

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

F.G. JACOBS

fremsat den 15. december 2005¹

1. Transseksuelle er ifølge Det Forenede Kongeriges højesteret, House of Lords, »født med anatomien af en person af ét køn, men med en urokkelig tro på eller overbevisning om, at de er personer af et andet køn«². Denne overbevisning om at tilhøre et andet køn er så dyb, at den transseksuelle bevæges til at anmode om foretagelse af den tilsvarende kropslige »korrektion«³ ved hormonbehandling og kønsskifteoperation⁴. Denne tilstand betegnes også som kønsdysfori eller kønsidentitetsforstyrrelse.

2. Efter at den engelsk-walisiske journalist og rejseforfatter Jan (tidligere James) Morris i 1972 fik foretaget en kønsskifteoperation for at fuldende justeringen af sit ydre til at blive den kvinde, som hun altid havde følt at

være⁵, fortæller hun, hvordan »en høflig funktionær i ministeriet [...] på undskyldende vis forklarede, at sagen om min alderspension ville blive behandlet i betimelig tid«⁶. Mere end 30 år senere blev lov af 2004 om kønsanerkendelse (Gender Recognition Act 2004) vedtaget i Det Forenede Kongerige, hvorved transseksuelles civilretlige stilling, herunder pensionsforhold, blev reguleret⁷. Loven trådte i kraft den 4. april 2005, uden dog at have tilbagevirkende kraft.

3. Med den foreliggende anmodning, som er indgivet af Social Security Commissioner, London, før lov af 2004 om kønsanerkendelse trådte i kraft, ønskes oplyst, om direktiv 79/7/EØF⁸ er til hinder for, at en medlemsstat afslår at tildele alderspension til en transseksuel, som har gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, fordi denne ikke er fyldt 65 år, uanset at samme person ville have været berettiget til en sådan pension ved det

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Jf. dom i sagen *Bellinger mod Bellinger* [2003] 2 AC 467, jf. Lord Nicholls of Birkenhead.

3 — Europarådets anbefaling 1117 af 29.9.1989 vedrørende transseksuelles stilling.

4 — Den anvendte terminologi synes at sondre mellem »sex« fastsat på baggrund af kroppens fysiske udseende og »gender«, hvilket vil sige det andet køn, som den transseksuelle er overbevist om at tilhøre. Udtrykket »gender reassignment surgery« og det deraf erhvervede »gender« er derved måske forkerte betegnelser, men eftersom disse termer synes at blive anvendt generelt, følger jeg denne sprogbrug.

5 — Efter otte års hormonbehandling med en ånslet indtagelse af mindst 12 000 østrogen-tabletter (jf. *Morris, J., Conundrum, Coronet, 1974, s. 102*).

6 — Jf. *Conundrum, s. 149*.

7 — Jf. punkt 15 og 16 nedenfor.

8 — Rådets direktiv af 19.12.1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring (EFT 1979 L 6, s. 24).

60. år, hvis hun efter national ret var blevet anset for at være en kvinde.

7. Artikel 4, stk. 1, bestemmer:

»Princippet om ligebehandling indebærer, at der ikke finder nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte [...], især for så vidt angår:

Fællesskabsbestemmelser

[...]

4. Artikel 1 i direktiv 79/7 bestemmer:

— beregningen af ydelserne, herunder [...], og betingelserne for varigheden og bevarelsen af retten til ydelserne.«

»Dette direktiv tilsigter gradvis gennemførelse for så vidt angår den i artikel 3 omhandlede sociale sikring og anden social beskyttelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring, i det følgende benævnt princippet om ligebehandling.«

8. Artikel 7, stk. 1, bestemmer:

»Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan undtage følgende fra direktivets anvendelsesområde:

5. Artikel 2 bestemmer, at direktivet finder anvendelse på den erhvervsaktive befolkning.

a) fastsættelse af pensionsalderen for ydelse af alders- og arbejdsophørs-pensioner [...]

6. I artikel 3, stk. 1, litra a), anføres, at direktivet finder anvendelse på lovbestemte ordninger, der sikrer beskyttelse mod risici såsom alderdom.

