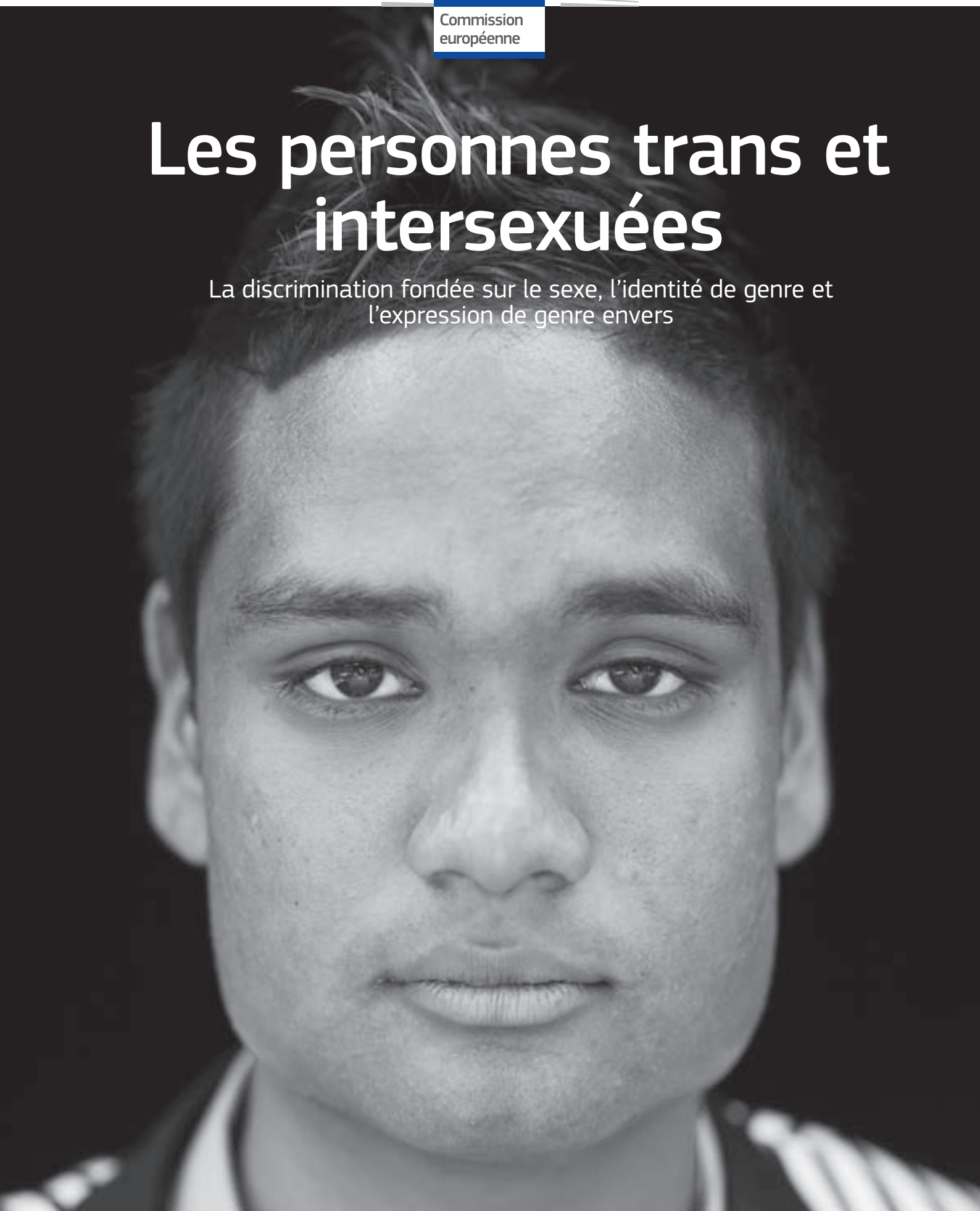




Les personnes trans et intersexuées

La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers



Europe Direct est un service destiné à vous aider
à trouver des réponses aux questions
que vous vous posez sur l'Union européenne.

Un numéro unique gratuit (*):

00 800 6 7 8 9 10 11

(*) Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet
via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

Une fiche bibliographique figure à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2012

ISBN 978-92-79-22965-7

doi:10.2838/56397

© Communautés européennes, 2012

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source.

Printed in Luxembourg

IMPRIMÉ SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE

Les personnes trans et intersexuées

La discrimination fondée sur le sexe,
l'identité de genre et l'expression de genre envers

Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination

Silvan Agius et Christa Tobler

Supervision: Migration Policy Group

Commission européenne

Direction générale de la justice

Manuscrit achevé le 29 juin 2011

Le présent rapport a été financé par et préparé à l'intention de la Commission européenne, direction générale de la justice. Son contenu ne reflète pas nécessairement la position officielle de la Commission européenne.

Il a été rédigé par Silvan Agius et Christa Tobler et supervisé par Migration Policy Group sous l'autorité du **réseau européen d'experts juridiques en matière de non-discrimination** (fondée sur la race ou l'origine ethnique, l'âge, le handicap, la religion ou les convictions et l'orientation sexuelle) dirigé par:

Human European Consultancy

Maliestraat 7
3581 SH Utrecht
Pays-Bas
Tél. +31 30 634 1422
Fax +31 30 635 2139
office@humanconsultancy.com
<http://www.humanconsultancy.com>

The Migration Policy Group

Rue Belliard 205, Box 1
1040 Brussels
Belgique
Tél. +32 2 230 5930
Fax +32 2 280 0925
info@migpolgroup.com
<http://www.migpolgroup.com>

La présente publication bénéficie du soutien du programme européen Progress pour l'emploi et la solidarité sociale (2007-2013). Celui-ci est géré par la direction générale de la justice de la Commission européenne. Il a été mis en place pour soutenir financièrement la poursuite des objectifs de l'Union européenne dans les domaines de l'emploi et des affaires sociales, tels qu'ils sont énoncés dans l'agenda social, et contribuer ainsi à la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne dans ces domaines.

Pour de plus amples informations, veuillez consulter <http://ec.europa.eu/progress>.

Pour des informations complémentaires sur les publications du réseau européen d'experts juridiques en matière de non-discrimination, veuillez consulter http://ec.europa.eu/justice/discrimination/document/index_en.htm

© Photographie et conception: Ruben Timman, www.nowords.nl

Pour toute utilisation ou reproduction de photos dont le droit d'auteur n'est pas détenu par l'Union européenne, il est nécessaire de s'adresser directement au(x) détenteurs du droit d'auteur en vue d'obtenir leur autorisation.

Terminologie applicable aux personnes trans et intersexuées vérifiée par Laura Leprince laura.leprince@gmail.com et Elisabeth Ronzier e.ronzier@gmail.com

Table des matières

Résumé	5	IV. Analyse juridique de la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre d'un point de vue systématique	59
Introduction	9	1. La discrimination	60
I. Discrimination à l'égard des personnes trans et intersexuées: définitions et perspectives factuelles	11	1.1 Les motifs de discrimination et les principes généraux d'égalité de traitement et de non-discrimination	60
1. Définitions	12	1.2 La détermination du critère de discrimination pertinent	61
2. Les difficultés présentées par le modèle de genre binaire et les stéréotypes fondés sur le genre	13	1.3 La discrimination par association	62
3. La médicalisation des identités trans et des corps intersexués	15	1.4 La discrimination directe et la discrimination indirecte	63
3.1 La conversion sexuelle	15	1.5 Le harcèlement (sexuel) et l'injonction de pratiquer une discrimination	66
3.2 La pathologisation des transidentités en tant que maladie mentale ou trouble du comportement	16	2. La justification	66
3.3 La pathologisation des corps intersexués comme souffrant de troubles du développement sexuel	17	3. L'action positive	67
4. Le marqueur de genre et les législations imposant avec force le modèle de genre binaire	19	4. La preuve	67
5. La discrimination dans l'accès à l'emploi et d'autres aspects de la vie	20	4.1 La charge de la preuve	67
6. Le harcèlement, la violence et la criminalité motivée par la haine	21	4.2 Les preuves statistiques	68
II. L'identité de genre et l'expression de genre selon le droit international en matière de droits humains	25	5. Les voies de recours et les sanctions	69
1. Les instruments internationaux en matière de droits humains régis par les Nations unies (NU)	26	6. La discrimination multiple	69
1.1 La déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)	26	V. Études de cas de législation et de jurisprudence dans des affaires de discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre	73
1.2 La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)	26	1. Meilleures pratiques dans la législation et la jurisprudence en matière d'égalité	74
2. Les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme régis par le Conseil de l'Europe (CDE)	27	1.1 La couverture juridique de l'identité de genre et de l'expression de genre	74
2.1 La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)	27	1.2 L'organisme national de promotion de l'égalité compétent en matière d'identité de genre et d'expression de genre	75
2.2 La jurisprudence de la CEDH concernant les droits humains des trans	28	1.3 Protection spécifique contre la discrimination durant la conversion sexuelle	76
2.2.1 La reconnaissance du genre des transsexuels après conversion sexuelle	28	1.4 La jurisprudence et les décisions dans les pays où le droit national ne contient aucune référence directe à l'identité de genre ou à l'expression de genre	77
2.2.2 Le droit au mariage conformément au genre acquis	29	2. Le changement de nom et la reconnaissance juridique du genre	78
2.2.3 Le droit à des conditions équitables et proportionnées en ce qui concerne la conversion sexuelle	29	2.1 La jurisprudence concernant le changement de nom et la reconnaissance juridique du genre sans obligation de conversion sexuelle	78
2.2.4 Le droit à une pension correspondant au genre acquis	30	2.2 Une législation relative au changement de nom et à la reconnaissance juridique du sexe conforme aux principes des droits humains	78
2.2.5 Le droit des trans à des procédures de conversion sexuelle claires	30	3. Protection contre la violence haineuse	79
2.3. Les recommandations du Conseil de l'Europe concernant les droits des LGBT	30	4. Retrait des transidentités des classifications nationales des maladies	80
2.4 La convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique	31	VI. La discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre dans le futur droit de l'UE	83
III. La discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre sous l'actuelle législation de l'UE	33	1. Une révision formelle du traité en vue d'insérer un nouveau motif de discrimination	84
1. L'absence de législation spécifique concernant la discrimination fondée sur l'identité de genre et de l'expression de genre	34	2. Une interprétation plus large du droit existant	85
2. La jurisprudence de la CJUE concernant la discrimination liée à la conversion sexuelle	35	3. Au niveau du droit national: utiliser de manière optimale la souplesse offerte par le droit de l'Union européenne	87
2.1 La discrimination liée à la conversion sexuelle en tant que discrimination fondée sur le sexe	35	VII. La discrimination envers les personnes intersexuées	89
2.2 L'approche conceptuelle de la Cour	37	1. La couverture juridique des personnes intersexuées dans le cadre de la législation anti-discrimination	90
2.3 Le choix du bon élément de comparaison	40	1.1 La couverture des personnes intersexuées par les législations anti-discrimination nationales	91
2.3.1 La comparaison établie dans P. contre S., une question hautement controversée	40	1.2. Une référence explicite aux personnes intersexuées dans la législation nationale	91
2.3.2 Les comparaisons effectuées dans K. B. et Richards et le test à appliquer depuis lors	45	2. La jurisprudence relative à la reconnaissance juridique des personnes intersexuées et à leur droit à l'intégrité physique	91
3. Évolution possible de la jurisprudence de la CJUE: une transposition à d'autres aspects de l'identité de genre et de l'expression de genre?	46	2.1. Une autre classification sexuelle dans les documents d'état civil	92
4. L'application de la jurisprudence existante de la CJUE dans les États membres de l'UE	47	2.2. Le droit à l'intégrité physique	92
4.1 La couverture de la conversion sexuelle dans les directives de l'UE relatives à l'égalité des sexes	47	3. Le traitement de la discrimination envers les personnes intersexuées dans le droit futur	93
4.2 La couverture de la conversion sexuelle dans la législation nationale en matière d'égalité	49	Conclusion	95
5. Évolution possible de la jurisprudence de la CJUE: extension à la discrimination à l'encontre des transsexuels de manière plus générale ou des autres trans?	53	Glossaire des termes clés	96
		Liste des affaires	99
		Jurisprudence nationale	101
		Acronymes et abréviations	104
		Bibliographie	105

Christina | 1988

Résumé

Dans le contexte de la discrimination au sens large, la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre ainsi que la discrimination fondée sur le sexe à l'égard des personnes intersexuées sont des questions particulièrement complexes. La reconnaissance juridique et les droits légaux qui sont accordés à cette communauté sont souvent étroitement liés à des obligations médicales et psychologiques spécifiques. Le présent rapport porte essentiellement sur la discrimination fondée sur l'identité et l'expression de genre, mais un court chapitre est également consacré à la discrimination spécifique envers les personnes intersexuées.

Le rapport commence par décrire la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre, et notamment les défis rencontrés par les personnes trans dans leur vie et les exigences de la communauté trans. Cette partie définit également les termes et expressions utilisés dans le contexte de la discrimination à l'égard des personnes trans, ainsi que ceux que la communauté utilise pour illustrer la diversité existant en son sein. Elle est suivie d'une annexe contenant un glossaire des termes les plus pertinents. Le rapport montre que les attitudes négatives envers les personnes trans et intersexuées sont souvent directement liées à l'importance qu'une société déterminée accorde au modèle binaire du genre, ainsi qu'au niveau de stéréotypes liés au genre, de sexisme et d'inégalités de genre qui existent en son sein.

En Europe comme dans d'autres parties du monde, cela se traduit par diverses exigences juridiques auxquelles les personnes trans et intersexuées doivent répondre pour s'inscrire dans l'un des deux genres/sexes possibles. Le rapport examine en détail la médicalisation et la pathologisation des identités trans et des corps intersexués. Il donne un aperçu de la situation actuelle et des informations sur la dissonance entre les exigences rigides arrêtées dans la loi et les besoins des personnes trans et intersexuées en ce qui concerne les soins de santé et leur capacité à choisir le degré de traitement auquel ils se soumettent (le cas échéant). Le rapport présente ensuite brièvement la discrimination à laquelle sont confrontées les personnes trans dans leur accès à l'emploi et dans d'autres aspects de la vie, ainsi que les niveaux de harcèlement, de violence et de criminalité motivée par la haine dont elles sont les victimes à la fois dans leur vie privée et dans leur vie publique.

Une partie consacrée au droit international en matière de droits de l'homme passe rapidement en revue la façon dont la discrimination à l'égard des personnes trans est traitée dans les législations nationales, en dehors de la législation de l'UE, et notamment sous le droit des Nations unies et conformément à la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe et la jurisprudence associée. Le rapport montre que si le droit international contient peu de références directes à l'identité de genre, le volume croissant de résolutions et de recommandations montre que les institutions prennent de plus en plus conscience de la gravité de la discrimination liée à l'identité de genre.

La partie principale du rapport est consacrée à la législation de l'UE dans le domaine de la discrimination à l'égard des personnes trans. La discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre d'une personne n'est pas explicitement interdite dans l'actuelle législation en matière de non-discrimination de l'UE. L'article 19 du TFUE, qui est la disposition juridique de base du traité de l'UE la plus générale concernant les questions de non-discrimination, ne permet en effet à l'UE de prendre les mesures nécessaires qu'en vue de combattre «toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle», sans faire spécifiquement mention des questions de transidentité. La discrimination à l'égard des personnes trans n'est pas non plus spécifiquement interdite par la charte des droits fondamentaux de l'UE.

Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'existe actuellement pas de législation européenne applicable dans ce contexte. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la discrimination contre les personnes trans

peut être assimilée à une discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne les personnes qui ont l'intention de subir, subissent ou ont subi une conversion sexuelle. Le rapport décrit et analyse cette jurisprudence, de même que son application dans les États membres de l'UE. Il discute également des difficultés présentées par la jurisprudence de la CJUE.

Sur le plan conceptuel juridique, la principale difficulté réside dans le raisonnement de la Cour et plus spécifiquement dans la comparaison sur laquelle elle fonde son analyse de la discrimination, à savoir le choix du comparatif, pour parvenir à une constatation de discrimination fondée sur le sexe. Il est tout d'abord apparu que la Cour comparait la personne trans qui a subi une conversion sexuelle complète et se plaint d'être victime de discrimination à une personne du sexe opposé n'ayant pas subi une telle conversion (en réalité, il semblerait que l'élément de comparaison concret ait été la plaignante elle-même avant son changement de sexe). Par la suite cependant, la Cour a évolué dans une direction qui permet difficilement de comprendre pourquoi la discrimination fondée sur la conversion sexuelle devrait être incorporée dans la loi sur la discrimination fondée sur le sexe. La Cour a en effet ensuite comparé le traitement de couples hétérosexuels dont l'identité des partenaires ne résultait pas d'une opération de conversion sexuelle avec celui de couples dont un des partenaires avait été amené, par son identité, à envisager ou à subir un changement de sexe. Enfin, dans un autre cas encore, la Cour a déclaré que les affaires portant sur la discrimination à l'égard des personnes trans devaient être analysées sur la base d'une comparaison non pas entre les hommes et les femmes, mais plutôt entre une personne transsexuelle après opération (par exemple, un transsexuel femme-vers-homme) et une personne née du même sexe (à savoir une femme). Dans toutes ces affaires, il y a confusion également sur ce qui constitue une conversion sexuelle et aucune d'elles ne fait référence à un quelconque statut chirurgical des requérants ou, dans le cas de *K. B.*, du conjoint de la requérante.

Même s'il peut sembler difficile de comprendre pourquoi, d'un point de vue conceptuel, ces affaires devraient être considérées comme étant des cas de discrimination fondée sur le sexe, leur inclusion dans cette catégorie de discrimination demeure actuellement l'unique moyen pragmatique existant pour fournir une protection juridique contre la discrimination fondée sur la conversion du genre en vertu du droit de l'UE. Et même dans ce cas, la jurisprudence de la CJUE relative aux questions de transidentité traite exclusivement des conséquences discriminatoires de la conversion sexuelle, alors qu'il ne s'agit que d'un aspect particulier du large spectre de la discrimination à l'égard des personnes trans. Le rapport plaide dès lors pour que la Cour interprète les motifs existants de discrimination de manière téléologique en leur donnant la signification la plus large possible afin de respecter l'engagement de l'Union en matière de respect de la dignité humaine et des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités (article 2 du TUE).

Après la description et l'analyse de l'actuelle jurisprudence de la CJUE concernant la conversion sexuelle, le rapport aborde les différents problèmes que pose l'analyse juridique des affaires de discrimination à l'égard de personnes trans en ce qui concerne la pertinence des concepts juridiques du droit de l'UE. D'une manière générale, il est bon de rappeler que la législation de l'UE contient à la fois des dispositions explicitement liées à la non-discrimination et des principes généraux d'égalité et de non-discrimination qui peuvent également jouer un rôle dans les affaires de discrimination envers des personnes trans. Dans une affaire concrète qui implique une allégation de discrimination, il convient, dans un premier temps, d'analyser les faits afin de déterminer le motif de discrimination pertinent. Le rapport montre que cela est parfois moins évident que ce qu'on pourrait le supposer. On peut ensuite se poser la question de savoir si le concept de discrimination par association pourrait s'appliquer dans le contexte de certaines affaires de discrimination à l'égard de personnes trans. Le rapport indique que ce concept devrait en effet être perçu comme un outil additionnel qui peut renforcer la position des requérants dans les affaires de ce type.

Ensuite, les différentes formes de discrimination reconnues dans le droit moderne de l'UE en matière de non-discrimination, à savoir la discrimination directe et indirecte, le harcèlement et l'injonction de pratiquer une discrimination, sont également pertinentes dans le contexte des affaires de discrimination à l'encontre de

personnes trans. Les affaires sur lesquelles la Cour de justice a statué à ce jour doivent être perçues comme des cas de discrimination directe. Concernant les deux autres concepts (harcèlement et comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination), il n'existe encore à ce jour aucune jurisprudence dans le contexte de la discrimination à l'encontre de personnes trans. D'autres concepts juridiques susceptibles de jouer un rôle important dans les affaires portant sur ce type de discrimination, mais pour lesquels il n'existe pas encore de jurisprudence spécifique de la CJUE concernant la justification, l'action positive, la charge de la preuve ainsi que les voies de recours, sanctions et réparations. Enfin, comme dans d'autres contextes, les affaires de discrimination multiple peuvent poser des difficultés particulières.

