forskelsbehandling på grundlag af arbejdstagerens køn. Herefter undersøgte den, om det er et krav i fællesskabsretten, at arbejdsgivere ligestiller faste samlivsforhold mellem to personer af samme køn med samlivsforhold mellem gifte personer eller faste samlivsforhold uden for ægteskab mellem to personer af modsat køn. Endelig undersøgte Domstolen, om en forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering er en forskelsbehandling på grundlag af arbejdstagerens køn[48].

Hvad angår det første af spørgsmålene nøjedes Domstolen med at fastslå, at da bestemmelsen gjaldt ens for kvindelige og mandlige arbejdstagere, kunne den ikke antages at udgøre en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn[49].

I forbindelse med det andet spørgsmål undersøgte Domstolen retsstillingen i Fællesskabet og i medlemsstaterne og i henhold til retspraksis vedrørende den europæiske menneskerettighedskonvention, og den nåede herved frem til, at faste samlivsforhold mellem to personer af samme køn ikke efter gældende ret i Fællesskabet ligestilles med forhold mellem gifte personer eller med faste samlivsforhold uden for ægteskab mellem personer af modsat køn. Følgelig er en arbejdsgiver ikke efter fællesskabsretten forpligtet til at ligestille en person, der lever i et fast samlivsforhold med en partner af samme køn, med en person, som er gift, eller som lever i et fast samlivsforhold uden

47 — Forenede sager C-122/99 P og C-125/99 P, Sml. I, s. 4319.

48 — Grant-dommen, præmis 24.

49 — Samme dom, præmis 28.

for ægteskab med en partner af modsat køn [50]. Denne fremgangsmåde kan, som jeg skal forklare senere, være til stor hjælp ved besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål.

Endelig fastslog Domstolen hvad angår det tredje spørgsmål, at forskelsbehandling på grundlag af køn ikke omfatter forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering. Domstolen var desuden af den opfattelse, at dommen i sagen P. mod S. kun vedrører tilfælde, hvor en arbejdstager har skiftet køn.

55. Det Forenede Kongeriges regering støtter sine argumenter om, at der ikke foreligger ulovlig forskelsbehandling i sagen her, på Grant-dommen. Den overfører således den ovenfor anførte tredelte begrundelse på den foreliggende sag.

Den første del af begrundelsen kan ifølge Det Forenede Kongeriges regering fuldt ud anvendes på sagen her: Ingen ugifte personer kan tildeles enke(mands)pension, uanset om de er kvinder eller mænd, og der foreligger følgelig ikke en direkte forskelsbehandling på grundlag af køn. Det er i denne forbindelse uden betydning, at hindringen består i, at arbejdstagerens partner er af samme køn, er transseksuel eller andet.

Begrundelsens anden del støtter ifølge Det Forenede Kongeriges regering også dens opfattelse, eftersom det under henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Rees mod Det Forenede Kongerige og i sagen Cossey mod Det Forenede Kongerige nævnes, at konventionens artikel 12 kun sigter til traditionelle ægteskaber mellem to personer af forskelligt biologisk køn [51]. Disse domme afspejler indholdet af den europæiske lovgivning på området.

Ifølge Det Forenede Kongeriges regering er tredje del af begrundelsen i Grant-dommen ikke relevant for K.B.

56. Grant-dommen kan ikke tages til indtægt for de argumenter, der er fremført af sagsøgeren i hovedsagen, eftersom Dom-

50 — Samme dom, præmis 35.

51 — Jf. punkt 31.

stolen afviste, at der kunne være tale om en tilsidesættelse af retten til ligebehandling af mænd og kvinder. Det er dog værd at bemærke, at Det Forenede Kongeriges regering tilsyneladende anerkender, at besvarelsen af det forelagte spørgsmål kræver, at Domstolen foretager en prøvelse af, om det er lovligt at forhindre en transseksuel i at indgå ægteskab i overensstemmelse med sit nye køn.

Det Forenede Kongeriges regering fastholder således, at de britiske bestemmelser er forenelige med konventionens artikel 8 og 14, men har gjort gældende, at en eventuel uforenelighed ikke kan få til følge, at den omtvistede bestemmelse kommer i modstrid med artikel 141 EF.