[...]«

Nationale bestemmelser for Goodwin-dommen

9. I England og Wales bestemmes det i section 1 i lov af 1953 om registrering af fødsler og dødsfald (Births and Deaths Registration Act 1953), at enhver barnefødsel skal registreres af Registrar of Births and Deaths for det område, hvor barnet fødes. Barnets køn skal angives på fødselsattesten. Loven af 1953 giver Registrar of Births and Deaths mulighed for at ændre fødselsattesten i tilfælde af skrivefejl eller materielle fejl. Den officielle holdning er, at ændringer udelukkende foretages, såfremt fejlen opstod på det tidspunkt, da fødslen blev registreret. Den omstændighed, at det senere i en persons liv måtte forekomme, at hans eller hendes »psykologiske« køn strider mod det registrerede køn, anses ikke for at medføre, at registreringen ved fødslen udgjorde en materiel fejl. Således accepteres det ikke, at der er en fejl i fødselsregistreringen for en person, som gennemgår en medicinsk og kirurgisk behandling for at gøre det muligt for denne person at indtage rollen som en person af det andet køn.

10. Department for Work and Pensions (herefter »DWP«) — tidligere Department of Social Security — registrerer enhver britisk statsborger i den nationale sikringsordning på grundlag af oplysningerne på fødselsattesten. I relation til pensionsalderen

fastsættes en persons køn på grundlag af det biologiske køn ved fødslen.

11. Bidrag til den nationale sikringsordning betales ved arbejdsgiverens tilbageholdelse af en del af arbejdstagerens løn, som derefter videregives til Inland Revenue (for derefter at blive overført til DWP). Arbejdsgiveren skal for nærværende foretage sådanne løntilbageholdelser for kvindelige arbejdstagere, indtil de når pensionsalderen ved det 60. år, og for mandlige arbejdstagere, indtil de når pensionsalderen ved det 65. år. DWP har en ordning for transseksuelle, som har gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, hvorefter de kan indgå en aftale med DWP om at betale bidrag til den nationale sikringsordning direkte til DWP, som måtte være forfaldne, efter at arbejdsgiveren ved den transseksuelles fyldte 60. år ikke længere foretager løntilbageholdelse i den tro, at arbejdstageren er en kvinde. I relation til transseksuelle, som har gennemgået et kønsskifte fra kvinde til mand, kan arbejdstageren forlange løntilbageholdelser foretaget af arbejdsgiveren efter det 60. år tilbagebetalt direkte af DWP⁹.

12. I henhold til schedule 4, paragraph 1, i lov af 1995 om alderspension (Pensions Act 1995) nås pensionsalderen for en mand som 65-årig. I henhold til paragraph 2 i samme schedule nås pensionsalderen for en kvinde, der er født før den 6. april 1950, som 60-årig¹⁰.

9 — Nærværende og de foregående afsnit er refereret mere eller mindre ordret fra præmis 23, 25, 28, 37 og 40 i dom afsagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sagen Goodwin mod Det Forenede Kongerige (2002) 35 EHRR 447, anført af den forelæggende ret i forelæggelseskendelsen som en sammenfatning af de relevante bestemmelser.

10 — En kvinde født den 5.4.1950 eller tidligere når pensionsalderen som 60-årig, og en kvinde født den 6.4.1955 eller senere som 65-årig. Der er en glidende pensionsalder for kvinder født mellem disse to datoer.

Goodwin-dommen og lov af 2004 om kønsanerkendelse

at benytte sig af retten til at gifte sig efter kønsskiftet under alle omstændigheder¹².

13. Den 11. juli 2002 afsagde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol dom i Goodwin-sagen¹¹. Sagsøgeren i denne sag — en transseksuel, som havde gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde — havde nedlagt påstand om, at der forelå tilside-sættelse af den europæiske menneskerettighedskonvention i relation til transseksuelles retsstilling i Det Forenede Kongerige og især i relation til behandlingen af disse med hensyn til ansættelse, social sikring, pensioner og ægteskab.