Une autre partie du rapport est consacrée à des études de cas portant sur la législation et la jurisprudence nationales concernant la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre. Dans ce contexte, il est important de se rendre compte que la législation anti-discrimination de l'UE n'est qu'un régime minimal et n'interdit pas aux États membres d'offrir une protection contre les discriminations fondées sur d'autres motifs et, de manière plus générale, une meilleure protection des victimes de discrimination. Comme le montre l'examen des meilleures pratiques qui figure dans le présent rapport, la législation de certains États membres contient des approches prometteuses qui peuvent et devraient servir de modèle pour d'autres États membres.

Enfin, une partie spécifique du rapport traite de la discrimination à l'encontre des personnes intersexuées, une forme particulièrement complexe de discrimination fondée sur le sexe. Les opérations chirurgicales que subissent les personnes intersexuées diffèrent des interventions de conversion sexuelle. Elles ont souvent lieu à un stade plus précoce de la vie avant même que la personne intéressée ait la possibilité de prendre part à la prise de décision. Les principaux groupes de parties prenantes sont ainsi souvent composés des parents d'enfants intersexués qui ne souhaitent pas que leur enfant soit associé de quelque manière que ce soit à l'ambiguïté sexuelle. De nombreux adultes intersexués sont toutefois frustrés d'avoir subi une opération sans leur consentement lorsqu'ils étaient jeunes. Parallèlement, ils n'aspirent pas forcément à une reconstruction génitale compte tenu des conséquences importantes qu'une telle intervention peut avoir sur le plaisir sexuel. Cette partie du rapport suit la même structure que celle des parties consacrées à l'identité de genre et à l'expression de genre et examine la couverture juridique actuelle des personnes intersexuées au niveau de l'UE et au niveau des États membres, la jurisprudence pertinente et la récente discussion qui a démarré dans certains États membres sur la façon de respecter au mieux les droits humains des personnes intersexuées.

Lizzie | 1993

Introduction

Les sociétés européennes se fondent sur des normes tirées de l'idée simpliste d'une dichotomie de deux sexes définis biologiquement, qui s'excluent mutuellement, auxquels différents rôles et comportements sont attribués traditionnellement (le modèle binaire du genre). Les personnes qui ne s'intègrent pas aisément dans ces normes telles que les personnes trans ou intersexuées rencontrent de nombreuses difficultés, tant sur le plan pratique dans leur vie quotidienne que sur le plan juridique. Une telle situation n'est clairement pas acceptable dans une entité juridique telle que l'Union européenne dont le traité fondateur repose sur le respect de la dignité humaine et des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant aux minorités, comme le précise l'article 2 du TUE.

Au niveau des institutions de l'UE, la première conférence consacrée à la situation des personnes transgenres dans l'Union européenne s'est tenue dans les locaux du Parlement européen à Bruxelles le 1^{er} septembre 2010. L'organisation de cette conférence intitulée «(Trans)Gender Equality?» faisait suite à la publication par les services du Parlement européen d'une note interne relative aux droits des personnes transgenres dans l'UE¹ et à un rapport parlementaire² invitant à prendre des mesures plus explicites visant à combattre la discrimination fondée sur l'identité de genre. En réalité, le Parlement européen avait déjà adopté en 1989 une résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels³, ce qui montre qu'au sein de l'Union européenne, le Parlement européen s'engage depuis longtemps et de manière visible dans les questions relatives à la communauté trans, notamment à travers son intergroupe sur les droits des lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres (communauté LGBT). D'importants travaux dans le domaine de l'homophobie et de la transphobie ont également été menés par l'Agence des droits fondamentaux (FRA) de l'Union européenne⁴.

Avec le présent rapport, le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination de la Commission européenne souhaite contribuer aux efforts de l'Union européenne visant à combattre le préjudice subi par les personnes trans et intersexuées. Le rapport examine la façon dont les législations, et en particulier celle de l'UE, abordent la problématique de la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre à l'encontre des personnes trans et intersexuées dans le contexte de la position difficile qu'occupent ces personnes dans notre société. Le point de départ des réflexions sur cette question est la nécessité pour le droit de l'UE en matière de non-discrimination, pour reprendre la formulation de l'avocat général Elmer, de s'adapter à la réalité sociale⁵ de manière à rendre le principe d'égalité de traitement apte à régler les cas de discrimination qui se posent dans les conditions de la société actuelle⁶. Le cas échéant, le rapport se fonde sur des travaux antérieurs exécutés dans le domaine du transsexualisme, notamment par la Région européenne de l'Association internationale des lesbiennes, des gays et des personnes bisexuelles, transgenres et intersexuées (ILGA-Europe)⁷, Transgender Europe (TGEU) et l'Agence des droits fondamentaux (FRA) de l'UE que nous avons déjà mentionnée.

¹ Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen (2010), *Les droits des personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne*, Bruxelles: Parlement européen.

² Résolution du Parlement européen du 17 juin 2010 sur l'évaluation des résultats de la feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2006-2010 et recommandations pour l'avenir, P7_TA(2010)0232.

³ Résolution sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, JO C 256/33 de 1989.

⁴ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne; (2008) *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'UE — Partie I: analyse juridique*, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne; (2009) *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'UE — Partie II: la situation sociale*, p. 123-138; (2010) *Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'Union européenne – Mise à jour de 2010: analyse juridique comparative*.

⁵ CJUE, affaire C-13/94 *P/S et Cornwall County Council*, Rec. 1996, p. I-2143, point 9, dans les conclusions de l'avocat général (dans le contexte du changement de sexe).

⁶ CJUE, affaire C-249/96 *Lisa Jacqueline Grant/South-West Trains Ltd.*, Rec. 1998, p. I-621, point 15 dans les conclusions de l'avocat général (dans le contexte de l'orientation sexuelle).

⁷ Stephen Whittle, Lewis Turner, Ryan Combs et Stephenne Rhodes (2008), *Transgender EuroStudy: Legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care*, Bruxelles: ILGA-Europe; Stefano Fabeni et Silvan Agius (2009), *Transgender People and the Gender Recast Directive: Implementation Guidelines*, Bruxelles: ILGA-Europe; *Declaration of the Trans Rights Conference* (28 octobre 2009), accessible à l'adresse: http://www.ilga-europe.org/home/issues/transgenre/declaration_of_the_trans_rights_conference.

Christopher | 1985

I. Discrimination à l'égard des personnes trans et intersexuées: définitions et perspectives factuelles

1. Définitions

Le terme «trans» regroupe les personnes dont l'identité de genre et/ou l'expression de genre diffèrent du sexe qui leur a été assigné à la naissance. Ce terme générique inclut en effet, mais sans s'y limiter, les hommes et femmes qui ont un passé transsexuel et les personnes qui s'identifient en tant que transsexuels, transgenres, travestis, androgynes, polygenres, de genre fluide (*«genderqueer»*), sans genre, de genre variant ou de toute autre identité et expression de genre qui n'est ni masculine ni féminine de façon standard et qui expriment leur genre à travers leurs choix vestimentaires, leur présentation ou leurs modifications corporelles, y compris par le recours à diverses interventions chirurgicales.

Les «transsexuels» s'identifient au rôle lié au genre opposé au sexe qui leur a été assigné à la naissance et cherchent à vivre de manière permanente dans le rôle du genre de prédilection. Cela s'assortit souvent d'un important rejet de leurs caractéristiques sexuelles physiques primaires et secondaires et de leur désir d'aligner leur corps avec leur genre de prédilection. Les transsexuels peuvent envisager de subir, être en train de subir ou avoir subi un traitement de conversion sexuelle (avec ou sans hormonothérapie ou intervention chirurgicale).

Les «hommes et les femmes qui ont un passé transsexuel» s'identifient pleinement au genre acquis et cherchent à obtenir une reconnaissance dans ce genre sans qu'il soit fait référence à leur précédent sexe et/ou au processus de conversion qu'ils ont entrepris pour aligner leurs caractéristiques sexuelles physiques sur leur genre.

Les «transgenres»⁸ vivent en permanence dans leur genre de prédilection. À la différence des transsexuels cependant, ils n'ont pas nécessairement le désir ou le besoin de subir une intervention médicale.

Les «travestis» aiment porter les vêtements d'un autre genre au cours de certaines périodes. Leur sentiment d'identification à un autre genre peut varier en intensité, allant de très fort, au point que cet autre genre devienne leur genre primaire, à moins intense, faisant de cet autre genre une partie moins importante de leur identité. Certains travestis peuvent avoir recours à une assistance médicale en vue d'une conversion et pour vivre en permanence dans leur genre de prédilection à un certain moment de leur vie. D'autres se satisfont d'un travestissement à temps partiel pendant toute leur vie.

Les termes «androgyn», «polygenre» et *«genderqueer»* ont une définition très similaire et font référence à des personnes qui combinent des caractéristiques masculines et féminines, sont de genre «fluide», évoluent entre les genres, et dont l'identité de genre, l'expression de genre et l'orientation sexuelle ne sont pas bien délimitées.

Les «sans-genres» sont des personnes sans identité de genre qui refusent d'être considérées comme hommes ou femmes.

La personne de «genre variant» est une personne dont le genre diffère de l'identité de genre normative et du rôle associé au sexe assigné à la naissance.

Les «personnes intersexuées» diffèrent des transgenres par le fait que leur statut n'est pas lié au genre, mais est plutôt associé à leur conformation biologique (caractéristiques génétiques, hormonales et physiques) qui n'est ni exclusivement mâle ni exclusivement femelle, mais est typique des deux à la fois ou non clairement définie comme l'un ou l'autre. Ces spécificités peuvent se manifester au niveau des caractéristiques sexuelles secondaires telles que la masse musculaire, la pilosité, la poitrine et la stature, des caractéristiques sexuelles primaires telles que les

⁸ Il y a peu ce terme était également le générique primaire utilisé pour faire référence à l'ensemble des trans, mais cet usage disparaît aujourd'hui et est remplacé par le terme «trans» qui est perçu comme englobant davantage toutes les communautés trans.

organes reproducteurs et les parties génitales et/ou des structures chromosomiques et des hormones. Le terme «intersexuation» a remplacé celui d'«hermaphroditisme», largement utilisé par les médecins au cours des XVIII^e et XIX^e siècles.

Dans le présent document, une distinction claire est établie entre les termes *sexe* et *genre*. Le sexe fait référence à la conformation biologique et notamment aux caractéristiques sexuelles primaires et secondaires, aux gènes et aux hormones, tandis que le genre fait référence à la perception interne des personnes et à l'expérience de la masculinité et de la féminité, ainsi qu'à la construction sociale associant certains comportements à des rôles masculins et féminins qui varient au fil de l'histoire, entre les sociétés et en fonction des cultures et des classes. Le genre est dès lors fortement lié aux attentes de la société et n'est pas une question exclusivement biologique. Cette distinction devient floue lorsque l'on discute de la signification juridique des motifs fondés sur le sexe, avant tout parce que le sexe a été interprété dans un sens large de manière à couvrir des aspects liés au genre. Ainsi, «la Cour de justice a considéré que le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe» (directive 2006/54/CE, considérant 3).

L'«identité de genre» fait référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire⁹.

L'«expression de genre» fait référence à la façon dont les individus manifestent l'identité de leur genre et à ce que perçoivent les autres. De manière typique, les personnes aspirent à ce que leur expression de genre ou leur présentation corresponde à leur identité de genre, indépendamment du sexe qui leur a été assigné à la naissance.

2. Les difficultés présentées par le modèle de genre binaire et les stéréotypes fondés sur le genre

Les attitudes négatives adoptées envers les trans et les intersexués sont en corrélation directe avec l'importance qu'une société donnée accorde au modèle de genre binaire et au niveau de stéréotypes fondés sur le genre, de sexisme et d'inégalités entre les genres qui existe au sein de celle-ci. Le modèle de genre binaire classe à la fois le sexe et le genre dans deux formes distinctes et exclusives d'identité: l'identité masculine et l'identité féminine. Ce système est maintenu à travers un régime de cisnormativité¹⁰ qui légitime et privilégie ceux qui se sentent bien dans le genre associé au sexe qui leur a été assigné à la naissance à travers diverses pratiques et institutions. Cette norme défavorise et marginalise en outre systématiquement toutes les personnes dont le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre ne répondent pas aux attentes sociales. Cela se produit par l'application de limites vastes entre les deux sexes (et les genres correspondants) afin de décourager les croisements ou la création de troisièmes sexes ou de genres alternatifs. Les stéréotypes portant sur le genre jouent également un rôle important dans l'aliénation et la marginalisation des trans et des intersexués. En fait, les stéréotypes fondés sur le genre qui favorisent une forme particulière de «masculinité» en rapport avec les hommes et une forme particulière de «féminité» en rapport avec les femmes exposent de nombreux trans et intersexués à une discrimination institutionnalisée.

⁹ Comme défini dans *Les principes de Jogjakarta: Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre* (2006) (principes de Jogjakarta en abrégé).

¹⁰ L'identité de genre et l'expression de genre des cisgenres correspondent au sexe qui est assigné à la naissance et aux attentes sociales associées à leur genre. Les cisgenres sont considérés comme étant la norme dans la société.

Bert | 1925

En plus du préjudice découlant du modèle de genre binaire, les trans et les intersexués sont victimes de transphobie et d'interphobie, c'est-à-dire de croyances culturelles et personnelles, d'opinions, d'attitudes et de comportements fondés sur des préjugés ou le dégoût, la crainte et/ou la haine des trans et des intersexués ou dirigés contre les variations de sexe, d'identité de genre et d'expression de genre. La transphobie et l'interphobie institutionnelles se manifestent à travers les sanctions imposées par la loi et le caractère juridiquement consacré du système de genre binaire, la pathologisation des identités trans et des corps intersexués et l'inexistence ou inadéquation des mécanismes de lutte contre la violence et la discrimination. La transphobie sociale se manifeste sous la forme de violence physique ou autre, de discours de haine, de discrimination, de menaces, de marginalisation, d'exclusion sociale, d'«exotisation», de ridiculisation et d'insultes.

3. La médicalisation des identités trans et des corps intersexués

3.1 La conversion sexuelle

L'une des principales préoccupations de nombreux trans tourne autour de l'accès à des services appropriés de conversion sexuelle, et notamment à l'expertise psychologique, endocrinologique et chirurgicale. Tous les trans ne veulent pas forcément recourir aux divers aspects de ces services et certains n'en ont même pas besoin du tout. Toutefois, en raison du modèle de genre binaire invoqué ci-dessus, les identités trans et les corps intersexués sont tous deux médicalisés et considérés comme des états pathologiques parce qu'ils ne s'inscrivent simplement pas dans la norme établie par le modèle binaire. Les trans et les intersexués sont considérés comme des patients qui n'ont pas vraiment leur mot à dire concernant leur propre identité et leur propre corps, et les traitements qui sont mis à leur disposition ne reposent souvent pas sur leurs besoins personnels ou leurs propres aspirations, mais se fondent sur les attentes sociales et institutionnelles. Les traitements offerts sont souvent étroitement liés à des exigences juridiques de sorte que certains droits sociaux risquent de n'être accessibles à l'intéressé que s'il se soumet à une série de procédures établies par la loi. Ceci se manifeste le plus clairement par l'imposition de certains traitements et procédures médicaux superflus mais obligatoires (par exemple, la stérilisation et l'exigence d'une conversion sexuelle «complète» et la suppression de certains éléments physiques et sexuels perçus comme étant des caractéristiques de l'autre sexe dans le cas des intersexués) afin de permettre aux intéressés d'accéder à certaines facilités qui sont librement accessibles à la grande majorité de la société (par exemple, le changement de nom et la délivrance des documents d'identification dans le bon genre dans le cas des trans et la participation à la société en tant que personne appartenant à l'un des deux sexes socialement acceptés dans le cas des intersexués).

De nombreux trans subissent un processus appelé «*conversion sexuelle*» à travers lequel ils redéfinissent le genre dans lequel ils vivent afin de mieux exprimer leur identité de genre. Ce processus peut impliquer une assistance médicale, y compris une hormonothérapie et des opérations chirurgicales que les trans subissent afin d'aligner leur corps sur leur genre. Parallèlement à ce processus médical cependant, les trans doivent aussi se soumettre à des adaptations sociales et juridiques qui seraient superflues si la société n'était pas fondée sur le modèle de genre binaire. Celles-ci sont entre autres l'annonce de la transidentité aux proches, aux amis et aux collègues, l'adoption du code vestimentaire et comportemental conforme au genre revendiqué au cours d'une période dite de «mise en situation réelle» avant d'être officiellement reconnu comme appartenant au genre voulu et l'obligation de s'acquitter d'autres obligations juridiques ou judiciaires qui varient en fonction du droit national. Ainsi le nom et/ou le sexe ne peuvent-ils souvent être modifiés sur les documents officiels que lorsque le processus de conversion est devenu irréversible et «complet». Quant à la longueur de ce processus, elle varie considérablement d'un pays à l'autre en fonction du traitement de conversion sexuelle disponible et des procédures et exigences juridiques/administratives qui le régissent.

L'étude *Transgender EuroStudy*¹¹ a montré que même les États qui offrent un traitement de conversion sexuelle ne garantissent pas un accès aisé au traitement à tous les trans. 79 % des répondants ont déclaré qu'ils n'avaient pas pu obtenir un remboursement de l'État pour leur hormonothérapie. 82 % ont déclaré ne pas avoir pu obtenir de fonds nécessaires pour subir les interventions chirurgicales minimales requises pour leur permettre de vivre dans le genre de leur choix, tandis que 51 % ont décidé de supporter eux-mêmes les frais d'opération alors que plusieurs d'entre eux gagnaient moins de la moyenne nationale. Mais la couverture des coûts n'est pas l'unique problème. Un trans sur quatre a notifié un refus de traitement faute d'avoir obtenu l'aval de son médecin. Les conséquences pour de nombreux trans sont lourdes, étant donné que le manque d'accès au traitement de conversion sexuelle se solde par une stigmatisation sociale, une faible estime de soi et un plus grand risque de suicide.

De nombreux intersexués n'ont ni le besoin ni le désir de subir un traitement médical. Une opération de chirurgie plastique est généralement pratiquée sur les nourrissons et les enfants intersexués dans le but de garantir leur aspect génital et la conformité de leurs glandes sexuelles à ce que l'on attend généralement du genre qui leur est assigné. Un tel traitement tend aussi à s'accompagner d'une hormonothérapie visant à les rendre conformes aux modèles associés à l'«homme» ou à la «femme».

3.2 La pathologisation des transidentités en tant que maladie mentale ou trouble du comportement

La classification internationale des maladies (CIM) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) est appelée *Classification statistique internationale des maladies et problèmes de santé associés, 10^e révision – Version 2007* (CIM-10)¹². L'OMS a classé l'homosexualité dans les maladies mentales pour la première fois dans la CIM-9, en 1977, mais l'a finalement retirée en 1990 lorsqu'elle a adopté la CIM-10 en se fondant sur une série de recherches montrant que l'orientation sexuelle n'était pas une maladie. L'accent semble cependant avoir été déplacé et mis sur les transidentités considérées en tant que troubles psychologiques et troubles du comportement et de nouvelles classifications ont été introduites dans la CIM¹³.

La CIM-10 fait référence aux identités transgenres au *Chapitre V: troubles mentaux et du comportement, troubles de la personnalité et du comportement chez l'adulte*. Les diagnostics pertinents relèvent de deux sous-sections:

- i. F64 Troubles de l'identité sexuelle
(F64.0 Transsexualisme; F64.1 Transvestisme bivalent; F64.2 Trouble de l'identité sexuelle de l'enfance; F64.8 Autres troubles de l'identité sexuelle et F64.9 Trouble de l'identité sexuelle, sans précision)
- ii. F65 Troubles de la préférence sexuelle
(F65.0 Fétichisme; F65.1 Transvestisme fétichiste; F65.6 Troubles multiples de la préférence sexuelle)

Tout comme une invitation à déclasser l'homosexualité a été formulée en 1990, des demandes de plus en plus pressantes sont formulées dans les débats qui entourent la publication de la nouvelle version de la CIM (CIM-11) afin que les transidentités soient dépathologisées¹⁴. En 2010, le bureau de la World Professional Association for Transgender Health, Inc. (WPATH) «[a] insist[é] pour que la variance sexuelle soit dépsychopathologisée partout dans le monde», étant donné que «la psycho-pathologisation des caractéristiques et des identités de genre renforce ou peut provoquer la stigmatisation, ce qui favorise les préjugés et la discrimination, renforce la vulnérabilité des transgenres et des transsexuels à la marginalisation et à l'exclusion sociales et juridiques et accroît les risques pour

¹¹ Whittle, Turner, Combs et Rhodes (2008).

¹² La classification peut être consultée en ligne à l'adresse: <http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/>.

¹³ CIM-9, code 302.85.