Det Forenede Kongeriges regering har herved henvist til Grant-dommens præmis 45-47, hvori det fastslås, at selv om overholdelsen af de grundlæggende rettigheder, der indgår som en integrerende del af disse generelle principper, er en betingelse for, at Fællesskabets retsakter er lovlige, kan disse rettigheder dog ikke i sig selv medføre, at de udvider anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser ud over de gældende rammer for Fællesskabernes kompetence. Betydningen af enhver bestemmelse i fællesskabsretten fastlægges under hensyn til dens ordlyd og formål samt dens plads i traktatens opbygning og den juridiske sammenhæng, den indgår i.

57. I de forenede sager D og Sverige mod Rådet havde en svensk tjenestemand i De Europæiske Fællesskaber, som levede sammen med en partner af samme køn i et registreret partnerskab efter svensk ret, anmodet om husstandstillæg, som efter vedtægten er forbeholdt gifte tjenestemænd. D gjorde gældende, at begreber som »ægtefælle« eller »gifte tjenestemænd« skal fortolkes under hensyn til de nationale retsordener og ikke selvstændigt, og at afslaget på tildeling af husstandstillæg følgelig udgjorde en forskelsbehandling på grundlag af køn.

58. Domstolen fastslog i dommen i appelsagen, at begrebet »ægteskab« ifølge den definition, som anerkendes af samtlige medlemsstater, betegner en forening af to personer af forskelligt køn; selv om det er korrekt, at der i et stigende antal medlemsstater ved siden af ægteskabet er indført lovregler, som anerkender forskellige former for forening mellem personer af samme køn eller af forskelligt køn, og at disse foreninger er blevet tillagt visse retsvirkninger, som er identiske med ægteskabets eller kan sammenlignes med disse, såvel mellem partnerne som i forhold til tredjemand, adskiller disse regler sig fra ægteskab i de pågældende medlemsstater. Følgelig er det ikke muligt for Fællesskabets retsinstanser at fortolke vedtægten for tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber på en sådan måde, at retsforhold, som ikke vedrører ægteskabet, kan sidestilles hermed [52].

52 — Dommen i sagen D og Sverige mod Rådet, præmis 35-37.

Hvad angår den påståede forskelsbehandling på grundlag af køn konstaterede Domstolen for det første, at det for tildelingen af husstandstillæg er uden betydning, om tjenestemanden er mand eller kvinde, og for det andet, at der heller ikke var tale om forskelsbehandling på grundlag af seksuel orientering, idet det heller ikke er partnerens køn — men derimod den retlige karakter af tilknytningen til tjenestemanden — der udgør betingelsen for tildeling af husstandstillægget [53]. Denne konstatering indebærer tilsyneladende, at Fællesskabets retsinstanser ikke har kompetence til at bedømme, om de efter national ret gældende betingelser for at indgå ægteskab er forenelige med de grundlæggende rettigheder. Domstolen redegjorde dog herefter for de opfattelser, der gælder på hele Fællesskabets område, og på grundlag heraf konkluderede den, at lovgivningerne er forskellige og kendetegnet ved en generel mangel på sidestilling af ægteskab med andre former for lovmæssig forening [54].

59. Heller ikke dommen i sagen D og Sverige mod Rådet støtter K.B.'s argumenter. Domstolen fastslog, som i Grant-dommen, at der ikke forelå forskelsbehandling på grundlag af køn.

60. Af mere perifer interesse for sagen her er efter min opfattelse dommen af 22. juni 2002 i Eyüp-sagen [55], som efter sagsøgeren i hovedsagens opfattelse er udtryk for fællesskabsretsinstansernes anerkendelse af, at et fast forhold mellem ikke gifte personer kan sidestilles med ægteskab.

I denne sag skulle der tages stilling til, om en udenlandsk samlever til en tyrkisk arbejdstager, der havde lovlig bopæl i en medlemsstat, kunne anses for »familiemedlem« til denne i henhold til artikel 7, stk. 1, i associeringsrådets afgørelse nr. 1/80 af 19. september 1980 om udvikling af associeringen mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet. De faktiske omstændigheder, der lå til grund for det præjudicielle spørgsmål, var specielle: I 1983 giftede Safet Eyüp sig med en tyrkisk arbejdstager, der siden 1975 havde været tilknyttet det lovlige arbejdsmarked i Østrig. I 1985 blev de skilt, men i 1993 giftede de sig igen. I denne periode fortsatte de tidligere ægtefæller med at leve sammen i Østrig, og i samme periode blev fire af parrets syv børn født. Spørgsmålet var, om denne periode skulle medtages ved beregningen af perioden med fem års lovlig bopæl, der i henhold til afgørelse nr. 1/80 giver familiemedlemmer til en tyrkisk arbejdstager adgang til arbejdsmarkedet i værtsmedlemsstaten.