15. For at opfylde Goodwin-dommen har Det Forenede Kongeriges lovgiver vedtaget lov af 2004 om kønsanerkendelse, som trådte i kraft den 4. april 2005. Denne lov giver transseksuelle (uanset om de har gennemgået en kønsskifteoperation) mulighed for at ansøge om udstedelse af en kønsanerkendelsesattest («gender recognition certificate»), på grundlag af hvilken de — ifølge den forelæggende ret — »kan opnå en næsten fuldstændig anerkendelse af deres nye køn«.

14. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastslog, at der forelå en tilside-sættelse af artikel 8 (respekt for privatliv) og af artikel 12 (ret til at gifte sig). I relation til artikel 8 henviste Menneskerettighedsdomstolen til den manglende juridiske anerkendelse af klagerens nye køn og bemærkede især, at den omstændighed, at sagsøgeren i juridisk forstand forblev en mand, havde indvirkning på hendes liv, »for så vidt angår de forhold, hvor køn er af juridisk betydning, og hvor der sondres mellem mand og kvinde som f.eks. i relation til pension og pensionsalder«. I relation til artikel 12 er der ifølge Menneskerettighedsdomstolen intet, som kan retfærdiggøre at hindre transseksuelle i

16. Loven bestemmer, at der skal oprettes et kønsanerkendelsesudvalg (Gender Recognition Panel). I medfør af lovens section 2 skal dette udvalg udstede en kønsanerkendelsesattest, såfremt det er godtgjort, at ansøgeren:

»a) lider af eller har lidt af kønsdysfori

11 — Jf. fodnote 9.

12 — Præmis 71, 76 og 103.

- b) i de seneste to år forud for indgivelsen af ansøgningen har levet i overensstemmelse med sit nye køn
- b) ikke er fyldt 65 år,

- c) har til hensigt at leve i overensstemmelse med sit nye køn indtil sin død«

skal vedkommende anses for [...] at nå pensionsalderen på tidspunktet for attestens udstedelse«¹³.

og opfylder visse betingelser, som er fastsat i lovens section 3, vedrørende fremlæggelse af tilstrækkelig dokumentation.

De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

18. Sagsøgeren er født i 1942 og er i fødselsattesten registreret som mand.

17. Section 13 og schedule 5 i lov af 2004 om kønsanerkendelse indeholder bestemmelser om adgangen til at modtage sociale ydelser og pension. Paragraph 7, point 3, i schedule 5 bestemmer:

19. Efter at have fået stillet diagnosen kønsdysfori gennemgik sagsøgeren den 3. maj 2001 en kønsskifteoperation. Sagsøgeren beskrives af den forelæggende ret som en transseksuel, der har gennemgået et kønskifte fra mand til kvinde.

»[...] hvis den pågældende person (umiddelbart inden attestens udstedelse)

20. I februar 2002 ansøgte sagsøgeren om tildeling af alderspension fra sin 60-års fødselsdag.

- a) er en mand, der har nået den alder, hvor en kvinde når pensionsalderen, men

¹³ – Artikel 7, stk. 2, indeholder en tilsvarende bestemmelse vedrørende transseksuelle, som har gennemgået et kønskifte fra kvinde til mand.

21. Ansøgningen blev afslået med den begrundelse, at ansøgningen blev fremsat mere end fire måneder før, ansøgeren fyldte 65 år, som er pensionsalderen for mænd i Det Forenede Kongerige.

22. Sagsøgeren indbragte sagen for Social Security Appeal Tribunal. Sagen, som udelukkende blev afgjort i henhold til national lovgivning, blev afvist.

23. Sagsøgeren indbragte herefter sagen for Social Security Commissioners, idet hun gjorde gældende, at afslaget på at udbetale hende alderspension fra det tidspunkt, hvor andre kvinder ville kunne opnå alderspension, udgjorde forskelsbehandling i strid med direktiv 79/7.

24. Det er ubestridt, at sagsøgeren tilhører den persongruppe, som er omfattet af direktiv 79/7's anvendelsesområde, og at den omhandlede statslige pensionsordning henhører under direktivets materielle anvendelsesområde.

25. Social Security Commissioners har følgende udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er direktiv 79/7 til hinder for et afslag på tildeling af alderspension inden det

65. år til en transseksuel, som har gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, og som ville have været berettiget til en sådan pension ved det 60. år, hvis hun efter national ret var blevet anset for at være en kvinde?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, fra hvilken dato har Domstolens svar på spørgsmål 1 da virkning?»

