

La LED et la LED genre: deux lois pour promouvoir l'égalité et lutter contre les discriminations

Colette Fry, Déléguée,
Isabelle Monnin Vazquez, Juriste,

Présentation commission des droits humains,
Ordre des avocats,
16 mai 2024



REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

Département des finances, des ressources humaines et des affaires extérieures (DF)
Bureau de promotion de l'égalité et de prévention des violences (BPEV)

BPEV: 3 missions à travers le temps

- Promotion de l'égalité entre femmes et hommes (depuis 1987)
- Prévention des violences domestiques (depuis septembre 2015)
- Prévention des violences (depuis 2014) et discriminations (depuis 2016) liées à l'orientation affective et sexuelle, à l'identité de genre, l'expression de genre et l'intersexuation

Ses thématiques

- *Promotion de l'égalité*

Promotion de pratiques égalitaires et lutte contre les discriminations

- Formation et orientation professionnelle

- Monde du travail

- Famille

- Politique

- Médias (presse, publicités)

- *Prévention des violences*

- Violences de sexistes, sexuelles et LGBTIQ+phobes

- Violences domestiques

Ses actions

- Informer et sensibiliser
- Soutenir les associations par le biais de subventions pérennes et ponctuelles (projets)
- Formuler des recommandations
- Contrôler l'application des lois et règlements
- Organiser des événements et des formations
- Mener des campagnes de sensibilisation
- Collaborer avec les partenaires
- Conseiller et orienter le public

3 commissions consultatives

Présidées par le BPEV, formées chacune de 20 membres titulaires, nommés par le Conseil d'Etat pour la durée de la législature en raison de leur fonction, lieu de travail, expertise:

- Commission consultative de l'égalité entre femmes et hommes (CCE)
- Commission consultative sur les violences domestiques (CCVD)
- **Commission consultative sur les thématiques liées à l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles (CCLGBTIQ+), créée en 2019**

LED et LED-Genre, deux lois pionnières en Suisse



Bref historique

- 2017 : Début des travaux avec le réseau
- Décembre 2020: projet de loi LELVDG
- 2021 à 2023: Travaux parlementaires
 - Souhait d'avoir une loi plus générale sur toutes les discriminations → LED + lois sectorielles
 - Première loi sectorielle: LED-Genre
- 23 mars 2023 : LED et LED-Genre votées par le Grand Conseil
- 1^{er} juillet 2023 entrée en vigueur des deux lois
- Autres lois spécifiques prévues: handicap, racisme, âgisme

LED - Loi générale sur l'égalité et la lutte contre les discriminations

- But: promouvoir l'égalité et lutter contre les violences et les discriminations directes ou indirectes fondées sur une caractéristique personnelle
- Champ d'application: Etat (= canton, communes, institutions de droit public)
- Prise en compte dans l'ensemble des politiques publiques, la communication et les statistiques
- Campagnes de sensibilisation et prévention
- Formation des membres du personnel de l'Etat
- Application au secteur privé via des mesures incitatives (ex. marchés publics)

LED-Genre - Loi sur l'égalité et la lutte contre les discriminations liées au sexe et au genre

- Buts: promouvoir l'égalité entre femmes et hommes et lutter contre les violences et discriminations fondées sur le sexe, l'orientation affective et sexuelle, l'identité et l'expression de genre et l'intersexuation
- Prise en charge des victimes de violences et discriminations au sens de cette loi (art 8)
- Protection liée à l'identité de genre et à l'intersexuation (art 9)
- Protection des familles arc-en-ciel (art 10)
- Lutte contre le harcèlement dans l'espace public (art 15 et 20)
- Formation du personnel (art 14)
- Action incitative secteur privé: égalité salariale, conciliation des vies représentation équilibrée des sexes (art 22 et 23)

Statistiques (art. 13)

- L'Etat établit des statistiques sur les violences et discriminations au sens de cette loi.
- Les statistiques en matière pénale intègrent le caractère sexiste, homophobe, lesbophobe, biphobe ou transphobe des infractions traitées.

Art. 14 Formation

Les questions d'égalité et de lutte contre les violences et les discriminations au sens de l'article 5, et en particulier de lutte contre le harcèlement sexuel, sont intégrées aux formations dont l'Etat a la responsabilité ou qui concernent son personnel, soit en particulier à la formation :

- a) du corps de police;
- b) du personnel pénitentiaire;
- c) du personnel du pouvoir judiciaire;
- d) du personnel de l'état civil;
- e) du personnel des structures d'accueil préscolaire;
- f) du personnel enseignant et de l'accueil parascolaire;
- g) du personnel administratif et technique des établissements d'enseignement et de formation professionnelle;
- h) du personnel des professions de la santé et du personnel hospitalier ainsi que du personnel de soins à domicile;
- i) du personnel de l'éducation spécialisée;
- j) du personnel œuvrant en faveur de la cohésion sociale et en faveur des personnes migrantes et réfugiées;
- k) du personnel des centres de loisirs et de rencontre ainsi que des clubs et centres sportifs de la relève.

Enjeux liés à la formation

- Inventorier l'existant
- Identifier les lacunes. Quels besoins? Quel format privilégier?
- Développer des modules spécifiques pour chaque métier (ou catégorie de métier)?
- Services responsables de la mise en œuvre, BPEV en appui
- Travail d'inventaire et d'analyse des besoins en partie réalisé et en phase de développement

Etablissements d'enseignement et de formation professionnelle (art. 17)

- L'Etat s'assure que des mesures de prévention, de détection et de prise en charge des situations de violences et discriminations au sens de l'art 5 soient prises dans tous les établissements d'enseignement et de formation professionnelle.

Approche intersectionnelle (art. 18 et 19)

- L'Etat adopte une approche intersectionnelle et intègre la prévention des violences et discriminations dans ses actions visant à prévenir la pauvreté et l'exclusion.
- Les prestations délivrées en matière de santé ou en faveur des personnes handicapées intègrent la prévention des violences et discriminations en ce qui concerne notamment:
 - les interruptions volontaires de grossesse,
 - la maternité,
 - l'accès à la contraception,
 - les violences sexuelles et conjugales,
 - une intersexuation,
 - une transition de genre;
 - un risque suicidaire, en particulier chez les jeunes.