¹⁴ Ces débats sont menés dans le cadre de la campagne mondiale «Stop Trans Pathologization 2012».

le bien-être mental et physique»¹⁵. Dans leur déclaration commune de la conférence sur les droits des trans (2009), ILGA-Europe et Transgender Europe (TGEU) ont lancé un appel à l'OMS «pour sauvegarder les droits fondamentaux des personnes trans» en retirant le trouble de l'identité de genre (et les pathologies similaires) de la CIM-11 et en introduisant «une catégorie alternative non pathologisante dans la CIM-11 qui établisse des normes de qualité pour des traitements médicaux amplement suffisantes pour soutenir l'expression de genre des personnes trans»¹⁶.

L'American Psychological Association (APA) procède actuellement à la révision de son *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM)* et envisage de reclasser les pathologies qui font référence aux transidentités dans la prochaine édition du DMS (DSM-V). Aux dernières informations, l'APA n'a pas l'intention de retirer les transidentités de la liste des maladies, bien qu'elle n'ignore pas la discrimination à l'égard des trans, et elle a publié des directives stratégiques concernant le traitement des trans dans la société¹⁷.

3.3 La pathologisation des corps intersexués comme souffrant de troubles du développement sexuel

Le concept médical de *troubles du développement sexuel* (DSD – *Disorders of sex development*) a remplacé récemment le terme «intersexué» dans les milieux médicaux et fait référence à des états congénitaux dans lesquels le développement du sexe chromosomique, gonadique ou anatomique est considéré comme atypique. Ce concept a été adopté en 2005 lors de l'International Consensus Conference on Intersex. En 2006, la *déclaration de consensus sur la gestion des troubles des intersexués*¹⁸ a proposé un nouveau système de classification médicale faisant fi de la dénomination existante et définissant plus clairement la situation des personnes intersexuées au profit des patients, des membres de la famille et des médecins. La nouvelle classification est synthétisée dans le tableau ci-dessous¹⁹:

Tableau 1 Nomenclature révisée proposée	
Antérieurement	Proposition
Intersexué	DSD
Pseudohermaphrodite mâle, sous-virilisation d'un génotype mâle XY et sous-masculinisation d'un génotype mâle XY	46 XY DSD
Pseudohermaphrodite femelle, survirilisation d'un génotype femelle XX et masculinisation d'un génotype femelle XX	46 XX DSD
Hermaphrodite vrai	DSD ovotesticulaire
Mâle XX ou inversion du sexe XX	DSD testiculaire XX
Inversion sexuelle XY	Dysgénésie gonadique complète 46, XY

La *déclaration de consensus* et les *lignes directrices cliniques pour la gestion des troubles du développement sexuel chez les enfants*²⁰ avaient pour but d'introduire les meilleures normes de soins pour les personnes souffrant de DSD. Elles se sont toutefois heurtées à de virulentes critiques, étant donné qu'elles conféraient aux médecins et aux parents un pouvoir de décision supplémentaire sur le corps des jeunes enfants intersexués. L'Organisation internationale

¹⁵ Voir <http://www.wpath.org/documents/de-psychopathologisation%205-26-10%20on%20letterhead.pdf>.

¹⁶ Disponible à l'adresse: <http://web.hku.hk/~sjwinter/TransgenreASIA/maltadeclaration.pdf>.

¹⁷ Déclaration de politique de l'APA: *Transgender, Gender Identity, & Gender Expression Non-Discrimination* (adoptée en 2008), disponible en ligne à l'adresse: <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/transgender.aspx>.

¹⁸ *Pediatrics*, Vol. 118, n° 2, 1^{er} août 2006, e488-e500, à consulter en ligne à l'adresse: <http://pediatrics.aappublications.org/content/118/2/e488.full.pdf+html>.

¹⁹ *Ibid.*, e489.

²⁰ Consortium on the Management of Disorders of Sex Development, (2006) Rohnert Park: Intersex Society of North.

Marie | 1953

des intersexués (OII) et d'autres activistes ont fait objection à l'utilisation des DSD, d'une manière générale, déclarant que «les lignes directrices concernant les DSD portent essentiellement sur le genre et garantissent aux parents et aux médecins qu'ils peuvent choisir le bon genre sans consulter l'enfant. Nous sommes tout à fait opposés à cela»²¹.

Une évaluation détaillée des pratiques médicales et exigences juridiques actuelles sous l'angle des droits humains est donc indispensable pour garantir aux personnes intersexuées un accès aux meilleures normes de soins sans enfreindre leur droit à l'intégrité corporelle.

4. Le marqueur de genre et les législations imposant avec force le modèle de genre binaire

Pour de nombreuses personnes trans, il est essentiel, pour des raisons sociales, pratiques et personnelles, que les documents d'identification mentionnent le nom correct et portent le bon marqueur de genre²². Dans la vie de tous les jours, le décalage entre la présentation du genre d'une personne et le marqueur de genre sur les documents d'identification²³ est à l'origine de nombreux problèmes allant de l'impossibilité de se marier ou de se pacser avec son partenaire à des difficultés à obtenir ou à conserver un emploi et à bénéficier de certains biens et services, par exemple pour prouver son identité lorsque l'on prend réception d'un colis à la poste, lorsque l'on contracte une assurance ou lorsque l'on embarque à bord d'un avion. Si la grande majorité des États membres prévoient la reconnaissance du genre²⁴, les exigences attachées à cette reconnaissance tendent à être nombreuses, invasives et pathogènes²⁵. Ces lois peuvent exiger que les personnes trans: 1) manifestent leur intention de vivre en permanence dans le genre opposé, 2) satisfassent aux critères de la mise en situation réelle, 3) obtiennent l'avis d'experts de diverses disciplines attestant qu'elles souffrent d'un trouble de l'identité de genre, 4) subissent une correction génitale chirurgicale irréversible, 5) soient stérilisées et 6) soient célibataires ou divorcent de leur conjoint. Ces exigences sont généralement soit imposées par la législation régissant la reconnaissance des trans ou font partie d'une pratique établie dans ce domaine.

Tous les pays européens imposent qu'un trouble de l'identité de genre (TID) soit diagnostiqué avant d'obtenir la reconnaissance dans un autre genre, et tous les trans d'Europe doivent donc demander une assistance médicale et psychologique. Si un médecin refuse de certifier un TID, il se peut que le trans ne puisse se soumettre à un traitement de conversion sexuelle, ce qui a pour conséquence que l'intéressé n'est pas en mesure de faire changer non plus le marqueur de genre sur ses documents d'état civil. Les trans qui n'ont pas l'intention ou la possibilité de subir une conversion sexuelle et ne répondent donc pas à toutes les exigences du droit national se trouvent souvent dans l'incapacité de faire changer leur marqueur de genre légal, même si ces personnes vivent dans le genre auquel elles s'identifient.

²¹ Curtis E. Hinkle (non daté), *Why is OII not using the term DSD or "Disorders of Sex Development"?*, disponible en ligne à l'adresse: http://www.intersexualite.org/Response_to_Intersex_Initiative.html#anchor_42.

²² Le *marqueur de genre* est un désignateur de genre sur les documents officiels. Les marqueurs de genre les plus évidents sont les désignations telles que homme/femme ou M/Mme/Mlle. Ils sont souvent intégrés dans les cartes d'identité, les permis de conduire, les certificats de naissance, les diplômes, les documents d'état civil et autres formulaires fiscaux. Des marqueurs de genre moins évidents peuvent être des numéros codés tels que les numéros de la sécurité sociale et les numéros fiscaux.

²³ Concernant la reconnaissance de ces documents dans d'autres pays, voir par exemple Sheila Swatschek (2005), *Transsexuality and International Private Law*, Bruxelles: ILGA-Europe.

²⁴ Le principe a été établi par la décision de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans *B. c. France* (1992) et confirmé dans des décisions ultérieures (voir II.2.2.1).

²⁵ La CEDH a laissé à la législation nationale la liberté de définir les critères pour la reconnaissance juridique du genre.

Comme indiqué ci-dessus, le fait que la reconnaissance juridique du genre soit inextricablement liée à des exigences de certification médicale et d'interventions irréversibles est problématique. Les exigences de stérilisation et de divorce correspondent à l'intérêt primaire de la société de faire respecter le système de genre binaire. Le bien-être de la personne trans passe en second lieu. La stérilisation est requise afin de ne pas remettre en cause le rôle biologique des sexes, tandis que le divorce est requis pour empêcher qu'un mariage hétérosexuel existant se transforme en mariage homosexuel. L'obligation de se soumettre à un traitement «complet» de conversion sexuelle répond à un intérêt similaire. Compte tenu des violations des droits de l'homme que ces exigences représentent, le commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe invite les États membres à, «[d]ans les textes encadrant le processus de changement de nom et de sexe, cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux»²⁶. Le bureau de la WPATH a relayé ce message et a appelé à la suppression des exigences de stérilisation et d'opération de la liste des exigences posées pour la reconnaissance du genre:

«Personne ne devrait être obligé de subir une opération ou d'accepter la stérilisation en tant que condition de reconnaissance d'identité. Si un marqueur sexuel est requis sur une pièce d'identité, celui-ci pourrait reconnaître le genre dans lequel vit la personne indépendamment de sa capacité de reproduction. Le bureau de la WPATH insiste auprès des gouvernements et autres autorités pour qu'ils suppriment les exigences de reconnaissance d'identité qui imposent des interventions chirurgicales»²⁷.

5. La discrimination dans l'accès à l'emploi et d'autres aspects de la vie

Les études réalisées sur l'emploi des personnes trans et les positions qu'elles occupent révèlent des taux élevés de chômage et de sous-emploi. «L'étude Engendered Penalties montre que 31 % seulement des personnes qui ont répondu à l'enquête travaillent à plein temps. Plus précisément, 40 % des femmes transgenres travaillent contre 57 % des femmes en général et 36 % des hommes transgenres contre 72 % des hommes en général. Une étude espagnole sur le chômage des personnes transgenres indique que 54 % des personnes interrogées sont sans emploi.»²⁸. Une étude examinant les facteurs qui contribuent à la persistance des disparités liées au genre sur le lieu de travail sur la base des expériences de travailleurs transgenres avant et après la conversion sexuelle a conclu que:

«les transgenres femme-vers-homme gagnent en moyenne un peu plus après leur conversion sexuelle, tandis que les travailleurs transgenres homme-vers-femme peuvent perdre jusqu'à un tiers de leurs revenus moyens. Cette constatation concorde avec les preuves qualitatives que pour plusieurs travailleurs hommes devenus femmes, le fait d'être une femme amène souvent une perte d'autorité, du harcèlement et la résiliation du contrat, mais que pour plusieurs travailleurs femmes devenus des hommes, le fait de devenir un homme amène souvent une augmentation du respect et de l'autorité»²⁹.

De plus, les transsexuels sont particulièrement exposés au risque de perdre leur emploi durant la période de conversion. Pour de nombreux trans, un marqueur de genre et un nom apposés sur les documents d'identification et les titres académiques qui ne correspondent pas au genre dans lequel ils se présentent risquent d'engendrer une importante discrimination lors des entretiens d'embauche. Sur le lieu de travail, des problèmes ont été signalés en lien avec les règles concernant l'utilisation de toilettes distinctes pour les hommes et les femmes ou le port obligatoire de tenues correspondant au genre. En effet, il arrive que l'on continue à s'adresser aux personnes

²⁶ Commissaire aux droits de l'homme (2009), *Droits de l'homme et identité de genre*, Strasbourg: Conseil de l'Europe, p. 44.

²⁷ Voir <http://www.wpath.org/documents/Identité%20Recognition%20Statement%206-10%20on%20letterhead.pdf>.

²⁸ Commissaire aux droits de l'homme (2009), p. 30.

²⁹ Kristen Schilt et Matthew Wiswall (2008), *Before and After: Gender Transitions, Human Capital, and Workplace Experiences*, The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy: Vol. 8: Iss. 1 (contributions), article 39.

trans en se référant à leur ancien rôle de genre, et que ces personnes soient donc contraintes d'utiliser les toilettes et de se présenter d'une façon qui ne correspond pas à leur genre de prédilection.

La discrimination dans d'autres domaines de la vie tels que l'accès aux soins de santé généraux, à l'éducation ou à tous autres biens et services est tout aussi répandue et suit un modèle similaire. Elle est souvent liée à l'obligation de présenter des documents d'identification officiels qui contiennent un marqueur de genre (par exemple, dans le cas de l'inscription dans un établissement scolaire ou à un club de sport et de l'ouverture d'un compte bancaire ou d'autres services) ou est liée à des installations réservées à un sexe (par exemple, les vestiaires et les toilettes).

6. Le harcèlement, la violence et la criminalité motivée par la haine

Les personnes transgenres sont des victimes récurrentes de harcèlement dans la sphère publique et sont «particulièrement exposées à la discrimination, à l'intolérance et même à la violence»³⁰. Reconnaisant ces difficultés, le commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe recommande aux États membres d'adopter une législation relative aux infractions motivées par la haine offrant une protection spécifique aux personnes transgenres contre les infractions et les incidents motivés par la transphobie»³¹.

L'étude intitulée «*Transphobic Hate Crimes in the European Union*» (crimes de haine motivés par la transphobie dans l'Union européenne)³² apporte pour la première fois des preuves quantitatives des crimes de haine dont sont victimes les personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne et se fonde sur les réponses qui ont été reçues de 2 669 trans en provenance de toute l'Europe. L'étude révèle que:

- i. 79 % des répondants ont été victimes d'une forme ou l'autre de harcèlement en public, allant de remarques motivées par la transphobie à l'agression physique ou sexuelle;
- ii. les formes les plus courantes de harcèlement étaient des remarques (désobligeantes) (44 %) et des agressions verbales (27 %). 15 % des répondants ont été victimes de comportements menaçants et 7 % d'agressions physiques;
- iii. sur la base des preuves tirées d'une précédente étude en ligne réalisée au Royaume-Uni, les chercheurs ont considéré que les femmes trans risquent davantage d'être victimes de harcèlement que les hommes trans. 67 % des femmes trans ont indiqué avoir été victimes de harcèlement contre 57 % pour les hommes trans. 24 % des femmes trans ont été victimes d'agressions verbales contre 20 % des hommes trans;
- iv. ce sont les répondants italiens qui ont signalé le pourcentage le plus élevé de remarques (51 %); les taux les plus élevés d'agressions verbales ont été déclarés par les répondants grecs, allemands et britanniques (25 %); les répondants grecs ont dénoncé les taux les plus élevés de comportements menaçants (22 %); les répondants anglais ont déclaré les taux les plus élevés d'agressions physiques (7 %) et les répondants français, les taux les plus élevés d'agressions sexuelles (3 %).

Des résultats similaires ont également été enregistrés par le service de police londonien³³ dans l'étude qu'il a réalisée en 2008 auprès de lesbiennes et de femmes trans, indiquant que:

³⁰ Commissaire aux droits de l'homme (2009), p. 5. Voir également Amy Roch, Graham Ritchie et James Morton (2010), *Out of sight, out of mind? Transgender People's Experiences of Domestic Abuse*, Scotland: LGBT Youth Scotland & Equality Network.

³¹ *Ibid.*, p. 45.

³² Louis Turner, Stephen Whittle et Ryan Combs (2009), *Transphobic Hate Crimes in the European Union*, Londres: Press for Change.

³³ Susan Paterson, Vicky Kielinger et Hazel Fletcher (2008), *Women's Experience of Homophobia and Transphobia: Survey Report*, Londres: Metropolitan Police Service.

- i. 65 % des lesbiennes et des femmes trans interrogées ont déjà été victimes d'incidents inspirés, selon elles, par l'homophobie ou la transphobie; 94 % de ces femmes avaient été victimes d'agressions verbales ou de harcèlement, 46 % de menaces, de manœuvres d'intimidation ou de brimades et jusqu'à 30 % avaient eu à subir des violences physiques ou des agressions;
- ii. 37 % des femmes interrogées ont été victimes d'un tel incident au cours des douze derniers mois;
- iii. un peu moins de deux tiers (64 %) des femmes victimes de tels incidents ont déclaré que ceux-ci ont eu une incidence à court ou à long terme sur elles;
- iv. 62 % des incidents mentionnés durant l'étude avaient été commis par au moins deux auteurs. Dans 26 % des incidents mentionnés, la victime connaissait l'auteur et dans certains cas, il s'agissait de membres de la famille de la victime;
- v. 83 % des incidents mentionnés par les femmes interrogées n'ont pas été déclarés à la police. 41 % des femmes qui ont notifié des incidents à la police ont estimé que les agents de police ne les avaient pas mises à l'aise. Dans 42 % des cas, aucune mesure n'a été prise par la police.

En plus des pourcentages élevés de personnes trans victimes de harcèlement et de violence, le projet d'étude «*Transrespect versus Transphobia Worldwide*» a indiqué que 22 personnes trans ont été assassinées dans l'UE entre 2008 et 2010³⁴. Un grand nombre de ces personnes ont probablement été victimes de transphobie ou de la vulnérabilité à laquelle les expose la marginalisation sociale.

On ne dispose d'aucune information sur la situation des intersexués en ce qui concerne le harcèlement, la violence et la criminalité motivée par la haine.

³⁴ Projet Trans respect v. Transphobia, carte publiée en février 2011, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.transrespect-transphobia.org/uploads/images/maps/TvT-TMM-Map2008-10-en.png>.

Noa | 1999

II. L'identité de genre et l'expression de genre selon le droit international en matière de droits humains

Il est assez rare que les traités internationaux relatifs aux droits humains couvrent expressément l'identité de genre (ou l'orientation sexuelle) et toutes les références à celle-ci sont, sans exception, très récentes³⁵. Conscients de la lacune existant dans le droit régissant les droits de l'homme, des experts du monde entier se sont réunis à Jogjakarta, en 2006, afin de formuler et d'adopter une série de principes portant sur les droits de l'Homme, appelés principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre (principes de Jogjakarta, en abrégé). Ces principes constituent une importante source pour l'élaboration des droits humains de la communauté LGBT et divers gouvernements y ont largement fait référence, notamment dans plusieurs États membres de l'UE et pays de l'Espace économique européen (EEE)³⁶.

1. Les instruments internationaux en matière de droits humains régis par les Nations unies (NU)

1.1 La déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)

La déclaration universelle des droits de l'Homme est un traité international qui a été adopté par l'Assemblée générale des Nations unies en 1948. Elle se compose de trente articles qui ont été développés ultérieurement dans des traités internationaux, des instruments régionaux régissant les droits de l'homme et des lois nationales. La DUDH affirme que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits et que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. Si la DUDH ne mentionne pas expressément l'identité de genre, les NU peuvent toujours jouer un rôle décisif en étendant les droits humains aux trans.

Le 17 juin 2011, le Conseil des droits de l'homme (CDH) des Nations unies a adopté une résolution intitulée «Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre»³⁷. Première en son genre, la résolution exprime une grave préoccupation concernant les actes de violence et de discrimination à l'égard de personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre. Elle demande à la haute-commissaire des Nations unies aux droits de l'homme de faire établir une étude à l'échelle mondiale qui rende compte des lois et pratiques discriminatoires, ainsi que des actes de violence commis contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et leur identité de genre. Une discussion constructive et éclairée devrait également avoir lieu lors de la dix-neuvième session du CDH en 2012.

1.2 La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)

La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1979. Elle définit ce qui constitue une discrimination à l'égard des femmes et arrête un programme d'action nationale qui vise à mettre fin à ce type de discrimination. La convention requiert en outre des États parties qu'ils prennent toutes les mesures positives appropriées pour assurer l'égalité

³⁵ À ce jour, le droit international ne contient aucune référence à l'expression de genre.

³⁶ Paula Ettelbrick et Alia TrabuccoZerán (2010), *The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development, A Study of November 2007 – Juin 2010* (rapport final).

³⁷ A/HRC/17/L.9/Rev.1.

de l'homme et de la femme dans l'exercice de tous les droits dans les sphères politique et publique, ainsi qu'en matière d'éducation, de santé et d'emploi. Le 22 octobre 2010, le comité CEDAW a adopté deux recommandations générales, l'une portant sur les femmes âgées et sur la protection de leurs droits fondamentaux³⁸ et une autre, sur les obligations fondamentales des États parties conformément à l'article 2 (discrimination)³⁹. Les deux recommandations ont confirmé que la discrimination à l'égard des femmes fondée sur le genre et le sexe est liée à d'autres facteurs, dont l'identité de genre. Le paragraphe 18 de la seconde recommandation indique que:

«Le fait que les phénomènes de discrimination se recoupent est fondamental pour l'analyse de la portée des obligations générales que fixe l'article 2. La discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que [...] l'identité sexuelle[...].»