26. Sagsøgeren, Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen, som alle var repræsenteret i retsmødet, har indgivet skriftlige indlæg.

Domstolens retspraksis vedrørende transseksuelle og forskelsbehandling

27. Domstolen har afsagt to domme i sager, hvori en transseksuel har nedlagt påstand om, at der forelå forskelsbehandling på grundlag af køn. Begge sager vedrørte anmodninger om præjudiciel afgørelse forelagt af retter i Det Forenede Kongerige.

28. I sagen P. mod S.¹⁴ blev Domstolen i det væsentlige spurgt, om afskedigelse af en transseksuel arbejdstager på grund af et kønsskifte udgjorde en forskelsbehandling på grundlag af køn i henhold til direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder¹⁵.

29. Domstolen fulgte generaladvokat Tesaurus opfordring til at træffe en »modig« afgørelse og fastslog følgende:

»[...] princippet om ligebehandling »af mænd og kvinder«, hvortil der henvises i direktivets titel, præambel og bestemmelser, indebærer, »at der ikke må finde nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn« [...]

Direktivet giver således på det pågældende område kun udtryk for det lighedsprincip, som er et af fællesskabsrettens grundlæggende principper.

Som Domstolen allerede adskillige gange har fastslået, er det i øvrigt en af menneskets

grundlæggende rettigheder, som Domstolen skal sikre overholdt, ikke at blive udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn [...]

Under disse omstændigheder kan direktivets anvendelsesområde ikke skulle indskrænkes til blot at omfatte forskelsbehandling, som følger af, at den pågældende tilhører det ene eller det andet køn. Når henses til direktivets formål og karakteren af de rettigheder, det skal beskytte, må direktivet også finde anvendelse på den forskelsbehandling, der — som i dette tilfælde — 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.

Såfremt en sådan forskelsbehandling var tilladt, ville den ret til personlig værdighed og frihed, som Domstolen skal beskytte, blive krænkede i forhold til den pågældende«¹⁶.

14 — Dom af 30.4.1996, sag C-13/94, Sml. I, s. 2143.

15 — Rådets direktiv 76/207/EØF 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).

16 — Præmis 17-22.

30. På denne baggrund konkluderede Domstolen, at direktivet var til hinder for afskedigelse af en transseksuel på grund af den pågældendes kønsskifte.

31. Sagsøgeren i K.B.-sagen¹⁷ var en kvinde, som levede sammen med R — en transseksuel, som havde gennemgået et kønsskifte fra kvinde til mand — men som ikke kunne indgå lovformeligt ægteskab med R. K.B. fik meddelelse om, at i tilfælde af, at hun afgik ved døden før R, ville R ikke kunne oppebære enkemandspension i henhold til K.B.'s pensionsordning, idet denne ydelse var forbeholdt en efterlevende ægtefælle, samt at ingen bestemmelse i den nationale lovgivning tillagde en person status som »ægtefælle«, uden der er indgået et lovformeligt ægteskab. K.B. anlagde sag med påstand om, at der forelå forskelsbehandling på grundlag af køn. Spørgsmålet, som blev forelagt Domstolen, var, om udelukkelse af en person i R's situation fra pensionsordningen udgjorde forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med fællesskabsretten¹⁸.

32. Efter at Domstolen havde fastslået, at efterladtepension udbetalt i henhold til en pensionsordning som den omhandlede

udgjorde »løn« ifølge artikel 141 EF og ligelønsdirektivet, afsagdes følgende dom:

»Artikel 141 EF er i princippet til hinder for en lovgivning, der i strid med EMRK hindrer et par som K.B. og R i at opfylde den nødvendige betingelse om ægteskab for, at den ene kan nyde godt af en del af den andens løn. Det påhviler den nationale ret at efterprøve, om en person i K.B.'s situation i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede kan støtte ret på artikel 141 EF med henblik på at opnå, at dennes partner får tillagt ret til efterladtepension«¹⁹.

Det første spørgsmål

33. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det er uforeneligt med direktiv 79/7, at en medlemsstat afslår at tildele alderspension til en transseksuel, som har gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, fordi denne ikke er fyldt 65 år, uanset at samme person ville have været berettiget til en sådan pension ved det 60. år, hvis hun efter national ret var blevet anset for at være en kvinde.