Mise en œuvre

- Le BPEV est l'autorité compétente pour l'application de la présente loi. Il est chargé de sa mise en œuvre.
- Il assure la transversalité et la cohérence de l'action de l'Etat et mène ses actions en collaboration avec celles des institutions publiques ou privées actives dans les domaines concernés.
- Le Conseil d'Etat adopte pour la durée de la législature un plan d'action cantonal pour la mise en œuvre de cette loi.
- Application au secteur privé par des mesures incitatives

Modifications à d'autres lois (art. 31)

Loi sur la police (art 49. al 3, nouvelle teneur)

Et

Loi sur les agents de la police municipale, les contrôleurs municipaux du stationnement et les gardes auxiliaires des communes (art. 11. al 5 nouvelle teneur)

"Sauf si la sécurité immédiate l'exige, les personnes fouillées ne doivent l'être que par des agents du même sexe ou, à leur demande et dans la mesure du possible, du genre auquel elles s'identifient".

Modifications à d'autres lois (art. 31)

Loi sur la santé

- **Promotion de la santé liée au sexe, à l'orientation affective et sexuelle et à l'identité de genre (art 20A, nouveau)**

L'Etat met en place des mesures spécifiques pour la promotion de la santé en faveur des femmes, des personnes LGBTI, en particulier les actions visant à améliorer l'information, l'accès aux prestations de santé, la détection et la prise en charge des atteintes à la santé.

- **Intersexuation (art. 48A, nouveau)**

Lorsqu'un enfant incapable de discernement présente des variations du développement sexuel, aucune opération visant à lui assigner un sexe ne peut être pratiquée, sauf en cas de problème de santé avéré.

Modifications à d'autres lois (art 26 LED)

Loi sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement, (LRDBHD)

Art 4 a Interdiction de discriminer (nouveau)

Dans l'exploitation des entreprises soumises à la présente loi, toute discrimination directe ou indirecte dans l'accès aux prestations fondée sur une caractéristique personnelle, notamment l'origine, l'âge, le sexe, l'orientation affective et sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre, l'intersexuation, les incapacités, les particularités physiques, la situation sociale ou familiale, les convictions religieuses ou politiques, et qui entraîne un refus de prester est interdite.

L'application de l'alinéa 1 tient compte des nécessités objectives d'exploitation des entreprises concernées.

Quels défis? Quelles actions pour cette mise en œuvre?

- Plan d'action mise en œuvre LED-Genre 2023-2028, en préparation
- Constitution d'un GT interdépartemental pour la mise en œuvre au sein de l'administration cantonale
- Actions auprès des différents publics pour faire évoluer les représentations et lutter contre les stéréotypes,
- Former les corps professionnels prioritaires pour une prise en charge adéquate
- Importance d'avoir une approche intersectionnelle et transversale (liens avec les enjeux liés au handicap, au racisme et à l'âgisme et avec les 3 missions du BPEV)

Merci de votre attention
Des questions?




REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

Département des finances, des ressources humaines et des affaires extérieures (DF)
Bureau de promotion de l'égalité et de prévention des violences (BPEV)

13/05/2024 - Page 20



L'interdiction de la discrimination et de
l'incitation à la haine en raison de
l'orientation sexuelle au sens de l'art.
261bis CP à la lumière de l'affaire Soral

Me Luana ROBERTO, *OratioFortis Avocates, Genève, Suisse*

ORATIOFORTIS
Avocates

Extrait des propos tenus par Alain Soral :

« Je crois que cet article à charge est relativement malhonnête et mensonger et aussi signé par une militante communautaire, qui elle est une militante queer qui se bat aussi pour les migrants. Donc voilà face à quoi on est.

Moi je suis un Suisse dans mon pays, qui défend l'âme suisse et l'esprit suisse, dans la grande tradition, je dirais, de Jean-Jacques Rousseau, et je suis face à des gens qui à mon avis sont ultra-minoritaires. Et je rappelle que queer en anglais ça veut dire, je crois, désaxé.

Donc je pense qu'entre ma vision du monde et celle d'une grosse lesbienne militante pour les migrants, je pense que je suis plus, moi, un combattant pour la paix, la fraternité et l'âme suisse que ceux qui aujourd'hui me font face et qui me harcèlent, alors que je ne leur ai rien demandé. »

Alain Soral et la « grosse lesbienne », « militante queer désaxée » : limite entre diffamation et incitation à la haine

- 4 avril 2022 : Ordonnance pénale condamnant Alain Soral pour diffamation (173 CP) et pour discrimination et incitation à la haine en raison de l'orientation sexuelle (261bis CP).

Le Procureur général du canton de Vaud de l'époque, Eric Cottier, a considéré qu'Alain Soral avait cherché à « éveiller » un sentiment homophobe chez son public.

- 16 décembre 2022 : Audience devant le Tribunal de police de Lausanne (suite à l'opposition de M. Soral).

Alain Soral est acquitté du chef de discrimination et incitation à la haine (261bis CP) et condamné uniquement pour diffamation (173 CP).

La Présidente du Tribunal a considéré qu'il ne paraissait « pas évident qu'il y ait un état de détestation contre la communauté homosexuelle ». Il s'agirait, selon elle, d'une « atteinte réactionnelle » à l'encontre de la journaliste.

Deuxième instance : les arguments des parties

- Le Procureur général Eric Kaltenrieder, dont c'était le premier réquisitoire depuis son entrée en fonction, a réitéré que les propos d'Alain Soral étaient « dépréciatifs, rabaissants et discriminants ». « Ce ne sont pas que des mots, ce sont des messages [...] M. Soral a de la haine et du mépris pour les homosexuels [...] Il n'est pas crédible lorsqu'il affirme le contraire ». Son objectif était d'attiser et d'alimenter les émotions des internautes, but atteint au vu des commentaires de ceux-ci. Le Ministère public avait requis la production de deux des 23 jugements condamnatoires français de Monsieur Soral car ils étaient de nature à donner des indications sur les motivations de ce dernier à s'exprimer sur les propos dépréciatifs qu'il émet depuis plusieurs années en raison de l'orientation ou de l'identité sexuelle. Il a requis trois mois de prison ferme, dans une « logique pénale » pour « dissuader le prévenu de récidiver ».
- La défense a nié toute homophobie, évoquant l'acharnement du Ministère public et « un procès d'inquisition assez épouvantable ». « C'est l'homme que l'on veut juger et non pas ses quelques mots d'une réaction à chaud, à savoir une réponse du berger à la bergère ». Il s'agissait selon le Conseil de Monsieur Soral « d'une réaction envers une journaliste et non envers toute la communauté LGBT ».