À la suite de ces résolutions, des rapports nationaux soumis aux organismes prévus dans le traité doivent traiter spécifiquement la situation des femmes trans et préciser quelles sont les mesures prises pour lutter contre la discrimination à leur égard.

2. Les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme régis par le Conseil de l'Europe (CDE)

2.1 La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est un traité international qui protège les droits de l'homme et les libertés fondamentales dans les États membres du Conseil de l'Europe. Élaborée en 1950, elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. La convention a établi la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), l'unique cour établie par un traité international de défense des droits de l'homme qui accorde à des personnes individuelles le droit de déposer plainte directement contre un État partie. Les arrêts de la CEDH sont contraignants. La convention est en outre un «instrument vivant» de sorte que la Cour est compétente pour interpréter la convention à la lumière des connaissances actuelles et de l'évolution des attitudes.

L'article 14 de la CEDH interdit la discrimination sur la base d'une liste non exhaustive de motifs, notamment «le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation». L'article a également été interprété de façon à couvrir d'autres motifs qui ne sont pas repris spécifiquement dans le texte de la convention tels que l'orientation sexuelle (dans *L et V c. Autriche* [2003] et les affaires ultérieures)⁴⁰ et plus récemment la transsexualité (*P.V. c. Espagne* [2010])⁴¹. La protection offerte par l'article 14 de la CEDH se limite aux droits qui sont garantis par la convention. Une «interdiction générale de la discrimination» est seulement garantie

³⁸ Recommandation générale n° 27 sur les femmes âgées et sur la protection de leurs droits fondamentaux, CEDAW/C/2010/47/GC.1.

³⁹ Recommandation générale n° 28 sur les obligations fondamentales des États parties au titre de l'article 2 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/2010/47/GC.2.

⁴⁰ Le 9 janvier 2003, dans les affaires *L et V c. Autriche* (CEDH, requêtes n° 39392/98 et 39829/9), la CEDH a rappelé que l'orientation sexuelle est un concept couvert par l'article 14 de la CEDH. La Cour a défendu le même point de vue dans des décisions ultérieures.

⁴¹ Le 30 novembre 2010, dans la décision de recevabilité concernant l'affaire *P.V. c. Espagne* (CEDH, requête n° 35159/09), la CEDH a reconnu la transsexualité comme un motif autonome protégé au titre de l'article 14 de la CEDH.

par le protocole n° 12 de la CEDH⁴² qui étend l'interdiction de discrimination de façon à couvrir tous droits légaux, y compris ceux qui ne sont pas sauvegardés au titre de la convention⁴³.

Dans une tentative d'intégration des deux systèmes juridictionnels régionaux européens, l'article 17 du protocole n° 14 de la CEDH⁴⁴ établit que l'Union européenne peut adhérer à la convention. L'article 6, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne (TUE) établit que l'Union européenne «adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales». L'intégration officielle des deux systèmes doit encore avoir lieu, mais il existe déjà des cas d'alignements de la jurisprudence de la CEDH et de celle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁴⁵.

2.2 La jurisprudence de la CEDH concernant les droits humains des trans

L'affaire *Van Oosterwijk/Belgique*⁴⁶ fut la première affaire engagée par un trans dont la CEDH fut saisie en 1976, mais elle n'aboutit pas. Ce n'est qu'en 1992 que la première décision positive fut adoptée par la Cour dans l'affaire *B. c. France*. Les grandes décisions de la Cour concernant les droits des trans portent sur la reconnaissance juridique du changement de nom et du genre légal, le droit au mariage et la prise en charge des coûts du traitement requis pour le changement de genre. À ce jour, toutes les affaires dont la Cour a été saisie ont été engagées par des transsexuels et la Cour ne s'est donc encore jamais prononcée elle-même sur le droit d'autres trans.

2.2.1 La reconnaissance du genre des transsexuels après conversion sexuelle

Dans l'affaire *B. c. France*⁴⁷ (arrêt pris en 1992), la CEDH a établi que le refus du gouvernement français de corriger le certificat de naissance et le nom d'une transsexuelle après l'opération de changement de sexe constituait une violation de l'article 8 de la CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale).

La requérante avait subi une opération de changement de sexe en 1972 et tenté par la suite d'obtenir un jugement afin que soit modifié le sexe enregistré sur son certificat de naissance, ainsi que sur d'autres documents d'état civil, mais elle s'est vu opposer un refus. La législation française interdisait en effet de porter un nom et un prénom différents de ceux qui étaient enregistrés sur le certificat de naissance. La requérante a donc subi des humiliations récurrentes, étant donné qu'elle ne pouvait produire que des documents indiquant le nom et le genre correspondant à son sexe avant la conversion. Dans cette affaire, la Cour a relevé la situation particulièrement difficile dans laquelle se trouvaient les transsexuels en France et a conclu que «même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y avait rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu» (paragraphe 63 de l'arrêt).

En conséquence, la France a dû reconnaître le changement de genre sur les cartes d'identité personnelles et les documents officiels. Si cette affaire n'a pas conduit à des changements de même nature dans d'autres pays, elle a introduit un précédent important, reconnaissant que le droit à la vie privée est crucial dans la vie quotidienne de nombreux trans.

⁴² Le protocole n° 12 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, STCE n° 177. Les protocoles à la CEDH sont facultatifs et de nombreux États membres de l'UE n'ont encore ni signé ni ratifié le protocole n° 12.

⁴³ Voir affaire *K. B.*, discutée sous le point III.2.1.1.

⁴⁴ CEDH, *Van Oosterwijk c. Belgique* (requête n° 7654/76), arrêt du 6 novembre 1980.

⁴⁵ CEDH, *B. c. France* (requête n° 13343/87), arrêt du 25 mars 1992.

2.2.2 Le droit au mariage conformément au genre acquis

Dans la décision révolutionnaire adoptée dans les affaires *Goodwin et l. c. Royaume-Uni*⁴⁶ (arrêts rendus par la grande chambre en 2002), la CEDH a établi que les refus du Royaume-Uni de reconnaître le changement de sexe de l'intéressé et le droit au mariage conformément au genre acquis constituaient respectivement une violation de l'article 8 et de l'article 12 de la CEDH (droit de se marier).

Les deux requérants se sont plaints de la non-reconnaissance juridique de leur nouvelle identité sexuelle et du statut juridique des transsexuels au Royaume-Uni. Ils ont relevé en particulier leur impossibilité de se marier en raison du refus de l'État de modifier le registre des naissances. Dans son raisonnement, la Cour a souligné que, d'une part, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société et, d'autre part, que les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité. La Cour n'était, par conséquent, pas convaincue que l'on puisse continuer d'admettre que les termes «un homme et une femme» à l'article 12 de la CEDH impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques et, partant, n'a vu aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier. Dans cette affaire, la Cour a également réduit la vaste marge d'appréciation dont disposaient auparavant les États à l'égard des transsexuels en attachant «moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques, qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés» (point 85 de l'arrêt).

2.2.3 Le droit à des conditions équitables et proportionnées en ce qui concerne la conversion sexuelle

Dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne*⁴⁷ (sur laquelle il a été statué en 2003) la CEDH a établi que la charge imposée à la requérante de prouver la «nécessité médicale» de sa conversion sexuelle et la nature profonde de son transsexualisme était déraisonnable et a conclu à l'existence d'une violation de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH (droit à un procès équitable) et de l'article 8 de la CEDH.

La requérante avait intenté une action en justice devant les tribunaux de Berlin contre une compagnie d'assurance maladie allemande en affirmant que la compagnie devait lui rembourser 50 % des frais de sa conversion sexuelle et de son hormonothérapie (conformément au régime applicable aux personnes employées par le Land de Berlin). La juridiction allemande avait rejeté sa demande de remboursement du traitement médical associé à sa transsexualité, en arguant qu'elle avait délibérément provoqué cet état.

La CEDH a estimé que la procédure nationale était injuste et contraire au droit à un procès équitable et que l'exigence de prouver la nécessité médicale de son traitement était disproportionnée et déraisonnable étant donné que «l'identité sexuelle [est] l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu» (point 56 de l'arrêt). Une affaire de même nature a été engagée devant la Cour dans *Schlumpf c. Suisse*⁴⁸ (arrêt pris en 2009) et la Cour a confirmé la solution qu'elle avait adoptée dans *Van Kück*.

⁴⁶ CEDH, *Goodwin et l. c. RU* (requête n° 28957/95) et (requête n° 25680/94), respectivement, arrêt du 11 juillet 2002.

⁴⁷ CEDH, *Van Kück c. Allemagne* (requête n° 35968/97), arrêt du 12 juin 2003.

⁴⁸ CEDH, *Schlumpf c. Suisse* (requête n° 29002/06), arrêt du 8 janvier 2009.

2.2.4 Le droit à une pension correspondant au genre acquis

Dans l'affaire *Grant c. Royaume-Uni*⁴⁹ (sur laquelle il a été statué en 2006), la CEDH a conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH en ce qui concerne le déni par le gouvernement britannique du droit à l'allocation d'une pension à une femme transsexuelle après conversion sexuelle à l'âge où les femmes peuvent en bénéficier. L'intéressée était inscrite en tant que femme sur sa carte d'assurance sociale et avait payé ses cotisations au taux en vigueur pour les femmes. Malgré cela, lorsqu'elle a demandé le versement de sa pension de retraite, elle a été informée qu'elle n'aurait droit à une pension de l'État qu'à l'âge de la retraite applicable aux hommes (cinq ans plus tard). L'arrêt rendu par la CEDH dans cette affaire a confirmé un arrêt rendu quelque temps auparavant par la CJUE dans l'affaire *Richards*⁵⁰.

2.2.5 Le droit des trans à des procédures de conversion sexuelle claires

Dans l'affaire *L c. Lituanie*⁵¹ (sur laquelle il a été statué en 2007), la CEDH a établi que le manque de clarté de la législation lituanienne concernant la conversion sexuelle, ayant eu pour conséquence d'empêcher le requérant de mener à terme son changement de sexe et d'obtenir une reconnaissance juridique dans son nouveau genre, constituait une violation de l'article 8 de la CEDH.

Si la Lituanie n'interdisait pas les opérations de conversion sexuelle et si le Code civil (adopté en 2000) octroyait le droit de subir une opération de changement de sexe, la loi qui devait régir la conversion sexuelle n'avait jamais été jamais adoptée. L s'est ainsi retrouvé dans la «situation intermédiaire d'un transsexuel préopératoire qui a subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle»⁵² et a dû subir diverses humiliations dues au fait que ses documents d'état civil mentionnaient toujours ses anciens nom et marqueur de genre. La Cour a ordonné à la Lituanie d'adopter une législation appropriée dans les trois mois du jour où l'arrêt est devenu définitif ou, à défaut, de verser au requérant 40 000 euros pour dommage matériel correspondant aux coûts associés à l'opération de conversion sexuelle. La Cour a également alloué au requérant 5 000 euros pour préjudice moral. La Lituanie n'a pas encore pleinement appliqué cet arrêt.

2.3. Les recommandations du Conseil de l'Europe concernant les droits des LGBT

En mars 2010, le comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une résolution contenant des mesures claires pour combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre⁵³. Premier accord intergouvernemental global sur les droits des LGBT, cette résolution traite: I) du droit à la vie, à la sécurité et à la protection contre la violence, ce qui couvre A) les «crimes de haine» et autres incidents motivés par la haine et B) le «discours de haine», II) la liberté d'association, III) la liberté d'expression et de réunion pacifique, IV) le droit au respect de la vie privée et familiale, V) l'emploi, VI) l'éducation, VII) la santé, VIII) le logement, IX) les sports, X) le droit d'asile, XI) les structures nationales relatives aux droits de l'homme et XII) la discrimination multiple. Si ces recommandations ne sont pas directement applicables, elles sont considérées comme une législation non contraignante et prévoient une procédure d'examen de leur application (à partir de 2013).

⁴⁹ CEDH, *Grant/Royaume-Uni* (requête n° 32570/03), arrêt du 23 mai 2006.

⁵⁰ Voir III.2.1.1.

⁵¹ CEDH, *L c. Lituanie* (requête n° 27527/03), arrêt du 11 septembre 2007.

⁵² B. Appréciation de la Cour (dans l'arrêt).

⁵³ Recommandation CM/Rec(2010)5 du comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (adoptée par le comité des ministres le 31 mars 2010, lors de la 1081^e réunion des délégués des ministres).

Un mois plus tard, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) a adopté une résolution⁵⁴ et une série de recommandations⁵⁵ sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. L'APCE a salué la résolution du comité des ministres et a invité celui-ci à formuler diverses mesures visant à promouvoir l'égalité à l'égard de la communauté LGBT.

2.4 La convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique

La *convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*⁵⁶, qui a été adoptée récemment, contient en son article 4 «Droits fondamentaux, égalité et non-discrimination», paragraphe 3, une référence à l'identité de genre de sorte qu'il s'agit de la première convention à offrir une protection expresse contre la discrimination fondée sur l'identité de genre. L'article est libellé en ces termes:

«La mise en œuvre des dispositions de la présente Convention par les Parties, en particulier les mesures visant à protéger les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, le genre, [...], l'identité de genre, [...] ou toute autre situation.»

Le rapport explicatif⁵⁷ élabore le motif de l'identité de genre comme suit (point 53):

«Certains groupes d'individus peuvent également être victimes de discrimination du fait de leur identité de genre, ce qui signifie, en termes simples, que le genre auquel ils s'identifient ne correspond pas au sexe qui leur a été attribué à la naissance. Ceci inclut des catégories d'individus tels que les personnes transgenres ou transsexuelles, les travestis, et d'autres groupes de personnes ne correspondant pas à ce que la société reconnaît comme appartenant aux catégories "masculin" ou "féminin".»

En adoptant une définition aussi vaste, qui va bien au-delà de la jurisprudence discutée cidessus, le Conseil de l'Europe donne le signal que tous les trans devraient être protégés, peu importe qu'ils aient ou non subi une conversion sexuelle.

⁵⁴ Résolution 1728 (2010): discrimination sur la base l'orientation sexuelle et de l'identité de genre; adopté par l'assemblée le 29 avril 2010 (17^e session).

⁵⁵ Recommandation 1915 (2010): discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (texte adopté par l'assemblée le 29 avril 2010 [17^e session]).

⁵⁶ Adoptée à Istanbul par le comité des ministres et ouvert à la signature le 11 mai 2011.

⁵⁷ CM(2011)49 final, adopté le 7 avril 2011.

Henk | 1944

III.

La discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre sous l'actuelle législation de l'UE

1. L'absence de législation spécifique concernant la discrimination fondée sur l'identité de genre et de l'expression de genre

La législation actuelle de l'UE concernant la non-discrimination ne contient aucune interdiction explicite de la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre d'une personne. L'article 18, paragraphe 1, du TFUE, soit la disposition la plus générale des traités en ce qui concerne la non-discrimination, interdit uniquement toute discrimination exercée en raison de la nationalité. De même, l'article 157 du TFUE n'interdit la discrimination fondée sur le sexe que dans les domaines de l'emploi et du travail. Pour les autres domaines de la législation et les autres types de discrimination à l'égard d'êtres humains, l'article 19 du TFUE autorise l'UE à prendre des mesures pour combattre uniquement «toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle discrimination», sans faire mention des questions de transsexualité. Conformément à l'article 10 du TFUE, l'UE doit chercher, dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et activités, à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (intégration).

De même, aucune interdiction explicite de la discrimination sur la base de l'identité de genre et de l'expression de genre ne figure dans la charte des droits fondamentaux de l'UE, dont l'article 21 fait référence à la discrimination exercée en raison de la nationalité (paragraphe 2) ainsi qu'à «toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle» (paragraphe 1). L'identité de genre ou l'expression de genre n'apparaît pas non plus dans la réglementation interne sur le travail de l'UE. Le statut⁵⁸ interdit en effet en son article 1^{er} *quinquies* les mêmes discriminations que celles visées à l'article 21, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux. Il convient toutefois de faire remarquer que dans ces deux cas, les listes de motifs de discrimination sont formulées de manière non exhaustive («toute discrimination fondée notamment sur...» ou «toute discrimination, telle que...»), ce qui permet en principe d'inclure d'autres motifs que ceux qui sont expressément mentionnés. Parallèlement, la charte des droits fondamentaux lie les États membres «uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union» (article 51, paragraphe 1) et précise expressément qu'elle n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités (article 51, paragraphe 2). À moins d'adhérer à une définition extrêmement vaste de l'expression «lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union», il semblerait impossible d'inclure la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre uniquement sur la base de la charte. Pour que ceci soit possible, une compétence de l'Union doit être créée en rapport avec ces questions. Comme indiqué précédemment, tel n'est pas le cas pour le moment.

En théorie, l'unique possibilité pour que l'UE puisse néanmoins légiférer consisterait à traiter la discrimination sur la base de l'identité de genre et de l'expression de genre comme une question économique associée au marché intérieur et à fonder le droit dérivé sur une disposition juridique générale (articles 114, 115 et 352 du TFUE) comme cela fut fait dans le domaine de l'égalité des sexes avant que des dispositions juridiques spécifiques soient incluses dans le traité CE de l'époque (postLisbonne: TFUE)⁵⁹. Une telle action requiert manifestement une volonté politique du côté des institutions. À ce jour, aucune action de ce type n'a été entreprise.

Sur la base de ce qui précède, il y a lieu de déclarer qu'en vertu de l'actuelle législation de l'UE, l'identité de genre et l'expression de genre n'apparaissent ni dans le droit primaire ni dans le droit secondaire de l'UE. Cela ne signifie cependant pas qu'il n'y a actuellement aucune législation de l'UE qui soit applicable dans ce contexte: selon la

⁵⁸ Règlement 259/68/CEE fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes, JO L 56 du 4.3.1968 – , modifié à plusieurs reprises; version consolidée disponible à l'adresse: http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_fr.pdf.

⁵⁹ Voir Christa Tobler (2000), *Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam*, European Journal of Law Reform 2000, p. 135-153.

jurisprudence de la Cour européenne de justice (CJUE), la discrimination à l'égard des trans peut, dans certaines circonstances, être équivalente à la discrimination fondée sur le sexe.

2. La jurisprudence de la CJUE concernant la discrimination liée à la conversion sexuelle

2.1 La discrimination liée à la conversion sexuelle en tant que discrimination fondée sur le sexe

À ce jour, la Cour a conclu dans trois affaires, notamment *P. contre S.*⁶⁰ (arrêt de 1996), *K. B.*⁶¹ (arrêt de 2004) et *Richards*⁶² (arrêt de 2006), que la discrimination à l'égard de personnes qui ont l'intention de subir, subissent ou ont subi une conversion sexuelle peut être assimilée à de la discrimination fondée sur le sexe.

Dans *P. contre S.*, la Cour de justice a estimé que le licenciement d'une personne transsexuelle pour un motif lié à une conversion sexuelle constitue une discrimination fondée sur le sexe qui est interdite par l'article 5, paragraphe 1, de ce qui était à l'époque la directive 76/207/CEE⁶³. L'affaire impliquait la transsexuelle homme-vers-femme P., née de sexe masculin sur le plan des chromosomes et des caractéristiques physiques, mais se sentant psychologiquement femme. Par souci de cohésion identitaire, P. a subi une conversion sexuelle dont le but était de lui conférer l'apparence physique la plus féminine possible. P. occupait un poste de directeur d'établissement scolaire et a été licenciée durant son traitement de conversion sexuelle (P. a reçu un préavis de licenciement avant que soit exécutée la dernière opération chirurgicale, mais le licenciement n'est devenu effectif qu'après cette opération). P. a engagé une procédure judiciaire pour discrimination sexuelle. La juridiction britannique saisie de l'affaire a conclu que le véritable motif du licenciement était l'intention de P. de subir une conversion sexuelle. Dans une procédure de question préjudicielle, la juridiction a demandé à la Cour de justice si une telle situation était couverte ou non par la législation de la CE (post-Lisbonne: UE) régissant l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, notamment par la directive 76/207/CEE. L'article 5, paragraphe 1, de cette directive disposait que l'application du principe de l'égalité de traitement en ce qui concerne le licenciement impliquait que «soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions, sans discrimination fondée sur le sexe». La Cour a conclu que:

«[L]e champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée. En effet, de telles discriminations sont fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé. Ainsi, lorsqu'une personne est licenciée au motif qu'elle a l'intention de subir ou qu'elle a subi une conversion sexuelle, elle fait l'objet d'un traitement défavorable par rapport aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération. Tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de

⁶⁰ CJUE, affaire C-13/94 *P./S. et Cornwall County Council*, Rec. 1996, p. I-2143.

⁶¹ CJUE, affaire C-117/01 *K. B./National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Rec. 2004, p. I-541.