¹⁷ — Dom af 7.1.2004, sag C-117/01, Sml. I, s. 541.

¹⁸ — Rådets direktiv 75/117/EØF 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) (»ligelønsdirektivet«).

¹⁹ — Præmis 36 og domskonklusionen.

34. Ifølge sagsøgeren og Kommissionen skal spørgsmålet besvares bekræftende, hvorimod Det Forenede Kongeriges regering indtager det modsatte standpunkt.

35. Sagsøgeren og Kommissionen henviser til dommene i sagerne P. mod S.²⁰ og K.B.²¹ til støtte for deres påstande.

36. I dommen i sagen P. mod S. fastslog Domstolen i det væsentlige, at afskedigelse »på grund af et kønsskifte« udgjorde en forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med artikel 5, stk. 1, i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder²².

37. Det er åbenbart, at »ligebehandlingsprincippet«, der kommer til udtryk i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 i relation til forhold vedrørende social sikring, har samme rækkevidde og samme virkning som »ligebehandlingsprincippet«, der kommer til udtryk i artikel 5, stk. 1, i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder i relation til arbejdsforhold. Artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 fastslår, at der ikke må finde nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, bl.a. for så vidt angår betingelserne for varigheden af retten til lovbestemte alderspensionsydelser.

38. Sagsøgeren i den foreliggende sag nægtes sin pension under omstændigheder, hvor hun ville have været berettiget til pensionen, såfremt hun havde været registreret som kvinde fra fødslen. Den påståede forskelsbehandling består således i Det Forenede Kongeriges manglende anerkendelse af den transseksuelle med det erhvervede køn på samme vilkår som personer, der fra fødslen er registreret som værende af dette køn.

39. Domstolen fastslog i dommen i sagen P. mod S., at når en person 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 kønsskiftet²³.

40. Hvis denne fremgangsmåde blev fulgt i den foreliggende sag, ville det korrekte sammenligningsgrundlag for sagsøgeren således være »personer af det køn, som vedkommende blev anset for at tilhøre før kønsskiftet«. Denne persongruppe ville omfatte mandlige pensionsansøgere, som ikke er berettiget til pension, førend de er fyldt 65 år, og der ville således ikke være tale om forskelsbehandling.

20 — Jf. fodnote 14.

21 — Jf. fodnote 17.

22 — Jf. fodnote 15.

23 — Præmis 21.

41. Jeg er imidlertid enig med Kommissionen i, at den vurdering, som skal foretages for at fastslå, om der finder forskelsbehandling sted på grundlag af køn, for transseksuelle skal være forskellig fra den klassiske model, som altid er baseret på en simpel sammenligning mellem mænd og kvinder.

42. Sagen P. mod S. var en særlig klar sag om forskelsbehandling, idet det blev anerkendt, at afskedigelsen skete »på grund af kønsskiftet«. Uanset om sammenligningsgrundlaget var en mand, som ikke havde til hensigt at gennemgå en kønsskifteoperation, eller en kvinde, som ikke havde gennemgået en sådan operation, ville resultatet have været det samme. I forhold til en sådan person var sagsøgeren udsat for en mindre gunstig behandling.

43. Det samme var tilfældet i afgørelsen truffet af House of Lords i sagen A mod Chief Constable of West Yorkshire Police²⁴, hvor retten ved vurderingen af det korrekte sammenligningsgrundlag fulgte samme fremgangsmåde, som Domstolen havde fulgt i sagen P. mod S.²⁵ Denne sag drejede sig også om direkte forskelsbehandling som følge af et kønsskifte.

44. I K.B.-sagen var situationen en anden. Domstolen fastslog, at nægtelse af pension til en transseksuel, som havde gennemgået et kønsskifte fra kvinde til mand, og som var partner til en kvinde, der var tilknyttet National Health Service Pension Scheme, udgjorde forskelsbehandling på grundlag af køn i strid med artikel 141 EF, idet Domstolen sammenlignede parret med »heteroseksuelle par, hvor den ene af parternes seksuelle identitet ikke er et resultat af en kønsskifteoperation, og som således kan gifte sig«²⁶. Det korrekte sammenligningsgrundlag i relation til en transseksuel, som har gennemgået et kønsskifte fra kvinde til mand, var derfor en mand, hvis identitet ikke var et resultat af en kønsskifteoperation.