53 — Samme dom, præmis 46 og 47.

54 — Samme dom, præmis 49 og 50.

55 — Sag C-65/98, Sml. I, s. 4747.

Domstolen henviste til formålet med artikel 7, stk. 1, i afgørelse nr. 1/80, nemlig faktisk familiesammenføring, og fastslog, at »[h]enset til de konkrete faktiske omstændigheder i hovedsagen, herunder navnlig det forhold, at den periode, hvor hr. og fru Eyüp levede sammen uden for ægteskab, lå mellem deres to ægteskaber«, havde de ikke afbrudt deres familiemæssige samliv, hvorfor den pågældende periode måtte tages i betragtning i sin helhed i forbindelse med beregningen af perioderne med lovlig bopæl[56].

Det fremgår klart af Domstolens detaljerede formuleringer, at den ikke ønskede, at et fast forhold mellem to personer efter fællesskabsretten skulle sidestilles med et ægteskab. Hertil kommer, at der i afgørelse nr. 1/80 henvises generelt til den tyrkiske arbejdstagers »familiemedlemmer« — et begreb med løsere grænser end »enke« og »enkemand«, der bruges i den britiske pensionsordning.

Under alle omstændigheder kan Eyüp-dommen i nogen grad kaste lys over det præjudicielle spørgsmål i sagen her, selv om det ikke er af de grunde, der er anført af sagsøgeren i hovedsagen. Det er på den ene side værd at bemærke Domstolens tilbøjelighed til at fortolke familieretlige begreber i overensstemmelse med ånden i og formålet med den bestemmelse, forelæggelsen vedrører, og på den anden side dens hensyntagen til den konkrete sags særlige omstændigheder med henblik på at træffe en rimelig afgørelse (på grundlag af ret og rimelighed). Disse faktorer skal dog ikke tillægges afgørende betydning ved besvarelsen af Court of Appeals spørgsmål.

61. På grundlag af ovenstående gennemgang af retspraksis kan det efter min opfattelse konkluderes, at det hverken følger af direktiv 75/117 eller artikel 141 EF, at en ugift partner til en kvindelig arbejdstager skal tildeles en ydelse, som f. eks. en pension, der er forbeholdt en efterlevende ægtefælle. Det forhold, at den pågældende person er transseksuel, er som udgangspunkt ikke afgørende, idet resultatet ville være det samme i forbindelse med andre ægteskabshindringer. Det ville selvfølgelig gælde i tilfælde, hvor der er tale om partnere af samme køn, men også i tilfælde, hvor partnerne ikke har nået den giftefærdige alder, ikke har retlig handleevne, allerede er gift eller er blodsbeslægtede. I ingen af disse tilfælde ville der, hvis situationen opstod, være grundlag for at gøre krav på enke(mands)pension, men disse hindringer er ikke af den grund udtryk for en forskelsbehandling på grundlag af køn.

56 — Eyüp-dommen, præmis 36.

62. Netop denne konklusion giver som allerede nævnt anledning til at undersøge hovedsagens kerne, nemlig det forhold, at transseksuelle i Det Forenede Kongerige ikke kan gifte sig med personer af samme biologiske køn, selv om deres anatomi er blevet fysiologisk ændret. K.B.'s advokat har understreget, at K.B. ikke søger anerkendelse af retten til at indgå ægteskab. I lyset af retsstillingen på tidspunktet for hovedsagens anlæggelse tjener dette argument måske en bestemt processuel strategi, men uanset dette er rammerne for Domstolens arbejde vide nok til, at den selv afgør, hvilken indfaldsvinkel der vil være egnet med henblik på at give den forelæggende ret et nyttigt svar.

63. Domstolen kan vælge en anden indfaldsvinkel til det foreliggende problem. Denne skinner igennem i nogle af de argumenter, der er fremført af parterne.