Deuxième instance : les arguments de la Cour d'appel pénale vaudoise - rappels législatifs et jurisprudentiels

Depuis le 1er juillet 2020, l'art. 261bis CP réprime également la discrimination et l'incitation à la haine en raison de l'orientation sexuelle. De manière générale, la nouvelle disposition ne punit les déclarations discriminatoires, et en particulier homophobes, que si elles sont faites publiquement et qu'elles rabaissent les personnes auxquelles elles s'adressent d'une manière contraire à la dignité humaine. La liberté d'expression conserve donc toute sa valeur.

L'art. 261bis CP vise notamment à protéger la dignité que tout homme acquiert dès la naissance et l'égalité entre les êtres humains. En protégeant l'individu du fait de son appartenance à un groupe ethnique ou religieux, ou de son orientation sexuelle, la paix publique est indirectement protégée. La norme concrétise les engagements internationaux de la Suisse dans le cadre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale conclue à New York le 21 décembre 1965, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994. La notion d'incitation à la haine ou à la discrimination au sens de l'art. 261bis al. 1 CP englobe notamment le fait d'exciter, soit, dans une acception très large, d'alimenter ou d'attiser des émotions de manière à susciter la haine et la discrimination, même en l'absence d'une exhortation très explicite. L'auteur doit agir publiquement, c'est-à-dire en dehors d'un cercle privé par des paroles, des écrits, des images, des gestes ou des voies de fait.

Du point de vue subjectif, le délit est intentionnel, le dol éventuel pouvant suffire.

Deuxième instance : les arguments de la Cour d'appel pénale vaudoise - l'analyse de fond

- Contrairement à la première instance, la Cour a considéré que les propos décrits dans l'ordonnance pénale du 4 avril 2022, valant acte d'accusation, **constituaient bel et bien, au vu des termes utilisés et du contexte général dans lequel ils ont été prononcés, une incitation à la haine et à la discrimination des homosexuels et des lesbiennes en particulier.**
- En rapprochant les termes « queer » qui, selon le Petit Robert, désigne, en anglais, « les personnes dont l'orientation ou l'identité sexuelle ne correspond pas aux modèles dominants », et « désaxé », qui, en lien avec une personne physique, signifie « qui n'est pas dans son état normal » ou « qui souffre d'un déséquilibre mental ; déséquilibré », Monsieur Soral **présente l'orientation sexuelle de la partie plaignante comme déficiente, anormale et par conséquent méprisable.**
- Le caractère dépréciatif, rabaissant et discriminant des propos précités est encore **renforcé par le contexte général** de la présentation de la partie plaignante, qualifiée par l'intimé de « grosse lesbienne » et de « militante communautaire » colportant des « fake news ». **Pris dans leur ensemble, les termes utilisés font apparaître la plaignante, de même que toute la communauté homosexuelle et lesbienne** (« voilà face à quoi on est », « je suis face à des gens qui à mon avis sont ultra-minoritaires »), **comme une personne qui, compte tenu de son orientation sexuelle, serait méprisable, indigne et déséquilibrée.**

Deuxième instance : les arguments de la Cour d'appel pénale vaudoise - l'analyse de fond

- L'article de presse à l'origine de la vidéo est factuel, nuancé et se contente pour l'essentiel d'analyser le contenu des flyers promouvant la formation proposée par Monsieur Soral ; il ne comporte rien qui aurait trait à des questions portant sur l'identité sexuelle. En particulier, la plaignante n'expose à aucun moment que l'intimé serait homophobe ou sexiste. Il faut ainsi constater que l'intimé a choisi de faire connaître son mécontentement vis-à-vis de l'article précité, non pas en critiquant le travail journalistique de son autrice, mais en attaquant celle-ci personnellement sur son identité sexuelle.
- Son comportement ne résulte aucunement d'une réaction à chaud, comme il le soutient, puisqu'il a pris le temps d'effectuer des recherches sur Internet, tant s'agissant de la plaignante que de la signification du mot « queer », avant d'orchestrer son intervention sous la forme d'une interview filmée, ensuite mise en ligne sur son site, où elle est demeurée de nombreux mois. En insistant comme il l'a fait sur le militantisme et l'orientation sexuelle de la plaignante, au moyen d'un vocabulaire méprisant et rabaissant, tout en prenant le soin de faire figurer une photographie de celle-ci sous la vidéo incriminée et ce, afin qu'elle soit parfaitement identifiable par les internautes, l'intimé a cherché à diffuser un message destiné à éveiller et exciter un sentiment homophobe auprès de ses spectateurs et auditeurs.

Deuxième instance : les arguments de la Cour d'appel pénale vaudoise - l'analyse de fond

- Même si elle n'est pas opposable comme fait punissable à Monsieur Soral, la réaction des internautes constitue la preuve par l'acte que les propos incriminés ont bel et bien incité à la haine et à la discrimination de la partie plaignante. Ainsi peut-on notamment lire en commentaires les propos suivants : « La tête de la 'désaxée'... je lui confierais pas mes enfants », « Plus je vois qui attaque Soral, plus il m'est sympathique et plus ses ennemis apparaissent laids, fourbes, invertébrés et menteurs », « Un grand bonjour à Alain Soral, en espérant que tous ces dégénérés ne viendront pas lui pourrir sa tranquillité suisse », « Une goudou malsaine, une de plus... » ou encore « La photo de la mère [...] broute minous m'a choquée ! Il y a des images qui comme ça s'imprime dans le cerveau comme une tache d'huile qui souille un vêtement propre ».

- Invité à s'exprimer au sujet de ces commentaires, Monsieur Soral ne les a pas désapprouvés ; il s'en est même amusé, les trouvant « très drôles, pleins de finesse et d'esprit », de même que « taquins ». De plus, alors qu'il a reconnu faire modérer certains commentaires, il n'a rien entrepris de tel en l'espèce. Au jour des débats de première instance, la vidéo était d'ailleurs toujours en ligne. Partant, ces commentaires, même s'ils ne peuvent être directement imputés à l'intimé, doivent néanmoins être pris en compte dans l'appréciation du caractère homophobe de son discours. Les déclarations de l'intéressé, son absence de modération et le maintien en ligne de la vidéo incriminée, alors qu'il se savait faire l'objet d'une procédure pénale, attestent également du dessein qu'était le sien d'attiser chez ses spectateurs et auditeurs des émotions viles de manière à susciter la haine et la discrimination, ce que réprime précisément l'art. 261bis al. 1 CP.