45. I den foreliggende sag synes dette også at være det korrekte sammenligningsgrundlag. Sagsøgeren nægtes sin pension under omstændigheder, hvor hun ville have været berettiget til pensionen, hvis hun var blevet registreret som kvinde ved fødslen. Den påståede forskelsbehandling består således i Det Forenede Kongeriges manglende anerkendelse af den transseksuelle med det erhvervede køn på samme vilkår som personer, der fra fødslen er registreret som værende af dette køn, hvilket også var tilfældet i K. B.-sagen. Jeg mener derfor, at det korrekte sammenligningsgrundlag i den foreliggende sag vedrørende en transseksuel, som har

24 — [2005] 1 AC 51.

25 — Jf. Baroness Hales udtalelse og særligt punkt 56-58.

26 — Præmis 31.

gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, er en kvinde, hvis identitet ikke er et resultat af en kønsskifteoperation.

46. På ovenstående baggrund er jeg af den opfattelse, at det strider mod artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7, at en medlemsstat afslår at tildele alderspension til en transseksuel, som har gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, fordi denne ikke er fyldt 65 år, uanset at samme person ville have været berettiget til en sådan pension ved det 60. år, hvis hun efter national ret var blevet anset for at være en kvinde.

47. Det Forenede Kongeriges regering gør imidlertid gældende, at artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7 ikke finder anvendelse, idet Det Forenede Kongerige har valgt at undtage bestemmelserne om fastsættelse af pensionsalderen fra direktivets anvendelsesområde i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 7, stk. 1, litra a).

48. Sagsøgeren og Kommissionen anfører som modargument, at sagsøgeren ikke klager over, at pensionsalderen er forskellig for mænd og kvinder, men at hun som kvinde nægtes alderspension ved den fastsatte alder, udelukkende fordi Det Forenede Kongerige ikke anerkender hendes erhvervede køn.

49. Jeg er enig i, at artikel 7, stk. 1, litra a), ikke er relevant i den foreliggende sag.

50. Domstolen har fastslået, at de former for forskelsbehandling, som i princippet er i strid med artikel 4, stk. 1, i øvrigt kun er omfattet af undtagelsen i artikel 7, stk. 1, litra a), såfremt de er nødvendige for at nå de mål, som direktivet tilsigter ved at give medlemsstaterne ret til at opretholde forskellig pensionsalder for mænd og kvinder²⁷.

51. Dette er imidlertid ikke genstanden for den foreliggende sag, idet sagsøgeren i det væsentlige anfægter det grundlag, hvorpå Det Forenede Kongerige klassificerer en person som tilhørende et bestemt køn ved fastsættelse af, om den pågældende person har nået pensionsalderen. Undtagelsen i artikel 7, stk. 1, litra a), vedrører lovgivning om fastsættelse af forskellig pensionsalder for mænd og kvinder. Den vedrører derimod ikke lovgivning om fastsættelse af den pågældende persons køn.

52. Det Forenede Kongeriges regering gør gældende, at sagsøgeren ikke på den ene side kan gøre gældende, at forskelsbehandling på

27 — Jf. dom af 7.7.1992, sag C-9/91, Equal Opportunities Commission, SmI. I, s. 4297, præmis 13.

grundlag af køn som beskrevet i artikel 4, stk. 1, omfatter forskelsbehandling på grundlag af kønsskifte, og på den anden side gøre gældende, at Det Forenede Kongeriges undtagelse fra forbuddet mod »forskelsbehandling [...] på grundlag af køn« som beskrevet i artikel 7 ikke finder anvendelse på den form for forskelsbehandling, som hun påstår foreligger.

artikel 4, stk. 1, angives en række specifikke eksempler på områder, hvor forskelsbehandling er forbudt, såsom inden for anvendelsesområdet for lovbestemte socialsikringsordninger, betingelserne for adgang til disse, bidragspligt og beregning af bidrag, beregningen af ydelserne og betingelserne for varigheden og bevarelsen af retten til ydelserne.