Man kunne sætte spørgsmålstegn ved det rimelige i, at det er ægteskabsbåndet, der afgør, om en person til sin tid kan få udbetalt enke(mands)pension. For at kunne besvare dette spørgsmål, må det undersøges, hvad der er formålet med en sådan pension, og parallelt hermed, hvor velegnet en rent formel kontrakt er som symbol på et fællesskab, der bygger på sympati. I hvert fald bør det overvejes, om ikke andre typer forhold fortjener den samme beskyttelse. Analyser af denne art, som hører hjemme i et udviklet samfund, hvor indhold går forud for form, er i praksis ved at blive mere udbredte. Således kan der f.eks. inden for udlændingelovgivningens område stilles spørgsmålstegn ved, om et ægteskab er reelt [57], samtidig med at forhold, der er kendetegnet ved et faktisk samliv, men som ikke officielt anerkendes, ud fra et hensyn til ret og rimelighed sidestilles med ægteskab [58].

Jeg er af den overbevisning, at retsudviklingen skal holde denne kurs, men det er måske nok for tidligt at slå ind på den i sagen her, især fordi der findes andre, mindre dristige løsninger.

64. Det forelagte spørgsmål vedrører, som omformuleret, således foreneligheden med fællesskabsretten af en national regel, der ved ikke at give transseksuelle mulighed for at indgå ægteskab forhindrer dem i at opnå enke(mands)pension.

57 — Jf. herved Rådets resolution af 4.12.1997 om foranstaltninger til bekæmpelse af proformaægteskaber (EFT C 382, s. 1).

58 — Jf. Eyüp-dommen.

65. To betingelser skal være opfyldt, for at påstanden i hovedsagen kan tages til følge:

a) Den nationale regel skal være i strid med fællesskabsretten.

b) Domstolen skal have kompetence til at besvare spørgsmålet, dvs. at sagen skal vedrøre et spørgsmål, der er omfattet af traktaten.

66. Det forhold, at britiske transseksuelle ikke kan gifte sig i overensstemmelse med deres nye fysiologiske køn, er uden tvivl i strid med et almindeligt fællesskabsretligt princip.

Det fremgår af Domstolens faste praksis vedrørende grundrettighederne, at indholdet af de almindelige fællesskabsretlige principper fastlægges på grundlag af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner [59] og de anvisninger i form af internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaterne har ratificeret [60]. Den europæiske menneskerettighedskonvention er herved af særlig betydning [61].

67. Af det anførte i punkt 28-29 fremgår det for det første, at langt størsteparten af medlemsstaternes retsordener giver transseksuelle ret til at indgå ægteskab med personer af samme biologiske køn. I øjeblikket anerkender 13 af de 15 EU-medlemsstater denne ret enten direkte i lovgivningen eller efter administrativ praksis eller domstolspraksis. Dette må i sig selv være tilstrækkeligt til, at denne rettighed kommer til at indgå i den fælles retlige tradition, for hvis det kræver fuldstændigt sammenfald mellem reglerne i alle medlemsstaterne at fastslå et almindeligt princip, vil denne undersøgelsesmetode være fuldstændig meningsløs.

68. For det andet har denne rettighed, siden Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol afsagde sine domme af 11. juli 2002 [62], været omfattet af konventionens artikel 12. Menneskerettighedsdomstolen overlader kun myndighederne et vist skøn

59 — Jf. dom af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sml. 1970, s. 235, org.ref.: Rec. s. 1125, præmis 4.

60 — Jf. dom 14.5.1974, sag 4/73, Nold mod Kommissionen, Sml. s. 491, præmis 13.

61 — Jf. dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 41.

62 — Jf. fodnote 36.

med hensyn til, hvilke betingelser der skal være opfyldt for, at et kønsskifte kan anses for at have fundet sted, konsekvenserne heraf for allerede indgåede ægteskaber og forpligtelsen til at informere den kommende ægtefælle om kønsskiftet [63].

69. De to metoder, som Domstolen anvender ved fastlæggelsen af indholdet af de almindelige fællesskabsretlige principper, fører altså til det samme resultat: Transseksuelle har en grundlæggende ret til at indgå ægteskab på vilkår, der tager hensyn til deres nye køn.