Deuxième instance : les arguments de la Cour d'appel pénale vaudoise - l'analyse de fond

- Les propos incriminés ont été tenus publiquement, puisque la vidéo litigieuse a été mise en ligne sur Internet – tel étant du reste l'objectif – et qu'elle a été visionnée des milliers de fois, notamment sur Youtube et sur le site de Monsieur Soral, ce qui n'est pas contesté. Il avait en outre parfaitement conscience du fait qu'une fois mise en ligne la vidéo serait diffusée sur d'autres sites.

- Subjectivement, il a agi intentionnellement. Les mots ont été choisis à dessein. L'intimé a d'ailleurs admis que le sens « désaxé », utilisé pour définir le mot « queer » lui avait paru « le plus approprié ». En agissant de la sorte, il entendait, de manière consciente et volontaire, alimenter et susciter la haine et la discrimination non seulement envers la journaliste mais aussi envers toute la communauté homosexuelle et lesbienne. La Cour relève encore qu'il a déjà été condamné par la justice française à 23 reprises, notamment pour « diffamation envers particulier(s) en raison de l'orientation ou identité sexuelle, par parole, écrit, image ou moyen de communication au public par voie électronique » et pour « injure publique envers un particulier en raison de son orientation ou identité sexuelle par parole, écrit, image ou moyen de communication au public par voie électronique ». Il a ainsi déjà, par le passé, injurié, diffamé, et donc rabaissé et discriminé des personnes en raison de leur orientation sexuelle. Si ces antécédents ne fondent pas la culpabilité, ils permettent néanmoins de confirmer le caractère homophobe de l'intimé, et donc ce qui l'a animé au moment de s'exprimer dans la vidéo litigieuse.

Deuxième instance : les arguments de la Cour d'appel pénale vaudoise - la peine

Le Ministère public n'a pas contesté la condamnation de Monsieur Soral pour diffamation à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 50.- le jour. En revanche, il considérait que l'infraction de discrimination et incitation la haine devait être sanctionnée d'une peine privative de liberté de 3 mois.

Deuxième instance : les arguments de la Cour d'appel pénale vaudoise - la peine

Selon la Cour, la culpabilité de Monsieur Soral qui, en tant qu'intellectuel, écrivain et éditeur, connaît parfaitement l'importance du choix des mots, est lourde. La Cour n'a pas cru aux regrets formulés, lesquels sont apparus de pure convenance. Au contraire, il n'a eu de cesse de se positionner en victime (« J'aimerais savoir quels torts je lui ai causés, c'est à moi que ça en a causés ») et de tenter de justifier ses propos par de prétendues dérives sociétales. Il n'a fait preuve d'aucune forme de remise en question ni d'éléments à décharge, si ce n'est qu'il a, depuis le jugement de première instance, retiré la vidéo litigieuse de son site Internet, ce qui aurait néanmoins dû être fait bien plus tôt. Il n'a jamais été condamné en Suisse mais a été condamné en France à 23 reprises, en particulier pour des propos racistes, discriminatoires ou diffamatoires, à des peines pécuniaires ainsi qu'à quelques reprises à des peines privatives de liberté avec sursis. Il n'en a tiré aucun enseignement et présente, à l'évidence, une insensibilité totale à la sanction pénale. Ce sont donc des motifs de prévention spéciale qui dictent le choix d'une peine privative de liberté, tant pour l'infraction de diffamation que pour celle de discrimination et incitation à la haine.

Quant à la quotité de la peine, l'infraction de discrimination et incitation à la haine, qui constitue l'infraction la plus grave, justifie à elle seule une peine privative de 40 jours. Par l'effet du concours, elle doit être augmentée de 20 jours pour sanctionner la diffamation. C'est donc une peine privative de liberté de 60 jours qui a été prononcée par la Cour. Compte tenu des nombreux antécédents judiciaires en France et de l'absence de remise en question, le pronostic ne peut être qu'entièrement défavorable, de sorte que la peine privative de liberté doit être ferme.

Tribunal fédéral : la confirmation de l'arrêt du 11 mars 2024 (6B_1323/2023) - *arguments du Recourant et réponses du TF*

- *Il conteste tout d'abord s'en être pris à un groupe protégé par l'art. 261^{bis} CP, dès lors que le terme « queer » se rapporterait à l'identité de genre et non à l'orientation sexuelle. De plus, il n'aurait cherché à s'en prendre qu'à ceux qui se livrent à un prosélytisme militant, et non pas à la communauté LGBTI dans son ensemble.*

- L'acceptation du terme « queer » inclut donc aussi bien l'orientation sexuelle que l'identité sexuelle, dans la mesure où celles-ci ne relèvent pas des modèles sociétaux « traditionnels » et « dominants ».

- *Le discours incriminé n'exprimait pas le mépris. En effet, les termes « lesbienne » et « queer » étaient des termes neutres, qui plus est revendiqués par la communauté LGBTI, de sorte qu'ils ne pouvaient constituer une atteinte en raison de l'orientation sexuelle. De plus, la cour cantonale avait méconnu que l'étymologie du mot « queer » est « off-center », se traduisant par « désaxé ». Par ses paroles, le recourant s'était finalement limité à constater que la fonction militante "queer" était constituée d'un groupe réduit de personnes.*

- A lire l'argumentaire du recourant, on pourrait croire que celui-ci s'est limité, dans un contexte neutre, à faire usage des termes « queer » et « lesbienne ». Tel n'est manifestement pas le cas. En effet, le langage utilisé, rabaissant (« désaxé »), déshumanisant (« voilà face à quoi on est ») et outrancier (« grosse lesbienne »), invite l'internaute à mépriser la journaliste, qui plus est photo à l'appui, en raison des caractéristiques mises en avant par le recourant, en particulier l'orientation sexuelle de celle-ci. Loin de spécifier que l'acceptation du terme « queer » se comprend dans le sens où les personnes qui s'en revendiquent ne correspondent pas au modèle social hétéronormé, le recourant se contente d'affirmer, sans autre explication ou précision, que « queer » signifie désaxé, lui conférant immédiatement une connotation très péjorative. Par ailleurs, la construction de son propos, qui consiste à présenter la journaliste et la communauté homosexuelle comme ennemies des valeurs qu'il prétend défendre (« un combattant pour la paix, la fraternité et l'âme suisse »), ne fait que renforcer l'hostilité et l'homophobie qui se dégagent déjà des termes employés. Il ne fait ainsi aucun doute que le message du recourant tend à éveiller et exciter un sentiment de haine à raison de l'orientation sexuelle, étant précisé qu'il suffit, au regard de l'art. 261^{bis} al. 1 CP, d'exciter des individus ayant déjà des sentiments racistes, respectivement homophobes sans que l'exhortation doive être particulièrement explicite.