⁶² CJUE, affaire C-423/04 *Sarah Margaret Richards/Secretary of State for Work and Pensions*, Rec. 2006, p. I-3585.

⁶³ Directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 39/40 de 1976, modifiée par la directive 2002/73/CE modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JO L 269/15 de 2002. La directive a, depuis lors, été remplacée par la directive de «refonte» 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L 204/23 de 2006.

la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger. Le licenciement dont elle fait l'objet doit, dans ces conditions, être regardé comme contraire à l'article 5, paragraphe 1, de la directive. Il n'en irait autrement que si le licenciement en cause pouvait être justifié au titre de l'article 2, paragraphe 2, de la directive. Cependant, aucun élément du dossier ne permet de supposer que tel était le cas dans l'espèce au principal. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de répondre aux questions posées par l'Industrial Tribunal que, compte tenu de l'objectif visé par la directive, son article 5, paragraphe 1, s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle.» (*P./S.*, points 19 à 24).

Dans l'arrêt *Grant*⁶⁴ ultérieur (points 41 et 42), la Cour a résumé comme suit les conclusions auxquelles elle était arrivée dans l'affaire *P. contre S.*:

«[L]a Cour a relevé que les dispositions de la directive interdisant les discriminations entre les hommes et les femmes n'étaient que l'expression, dans le domaine limité qui est le leur, du principe d'égalité, qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire. Elle a estimé que cette circonstance plaide contre une interprétation restrictive du champ d'application de ces dispositions et conduisait à appliquer ces dernières aux discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle du travailleur. La Cour a considéré que de telles discriminations étaient, en réalité, fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de la personne concernée. [...] ces discriminations doivent être interdites au même titre que les discriminations fondées sur l'appartenance d'une personne à un sexe déterminé [...].»

Dans l'affaire *K. B.*, tant les faits que l'approche adoptée par la Cour dans cette affaire étaient différents de ceux de l'affaire *P. contre S.* L'affaire *K. B.* concernait une employée du National Health Service (NHS) britannique dont le partenaire qui partageait sa vie était un transsexuel femme-vers-homme. Ce partenaire n'étant pas parvenu en vertu de la législation britannique à se faire enregistrer en tant qu'homme dans le registre des naissances, le couple ne pouvait pas se marier. Il a été informé par le NHS que dans l'éventualité où le partenaire survivrait à l'employée, il ne pourrait pas prétendre à une pension de réversion, étant donné que seuls les partenaires mariés avaient droit à une telle pension. Interrogée pour savoir si une telle position équivalait à une discrimination fondée sur le sexe interdite par la législation de la CE à l'époque, la Cour de justice a commencé par déclarer que la décision de réserver certains avantages aux couples mariés, en excluant tous ceux qui cohabitent sans être mariés, ne peut être considérée en soi comme une discrimination fondée sur le sexe. La Cour a toutefois ajouté que dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, il existait une inégalité de traitement qui, tout en ne mettant pas en cause directement le bénéfice d'un droit protégé par le droit communautaire à l'époque, affectait l'une de ses conditions d'octroi, à savoir la capacité de se marier. La CJUE a ensuite fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaissait le droit des transsexuels de se marier. Dans ce contexte, la Cour a conclu qu'«[u]ne législation, telle que celle en cause au principal, qui, en violation de la CEDH, empêche un couple tel que *K. B.* et *R.* de remplir la condition de mariage nécessaire pour que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre, doit être considérée comme étant, en principe, incompatible avec les exigences de l'article 141 CE» (*K. B.*, point 34; après Lisbonne, l'article 141 CE est devenue l'article 157 du TFUE). La Cour a cependant ajouté qu'il appartenait aux États membres de déterminer les conditions de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne.

L'affaire *Richards* concernait le refus d'octroyer une pension de vieillesse statutaire à l'âge de 60 ans à une transsexuelle après conversion sexuelle au motif que l'âge de la retraite pour les hommes nés avant le 6 avril 1950 avait été fixé à 65 ans. La Cour a déclaré que le champ d'application de la directive applicable en matière d'égalité de traitement «ne saurait ainsi être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, cette directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe de l'intéressée» (*Richards*, point 24). La Cour a poursuivi en disant que l'inégalité de traitement en cause reposait sur l'impossibilité de M^{me} Richards de se voir reconnaître le nouveau genre

⁶⁴ CJUE, affaire C-249/96 *Grant/South-West Trains Ltd*, Rec. 1998, p. I-621.

sexuel qu'elle avait acquis à la suite de l'opération chirurgicale aux fins de l'application de la législation britannique en matière de pension et elle a précisé que (*Richards*, points 29 et 30) : «[c]ontrairement aux femmes dont le genre n'est pas le résultat d'une opération chirurgicale de changement de sexe, qui peuvent bénéficier d'une pension de retraite à l'âge de 60 ans, M^{me} Richards n'est pas en mesure de remplir une des conditions d'accès à ladite pension, en l'occurrence celle relative à l'âge de la retraite. Trouvant son origine dans la conversion sexuelle, l'inégalité de traitement dont M^{me} Richards a fait l'objet doit être considérée comme une discrimination interdite par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7». La Cour a conclu en indiquant que l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7⁶⁵ «doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation qui refuse le bénéfice d'une pension de retraite à une personne passée, conformément aux conditions déterminées par le droit national, du sexe masculin au sexe féminin au motif qu'elle n'a pas atteint l'âge de 65 ans, alors que cette même personne aurait eu droit à une telle pension à l'âge de 60 ans si elle avait été considérée comme étant une femme selon le droit national» (*Richards*, point 38).

Le fait que la discrimination à l'égard des personnes qui ont l'intention de subir, subissent ou ont subi une conversion sexuelle peut être assimilée à une discrimination fondée sur le sexe implique que l'on peut invoquer l'interdiction de cette discrimination dans le cadre de l'application de la législation concernée de l'UE qui inclut notamment des questions associées à l'emploi⁶⁶, aux régimes légaux et professionnels de sécurité sociale⁶⁷, à l'exercice d'une activité indépendante⁶⁸, ainsi qu'à l'accès à des biens et services publics et la fourniture de tels biens⁶⁹.

2.2 L'approche conceptuelle de la Cour

Par comparaison avec des affaires plus traditionnelles de discrimination fondée sur le sexe, l'approche conceptuelle qui est à la base des arrêts de la Cour dans les affaires susmentionnées de conversion sexuelle est assez ambitieuse. Dans le contexte actuel, cela vaut la peine d'examiner cet aspect de plus près ainsi que le choix du bon élément de comparaison (voir point 2.3 ci-dessous), étant donné qu'ils joueront un rôle dans l'évaluation globale de l'actuelle législation de l'UE en matière de discrimination face à l'identité de genre et à l'expression de genre, ainsi que dans les suggestions à formuler pour la future législation de l'UE.

Après la décision dans l'affaire *P. contre S.*, seuls quelques rares commentateurs se sont déclarés peu surpris par l'arrêt. Pallaro⁷⁰ est l'un d'eux. Tout en louant les mérites de la Cour qui a su reconnaître un besoin humain pressant et reconnaître les droits de personnes qui «aspirent à être plutôt qu'à paraître» (*volere «essere», al di là del mero apparire*), il a estimé que l'approche de la Cour était «juridiquement rigoureuse» (*giuridicamente rigorosa*, au

⁶⁵ Directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale, JO L 6/24 de 1979.

⁶⁶ Article 157 du TFUE ainsi que directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L 204/23 de 2006.

⁶⁷ Directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO L 6/24 de 1979. Cette directive concerne le régime légal de sécurité sociale par opposition au régime professionnel de sécurité sociale et la directive «refonte» (voir note de bas de page précédente) pour les pensions professionnelles.

⁶⁸ Directive 86/613/CEE sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, JO 1986 L 359/56. À partir du 5 août 2012, cette directive sera remplacée par la directive 2010/41/UE concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil, JO L 180/1 de 2010.

⁶⁹ Directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JO L 373/37 de 2004.

⁷⁰ Paolo Pallaro (1998), *Il divieto di discriminazione fondata sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale, Diritto Comunitario e degli scambi internazionali* 1998, 609-619, p. 615/616.

Elijah | 2008

même titre que More⁷¹ qui l'a considérée comme «une application stricte de la loi sur la discrimination fondée sur le sexe»⁷². Par opposition, la plupart des commentateurs ont estimé que l'arrêt *P. contre S.* reposait sur une approche tout à fait nouvelle de la discrimination fondée sur le sexe (ce qui, selon certains, tels Barnard⁷³, McInnes⁷⁴ et Campbell/Lardy⁷⁵, faisait naître de grands espoirs pour d'autres types de discrimination, en particulier la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, mais l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Grant* a clairement montré par la suite que ces espoirs étaient trop grands, du moins à l'époque)⁷⁶.

Le point de vue selon lequel *P. contre S.* reflète une véritable approche du genre adoptée par la Cour, en particulier la reconnaissance du fait que le sexe n'est pas un simple phénomène biologique, mais est aussi déterminé par des rôles sexuels traditionnels, est particulièrement intéressant dans le cadre de la présente analyse. Campbell et Lardy⁷⁷, par exemple, ont estimé que l'arrêt pouvait être interprété en ce sens qu'il accordait aux personnes individuelles une protection contre tout traitement préjudiciable résultant du fait qu'elles ne partagent pas la façon dont la société actuelle perçoit les différents rôles et le comportement convenant pour les hommes et pour les femmes (voir également Skidmore⁷⁸, McInnes⁷⁹). Pour d'autres commentateurs en revanche, l'issue de l'affaire *P. contre S.* s'expliquait précisément par le fait que, puisqu'ils souhaitent se conformer pleinement à l'un de ces rôles, les transsexuels qui subissent une conversion sexuelle ne remettent pas en question les rôles sociaux et les attentes imposées aux hommes et aux femmes en soi (Flynn⁸⁰, Denys⁸¹). Selon les auteurs du présent rapport⁸², l'arrêt dans l'affaire *P. contre S.* n'est pas tant une reconnaissance du problème fondamental inhérent aux rôles traditionnels fondés sur le sexe, mais bien davantage une reconnaissance du fait que le sexe n'est pas forcément une caractéristique personnelle fixe et immuable. Si tel était bien le cas, cela signifierait que la Cour a reconnu la situation particulière dans laquelle se trouvent les transsexuels qui ont l'intention de subir, subissent ou ont subi une conversion sexuelle et, partant, les deux possibilités d'être d'un sexe donné (ce qui est le cas de la majorité des personnes) et d'évoluer d'un sexe vers l'autre (ce qui est le cas des transsexuels qui subissent une conversion sexuelle). Bien qu'elle aille moins loin qu'une véritable approche fondée sur le genre, cette approche est en soi remarquable⁸³.

Bien que *P. contre S.* ait été la première affaire déterminante portant sur la discrimination à l'égard des transsexuels dans le cadre du droit de la CE à l'époque, il convient de souligner qu'aucune référence à cet arrêt n'est faite dans la décision qui a été prise ultérieurement dans l'affaire *K. B.* En réalité, le raisonnement de la Cour dans cette seconde affaire est tout à fait différent en ce sens qu'il semble reposer essentiellement sur le droit de se marier reconnu par la

⁷¹ Gillian More (1999), *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?*, dans: Paul Craig & Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford 1999, 517-553, p. 545.

⁷² Faisant référence à C. Stychin (1997), *Troubling Genders: A Comment on P/S and Cornwall County Council*, *International Journal of Discrimination and the Law* 1997, 217-230.

⁷³ Catharine Barnard (1997), *Kyte Flying or a New Constitutional Approach?*, dans: Alan Dashwood & Siofra O'Leary (éds), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, London/Dublin/Hong Kong: Sweet & Maxwell 1997, 59-79, p. 59 et 72 et seq.

⁷⁴ John McInnes (1999), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Grant*), *Common Market Law Review* 1999, 1043-1058, p. 1052.

⁷⁵ Angus Campbell et Heather Lardy (1996), *Discrimination against Transsexuals in Employment*, *European Law Review* 1996, 412-418, p. 417.

⁷⁶ Voir, par exemple, Catherine Barnard (1999), *Some are more equal than others: the decision of the Court of Justice in Grant v. South-West Trains*, dans: Alan Dashwood/Angela Ward (éds), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 1, 1998, Oxford: Hart Publishing 1999, 147-173.

⁷⁷ Campbell et Lardy (1996), p. 416 et seq.

⁷⁸ Paul Skidmore (1997), *Sex, Gender and Comparators in Employment Discrimination*, *Industrial Law Journal* 1997, 51-61, p. 60.

⁷⁹ McInnes (1999), p. 1050-1051

⁸⁰ Leo Flynn (1997), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Grant*), *Common Market Law Review* 1997, 367-387, p. 381.

⁸¹ Christine Denys (1999), *Homosexuality: a non-issue in Community law?*, *European Law Review* 1999, 419-425, p. 424.

⁸² Voir Christa Tobler (2001) *op. cit.*, *Same-Sex Couples under EU Law*, *Aktuelle Juristische Praxis* 2001, 269-286.

⁸³ Bien qu'il faille souligner que ceci n'exclut pas la possibilité que dans le cas de *P.*, le licenciement ait été motivé par une combinaison des deux éléments: il se peut que l'employeur se soit opposé à la fois la conversion sexuelle en soi (l'opération) et au fait qu'il aurait eu à son service une femme au lieu d'un homme (l'effet).

CEDH. Selon Foubert⁸⁴, la décision de la Cour a confirmé qu'en réalité, le critère de différenciation retenu dans les affaires concernant des trans sur laquelle elle avait dû statuer jusque-là était celui de la conversion sexuelle, un critère que la Cour avait assimilé au sexe. Outre cela, les nouveautés relevées par les commentateurs concernent des aspects tels que l'accent mis par la Cour sur une condition préalable de paiement (à savoir un prérequis consistant à gagner de l'argent), ce qui diffère des autres affaires d'égalité de rémunérations (Canor)⁸⁵, le fait que la discrimination en cause concernait le partenaire de la salariée plutôt que la salariée elle-même (Battaglia)⁸⁶ et le fait supplémentaire que l'acte discriminatoire affectait la jouissance du droit octroyé conformément à la directive (notamment le droit à l'égalité de rémunérations) de manière indirecte seulement (notamment à travers les règles du mariage qui étaient applicables; Violini⁸⁷).

Cet élément est absent de l'arrêt dans l'affaire *Richards* qui, à l'instar de *P. contre S.*, concernait un cas de discrimination à l'égard d'un travailleur individuel au motif de sa conversion sexuelle. L'arrêt de la Cour confirme que le critère de discrimination pertinent est en effet celui de la conversion sexuelle que la Cour assimile au critère du sexe (Longo)⁸⁸.

2.3 Le choix du bon élément de comparaison

La question la plus controversée concernant la jurisprudence mentionnée porte sur la comparaison qui a amené la Cour à conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe. Le point de départ historique de la législation de l'UE en matière d'égalité des sexes est l'objectif de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. L'inégalité de traitement constitue en principe une discrimination. Celle-ci doit donc être identifiée en comparant la situation de plaignants dans une affaire donnée au traitement que des personnes du sexe opposé ont ou auraient reçu. L'inégalité de traitement ne constitue en outre une discrimination que si la situation des deux groupes comparés est comparable. La façon dont cette comparaison est effectuée est manifestement déterminante.

2.3.1 La comparaison établie dans *P. contre S.*, une question hautement controversée

Dans *P. contre S.*, la Cour a comparé la personne transsexuelle après changement de sexe qui se plaignait de discrimination à une personne du sexe opposé qui n'avait pas subi de changement de sexe (en réalité, il semblerait que l'élément de comparaison concret ait été la plaignante elle-même avant sa conversion sexuelle)⁸⁹. Plus tard cependant,

⁸⁴ Petra Foubert (2004), (notes concernant l'arrêt rendu dans *K. B.*), *Sociaal-economische Wetgeving* 2004, 441-444, p. 442/443.

⁸⁵ Iris Canor (2004), (notes concernant l'arrêt rendu dans *K. B.*), *Common Market Law Review* 41 (2004), 1113-1125, p. 1118.

⁸⁶ Elisa Battaglia (2004), «*Sesso*» e «*orientamento sessuale*» nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K. B. c. Regno Unito*, *Il Diritto de l'Unione Europea* 2004, 599-618, point 612; voir également IV.1.1.3 ci-dessous.

⁸⁷ Lorenza Violini (2004), *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di giustizia*, *Quaderni costituzionali* 2004, 414-416, p. 415.

⁸⁸ Erik Longo (2006), *La Corte di Giustizia, I diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, *Cuaderni costituzionali* 2006, 581-584, p. 583.

⁸⁹ Barnard (1998, point 157) semblait à présent interpréter l'arrêt *P. contre S.* comme étant basé sur ce qu'elle appelle «l'approche fondée sur le sexe». Sa distinction entre l'approche (plus traditionnelle) fondée sur la discrimination et l'approche (nouvelle) fondée sur le sexe concerne l'identification de la discrimination fondée sur le sexe. Selon Barnard, seule l'approche fondée sur le sexe «sépare les deux éléments» de la dernière notion, en commençant par la question de savoir si des critères fondés sur le sexe ont été utilisés et, dans l'affirmative, en déterminant, et seulement alors, s'il y a eu un traitement moins favorable. Vu sous cet angle, la Cour a, dans *P. contre S.*, «reconnu que le licenciement d'un transsexuel était fondé essentiellement, sinon exclusivement, sur un motif lié au sexe (question 1). Elle a ensuite dit que P avait été traité de manière moins favorable qu'une personne du sexe auquel P avait jadis appartenu (question 2)».

la Cour a évolué dans une direction qui ne permet pas de comprendre aisément pourquoi la discrimination fondée sur la conversion sexuelle devrait relever de la législation relative à la discrimination fondée sur le sexe.

L'approche adoptée par la Cour dans *P. contre S.* a été largement discutée dans la doctrine, certains commentateurs ayant eu bien du mal à la comprendre. D'aucuns estimaient qu'elle ne reposait pas du tout sur une comparaison. L'avocat général Elmer, par exemple, a estimé dans ses conclusions concernant l'affaire *Grant* que dans l'arrêt *P. contre S.* la Cour s'est «écartée de manière décisive d'une interprétation du principe d'égalité de traitement fondée sur une comparaison traditionnelle entre respectivement un employé masculin et un employé féminin», concluant à l'absence totale d'obligation d'établir une comparaison. Au lieu de cela, il y aurait lieu de comprendre que la discrimination fondée sur le sexe «interdit la discrimination des salariés non seulement lorsqu'elle se fonde sur le propre sexe du travailleur, mais également lorsqu'elle se fonde sur celui de ses enfants, de ses parents ou autres membres de sa famille» (*Grant*, points 15 et 16 des conclusions de l'avocat général; voir également Berthou et Masselot⁹⁰). De même, Flynn⁹¹ a estimé qu'il n'est pas impossible que «la Cour renonce à une approche aristotélicienne de l'égalité et de l'exigence d'utiliser un élément de comparaison du sexe opposé pour s'orienter vers une analyse basée sur la défaveur et le préjudice». Parallèlement cependant, il a reconnu qu'au vu de la jurisprudence adoptée par la suite concernant des affaires plus traditionnelles d'égalité des sexes, cela était improbable. Selon Wintemute⁹², le point 20 de l'arrêt semblait indiquer une volonté de la Cour d'abandonner un test fondé sur la comparaison comme cela s'est vu dans l'affaire *Dekker*⁹³ (concernant la discrimination liée à la grossesse). Il s'est toutefois aussi rendu compte que la Cour avait en réalité procédé à une comparaison. Une telle conclusion était en effet inévitable sur la base de la formulation du point 21, («elle fait l'objet d'un traitement défavorable *par rapport* aux personnes du sexe auquel elle était réputée appartenir avant cette opération»; italique ajouté).