53. Jeg anser ikke dette synspunkt for at være »fejlagtigt ifølge sagens natur« som anført af Det Forenede Kongeriges regering. I modsætning til denne regerings synspunkt kan en sag både ligge falde ind under et generelt forbud mod forskelsbehandling og falde uden for en specifik undtagelse til et sådant forbud.

55. I modsætning hertil har Domstolen fastslået, at undtagelsen fra forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af køn i artikel 7, stk. 1, litra a), skal fortolkes indskrænkende set i lyset af ligebehandlingsprincippet grundlæggende betydning²⁹. Som anført ovenfor, tillader denne bestemmelse en forskellig behandling af mænd og kvinder ved fastsættelse af pensionsalderen for ydelse af alders- og arbejdsophørs pensioner og eventuelle følger heraf for andre ydelser. Den foreliggende sag vedrører ikke denne form for forskelsbehandling på grundlag af køn.

54. Det fremgår klart af bestemmelserne, at forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7, som fastslår, »at der ikke må finde nogen forskelsbehandling sted på grundlag af køn, hverken direkte eller indirekte, under henvisning særlig til ægteskabelig eller familiemæssig stilling«, tilsigter at omfatte alle forhold. Domstolen har fastslået, at bestemmelsen »generelt og utvetydigt udelukker enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn«²⁸. I

56. I den foreliggende sag ligger den adfærd, der klages over, inden for det generelle forbud i artikel 4, stk. 1, i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder, men uden for undtagelsen dertil i artikel 7, stk. 1, litra a).

28 — Jf. dom af 4.12.1986, sag 71/85, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Sml. s. 3855, præmis 18.

29 — Jf. dom af 30.3.1993, sag C-328/91, *Thomas m.fl.*, Sml. I, s. 1247, præmis 8.

57. Jeg skal tilføje, at spørgsmålet om det trin, hvor en transseksuel bliver berettiget til inden for rammerne af direktiv 79/7 at blive behandlet på samme måde som personer af hans eller hendes erhvervede køn, blev diskuteret under retsmødet. Der er imidlertid ikke behov for at besvare dette spørgsmål i den foreliggende sag, som vedrører en transseksuel, der allerede har gennemgået et kønsskifte, og som derfor klart er berettiget til ligebehandling.

58. På ovenstående baggrund konkluderer jeg, at det første spørgsmål må besvares med, at det er uforeneligt med artikel 4, stk. 1, i direktiv 79/7, at en medlemsstat afslår at tildele alderspension til en transseksuel, som har gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, fordi denne ikke er fyldt 65 år, uanset at samme person ville have været berettiget til en sådan pension ved det 60. år, hvis hun efter national ret var blevet anset for at være en kvinde.

Det andet spørgsmål

59. Den forelæggende rets andet spørgsmål bliver relevant, såfremt det første spørgsmål besvares som foreslået i punkt 58 herover. I dette tilfælde ønsker den forelæggende ret

oplyst, om en sådan doms tidsmæssige virkninger skal begrænses.

60. Den forelæggende ret synes under den verserende sag at være tilskyndet af Secretary of State for Work and Pensions til at forelægge andet spørgsmål, som i forelæggelseskendelsen opsummeres således:

»Såfremt Domstolen ikke er enig i ovenstående argumenter, men konkluderer, at fællesskabsretten forbyder den af appellanten anfægtede forskelsbehandling, opfordrer Secretary of State Domstolen til at begrænse dommens tidsmæssige virkninger i lyset af Domstolens dom af 17. maj 1990 i Barber-sagen (sag C-262/88, Sml. I, s. 1889, præmis 40-44) og bestemme, at dommen i den foreliggende sag ikke kan påberåbes til støtte for krav om tilkendelse af pensionsret fra et tidspunkt, der ligger forud for afsigelsen af Domstolens dom, medmindre der forinden er anlagt sag eller rejst en tilsvarende administrativ klage i henhold til gældende national ret.«

61. Imidlertid anfører Det Forenede Kongeriges regering i sit skriftlige indlæg til Domstolen, hvilket den har gentaget under retsmødet, at den ikke vil nedlægge påstand om begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger.