Tribunal fédéral : la confirmation de l'arrêt du 11 mars 2024 (6B_1323/2023) - *arguments du Recourant* et réponses du TF

Le recourant fait encore grief à la cour cantonale d'avoir tenu compte, dans son appréciation, des commentaires publiés par des tiers en réaction à son entretien filmé.

Selon le TF, il perd cependant de vue qu'il est admissible selon la jurisprudence de tenir compte des réactions des internautes pour établir la signification du message incriminé du point de vue d'un tiers moyen, étant encore rappelé qu'il n'a pas été poursuivi pour avoir omis de modérer ces commentaires, mais uniquement pour les propos qu'il a personnellement tenus. Il était ainsi pertinent de relever, dans l'interprétation du message en question, que les destinataires en avaient non seulement perçu le sens haineux et discriminatoire, mais qu'en outre, au regard des virulentes réactions relevées par la cour cantonale, les paroles incriminées les avaient effectivement incités à manifester leur haine en considération de l'orientation sexuelle.

Il résulte de ce qui précède que la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en considérant que le message du recourant procédait de la discrimination et de l'appel à la haine en raison de l'orientation sexuelle. Enfin, le recourant ne conteste pas le caractère public de son comportement, qui n'est pas douteux. Il s'ensuit que tous les éléments constitutifs objectifs de l'art. 261^{bis} al. 1 CP sont réalisés, de sorte que la Cour n'a pas violé le droit fédéral.

La liberté d'expression de Monsieur Soral (art. 16 Cst et 10 al. 1 CEDH) n'avait en outre nullement été violée, sa restriction résultant d'une base légale poursuivant un but légitime de protection des droits d'autrui, nécessaire dans une société démocratique, et proportionnée.

Tribunal fédéral : la confirmation de l'arrêt du 11 mars 2024 (6B_1323/2023) - la peine

La condamnation de Monsieur Soral pour diffamation à une peine pécuniaire de 30 jours-amende prononcée en première instance n'a pas été remise en cause dans l'appel du ministère public, si bien qu'elle est entrée en force. Il s'ensuit que la cour cantonale n'était pas autorisée à prononcer une nouvelle peine pour cette infraction, ce point du jugement n'ayant pas été attaqué (cf. art. 404 cum 399 al. 4 et art. 402 *a contrario* CPP).

Par surabondance, il est relevé qu'à teneur du texte légal, l'infraction de diffamation au sens de l'art. 173 CP ne peut être sanctionnée que d'une peine pécuniaire, à l'exclusion d'une peine privative de liberté.

La peine privative de liberté de 20 jours fixée par la cour cantonale pour la diffamation viole donc également le droit fédéral sous cet angle, de sorte que le TF constate que peine pécuniaire de 30 jours-amende à CHF 50.- le jour pour diffamation est entrée en force. Le recours doit par conséquent être admis en ce qui concerne la peine fixée pour l'infraction de diffamation.

Par contre, le TF confirme la condamnation de Monsieur Soral à une peine privative de liberté de 40 jours ferme pour discrimination et incitation à la haine au sens de 261bis al. 1 CP, sans qu'il y ait lieu de renvoyer la cause à la cour cantonale, celle-ci n'ayant nullement violé le droit fédéral, en particulier au vu des très nombreux antécédents spécifiques du Recourant.

Conclusions

Transferts Dublin

Droits des personnes LGBTQIA+

Orianna Haldimann, avocate, conseillère juridique chez AsyLex



Les associations romandes unies contre un renvoi vers la Croatie

👤 Line Golestani 📅 8 mai 2024 📁 Actualité, Suisse



Manifestation contre les renvois vers la Croatie, Lausanne 2023. Photo: Instagram/[Droit de rester](#)

En vertu des accords de Dublin, C., jeune lesbienne burundaise, risque d'être expulsée en Croatie, pays connu pour ses violations des droits humains à l'égard des personnes en quête de protection. Une mobilisation se met en place au sein de la communauté LGBTQI+ romande pour tenter d'empêcher ce renvoi.

https://360.ch/suisse/79167-les-associations-lgbtqia-romandes-unies-contre-un-renvoi-vers-la-croatie/?fbclid=PAZXh0bgNhZW0CMTEAAaaJdk4WvwMmiz38n2oLBe8BAO7Klb-DIZCB1pixYKVApDdH92CnjKJFBdl_aem_ASu1hLdlbdKPJADkq44Wr6lUQAN1_PF7miNRg6ZWIFjWqjfiDjtUjVNy7k64tg64To1kdVgyavZGPU13XUVb2rl_M



Plan

1. Le Règlement Dublin („RD III“)
1. Déroulement d’une procédure Dublin
1. Jurisprudence du TAF
1. Perspectives



1. Le règlement Dublin („RD III“)

- Espace Dublin: 31 Etat membres;
 - Suisse Etat membre depuis le 12 décembre 2008;
 - Estimation du SEM: pour 1 transfert vers la Suisse, 4.5 transferts hors de Suisse.
- RD III:
 - Règlement (UE) n ° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) et son règlement d'exécution;
 - Entrée en vigueur: 1er janvier 2014.
 - But: détermination de l'Etat membre responsable de l'examen de chaque demande d'asile.



2. Déroulement d'une procédure Dublin

- Dépôt d'une demande d'asile en Suisse:
 - 1) Phase préparatoire (art. 26 LAsi).
 - 2) Procédure Dublin au sens étroit (art. 26 *b* LAsi):
 - Début:
 - demande adressée à l'État responsable.
 - Pendant:
 - décision de non-entrée en matière et de transfert vers l'État responsable (art. 31 *a* al. 1 let. b LAsi).
 - motivation: sommaire (art. 37 *a* LAsi);
 - délai de recours: 5 jours ouvrables (art. 108 al. 3 LAsi).
 - Fin:
 - transfert dans l'État responsable; ou
 - interruption du transfert si la Suisse devient responsable.
 - délai de transfert (art. 29 para. 2 RD III): en principe 6 mois (exception: jusqu'à 18 mois).