70. Denne konstatering er imidlertid ikke tilstrækkelig. Som Det Forenede Kongeriges regering har anført, kan den omstændighed alene, at en national regel er uforenelig med en grundlæggende rettighed, som er anerkendt i fællesskabsretten, ikke medføre en udvidelse af Fællesskabets kompetence med flere beføjelser end dem, der følger af traktaten.

71. Det må derfor undersøges, om uforeneligheden berører en rettighed, der er beskyttet efter fællesskabsretten, i dette tilfælde ved forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til løn.

72. Det er åbenbart og uomtvistet, at retten til at oppebære enke(mands)pension under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende er omfattet af artikel 141 EF og direktiv 75/117, for så vidt som der er tale om en ydelse, der er knyttet til lønnen [64].

73. Der kan heller ikke herske megen tvivl om, at den ulige behandling, som transseksuelle udsættes for, må betegnes som forskelsbehandling på grundlag af køn. Dette følger af dommen i sagen P. mod S., hvori det fastslås, at dette begreb ikke kan indskrænkes til blot at omfatte »forskelsbehandling, som følger af, at den pågældende tilhører det ene eller det andet køn«, men også omfatter »den forskelsbehandling, der [...] udspringer af den pågældendes kønsskifte. [...] En sådan forskelsbehandling finder nemlig væsentligst, hvis ikke udelukkende, sted på grundlag af den pågældendes køn« [65].

Denne opfattelse viser også, at problemerne i relation til transseksualitet ikke er de samme som problemerne i relation til seksuel orientering [66]. Hvis den forskelsbehandling, som transseksuelle udsættes for, ikke blev anset for at være forskelsbehandling på grundlag af køn, ville det føre til det paradoks, at denne gruppe af — særligt sårbare — mennesker ikke ville nyde nogen

63 — Præmis 103 in fine i dommen i sagen Goodwin mod Det Forenede Kongerige, nævnt i fodnote 36.

64 — Jf. punkt 23-24 og punkt 40.

65 — Dommen i sagen P. mod S. (nævnt i fodnote 3), præmis 20 og 21.

66 — Jf. punkt 25.

specifik beskyttelse på fællesskabsplan. Det erindres, at transseksuelle ikke nævnes udtrykkeligt i hverken artikel 13 EF eller artikel 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [67].

74. Det særlige problem i den foreliggende situation — som gør, at den adskiller sig fra de omstændigheder, der lå til grund for dommen i sagen P. mod S. — er, at *den ulige behandling ikke er direkte til hinder for nydelsen af en ret, der er beskyttet efter traktaten, men har indflydelse på en af betingelserne for at opnå den.* Den ulige behandling har således ingen indflydelse på anerkendelsen af retten til enkemandspension, men den påvirker blot en ufravigelig forudgående betingelse for tildelingen af denne, nemlig muligheden for at gifte sig.

75. Denne forskel kan ikke i sig selv føre til en anden løsning end den, der blev valgt i sagen P. mod S. Domstolen skal både sikre, at rettigheder, der er beskyttet efter traktaten, kan udøves, uden at der finder ulovlig forskelsbehandling sted, og at disse rettigheder ikke undergives betingelser, der strider mod den europæiske offentlige orden.

67 — I artikel 13 EF henvises der til »forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering«, og i chartrets artikel 21 til »forskelsbehandling på grund af køn, race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel, handicap, alder [eller] seksuel orientering«.

76. Der er ikke tale om, at der skal indføres en »europæisk ægteskabslovgivning«, men om at sikre, at princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af køn får fuld virkning. Et eksempel kunne være en hypotetisk national bestemmelse, som forhindrede kvinder i at indgå bestemte retshandler eller opnå en kvalifikation, som er en forudsætning for at tjene penge. En sådan begrænsning ville udgøre en direkte forskelsbehandling i strid med artikel 141 EF, medmindre den var behørigt begrundet i objektive kriterier.

Det samme gælder i sagen her: Selv om den ulige behandling virker på en indirekte måde, bevarer forskelsbehandlingen dog sin direkte karakter. Forskelsbehandlingen ville kun kunne betegnes som indirekte, såfremt der blev anvendt andre kriterier end køn, men den omhandlede hindring for indgåelse af ægteskab er baseret på og skyldes alene den pågældende persons kønsskifte, og der er dermed tale om en omstændighed, som er omfattet af artikel 141 EF ifølge Domstolens ovenfor nævnte fortolkning.