Mais si tel est le cas, qui a été comparé à qui? Plus spécifiquement, la Cour a-t-elle effectué une comparaison «interpersonnelle» (comparaison entre deux personnes différentes) ou une comparaison «intrapersonnelle» (comparaison «interne» d'une même personne)⁹⁴? Il apparaît que P. a elle-même suggéré une comparaison intrapersonnelle dans le litige au principal, notamment entre la façon dont son employeur la traitait lorsqu'elle était encore un homme (non transsexuel) et la façon dont il la traitait lorsqu'il est apparu qu'elle allait subir une opération de conversion sexuelle pour devenir une femme⁹⁵. Plusieurs commentateurs (par exemple, Carolan⁹⁶ «la plaignante a pu être considérée comme son propre élément de comparaison») ont estimé qu'il s'agissait en effet de la comparaison sur laquelle la Cour s'est fondée. D'autres ont supposé de manière implicite qu'il existait une sorte de comparaison interpersonnelle, sans s'accorder sur les personnes avec lesquelles la comparaison a été faite (par exemple, Denys⁹⁷, Wintemute⁹⁸). D'un autre côté, Campbell/Lardy⁹⁹ a fait remarquer qu'une comparaison était établie entre le traitement réservé à la transsexuelle P (une femme) et le traitement «que les hommes pourraient s'attendre à recevoir dans des circonstances similaires», concluant qu'il n'est pas nécessaire d'identifier un élément de comparaison individuel. Selon les auteurs du présent rapport, il semble, au vu du pluriel utilisé par la Cour au point 21 de l'arrêt *P. contre S.* («par rapport aux personnes»; italique ajouté), que la façon dont M^{me} P a été traitée

⁹⁰ Katell Berthou et Annick Masselot (1998), *La CJCE et les couples homosexuels*, Droit social 1998, 1034-1039, p. 1035.

⁹¹ Flynn (1997), p. 377/378.

⁹² Robert Wintemute (1997), *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, Modern Law Review 1997, 334-359, p. 340/341.

⁹³ CJUE, affaire C-177/88 *Dekker/Stichting Vormingscentrum Jong Volwassenen*, Rec. 1990, p. I-3941.

⁹⁴ Terminologie de Wintemute (1997), points 341/342.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Bruce Carolan (1999), *Hope fades for EU recognition of same-sex partnerships*, Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland 1999, 44-47, p. 45.

⁹⁷ Denys (1999), p. 422.

⁹⁸ Wintemute (1997), p. 341.

⁹⁹ Campbell et Lardy (1996), p. 415.

a été comparée à la façon non seulement dont elle était traitée avant sa conversion sexuelle (M. P.), mais aussi dont d'autres hommes étaient traités. Comme nous le verrons plus tard, cela a toutefois changé avec l'affaire *Richards*.

Une autre question, liée à l'affaire que nous venons d'invoquer, consiste à savoir si la comparaison établie par la Cour était entre un homme et un homme («intrasexuelle») ou une femme et un homme («intersexuelle»). Flynn¹⁰⁰ s'est fondé sur le fait qu'en vertu de la législation britannique en vigueur à l'époque, P était toujours un homme, y compris après l'opération, et il a conclu que la «comparaison» (qui n'en était pas réellement une selon lui) avait en réalité été effectuée entre deux hommes (voir également Burrows¹⁰¹). De son côté, Wintemute¹⁰² a pris comme point de départ le sexe chromosomique de P¹⁰³. Cependant, la plupart des auteurs sont partis du principe que la comparaison effectuée par la Cour portait sur un homme et une femme («intersexuelle», par exemple Bell¹⁰⁴, Campbell/Lardy¹⁰⁵, Carolan¹⁰⁶, Denys¹⁰⁷ et McInnes¹⁰⁸). En effet, le libellé du point 21 de l'arrêt montre que la Cour voulait clairement s'engager dans une comparaison intersexuelle. Nous démontrerons à nouveau plus tard que cela a changé dans l'affaire *Richards*.

Un autre point devrait être souligné, notamment le fait que l'arrêt de la Cour dans l'affaire *P. contre S.* ne considère pas les transsexuels opérés comme une catégorie intermédiaire entre les hommes et les femmes. Au lieu de cela, la Cour a refusé prudemment de s'engager dans le débat très sensible de savoir si oui ou non les transsexuels, en particulier après conversion sexuelle, constituent un «troisième sexe» (Campbell/Lardy¹⁰⁹). Bien que Brems¹¹⁰ fasse à juste titre remarquer que la Cour a soigneusement évité l'utilisation de tout indicateur spécifique au genre lorsqu'elle a fait référence à P, la comparaison faite au point 21 implique que la Cour a respecté le souhait de P d'être considéré comme une femme¹¹¹. Les auteurs de la présente revue reconnaissent le point de vue de McInnes¹¹² selon lequel l'importance de l'approche de la Cour dans *P. contre S.* réside dans le fait qu'elle s'est concentrée sur l'identité de genre affirmé de la personne transsexuelle, et non sur son sexe biologique ou juridique (voir également Skidmore¹¹³). En effet, le débat autour du sexe des personnes après conversion sexuelle n'est envisageable que dans le contexte d'une dichotomie supposée de deux sexes clairement définis et inaltérables. L'avocat général Tesouro

¹⁰⁰ Flynn (1997), p. 377 et suivants.

¹⁰¹ Norreen Burrows (1998), *Sex and Sexuality in the European Court*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 1998, 153-158, p. 154.

¹⁰² Wintemute (1997), p. 341.

¹⁰³ Selon la terminologie de Wintemute, le «sexe chromosomique» est un aspect du sexe biologique. Il fait référence à la question de savoir si «une personne est male (XY) ou femelle (XX) sur le plan chromosomique ou appartient à une autre catégorie chromosomique». Le «sexe physique» (caractéristiques sexuelles physiques) semble être un autre aspect du sexe biologique. Wintemute établit une distinction entre le sexe biologique et le «sexe psychologique», ce dernier faisant référence à la question de savoir si des personnes, quelles que soient leurs caractéristiques sexuelles chromosomiques et physiques, se considèrent comme des hommes, des femmes ou comme des membres d'une autre catégorie; Wintemute (1997), point 334.

¹⁰⁴ Mark Bell (1999), *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P/S to Grant/SWT*, European Law Journal 1999, 63-81, p. 66.

¹⁰⁵ Campbell et Lardy (1996), p. 414/415.

¹⁰⁶ Carolan (1999), p. 45.

¹⁰⁷ Denys (1999), p. 422.

¹⁰⁸ McInnes (1999), p. 1051/1052.

¹⁰⁹ Campbell et Lardy (1996), p. 416.

¹¹⁰ Eva Brems (1998), (notes concernant l'arrêt rendu dans *P./S.*), Columbia Journal of European Law 1998, 339-345, p. 339, note de bas de page 1.

¹¹¹ À comparer cependant avec Flynn (1997), en p. 379, qui affirme que «nulle part, la Cour n'indique que P. est une femme en application du droit communautaire». Voir également Campbell et Lardy (1996), p. 414, selon qui l'analyse de la Cour «n'a pas pris comme point de départ la classification de P en tant qu'homme ou que femme» et la décision ultime en faveur de P n'était pas basée sur une validation du statut sexuel préféré de P. Pour des exemples d'affaires britanniques où la juridiction a examiné ce qu'elle considérerait comme le «sexe réel» d'une personne, voir Skidmore (1997), p. 53.

¹¹² McInnes (1999), p. 1052.

¹¹³ Skidmore (1997), p. 59.

a réfuté l'argument selon lequel, dans le cas d'une personne subissant une conversion sexuelle, il n'existe pas de discrimination «entre les deux sexes» en déclarant qu'«affirmer que le traitement défavorable subi par P n'est pas fondé sur le sexe parce qu'il est dû au changement de sexe ou parce qu'il n'est pas possible de parler, dans de telles hypothèses, de discrimination entre les deux sexes, constituerait une interprétation d'un formalisme pointilleux, trahissant la véritable substance de cette valeur fondamentale et indispensable que constitue l'égalité» (*P. contre S.*, point 20 des conclusions de l'avocat général). Plus explicitement, Hauser¹¹⁴ a considéré qu'il était paradoxal de refuser une protection sur la base du principe de la non-discrimination à une personne transsexuelle subissant un changement de sexe «sous prétexte qu'il n'était ni d'un sexe ni de l'autre, donc a priori "non discriminable"».

Enfin, de nombreux commentateurs ont félicité la Cour de ne pas s'être fondée sur une comparaison dite symétrique, c'est-à-dire une comparaison entre le traitement qui aurait été réservé à la transsexuelle homme-vers-femme P et celui qui l'aurait été au transsexuel femme-vers-homme. Ces auteurs ont souligné que dans ce cas, il n'existe pas de traitement différent puisqu'en vertu du principe d'égalité de misère, des transsexuels femmes vers hommes auraient aussi été licenciés dans l'éventualité d'une conversion sexuelle (voire Barnard¹¹⁵, Carolan¹¹⁶, Helfer¹¹⁷, Skidmore¹¹⁸, Wintemute¹¹⁹). Dans *P. contre S.*, la Cour n'a pas du tout traité ce point et l'arrêt laisse la porte ouverte à diverses interprétations à cet égard. La Cour a-t-elle repris les transsexuels femmes vers hommes dans la catégorie générale des «personnes du sexe auquel [la personne transsexuelle] était réputée appartenir avant cette opération [conversion sexuelle]» (point 21)? Et dans l'affirmative, pourquoi l'argument de l'égalité de misère n'a-t-il pas empêché la Cour de conclure à une discrimination? La réponse la plus simple — et non la moins probable, d'après nous — à cette question est tout bonnement que la Cour ne s'en est pas préoccupée compte tenu du fait que la discrimination fondée sur le sexe dans une situation telle que celle de P était d'une évidence absolue. Après avoir remis en question l'exactitude générale de l'hypothèse symétrique, l'avocat général Tesaro a poursuivi en disant qu'«[i]l est toutefois, non pas possible, mais certain que P n'aurait pas été licenciée si elle était restée un homme. Comment peut-on donc affirmer qu'il ne s'agit pas d'une discrimination fondée sur le sexe? Comment nier que le facteur de discrimination consiste précisément et uniquement dans le sexe?» (point 18 des conclusions de l'avocat général). Autrement dit, quels que soient les mérites de l'argument symétrique, celui-ci importe peu dans un tel cas, car sur la base de la situation factuelle spécifique, il est manifeste que la raison du traitement défavorable est le sexe du travailleur. Il se peut que la Cour ait approuvé ce qu'a dit l'avocat général et, partant, ait souhaité reconnaître le fait manifeste que constituait cette discrimination.

Cela pourrait indiquer que la Cour souhaitait se concentrer sur le cœur de la problématique de la discrimination, notamment sur la discrimination en tant que réel phénomène social, plutôt que de recourir aux formules quasiment mathématiques tellement en vogue actuellement pour traiter des questions d'égalité juridique et de non-discrimination. Le désir d'avoir des formules claires et faciles à appliquer est assurément compréhensible du point de vue de la sécurité juridique. D'un autre côté, certaines affaires ne s'intègrent pas aisément dans de telles formules et constituent néanmoins des affaires de discrimination claires. L'insistance sur le fait qu'une formule donnée doit être appliquée exactement de la même manière dans toutes les circonstances peut mettre en péril l'objet même de la législation anti-discrimination. Une telle approche n'est, par conséquent, pas toujours appropriée. *P. contre S.* est un bon exemple (tout comme l'affaire du traitement défavorable lié à une grossesse). C'est cet aspect du caractère

¹¹⁴ Jean Hauser (1996), (notes concernant l'arrêt rendu dans *P./S.*), *Revue trimestrielle de droit civil* 1996, 579, p. 579.

¹¹⁵ Catherine Barnard (1998), *The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?*, *Cambridge Law Journal* 1998, 352-377, p. 365.

¹¹⁶ Carolan (1999), p. 45.

¹¹⁷ Larry Helfer (1999), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Grant*), *American Journal of International Law* 1999, 200-205, p. 202.

¹¹⁸ Skidmore (1997), p. 60.

¹¹⁹ Wintemute (1997), p. 351.

Nadie | 1993

manifeste que *P. contre S.* partage avec l'affaire *Dekker*¹²⁰ (Tobler)¹²¹. Les conséquences sont cependant différentes dans les deux cas. Dans *Dekker*, il est possible de trouver des discriminations découlant d'une grossesse sans qu'il faille établir la moindre comparaison. Par opposition, la constatation faite dans l'affaire *P. contre S.* repose en effet sur une comparaison. Il convient de souligner que la nature manifeste de la discrimination dans ce cas est due aux caractéristiques très spécifiques inhérentes à la situation d'une transsexuelle après conversion sexuelle. Il n'y a que dans un tel cas que l'on peut affirmer qu'elle «n'aurait pas été licenciée si elle était restée un homme».

2.3.2 Les comparaisons effectuées dans *K. B. et Richards* et le test à appliquer depuis lors

Par rapport avec l'affaire *P. contre S.*, la comparaison faite par la Cour dans les affaires *K. B. et Richards* a suscité nettement moins de discussions, bien que ces deux affaires présentent elles aussi des éléments qu'il est intéressant de relever.

Dans *K. B.*, il est utile de mentionner que la Cour n'a pas comparé le traitement des travailleurs en tant que personnes individuelles, mais plutôt celui de couples dont l'un des partenaires travaille (Battaglia¹²², Violini¹²³, Valvo¹²⁴, aussi Tomasi¹²⁵). La comparaison de la Cour s'est faite plus spécifiquement entre des couples hétérosexuels dont l'identité des partenaires ne découle pas d'une opération de conversion sexuelle avec des couples dont l'identité d'un partenaire a conduit celui-ci à envisager ou à subir une conversion sexuelle¹²⁶. Cette approche axée sur le couple est spécifique à l'affaire *K. B.* et n'est pas réitérée dans les autres décisions prises par la Cour concernant la conversion sexuelle (hormis dans les affaires concernant des couples et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle; *Maruko*¹²⁷, *Römer*¹²⁸). Comme le souligne Lynskey¹²⁹, dans *K. B.*, la Cour s'éloigne d'une comparaison directe entre les hommes et les femmes. Selon ce commentateur, l'élément déterminant de l'approche de la Cour réside dans la reconnaissance du sexe du partenaire de *Mme K. B.* après conversion sexuelle, étant donné que dans le cas contraire, le couple en question aurait été un couple homosexuel (voir également Battaglia)¹³⁰.

¹²⁰ Dans *Dekker* (point 25 des conclusions de l'avocat général), l'avocat général Darmon a écrit: «La maternité ne peut jamais — pardonnez ce truisme — concerner que les femmes; la prendre en compte pour justifier un refus d'embaucher est donc par nature une discrimination directe fondée sur le sexe».

¹²¹ Christa Tobler (2005), *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerp/Oxford: Intersentia, p. 46 et suivantes

¹²² Battaglia (2004), p. 602.

¹²³ Violini (2004), p. 416.

¹²⁴ Anna Lucia Valvo (2004), (notes concernant l'arrêt rendu dans *K. B.*), *Rivista della cooperazione giuridica internazionale* 2004, 173-175, p. 175.

¹²⁵ Laura Tomasi (2004), «*Le coppie non tradizionali (nuovamente) all'approva del diritto comunitario*», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004, 977-998.

¹²⁶ Cette approche a rapidement conduit certains commentateurs à critiquer la Cour pour son intervention dans un domaine du droit (notamment le droit du mariage), qui ne fait pas partie en soi du droit de l'UE et, par conséquent, ne relève pas de ses compétences; María Elósegui Itxaso (2004), *El TJCE y el matrimonio de transsexuales. Una interpretación «ultra vires»*. *Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 7 de enero de 2004, K. B. y National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, Asunto C-117/01*, Unión Europea 2004, 13-24. Cependant, le fait que l'UE ne jouisse pas d'une compétence dans le domaine du droit du mariage ne signifie pas que le mariage est sans pertinence dans le cadre du droit de l'UE; voir Christa Tobler (2001), «*Der Begriff der Ehe im EG-Recht*», *Die Praxis des Familienrechts* 2001, 479-499.

¹²⁷ CJUE, affaire C-267/06 *Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Rec. 2008, p. 1-1757.

¹²⁸ CJUE, affaire C-147/08 *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*, arrêt du 10 mai 2011, non encore publié au Recueil.

¹²⁹ O. Lynskey (2006), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Richards*), *Revue du droit de l'Union européenne* 2006, p. 462-466, p. 465.

¹³⁰ Battaglia (2004), p. 602.

La prise en compte du sexe après la conversion sexuelle du plaignant est un élément commun aux trois décisions prises par la Cour de justice. Ce fut à nouveau le cas, par la suite, dans l'affaire *Richards* qui est toutefois basée sur une comparaison entre des personnes individuelles plutôt qu'entre des couples. Dans *Richards*, la Cour a déclaré que les cas impliquant une discrimination exercée à l'encontre de personnes transsexuelles, fondée sur la conversion sexuelle qu'elles ont subie, doivent être analysés sur la base d'une comparaison non pas entre des hommes et des femmes, mais plutôt entre le transsexuel après opération et une personne du même sexe dont le genre n'est pas le résultat d'une conversion sexuelle.

Ce qui semble clair, après l'affaire *Richards*, c'est que la comparaison à établir a changé depuis *P. contre S.* (Lynskey)¹³¹. Partant du fait – susmentionné – que la Cour souhaite respecter le désir du transsexuel après conversion sexuelle d'appartenir au sexe pertinent, la comparaison ne doit, techniquement parlant, plus se faire entre les sexes, mais plutôt entre des personnes de même sexe. Vu sous l'angle traditionnel du droit sur l'égalité des sexes, il apparaît plutôt difficile de voir pourquoi il faudrait considérer que ces affaires concernent l'égalité entre les sexes. Dans une certaine mesure, la jurisprudence discutée semble admettre la nécessité, constatée par l'avocat général Tesouro, de reconnaître qu'au-delà de la dichotomie hommes-femmes, il existe un éventail de caractéristiques, de comportements et de rôles qui participent de l'homme et de la femme, de telle sorte que le sexe devrait plutôt être considéré comme un *continuum* (*P. contre S.*, point 17 des conclusions de l'avocat général).

3. Évolution possible de la jurisprudence de la CJUE: une transposition à d'autres aspects de l'identité de genre et de l'expression de genre?

Dans les affaires discutées, ce n'est pas la discrimination fondée sur la transsexualité de manière générale (et encore moins sur l'identité de genre et l'expression de genre) qui a été reconnue comme relevant de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, mais uniquement le cas spécifique de la discrimination pour une raison associée à la conversion sexuelle, ainsi qu'il est ressorti des trois affaires¹³². Il ne s'agit manifestement que d'un seul aspect particulier du large spectre de la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre. La question qui se pose est dès lors de savoir si d'autres aspects de cette discrimination seraient également couverts par l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe telle que la Cour l'interprète dans sa jurisprudence afférente aux transgenres, notamment la discrimination à l'égard des transgenres et autres trans qui ne souhaitent pas subir de conversion sexuelle, par exemple, mais aussi la discrimination à l'encontre des personnes qui se présentent différemment par rapport au rôle conventionnel reconnu au genre qui leur est assigné à la naissance, ainsi que de la discrimination à l'égard des intersexués.

En ce qui concerne le cas limité de la conversion sexuelle, ici aussi, une certaine confusion pourrait naître sur ce qui constitue exactement une conversion sexuelle, c'est-à-dire sur ce qui peut être considéré comme relevant de cette catégorie de cas. Dans ce contexte, il convient de faire remarquer qu'aucune des affaires discutées ne fait référence au statut chirurgical des requérants ou, dans l'affaire *K. B.*, du partenaire de la requérante. Il subsiste donc un espace libre pour l'interprétation.

Concernant les autres aspects, il semble clair qu'ils ne sont pas expressément couverts par la jurisprudence de la Cour de justice actuellement. De même, il pourrait être difficile de trouver un raisonnement susceptible de les inclure aisément afin que l'on puisse dire qu'ils devraient constituer une discrimination fondée sur le sexe. Pour les inclure, le terme «fondé sur le sexe» devrait être interprété de manière plus large que ce qu'a fait la Cour jusqu'ici en suivant les lignes suggérées par l'avocat général Tesouro dans l'affaire *P. contre S.* (point 17 des

¹³¹ *Ibid.*

¹³² G.J.J. Heerma van Voss (1997), (notes concernant l'arrêt rendu dans *P. contre S.*), *Nederlandstijdschrift voor de mensenrechten/NJCM Bulletin* 1997, 284-286, p. 286.

conclusions de l'avocat général) « [...] il conviendrait de dépasser la classification traditionnelle et de reconnaître qu'au-delà de la dichotomie hommes-femmes il existe un éventail de caractéristiques, de comportements et de rôles qui participent de l'homme et de la femme, de telle sorte que le sexe devrait plutôt être considéré comme un *continuum*. Dans cette optique, il est évident qu'il ne serait pas licite de continuer à sanctionner exclusivement les discriminations fondées sur le sexe qui peuvent être rattachées à la notion d'homme et de femme au sens traditionnel de ces termes, en renonçant en revanche à protéger ceux qui, précisément en raison de leur sexe et/ou de leur identité sexuelle, sont également victimes d'un traitement défavorable». Autrement dit, une telle interprétation se fonderait sur une conception moderne du genre plutôt que sur le sexe biologique uniquement.