3. Jurisprudence du TAF (1/3)

Garanties de procédure:

- Droit d'être entendu (art. 5 RD III, 36 LAsi et 20 b OA 1):
 - entretien oral individuel;
 - si persécution liée au genre, par une personne du même sexe (art. 6 OA 1);
 - éventuelles objections quant au transfert dans l'État responsable.
- Etablissement des faits pertinents (art. 12 PA):
 - consultation d'Eurodac (*cf.* art. 102 *abis* LAsi);
 - tout obstacle éventuel au transfert (ATAF 2011/23 consid. 5.4.2 et 5.4.3);
 - Croatie: faits suffisamment établis (F-1193/2023 du 22 avril 2024 consid. 3.2).
- Obligation de motiver (art. 35 PA):
 - Croatie: motivation suffisante (F-6141/2023 du 22 avril 2024 consid. 2.6).



3. Jurisprudence du TAF (2/3)

Fond:

- Défaillances systémiques (art. 3 para. 2 al. 2 RD III):
 - tel n'est pas le cas en Croatie (E-1488/2020 du 22 mars 2023 consid. 9.4.4, F-6141/2023 du 22 avril 2024 consid. 4).
 - cela en dépit de :
 - pushbacks,
 - expulsions collectives,
 - violences,
 - graves carences affectant le système d'asile croate...

→ Amnesty, Rapport sur la situation des droits humains dans le monde, avril 2024, sur la Croatie p. 186, sur la Suisse p. 455.

→ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de l'ONU, Observations finales concernant le rapport de la Croatie valant neuvième à quatorzième rapport périodiques, octobre 2023, para. 26.



3. Jurisprudence du TAF (3/3)

Fond:

- Clause de souveraineté (art. 17 para. 1 RD III) en lien avec la Croatie:
 - 1) obstacle de droit conventionnel nié (notamment art. 3 CEDH, 3 CAT ou 3 CDE):
 - situation des personnes transsexuelles (D-1428/2023 du 7 juillet 2023 consid. 6.4.3);
 - situation des personnes homosexuelles (F-1398/2023 du 27 juin 2023 consid. 9.7; D-1551/2023 du 28 mars 2023 consid. 5.4.3; F-5582/2022 du 13 décembre 2022 consid. 4.5.3);
 - risque de suicidialité d'une personne LGBTQIA+ (F-4369/2023 du 21 août 2023 consid. 8.6, cas d'AsyLex);
 - femme seule LGBTQIA+ avec un jeune enfant (F-6141/2023 du 22 avril 2024 consid. 5.4).
 - 2) motifs humanitaires (art. 29 a al. 3 OA 3).



4. Perspectives (1/2)

- EU: Parlement, Pacte sur la migration et l'asile:
 - 10 avril 2024: approbation d'une réforme dans le domaine de l'asile:
 - renvois plus rapides dans des pays "sûrs".
- CH: Parlement, motion 23.3533 - mettre un terme à la migration secondaire irrégulière et lutter contre ses causes:
 - 13 mars 2024, vote au Conseil des Etats:
 - rejet: garantir qu'une décision de non-entrée en matière soit systématiquement rendue en supprimant le "en règle générale" de l'art. 31 a LAsi;
 - approbation: nouvelles mesures pour accélérer les procédures d'exécution des décisions de non-entrée en matière.



4. Perspectives (2/2)

Personne LGBTQIA+

- Dublin:
 - SEM: 1ère non-entrée en matière:
 - TAF: cassation (D-1874/2019 du 29 avril 2019);
 - SEM: 2ème non-entrée en matière:
 - TAF: cassation (D-3292/2019 du 3 octobre 2019);
 - SEM: 3ème non-entrée en matière:
 - TAF: rejet du recours (D-6107/2020 du 31 mars 2021).

- Asile:
 - reprise de procédure nationale le 6 octobre 2021;
 - SEM: admission provisoire et non pas réfugiée, par décision du 29 juin 2023;
 - TAF: reconnaissance de qualité de réfugiée (D-4190/2023 du 8 avril 2024).



Des questions?

Merci de votre attention!

Droit des personnes LGBTQIA+ en Suisse: le droit des personnes mineures

16 mai 2024

Conférence de la Commission des droits humains

Romain JORDAN, avocat
Juge suppléant à la Cour de justice*

MERKT [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

*: la présente présentation n'engage que son auteur.

Plan

1. Situation de la personne mineure
2. Sources des obligations de l'Etat à l'égard des personnes mineures
3. Une source essentielle pour la personne mineure: la CDE
4. Le droit d'être entendu
5. Enjeu: l'effectivité face à des normes diffuses
6. Fin - Questions

1. Situation de la personne mineure

- Mineure face à ses parents, s'il en a;
- Mineure en tant que sujet de droit face à l'administration, dans un rapport de droit spécial (école, asile, santé, par exemple), ou non;
- Mineure titulaire de droits fondamentaux propres, à la condition d'être capable de discernement (laquelle est présumée dès l'âge de 12 ans, cf. art. 270b CC, tout du moins par analogie);
- L'autorité de protection des mineures (SPMi à Genève);
- Dans son rapport à l'Etat, la personne mineure est protégée par un ensemble de normes diffuses et parfois peu précises, faciles à noyer dans un cas concret.

2. Sources des obligations de l'Etat les plus importantes

- Au niveau international: la CDE, la CEDH (art. 8);

Art. 2 al. 2 CDE: « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre **toutes formes de discrimination** ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ».

- Au niveau constitutionnel: l'art. 8 Cst., spécialement l'art. 8 al. 2 Cst;
- Au niveau cantonal, la Cst./GE (art. 15 al. 2), et la LED-Genre.

3. Une source essentielle pour le mineur: la CDE (RS 0.107)

- Dans la Convention sur les droits de l'enfant (CDE), la personne mineure est un sujet de droits à part entière et non uniquement une personne à qui l'on doit accorder des prestations et une protection;
- Art. 2 al. 2 CDE: « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre **toutes formes de discrimination** ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille »;
- Art. 12 de la Convention sur les droits de l'enfant consacre un droit d'être entendu propre à la personne mineure.

4. Le droit d'être entendu

- L'art. 12 CDE (cf. ATF 147 I 149):
 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
 2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.
- Capacité de discernement de la personne mineure;
- Le droit de la personne mineure d'exprimer « librement » son opinion.