77. Foruden spørgsmålet om lige vilkår på arbejdsmarkedet er der — som det anerkendes i dommen i sagen P. mod S. — også tale om de transseksuelles ret til personlig værdighed og frihed. »Den menneskelige værdighed og den grundlæggende ret til fri personlig udvikling nødvendiggør, at den enkeltes personstatus kan tilpasses efter det køn, som den pågældende tilhører efter sin fysiske og psykiske konstitution [...] Af

hensyn til retssikkerheden bør lovgiver regulere de civilstandsretlige spørgsmål i forbindelse med kønsskifte og virkningerne heraf. I mangel af en sådan lovgivning påhviler det domstolene at anvende princippet om forbud mod forskelsbehandling af mænd og kvinder, indtil regler om ligebehandling træder i kraft« [68].

78. Jeg er klar over, at en sådan fortolkning i praksis indebærer visse tekniske problemer. Indtil Det Forenede Kongerige har vedtaget bestemmelser, som vil gøre det muligt for transseksuelle at indgå ægteskab, skal den nationale ret — som også er en ret i Fællesskabet — i overensstemmelse med den nationale lovgivning sikre, at den forskelsbehandling, som transseksuelle udsættes for, ikke får konsekvenser for deres rettigheder i henhold til traktaten. De mulige løsninger går fra en fortolkning af begreberne »mand« og »kvinde« på en sådan måde, at transseksuelle kan gifte sig [69], til en momentan oprettelse af en ægteskabsfiktion eller indførelse af en anden, mindre formel forbindelse, som vil gøre det muligt for transseksuelle at opnå ret til en pension, når den person, som ville have været den pågældendes ægtefælle, hvis en uretfærdig bestemmelse ikke havde hindret dette, afgår ved døden.

79. Transseksuelle lider af en tvangsforestilling om at være ofre for en fejltagelse fra naturens side. Mange har valgt at begå selvmord. Lægevidenskaben kan — gennem en lang og smertefuld proces, hvor de transseksuelle efter hormonbehandling skal gennemgå vanskelige kirurgiske indgreb — tilbyde dem nogen lindring ved at få deres ydre fysiske træk til i videst muligt omfang at svare til det køn, som de føler, de tilhører [70]. Det forekommer mig absurd, at juraen under dække af rent tekniske formaliteter kan forhindre at en med så stor møje erhvervet lighed får fuld retsvirkning.

80. Jeg skal slutte, som generaladvokat Tesauro gjorde det i forslaget til afgørelse i sagen P. mod S., med en omskrivning af generaladvokat Trabucchis ord i et nu næsten 30 år gammelt forslag til afgørelse: »Hvis vi vil, at fællesskabsretten ikke kun skal være et mekanisk økonomisk system, men derimod en retsorden, der passer til det samfund, den skal regulere, og hvis vi vil, at der skal eksistere en ret, der modsvarer tanken om social retfærdighed og kravene til den europæiske integration ikke blot på økonomisk, men også på folkeligt plan, kan vi ikke skuffe de forventninger, der er knyttet til os« [71].

68 — Kendelse afsagt af Bundesverfassungsgericht den 11.10.1978 (BVerfGE 49, s. 286).

69 — House of Lords har dog for nylig i den i punkt 20 nævnte dom afvist dette og ladet problemerne med en sådan fortolknings anvendelse i praksis veje tungere end hensynet til, at den grundlæggende rettighed har retsvirkning — en logik, der står i diametral modsætning til den tyske forfatningsdomstols ræsonnement.

70 — Jf. dommer Martens' dissentierende votum i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Cossey mod Det Forenede Kongerige.

71 — Forslag til afgørelse fremsat den 10.6.1975 i sagen ægtefællerne F. mod den belgiske stat (dom af 17.6.1975, sag 7/75, Sml. s. 679), punkt 6.

## Forslag til afgørelse

81. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare det spørgsmål, der er forelagt af Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) således:

»Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn, som er fastsat i artikel 141 EF, er til hinder for en national lovgivning, som ikke anerkender transseksuelles ret til at indgå ægteskab i overensstemmelse med deres nye køn, og som følgelig hindrer, at transseksuelle kan oppebære enke(mands)pension.«