4. L'application de la jurisprudence existante de la CJUE dans les États membres de l'UE

Maintenant que nous avons largement abordé la jurisprudence de la CJUE, passons à l'examen de la législation de l'UE en matière d'égalité des sexes et à la façon dont elle couvre la discrimination fondée sur la conversion sexuelle. Nous examinerons ensuite la qualité de sa transposition dans les législations nationales.

4.1 La couverture de la conversion sexuelle dans les directives de l'UE relatives à l'égalité des sexes

La directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement dans l'accès à des biens et services (directive 2004/113/CE) a été adoptée en 2004. Elle interdit la discrimination fondée sur le sexe dans l'accès aux biens et services et dans la fourniture des biens et services qui sont à la disposition du public, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics. La directive ne s'applique toutefois ni au contenu des médias et de la publicité ni à l'éducation.

Au moment de négocier la directive sur les biens et services, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne ont tenu compte de la jurisprudence de la CJUE en rapport avec la conversion sexuelle. En effet, si le texte de la directive sur les biens et services ne contient aucune référence expresse au changement de sexe, le Conseil et la Commission ont clairement indiqué que les trans jouissent d'une protection en vertu de la directive comme l'indique le procès-verbal de leur 2606^e réunion conjointe:

«En ce qui concerne l'article 3 et son application aux transsexuels, le Conseil et la Commission rappellent la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire C-13/94 *P. contre S.* et Cornwall County Council où la Cour a conclu que le droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe et qu'il peut inclure les discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle¹³³».

Deux ans plus tard, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la refonte (directive 2006/54/CE) dans le but de regrouper sous une seule directive toute la législation de l'UE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement dans l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle, les conditions de travail, y compris les rémunérations, et les régimes professionnels de sécurité sociale. Cette fois-ci (et pour la première fois dans la législation de l'UE), une mention expresse du changement de sexe est incluse dont le préambule de la directive. Le considérant concerné est libellé comme suit:

¹³³ 2606^e session du Conseil de l'Union européenne (emploi, politique sociale, santé et consommateurs), tenue à Luxembourg le 4 octobre 2004, procès-verbal, doc. n° 13369/04 du 27 octobre 2004, p. 7.

Jan | 1933

«La Cour de justice a considéré que le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Eu égard à son objet et à la nature des droits qu'il tend à sauvegarder, ce principe s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne.»

L'inclusion de cette référence dans le préambule indique que l'Union européenne souhaitait accorder de la visibilité à cet aspect et garantir la mise en œuvre de la jurisprudence de la CJUE concernant le changement de sexe dans la législation nationale des États membres. La directive ne va toutefois pas jusqu'à exiger qu'une mention expresse du changement de sexe soit reprise dans la législation nationale, la raison étant que les considérants figurant dans le préambule des directives de l'UE ne requièrent pas de transposition directe, leur rôle étant d'établir l'objet et de fixer les paramètres du texte principal de la directive. Il était dès lors uniquement demandé aux États membres d'interpréter la notion de sexe dans la législation nationale de façon à ce qu'elle couvre la conversion sexuelle.

4.2 La couverture de la conversion sexuelle dans la législation nationale en matière d'égalité

Il n'est pas simple d'établir une cartographie de l'application de la jurisprudence de la CJUE et de la transposition des deux directives en ce qui concerne la conversion sexuelle. En 2009, le Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres a réalisé une étude d'évaluation¹³⁴ sur la mise en œuvre de la directive de refonte dans les 27 États membres de l'UE et les pays de l'EEE. L'étude visait à déterminer si les nouveautés et/ou clarifications introduites dans la directive à la suite de la refonte, et notamment concernant la conversion sexuelle, avaient été mises en œuvre dans la législation nationale. Elle a constaté que compte tenu de la vocation première de la directive de refonte, à savoir la consolidation de la législation existante de l'Union européenne dans le domaine de l'égalité des genres dans la sphère de l'emploi et du travail, plusieurs États membres n'avaient pas entrepris de processus de mise en œuvre approfondi (voire n'avaient pris aucune mesure en ce sens), justifiant leur absence de transposition par le fait que toutes les dispositions étaient déjà reprises dans la législation nationale¹³⁵.

D'autres études portant sur la couverture et la place de la conversion sexuelle dans la législation nationale ont été menées à la fois par la FRA (pour la dernière fois en 2010)¹³⁶ et par EQUINET (2010)¹³⁷. Les deux études ont jeté un certain éclairage sur les différences de compréhension de la conversion sexuelle dans l'Union européenne et sur les divergences entre la couverture étendue offerte dans quelques rares pays, le manque de clarté concernant l'étendue de la couverture dans certains autres, voire l'absence totale de couverture dans d'autres encore.

Faisant suite aux études susmentionnées et en vue de préparer le présent rapport, un questionnaire a été distribué aux organismes nationaux de promotion de l'égalité (ONPE) en mai 2011 en leur demandant : 1) si leur législation nationale incluait une protection expresse ou implicite contre la discrimination liée à l'identité de genre et à l'expression de genre, 2) si elles avaient été mandatées pour examiner les cas de discrimination fondés sur l'identité de genre et l'expression de genre, 3) si elles avaient été informées par des trans et/ou des intersexués de cas de discrimination et 4) si elles avaient pris des mesures pour promouvoir l'égalité des trans et des intersexués¹³⁸.

¹³⁴ Réseau européen d'experts juridiques dans le domaine de l'égalité des genres (2009), *The Transposition of Recast Directive 2006/54/EC*, Bruxelles: Commission européenne.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 1 à 7

¹³⁶ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010)

¹³⁷ Réseau européen d'organismes de promotion de l'égalité (2009), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice V*, Bruxelles: EQUINET.

¹³⁸ Tous les organismes nationaux de promotion de l'égalité ont répondu au questionnaire à l'exception de l'organisme maltais.

Fin mai 2011, la situation dans les États membres et dans les pays de l'EEE en ce qui concerne la couverture de l'identité de genre et de l'expression de genre était la suivante:

Tableau 2

Pays	Couvert implicitement sous le motif du sexe	Motif autonome	ONPE mandaté pour traiter la discrimination fondée sur la conversion sexuelle	Trans couverts par l'ONPE ¹³⁹	Cas signalés à l'ONPE	Mesures spécifiques prises par l'ONPE pour promouvoir l'égalité des trans
Autriche	Oui	Non	Oui	Tous les trans seraient couverts.	Trois affaires clôturées	Organisation d'une conférence sur les problèmes des trans (2009)
Belgique¹⁴⁰	Oui	Non	Oui	Tous les trans: les transsexuels expressément et les autres trans de manière ad hoc	81 cas (depuis 2006); 1 action en justice en cours	Recherche spécifique; partenariat avec des organisations trans
Bulgarie	Non	Non, liste ouverte	Non imposé par la législation	Tous les trans seraient couverts.	3 affaires; 1 affaire en cours	Néant
Chypre	Pas clair	Non	Non (de façon ad hoc uniquement)	Tous les trans seraient couverts.	3 affaires; 2 affaires en cours	Néant
République Tchèque	Oui, identification sexuelle	Non	Oui	Tous les trans seraient couverts.	Néant	Néant
Danemark	Oui	Non	Oui ¹⁴¹	Tous les trans seraient couverts.	S/O	Organisation trans au sein du comité de l'ONPE
Estonie	Oui	Non	Oui (interprétation de l'ONPE)	Tous les trans seraient couverts.	1 affaire (depuis 2005)	Néant
Finlande¹⁴²	Oui	Non	Oui	Tous les trans et intersexués (interprétation de l'ONPE)	5 à 10 affaires par an	Conseils prodigués au gouvernement; accent sur les problèmes des trans en 2011; dialogue avec les organisations trans et LGBTI
France	Oui	Non	Oui	Transsexuels uniquement; autres trans, non	4 affaires	Dialogue avec les organisations trans
Allemagne	Oui	Oui, identité sexuelle	Pas clair	Tous les trans et intersexués (interprétation de l'ONPE)	114 enquêtes: 98 trans, 16 intersexués. Pas encore de décisions	Recherche

Pays	Couvert implicitement sous le motif du sexe	Motif autonome	ONPE mandaté pour traiter la discrimination fondée sur la conversion sexuelle	Trans couverts par l'ONPE ¹³⁹	Cas signalés à l'ONPE	Mesures spécifiques prises par l'ONPE pour promouvoir l'égalité des trans
Grèce	Oui	Non	Oui	Tous les trans seraient couverts.	2 affaires (depuis 2010)	Néant
Hongrie	Non	Oui, identité sexuelle	Oui, expressément	Tous les trans seraient couverts.	2 affaires (depuis 2005)	Néant
Islande	Pas clair	Non	Oui	Tous les trans seraient couverts.	1 affaire (depuis 2009)	Néant
Irlande	Oui	Non	Oui	Tous les trans seraient couverts.	1 affaire (arrêt rendu en 2011) ¹⁴³	Conseils prodigués au gouvernement
Italie	Non	Non	Non	Néant	S/O	Dialogue avec les organisations trans
Lettonie	Pas clair	Non	Oui (interprétation de l'ONPE)	Tous les trans seraient couverts.	3 affaires (depuis 2006)	Néant
Liechtenstein	Non	Non	Non	Néant	S/O	Néant
Lituanie	Non	Non	Non	Néant	S/O	Néant
Luxembourg	Pas clair	Non	Oui (décision du Conseil)	Tous les trans seraient couverts.	6 affaires (depuis 2008)	Dialogue avec une organisation trans
Malte	Non	Non	Non	Néant	S/O	Néant
Pays-Bas	Oui	Non	Oui	Tous les trans (interprétation de l'ONPE)	22 décisions (depuis 1998): 19 concernant des transsexuels, 1 concernant un transgenre et 1 concernant un travesti	Dialogue avec une organisation trans
Norvège	Oui	Non	Oui	Transsexuels uniquement; autres trans, non	4 affaires, 11 demandes de renseignements	Conseils prodigués au gouvernement
Pologne	Non	Non	Pas expressément	Pas clair	1 affaire (depuis 2010)	Néant
Portugal	Non	Non	Non (uniquement ponctuel)	Pas clair	S/O	Néant
Roumanie	Non	Non, liste ouverte	Non prévu par la législation	Tous les trans seraient couverts.	S/O	Néant

Pays		Couvert implicitement sous le motif du sexe	Motif autonome	ONPE mandaté pour traiter la discrimination fondée sur la conversion sexuelle	Trans couverts par l'ONPE ¹³⁹	Cas signalés à l'ONPE	Mesures spécifiques prises par l'ONPE pour promouvoir l'égalité des trans
Slovaquie		Oui, identification fondée sur le sexe ou le genre	Non	Oui, expressément	Tous les trans seraient couverts.	1 affaire (reçue en 2011), 2 demandes de renseignements	Néant
Slovénie		Oui	Non, liste ouverte	Pas expressément	Tous les trans seraient couverts.	2 affaires (motif d'identité sexuel établi)	Conseils prodigués au gouvernement
Espagne ¹⁴⁴		Oui	Oui, identité sexuelle	Oui, expressément	Tous les trans, couverts expressément	S/O	S/O
Suède		Oui	Oui, identité et expression transgenre	Oui, imposé par la législation	Tous les trans, couverts expressément	25 plaintes reçues pour un motif spécifique. Peu d'autres cas en rapport avec le sexe	Groupe de travail sur les questions des trans, plan d'action (2009); conseils prodigués au gouvernement
RU	GB	Non	Oui, conversion sexuelle	Oui, imposé par la législation	Transsexuels expressément couverts; autres trans, non	9 affaires stratégiques; 200 demandes (depuis 2009) 6 autres affaires (Écosse).	Renforcement des capacités et financement au profit des organisations trans; examen de la politique et de la législation; diverses publications spécifiques
	IN	Oui	Non	Oui	Transsexuels uniquement; autres trans, non	1 règlement extrajudiciaire; diverses enquêtes	Conseils prodigués au gouvernement

¹³⁹ Dans de nombreux cas, aucune affaire concernant des trans autres que des transsexuels n'est parvenue jusqu'au niveau des juridictions nationales ou des organismes nationaux de promotion de l'égalité. L'affirmation selon laquelle l'ensemble des trans sont couverts ne constitue dès lors qu'une hypothèse et il se peut que des décisions futures viennent restreindre l'interprétation proposée dans le présent document.

¹⁴⁰ Une analyse de l'actuelle législation en matière d'égalité est en cours, notamment en tenant compte de l'inclusion expresse du motif de l'identité et de l'expression de genre.

¹⁴¹ Institut danois des droits de l'homme depuis mars 2011. Aucune information disponible sur la structure précédente.

¹⁴² Une nouvelle loi sur la lutte contre la discrimination est en préparation et devrait inclure une référence claire aux minorités sexuelles et aux minorités de genre.

¹⁴³ Equality Tribunal, *Louise Hannon/First Direct Logistics Ltd.*, arrêt n° DEC-E2011-066, 29.3.2011.

¹⁴⁴ Faisant suite à la nouvelle loi *Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación*, adoptée à la fin de mai 2011, une nouvelle structure d'organisme national de promotion de l'égalité va être créée.

Le tableau ci-dessus montre qu'il existe de grandes variations entre les États membres de l'Union européenne et les pays de l'EEE en ce qui concerne la couverture des trans par la législation nationale. Il montre également que bien que des progrès aient été enregistrés depuis 2009¹⁴⁵, plusieurs États ne répondent pas aux normes qui ont été fixées par la jurisprudence de la CJUE. En effet, sur la base des informations qui ont été collectées, il semble que la Bulgarie, l'Italie, le Liechtenstein, la Lituanie, Malte, la Pologne, le Portugal et la Roumanie ne respectent pas le principe établi d'inclusion de la conversion sexuelle dans la définition du sexe. La situation de Chypre, de l'Islande, de la Lettonie et du Luxembourg n'est pas claire et la couverture dépend entièrement de la volonté de l'ONPE compétent. L'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, les Pays-Bas, l'Irlande du Nord, la Norvège et la Slovénie semblent satisfaire aux exigences, bien que la législation de ces pays n'inclue pas de référence expresse. En République tchèque et en Slovaquie, le motif du sexe a été élargi de manière expresse pour couvrir l'identification sexuelle (et l'identification du genre dans ce dernier État), tandis qu'en Allemagne, en Grande-Bretagne, en Hongrie, en Espagne et en Suède, il existe un motif autonome qui est équivalent à la conversion sexuelle ou à l'identité et l'expression de genre. La Belgique et la Finlande passent actuellement en revue leur législation et devraient y introduire un motif autonome d'identité et d'expression de genre, rejoignant ainsi le nombre croissant de pays qui ont choisi de définir un motif de discrimination distinct.

Si l'évaluation ci-dessus peut sembler indiquer qu'il existe une distinction à cinq niveaux¹⁴⁶, un examen plus nuancé s'impose, comme le souligne EQUINET dans sa publication, où on peut lire qu'«il existe une certaine variation dans le champ d'application de la protection accordée aux transgenres en fonction de l'État membre dans lequel ils vivent: par exemple, en Autriche, la discrimination au motif de la conversion sexuelle couvre la discrimination fondée sur la conversion sexuelle et sur l'identité de genre; à Chypre, la discrimination fondée sur l'identification sexuelle relèverait de la discrimination fondée sur le sexe»¹⁴⁷. En effet, la conversion sexuelle n'est pas en soi un motif de discrimination, mais bien un processus que de nombreux trans subissent. Dans certains pays, le terme est réservé sans restriction aux transsexuels, tandis que dans d'autres, il est appliqué de manière plus large de façon à couvrir tous les trans, peu importe qu'ils aient l'intention de subir ou non une quelconque forme de conversion sexuelle physiologique. Il reste difficile d'évaluer avec précision la portée accordée au terme dans les environnements nationaux. Ceci est dû au fait que dans plusieurs États, les cas traités par les tribunaux et les organismes de promotion de l'égalité sont rares et que l'interprétation juridique du terme reste académique. De plus, au-delà du libellé de la législation, il est important 1) d'examiner l'accès des trans à la justice par l'intermédiaire de la structure nationale de l'ONPE et du système judiciaire et 2) de déterminer si des initiatives visant à promouvoir l'égalité en faveur des trans et les voies de recours existantes ont été entreprises.

5. Évolution possible de la jurisprudence de la CJUE: extension à la discrimination à l'encontre des transsexuels de manière plus générale ou des autres trans?

La CJUE n'a eu à traiter jusqu'ici aucune affaire concernant des trans autres que des transsexuels, puisque les trois affaires sur lesquelles elle a statué se rapportaient à des transsexuelles après conversion ou, dans l'affaire *K. B.*, son partenaire. La CJUE n'a donc pas encore traité de la discrimination à l'égard du spectre plus large de personnes trans qui n'ont pas subi ou n'ont pas l'intention de subir de conversion sexuelle. En outre, la CJUE s'est limitée à ce jour à interpréter la discrimination au motif de la conversion sexuelle comme une forme de discrimination fondée sur le sexe sans affranchir la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre en tant que forme distincte de discrimination. En 2010, la CEDH s'est écartée de cette approche et a reconnu la transsexualité comme

¹⁴⁵ Voir aperçu et carte pour l'année 2009 dans Fabeni et Agius, p. 21-23.

¹⁴⁶ 1) Pas de couverture, 2) situation peu claire, 3) selon la jurisprudence de la CJUE, 4) selon la jurisprudence de la CJUE en précisant expressément que le sexe inclut les trans, 5) motif autonome.

¹⁴⁷ Réseau européen des organismes de promotion de l'égalité (2010), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice V*. Bruxelles: EQUINET, p. 30.

Marrit | 2007

un motif autonome protégé en vertu de l'article 14 CEDH dans l'affaire *P. V. contre Espagne*¹⁴⁸. Cette évolution concorde avec la reconnaissance croissante que l'identité de genre et l'expression de genre ne constituent, en effet, pas un motif distinct de discrimination dans la législation sur les droits de l'homme (voir chapitre II pour un examen approfondi). En outre, la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée le 7 avril 2011, fut la première convention internationale à inclure un motif explicite d'identité de genre, notamment en son article 4, paragraphe 3.

Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe invite les États membres du Conseil de l'Europe à :

«1. Mettre en œuvre les normes internationales des droits de l'homme sans distinction et interdire expressément la discrimination fondée sur l'identité de genre dans la législation nationale antidiscrimination. Cette mise en œuvre au niveau national devrait s'inspirer des principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre [...]»¹⁴⁹.

La FRA est, pour sa part, également convaincue que :

«L'on ne peut restreindre le transgendérisme à une interprétation étroite le reliant au "changement de sexe" défini en tant que "processus de conversion sexuelle entrepris sous contrôle médical afin de changer le sexe d'une personne en modifiant les caractéristiques physiologiques ou autres du sexe et en incluant toute partie d'un tel processus". Si, dans cette interprétation étroite, les transgenres se retrouvent dans une situation spécifique liée à l'opération de changement de sexe [...], il n'y a pas de raison d'étendre la protection face à la discrimination au-delà de ces personnes afin de couvrir les travestis et les personnes qui vivent en permanence dans le genre "opposé" à celui qui est mentionné sur leur certificat de naissance sans intervention médicale, ainsi que toutes les autres personnes qui souhaitent simplement présenter leur genre différemment. Il a été recommandé que la protection face à la discrimination fondée sur l'"identité de genre", de manière plus générale, englobe non seulement les transsexuels (subissant, ayant l'intention de subir ou ayant subi une conversion sexuelle chirurgicale), mais aussi ces autres catégories»¹⁵⁰.

Un nombre croissant d'États ont en outre introduit dans leur législation nationale un motif autonome équivalent à l'identité de genre et à l'expression du genre (cinq à ce jour) ou, tout au moins, une mention précisant expressément que le motif du sexe inclut l'identité sexuelle [et/ou l'identité de genre] (deux jusqu'ici). On notera que, si leur législation nationale ne contient pas de motif autonome faisant référence à l'identité de genre et à l'expression de genre, la Belgique¹⁵¹, la Finlande¹⁵² et les Pays-Bas¹⁵³ ont étendu les motifs actuels liés sexe (ou au genre) de façon à couvrir l'ensemble des trans. Ce dernier groupe de pays a également clôturé avec succès des affaires portées devant les tribunaux par des trans autres que des transsexuels, ce qui confirme que sans être idéales, les formulations actuelles peuvent déjà être utilisées de manière efficace pour couvrir tous les trans.