5. Enjeu: l'effectivité face à des normes diffuses et une mise en œuvre déficiente

- Constat: la mise en œuvre des droits de la personne mineure, *a fortiori* LGTBQI+, présente des lacunes;
- Elles se présentent souvent sous la forme d'actes matériels non formalisés dans une décision attaquable directement;
- Les art. 29a Cst. et 4A LPA/GE (à Genève) sont l'arme procédurale principale pour les saisir;
- Mécanisme impliquant d'interpeller l'autorité dont l'action en cause dépend et lui demander de constater l'illicéité de son comportement, et d'y mettre fin;

5. Enjeu: l'effectivité face à des normes diffuses et une mise en œuvre déficiente

- Selon l'art. 29a Cst., toute personne - physique ou morale - a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire;
- La personne mineure doit démontrer qu'elle se trouve dans une *situation de contestation juridique*:
 - a) Une **action** (ou omission) de l'Etat;
 - b) Critère **objectif**: une « cause » individuelle fondée sur le droit en vigueur, y compris le droit « souple »;
 - c) Critère **subjectif**: l'intérêt digne de protection (condition de la proximité particulière);
 - d) Rapport de **causalité adéquate**: il faut qu'il y ait un rapport d'imputabilité entre l'action étatique et l'incidence sur des droits et obligations;
 - e) Absence de **caractère politiquement prépondérant**.

5. Enjeu: l'effectivité face à des normes diffuses et une mise en œuvre déficiente

- ACEDH Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. CH du 9 avril 2024 (requête n°53600/20): qualité pour agir des associations (« locus standi ») ?
 - ☞ si l'enjeu touche matériellement toute la population ou une large part, l'action populaire n'est plus un critère bloquant.
- La pratique et la jurisprudence y répondront... il faut donc essayer !

6. Fin - Questions

Merci de votre attention!

Questions ?

→ Me Romain JORDAN, RJordan@merkt.ch, +41 22 809 55 99.

LES DROITS DES PERSONNES INTERSEXES

Au carrefour entre les droits humains et l'arbitrage international :

L'arrêt Semenya c. Suisse (Requête n° 10934/21)

M^e Jacopo OGRABEK

La présentation n'engage que son auteur

• **Groupe** • **santé** • **Genève** •

Table de matières

- Contexte
- Règlement de la World Athletics sur les DSD
- Décision du TAS
- Décision du TF
- Décision de la CrEDH
- Implications pour Caster Semenya
- Implications pour l'arbitrage international

Contexte

- Mokgadi Caster Semenya, athlète sud-africaine spécialisée dans les courses de demi-fond (800 à 3 000 mètres).
- Lauréate de deux médailles d'or olympiques et de trois championnats du monde dans les 800 mètres féminins.
- Suite à sa victoire aux championnats du monde de 2009, elle a été soumise à des tests de détermination de son sexe, et après avoir été autorisée à reprendre la compétition l'année suivante, il a été révélé qu'elle présentait un caractère d'intersexuation, soit un déficit en 5 α -réductase 2 et que ses niveaux de testostérone étaient dans la fourchette "typique des hommes".

Contexte

- D'un point de vue biologique, il existe cinq critères pour identifier le sexe d'un individu à sa naissance :
 - les chromosomes,
 - les hormones,
 - les gonades,
 - les organes sexuels internes et
 - les organes sexuels externes.

- Les personnes intersexes naissent avec des caractéristiques sexuelles (tels que l'anatomie sexuelle, les organes reproducteurs, le fonctionnement hormonal ou le modèle chromosomique) qui ne correspondent pas aux définitions classiques de la masculinité ou de la féminité.
(Définition ONU)

Règlement de la World Athletics sur le DSD

- La World Athletics a introduit de nouveaux règlements d'éligibilité pour la classification féminine (athlètes présentant des différences de développement sexuel) pour les épreuves du 400 mètres au mile, y compris les courses de haies, les 800 mètres et les 1500 mètres.
- Ces règlements exigent que toute athlète présentant une **différence de développement sexuel (DSD)** et **reconnue légalement comme femme ou intersexe** mais présentant des **niveaux de testostérone circulante supérieurs à 5 nmol/L**, réduise son **taux de testostérone à moins de ce seuil** pendant au moins six mois (par exemple, en utilisant des contraceptifs hormonaux) et maintienne ce taux pour rester éligible.
- Ces règlements sont entrés en vigueur le 1^{er} novembre 2018 et ont remplacé les règlements précédents concernant l'éligibilité des femmes atteintes d'hyperandrogénisme pour les compétitions féminines.

Décision du TAS

- La World Athletics impose aux athlète une clause arbitrale excluant le recours aux tribunaux ordinaires et prévoit la compétence du Tribunal arbitral du sport (TAS) qui a son siège à Lausanne.
- Le droit applicable est la réglementation interne de la World Athletics, la Charte Olympique et, à titre subsidiaire, le droit monégasque (aussi partie à la CEDH).
- Le TAS a reconnu que les règlements étaient discriminatoires, mais les a jugés nécessaires pour assurer une compétition équitable dans l'athlétisme féminin et ce malgré
 - l'absence de preuve d'un avantage significatif pour les épreuves d'une distance supérieure à 800 m ;
 - les difficultés pratiques potentielles pour les athlètes concernés de maintenir leur testostérone sanguine circulante en dessous de 2,5nmol/L ; et
 - les effets secondaires potentiels incertains du traitement pour les athlètes atteints de DSD.
- En 2019, Semenya a perdu son appel devant le TAS, qui a confirmé les règlements de la World Athletics

Recours contre une décision arbitrale devant le TF

- Recours possible contre décision arbitrale, mais griefs très limités et application très restrictive.
- Recours au TF en arbitrage est très limité.
- Unique grief au fond possible: **incompatibilité avec l'ordre public** (Art. 190 LDIP)

Décision du TF

- Une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique (ATF 144 III 120 consid. 5.1 ; 132 III 389 consid. 2.2.3). Tel est le cas lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants (ATF 144 III 120 consid. 5.1). Qu'un motif retenu par un tribunal arbitral heurte l'ordre public n'est pas suffisant ; c'est le **résultat auquel la sentence aboutit qui doit être incompatible avec l'ordre public** (ATF 144 III 120 consid. 5.1).
L'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public, visée à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, **est une notion plus restrictive que celle d'arbitraire** (ATF 147 III 49 consid. 9.1)
- Le tribunal fédéral a, de jurisprudence constante, souligné **que l'interdiction de la discrimination fait partie de l'ordre public** (cf. par ex. ATF 144 III 120 consid. 5.1; 138 III 322 consid. 4.1; 132 III 389 consid. 2.2.1; 128 III 191 consid. 6b), mais s'il l'a fait, **c'est dans l'idée de protéger au premier chef la personne vis-à-vis de l'État.**
(ATF 147 III 49 consid. 9.4)