62. I alle tilfælde fremgår det af Domstolens retspraksis, at der kun under ganske bestemte omstændigheder vil blive truffet bestemmelse om begrænsning af en doms tidsmæssige virkninger, såsom tilfælde hvor der ellers ville være »risiko for alvorlige økonomiske følger, navnlig fordi der var stiftet mange retsforhold i god tro i henhold til de pågældende retsforskrifter, som blev anset for at være lovligt i kraft«³⁰.

63. I den foreliggende sag er der en række faktorer, hvis samlede virkning kan minimere de økonomiske følger af en dom, som besvarer den forelæggende rets spørgsmål bekræftende. For det første er antallet af transseksuelle i Det Forenede Kongerige ifølge regeringens egne tal lille. I 2000 skønnes antallet at være mellem 2 000 og 5 000 personer³¹ (hvilket selvfølgelig omfat-

ter transseksuelle i alle aldersgrupper) ud af en samlet befolkning på næsten 60 millioner. For det andet er forskellene mellem pensionsalderen for mænd og kvinder i Det Forenede Kongerige ved at blive udfaset for alle personer født efter den 5. april 1955³². For det tredje bliver en transseksuel, som har gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, og som er i besiddelse af en kønsanerkendelsesattest i medfør af lov af 2004 om kønsanerkendelse, og som har nået den alder, hvor en kvinde i samme alder er berettiget til pension, anset for at have nået pensionsalderen, når attesten udstedes. Det er derfor klart, at antallet af personer i samme situation som sagsøgeren, ikke vil kunne forårsage risiko for alvorlige økonomiske følger i Det Forenede Kongerige. Sådanne følger vil være endnu mindre udtalte i Den Europæiske Union som helhed, idet mange medlemsstater allerede har indført samme pensionsalder for mænd og kvinder og fuldstændig juridisk anerkendelse af transseksuelles erhvervede køn³³.

64. Såfremt Domstolen besvarer den forelæggende rets første spørgsmål bekræftende, er det således efter min opfattelse ufnødent at begrænse dommens tidsmæssige virkninger.

30 — Jf. senest dom af 15.3.2005, sag C-209/03, Bidar, Sml. I, s. 2119, præmis 69.

31 — Jf. Home Office Report udarbejdet af Det Forenede Kongeriges Interdepartmental Working Group on Transsexual People (april 2000), hvortil der henvises i Goodwin-dommen, præmis 87.

32 — Jf. fodnote 10.

33 — Ifølge MISSOC (Mutual information system on social protection) tabellerne Social Protection in the Member States of the European Union, of the European Economic Area and in Switzerland (2004) udgivet af Kommissionen er pensionsalderen den samme for kvinder og mænd på Cypern og i Danmark, Finland, Frankrig, Tyskland, Ungarn, Nederlandene, Irland, Luxembourg, Portugal, Spanien og Sverige. Generaladvokat Ruiz-Jarabo bemærkede i sit forslag til afgørelse i K.B.-sagen, at for udvidelsen i 2004 var det tilladt at foretage ændring af fødselsregisteret efter en kønsskifteoperation i alle medlemsstater undtagen i Det Forenede Kongerige og Irland (se punkt 28 i forslaget til afgørelse). Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol bemærkede i Goodwin-dommen (jf. fodnote 9), at kun i fire ud af Europarådets 37 medlemsstater var det ikke tilladt at foretage sådanne ændringer (jf. dommens præmis 55). Disse fire stater er Albanien, Andorra, Irland og Det Forenede Kongerige.

Forslag til afgørelse

65. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål indgivet af Social Security Commissioner, London, således:

- »1) Det er uforeneligt med artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 79/7/EØF af 19. december 1978 om gradvis gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til social sikring, at en medlemsstat afslår at tildele alderspension til en transseksuel, som har gennemgået et kønsskifte fra mand til kvinde, fordi denne ikke er fyldt 65 år, uanset at samme person ville have været berettiget til en sådan pension ved det 60. år, hvis hun efter national ret var blevet anset for at være en kvinde.

- 2) Det er uforholdsmæssigt at begrænse dommens tidsmæssige virkninger.«