Décision du TF

- Effet vertical vs effet horizontal de la garantie contre l'interdiction
- A cet égard, on peut relever que, sous l'angle du droit constitutionnel suisse, la jurisprudence considère **que la garantie de l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.) s'adresse à l'État et ne produit en principe pas d'effet horizontal direct sur les relations entre personnes privées** (ATF 137 III 59 consid. 4.1; 136 I 178 consid. 5.1; 133 III 167 consid. 4.2; arrêts 5D_76/2017 du 11 mai 2017 consid. 5; 5A_362/2016 du 20 février 2017 consid. 6.3; 5A_847/2015 du 2 mars 2016 consid. 4.1), ce qui rejoint l'avis de plusieurs auteurs [...]. Aussi est-il loin d'être évident de retenir que l'interdiction de discrimination émanant d'un sujet de droit privé fasse partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. (ATF 147 III 49 consid. 9.4)
- Le TF a tout de même très sommairement analysé le grief de la violation de la garantie de l'interdiction de la discrimination en entérinant les conclusions du TAS, à savoir que le règlement est discriminatoire mais nécessaire pour assurer une compétition équitable dans l'athlétisme féminin.

Décision de la CrEDH

- Analyse de l'obligation imposée à la Suisse et la marge d'appréciation dont elle jouissait dans le cas d'espèce

- Question : **Est-ce que Caster Semenya disposait des garanties institutionnelles et procédurales suffisantes**, soit un système de juridictions devant lesquelles elle a pu faire valoir ses griefs, en particulier celui fondé sur l'art. 14 CEDH, **et si celles-ci ont rendu des décisions dûment motivées et tenant compte de la jurisprudence de la Cour**

Décision de la CrEDH

Spécificités prises en compte

- Arbitrage sportif → ≠ arrêt Platini c. Suisse (mars 2020)
 - **Clause imposant un arbitrage forcé** : condition nécessaire pour participer aux épreuves internationales
 - NB : dans Platini c. Suisse, Platini avait clause d'arbitrage en tant que président UEFA et vice-président FIFA et n'a pas invoqué y avoir été contraint
- La notion de « sexe » englobe aussi les caractéristiques et son état de personne intersexe.
 - Les **différences exclusivement fondées sur le sexe doivent être justifiées** par des « **considérations très fortes** », des « **motifs impérieux** » ou des « **raisons particulièrement solides et convaincantes** ».
 - En plus, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu la marge laissée à l'État est restreinte.

Décision de la CrEDH

- Appréciation de la décision du TAS : procédure de 5 ans, beaucoup d'experts entendus, et analyse de la discrimination sur des critères similaires à 14 CEDH (caractère nécessaire, raisonnable et proportionné) mais pas de mention de cet article ni à la jurisprudence de la CEDH
- Appréciation de la décision du TF : le contrôle très limité (190 LDIP) de sa part est justifié dans l'arbitrage commercial mais pas dans l'arbitrage sportif.
 - La protection judiciaire des sportifs professionnels doit être similaire à celle des autres individus.

Décision de la CrEDH

- Effet horizontal de la discrimination et obligations de l'Etat signataire :
 - Confirmation de Danilenkov et autres c. Russie ; Pla et Puncernau c. Andorre ; Identoba et autres c. Géorgie ; Beizaras et Levickas c. Lituanie.
- Doutes scientifiques quant à la justification du Règlement DSD
 - Le TAS même a exprimé de sérieuses préoccupations concernant le Règlement DSD :
 - les effets secondaires du traitement hormonal étaient « significatifs » ;
 - une athlète, tout en suivant scrupuleusement le traitement hormonal qui lui avait été prescrit, pouvait se trouver dans l'incapacité de satisfaire aux exigences du Règlement DSD ;
 - les preuves d'un avantage athlétique concret en faveur des athlètes 46 XY DSD dans les disciplines du 1 500 mètres et du mile étaient « peu nombreuses ».
- Le Tribunal fédéral aurait dû répondre de manière plus approfondie, notamment à l'argument des effets secondaires et à la pesée des intérêts en jeu

Décision de la CrEDH

- L'État défendeur a outrepassé la marge d'appréciation réduite dont il jouissait dans le cas d'espèce.
- L'enjeu significatif de l'affaire pour la requérante et la marge d'appréciation réduite de l'État défendeur auraient dû se traduire par un contrôle institutionnel et procédural approfondi, dont la requérante n'a pas bénéficié en l'espèce.
- Violation de 13 CEDH (recours effectif) en lien avec 8 (protection sphère privée → intégrité physique) couplé de 14 CEDH (interdiction de discrimination)
- Il s'ensuit que la Cour n'est pas en mesure d'affirmer que le Règlement DSD, tel qu'appliqué à l'égard de la requérante, peut être considéré comme une mesure objective et proportionnée au but visé.

Implications pour Caster Semenya

- Pas de reprise des courses pour Caster Semenya
- La Cour n'avait pas assez d'éléments → TF doit mieux analyser la situation, raison pour laquelle violation aussi de 13 CEDH (recours effectif)
- Décision pas définitive, car renvoi à la Grande Chambre en novembre 2023!

Implications pour l'arbitrage international

- Différence entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage sportif
 - clause arbitrale contraignante
 - Davantage de pouvoir de cognition du TF? → ACrEDH pas définitif
- Incompatibilité avec l'ordre public suisse
 - Violation de la garantie de l'interdiction de discrimination : effet horizontal indirect (CEDH) vs effet vertical (Cst) → ACrEDH pas définitif

Conclusion

- La notion de «sexe» au sens de l'art. 14 CEDH et l'interdiction de la discrimination basée sur le «sexe», couvre également les caractéristiques sexuelles
- La garantie d'interdiction de discrimination selon 14 CEDH a un effet horizontal indirect contrairement à l'effet uniquement vertical de 8 Cst/CH
 - → Garanties CEDH doivent faire partie de l'ordre public suisse selon la CrEDH
 - → pertinent notamment pour art. 190 LDIP en arbitrage forcé
- Les véritables effets de cette affaire ne seront connus que dès que la Grande chambre aura rendu son arrêt
 - NB: Audience devant la Grande Chambre a eu lieu hier le 15 mai 2024
- La suite au prochain épisode!

Contact

- En cas de questions:
- Me Jacopo OGRABEK, jacopo.ograbek@groupesante.ch
- +41 22 700 15 00

• **Groupe** • **santé** • **Genève** •