Pour en revenir à la Cour de justice, on peut encore se demander si le fait que la CEDH inclue la transsexualité en tant que motif autonome à l'article 14 de la CEDH influencera la future jurisprudence de la CJUE. Dans *K. B.*, la CJUE est partie du principe que l'article 141 CE (devenu l'article 157 du TFUE après Lisbonne) exclut en principe toute législation discriminatoire qui est contraire à la CEDH. Cela ne signifie toutefois pas que la CJUE peut aisément

¹⁴⁸ Cour européenne des droits de l'homme, p. *V. c. Espagne* (requête n° 35159/09), arrêt du 30 novembre 2010.

¹⁴⁹ Commissaire aux droits de l'homme (2009), p. 45, Rec.1.

¹⁵⁰ Agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne (2008), p. 131.

¹⁵¹ L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes a élaboré une pratique *ad hoc* qui consiste à recevoir tous les transgenres (au sens large).

¹⁵² Le médiateur en charge de l'égalité des chances a décidé d'étendre le champ d'application de la loi sur l'égalité des chances de façon à inclure les trans (notamment les transgenres et les travestis) et les intersexués.

¹⁵³ Voir *Commissie Gelijke Behandeling* [commission pour l'égalité de traitement], arrêt 2007-201 (*travestie*), 15.11.2007.

suivre la même approche. La raison en est qu'à la différence de l'article 14 de la CEDH, dont la formulation est ouverte, le droit de l'UE repose sur une liste fermée de motifs de discrimination que la Cour ne peut étendre. Mais ce que la Cour peut et devrait faire, c'est interpréter les motifs existants de discrimination de manière libérale, en leur conférant le sens le plus large possible afin d'honorer l'engagement qu'a pris l'Union de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme, et notamment des droits des personnes appartenant à des minorités (article 2 du TUE).

L'exposé ci-dessus montre qu'à la lumière des normes élevées actuelles régissant les droits de l'homme, il existe, en ce qui concerne les trans, des possibilités d'élargissement de l'interprétation de la législation de l'UE en matière d'égalité de traitement. Ces développements futurs peuvent imposer que la Cour s'écarte d'un modèle sexuel binaire et analyse et développe les observations formulées par l'avocat général Tesauro dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire *P. contre S.*, notamment (point 17 des conclusions de l'avocat général):

«17. [...] il conviendrait de dépasser la classification traditionnelle et de reconnaître qu'au-delà de la dichotomie hommes-femmes il existe un éventail de caractéristiques, de comportements et de rôles qui participent de l'homme et de la femme, de telle sorte que le sexe devrait plutôt être considéré comme un continuum. Dans cette optique, il est évident qu'il ne serait pas licite de continuer à sanctionner exclusivement les discriminations fondées sur le sexe qui peuvent être rattachées à la notion d'homme et de femme au sens traditionnel de ces termes, en renonçant en revanche à protéger ceux qui, précisément en raison de leur sexe et/ou de leur identité sexuelle, sont également victimes d'un traitement défavorable.

La thèse que nous venons d'exposer, quel qu'en soit l'attrait, présuppose une nouvelle définition du sexe qui mérite d'être approfondie dans des enceintes plus appropriées, de telle sorte que ce n'est pas la voie que nous nous proposons de suivre. Nous savons bien qu'on s'est limité depuis toujours à constater le sexe, sans que le droit ait eu à intervenir pour le définir. Le droit n'aime pas les ambiguïtés et il est certainement plus facile de raisonner en termes d'Adam et Ève.

Cela dit, nous estimons qu'il est de toute façon dépassé de penser que le droit couvre et protège une femme qui subit une discrimination par rapport à un homme, et vice versa, mais refuse cette même protection à ceux qui subissent également une discrimination fondée en toute hypothèse sur le sexe, et ce, au seul motif qu'ils ne rentrent pas dans la classification traditionnelle hommes-femmes.»

Inge | 1968

IV.

Analyse juridique de la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre d'un point de vue systématique

Cette partie du rapport examine la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre au sens large, c'est-à-dire en allant au-delà du cas spécifique de la discrimination découlant de la conversion sexuelle. Elle examine, d'un point de vue systématique, plusieurs défis rencontrés dans l'analyse juridique des affaires de discrimination, la charge de la preuve ainsi que les voies de recours et les sanctions dans les affaires de discrimination. Attendu que la jurisprudence de la Cour concernant les trans dérive à ce jour de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, la législation à laquelle il est fait référence ci-après proviendra essentiellement de ce domaine particulier.

1. La discrimination

1.1 Les motifs de discrimination et les principes généraux d'égalité de traitement et de non-discrimination

Pour qu'un argument juridique tenant à une discrimination puisse être retenu dans une affaire, il faut avant tout qu'une règle juridique applicable interdisant la discrimination en question existe. De telles règles existent à plusieurs niveaux dans le système juridique de l'UE. Parmi celles-ci, citons le principe général de l'égalité de traitement ou de non-discrimination, les principes généraux d'égalité de traitement ou de non-discrimination en rapport avec certains motifs spécifiques et diverses dispositions spécifiques en matière d'égalité et de non-discrimination.

Dans la pratique, la recherche commencera toujours au niveau le plus concret, c'est-à-dire celui des dispositions juridiques explicites. Tant le traité sur le fonctionnement de l'UE que le droit dérivé contiennent des dispositions explicites en matière d'égalité ou de non-discrimination, mais à ce niveau, le droit de l'UE se caractérise par une liste restreinte de critères de discrimination qui s'applique également dans un contexte factuel limité (autrement dit, leur domaine d'application est limité). Ainsi qu'il a été précisé précédemment¹⁵⁴, ni l'identité de genre ni l'expression de genre ne font partie de ces motifs, bien que la discrimination associée à la conversion sexuelle soit perçue comme une discrimination fondée sur le sexe. Cela signifie que ce type de discrimination est exclu des domaines de l'emploi et du travail, notamment des régimes professionnels de sécurité sociale (article 157 du TFUE et directive de refonte 2006/54/CE), des régimes légaux de sécurité sociale (directive 79/7/CEE) et des biens et services (directive 2004/113/CE).

Il convient ensuite de faire remarquer que dans ce domaine, les dispositions législatives spécifiques mentionnées ci-dessus peuvent non seulement jouer un rôle, mais contiennent aussi certains principes généraux. Comme la Cour de justice l'a expliqué à diverses occasions, les dispositions explicites en matière d'égalité ou de non-discrimination sont des expressions spécifiques des principes généraux d'égalité de traitement ou de non-discrimination en rapport, par exemple, avec le sexe (*Defrenne III*¹⁵⁵), l'âge (*Mangold*¹⁵⁶, *Kücükdeveci*¹⁵⁷) et l'orientation sexuelle (*Römer*). Avec les dispositions de la charte des droits fondamentaux, les principes généraux d'égalité et de non-discrimination relèvent du droit primaire de l'UE qui peut, dans certaines circonstances, être invoqué par des individus compte tenu de la primauté du droit de l'UE sur le droit national (par exemple, *Mangold*, *Kücükdeveci*). Les principes généraux de l'égalité de traitement et de la non-discrimination liés à des motifs spécifiques sont pertinents dès lors qu'aucune autre règle spécifique du droit de l'UE ne peut s'appliquer, ainsi que dans les cas où la situation en cause relève du champ d'application du droit de l'UE (*Römer*, point 60). Comme exemples pratiques d'absence de législation plus spécifique de l'UE, citons les situations dans lesquelles une disposition spécifique en matière de non-discrimination n'a aucun effet horizontal direct (*Kücükdeveci*) ou celles dans lesquelles la période de mise en œuvre d'une directive n'a pas encore expiré (*Mangold*). À ce jour, la jurisprudence de la Cour dans ce

¹⁵⁴ Voir ci-dessus III.1

¹⁵⁵ CJUE, affaire 149/77 *Gabrielle Defrenne/SABENA*, Rec. 1978, p.1365.

¹⁵⁶ CJUE, affaire C-144/04 *Werner Mangold/Rüdiger Helm*, Rec. 2005, p. I-9981.

¹⁵⁷ CJUE, affaire C-555/07 *Seda Küçük deveci/Swedex GmbH & Co. KG*, arrêt du 19 janvier 2010, non encore publié au Recueil.

contexte se limite à la discrimination fondée sur l'âge et à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (*Römer* où la Cour a toutefois conclu que l'affaire en cause ne relevait pas du champ d'application du droit de l'UE). Il n'y a cependant aucune raison de supposer qu'elle doit se limiter aux types de discrimination couverts par la directive 2000/78/CE¹⁵⁸. Dans ce cas, le principe général d'égalité de traitement entre hommes et femmes peut également se révéler pertinent dans le contexte de la discrimination fondée sur le sexe découlant de la conversion sexuelle.

S'agissant d'autres types de préjudices causés dans le contexte de l'identité de genre et de l'expression de genre qui ne relèvent pas de la discrimination fondée sur le sexe, l'unique possibilité consisterait à faire valoir qu'ils sont contraires au principe général d'égalité de traitement ou de non-discrimination dans sa forme la plus générale, qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (par exemple, *Sturgeon*¹⁵⁹, point 48). Ce principe s'applique lorsqu'aucun autre principe spécifique ou aucune autre règle concernant l'égalité ou la discrimination ne sont susceptibles de s'appliquer à l'affaire en cause. Il est à souligner que dans cette forme, le principe général d'égalité ou de non-discrimination ne se concentre pas sur un critère particulier de discrimination, mais est indépendant de celui-ci, ce qui autorise son utilisation dans des contextes très variés, notamment celui de l'identité de genre ou de l'expression de genre. Dans la pratique cependant, le défi consistant à appliquer le principe dans des situations concrètes réside dans la question de la comparabilité, dont il s'avère qu'elle se prête à toutes sortes d'interprétations. Le danger existe, par conséquent, que des juridictions nationales estiment que des victimes d'une discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'expression de genre se trouvent dans une situation différente par rapport à d'autres personnes, empêchant de ce fait de conclure à l'existence d'une discrimination. Parallèlement, il existe aussi une jurisprudence qui relève d'autres contextes où la Cour de justice a adopté une approche généreuse de la question de la comparabilité (par exemple *Sturgeon* concernant les droits de passagers aériens). En conséquence, le raisonnement basé sur le principe général de l'égalité de traitement ne devrait pas être exclu d'emblée en tant que stratégie potentiellement utile pour les personnes trans.

1.2 La détermination du critère de discrimination pertinent

L'examen de l'allégation d'une discrimination dans un cas concret requiert une analyse scrupuleuse des faits de l'espèce, en particulier du motif sur lequel repose la discrimination présumée. En principe, cela peut poser certains défis¹⁶⁰. L'affaire *K. B.* précédemment invoquée, peut servir d'exemple.

Comme l'a fait remarquer l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer dans ses conclusions dans l'affaire *K. B.*, un autre «moyen d'interprétation pour aborder le [...] problème» en cause était envisageable (*K. B.*, points 63 et suivants des conclusions de l'avocat général). La requérante, M^{me} *K. B.* a fait valoir que la décision de refus de reconnaître son partenaire, M. *R.*, comme bénéficiaire de la pension de veuf avait été prise exclusivement sur la base de la conversion sexuelle de *R.*, de sorte qu'elle représentait une discrimination fondée sur le sexe (*K. B.*, points 17 et 18). Selon Battaglia¹⁶¹ cependant, M^{me} *K. B.* aurait pu utiliser l'argument d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en se basant sur le fait qu'à cette époque au Royaume-Uni, une personne transsexuelle après conversion sexuelle conservait juridiquement son sexe juridique d'origine. *R.* étant juridiquement une femme, elle et son partenaire formaient, d'un point de vue juridique, un couple homosexuel qui n'avait, comme tel, pas le droit de se marier. Selon Battaglia, une telle approche aurait pu conduire à un résultat très différent (c'est-à-dire moins

¹⁵⁸ Directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO 2000 L 303/16.

¹⁵⁹ CJUE, affaires jointes C-402/07 et C-432/07 *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon et Alana Sturgeon v Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) et Stefan Böck et Cornelia Lepuschitz/Air France SA (C-432/07)* Rec. 2009, p. I-10923.

¹⁶⁰ Voir Tobler (2005, discrimination indirecte), p. 334.

¹⁶¹ Battaglia (2004), p. 602.

favorable) pour la requérante (mais comme Lhernould¹⁶² le fait remarquer à juste titre, cette situation a changé avec l'adoption de la directive 2000/78/CE). Une autre approche encore a été suggérée par l'avocat général Ruiz Jarabo Colomer, mais elle a ensuite été rejetée en faveur d'une «solution [...] moins audacieuse [...]», notamment la concentration sur le traitement différent de couples mariés officiellement et de couples non mariés. Selon l'avocat général, dans une société mature dans laquelle le fond l'emporte sur la forme, il conviendrait d'examiner si un contrat formel est apte à représenter une communauté solidaire et si des relations d'une autre nature ne méritent pas une protection semblable. Partant, il serait permis d'assimiler au lien matrimonial des situations caractérisées par une véritable cohabitation, et dépourvues de reconnaissance officielle.

Ce qui précède illustre le fait que, dans une affaire donnée, le plaignant (et en fin de compte la juridiction elle-même) peut avoir à faire un choix entre plusieurs possibilités d'argumentation pour faire valoir un cas de discrimination. Selon Battaglia¹⁶³, l'approche qui se reflète dans la réponse de la Cour dans l'affaire *K. B.* s'expliquait en fin de compte par le fait que pour M^{me} *K. B.*, il était «crucial que les autorités du Royaume-Uni reconnaissent que R. était un homme», ce qui a déterminé la forme de son argumentation, qui a elle-même façonné les questions préjudicielles que la juridiction nationale a posées à la Cour de justice.

1.3 La discrimination par association

Plus récemment, la décision de la Cour dans l'affaire *Coleman*¹⁶⁴ a ajouté un nouvel élément dans la législation de l'UE en matière de non-discrimination qui pourrait également jouer un rôle dans le contexte de l'identité de genre et de l'expression de genre. La Cour a conclu dans *Coleman* que le concept de la discrimination fondée sur un handicap couvre non seulement le cas où la victime d'un traitement discriminatoire est handicapée, mais aussi celui où le handicap concerne une autre personne mais a des répercussions sur la personne en cause. Dans *Coleman*, une employée a souffert d'un traitement discriminatoire lié au handicap sévère de son enfant. Autrement dit, elle a souffert d'une discrimination en raison de son association avec une personne handicapée.

La Cour explique sa conclusion dans *Coleman* par l'objet de la directive 2000/78/CE qui consiste à lutter contre toutes formes de discrimination fondée sur le handicap dans le contexte de l'emploi et du travail. La Cour déclare à cette fin que «le principe de l'égalité de traitement consacré par ladite directive dans ce domaine s'applique non pas à une catégorie de personnes déterminée, mais en fonction des motifs visés à l'article 1^{er} de celle-ci. Cette interprétation est corroborée par le libellé de l'article 13 CE, disposition constituant la base juridique de la directive 2000/78, qui confère une compétence à la Communauté pour prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée, notamment, sur le handicap» (*Coleman*, point 38). Vu ce raisonnement, il convient de supposer que le concept de discrimination par association ne se limite pas au cas spécifique de la discrimination fondée sur le handicap, mais pourrait aussi jouer un rôle dans d'autres contextes, dont celui de la discrimination fondée sur la conversion sexuelle.

On pourrait en particulier faire valoir que les cas impliquant des couples, comme dans l'affaire *K. B.*, pourraient également être examinés dans ce contexte. Plus spécifiquement, on pourrait faire valoir que la discrimination en cause dans une affaire telle que *K. B.* était due à l'association de M^{me} *K. B.* à une personne transsexuelle après conversion sexuelle. Il convient cependant de faire remarquer que la situation dans des affaires concernant des couples tels que *K. B.* (ainsi que d'autres affaires dans d'autres contextes juridiques tels que *Grant*, *Maruko* et, plus récemment *Römer*, qui concernent tous des couples homosexuels) est différente de celle sur laquelle portait l'affaire *Coleman*. Alors que cette dernière affaire concernait le traitement d'une seule personne, à savoir l'employée mère de l'enfant handicapé,

¹⁶² J.-Ph. Lhernould (2004), *Transsexualisme, concubinage homosexuel et hétérosexuel et prestations sociales*, Revue de jurisprudence sociale 2004, 263-265, p. 265.

¹⁶³ Idem, p. 610.

¹⁶⁴ CJUE, affaire C-303/06 *S. Coleman/Attridge Law and Steve Law* Rec. 2008, p. I-5603.

les affaires de couples concernaient les droits de deux personnes, notamment le travailleur (par exemple M^{me} K. B. qui ne peut désigner son partenaire devenu homme après conversion sexuelle comme bénéficiaire d'une pension de veuf) et le partenaire du travailleur (par exemple, le partenaire de M^{me} K. B. qui s'est vu refuser les droits dont il jouirait autrement par l'intermédiaire de son conjoint). Selon les auteurs du présent ouvrage cependant, cette différence ne devrait pas être déterminante. Le concept de discrimination par association devrait donc être vu comme un outil additionnel susceptible de renforcer la position des requérants dans des affaires de discrimination à l'égard de trans.

1.4 La discrimination directe et la discrimination indirecte

Une fois le motif de discrimination pertinent établi, la question qui se pose ensuite concerne la forme de discrimination qui pourrait être en cause dans l'affaire en question. La toute dernière législation en date de l'UE en matière de lutte contre la discrimination sociale distingue différentes formes de discrimination (notamment la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement et l'injonction de pratiquer une discrimination). La distinction la plus ancienne, qui a été élaborée initialement par la Cour de justice, concerne la discrimination directe et la discrimination indirecte¹⁶⁵. Elle porte sur la dépendance directe ou indirecte du critère de discrimination dans une affaire donnée. Il est à souligner qu'il s'agit d'une question différente du lien direct ou indirect existant entre le traitement en question et la situation de fait couverte par la législation (par exemple le traitement discriminatoire de personnes après conversion sexuelle dans la loi régissant le droit à contracter mariage qui a influencé indirectement le droit à bénéficier d'une pension dans l'affaire K. B., étant donné que ce droit était limité aux personnes mariées)¹⁶⁶.

En d'autres termes, la notion juridique de discrimination directe concerne des formes manifestes de discrimination, tandis que celle de discrimination indirecte se rapporte à des formes plus dissimulées de discrimination. Selon l'article 2, paragraphe 1, point a), de la directive 2006/54/CE (la directive de «refonte», utilisée ici comme exemple compte tenu de sa pertinence dans le contexte de la discrimination au motif de la conversion sexuelle), on entend par discrimination directe:

«la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable; [...]».

Par opposition, conformément à l'article 2, paragraphe 1, point b), de la directive 2006/54/CE, on entend par discrimination indirecte:

«la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires; [...]».

Les mêmes définitions se retrouvent dans la directive sur les biens et services (article 2 de la directive 2004/113/CE). Puisqu'elles sont essentiellement le reflet de la jurisprudence antérieure de la Cour, il convient de supposer que ces définitions s'appliquent également dans des domaines où la législation de l'UE ne contient pas encore de définitions juridiques explicites (par exemple, directive 79/7/CEE relative au régime légal de sécurité sociale).

Dans la pratique, la délimitation entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est moins évidente que ce que laisse entendre la définition ci-dessus. La jurisprudence telle que les arrêts *Nikoloudi*¹⁶⁷ et *Maruko* (déjà

¹⁶⁵ Voir de manière générale Tobler (2005, *Indirect Discrimination*), également Tobler (2008).

¹⁶⁶ Voir Violini (2004), p. 415; voir également Tobler (2005, *Indirect Discrimination*), p. 215/216.

¹⁶⁷ CJUE, affaire C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi/Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Rec. 2005, p. I-1789.

Tonje | 1983

mentionnés) montre qu'il peut y avoir une discrimination directe même lorsqu'un traitement défavorable repose sur un critère de différenciation en apparence neutre, notamment lorsque l'invocation d'un tel critère signifie que toutes les personnes d'un groupe particulier (à savoir des femmes dans l'affaire *Nikoloudi* et des lesbiennes, gays et bisexuels dans l'affaire *Maruko*) sont défavorisées. Dans une telle affaire, le fait que le critère sur lequel on se fonde ne correspond pas officiellement au critère interdit n'interdit pas la constatation d'une discrimination directe¹⁶⁸.

D'un point de vue pratique, la qualification de discrimination directe, plutôt qu'indirecte, peut être importante dans deux contextes. Le premier concerne les possibilités de justification de la discrimination en question. En règle générale, les possibilités de justification de la discrimination directe sont nettement plus limitées que dans le cas de la discrimination indirecte qui inclut, par voie de définition, une vaste possibilité de justification objective. À l'inverse, pour la discrimination directe, le droit de l'UE cite normalement un nombre limité de motifs de justification (l'exception la plus notable étant la discrimination fondée sur l'âge conformément à l'article 6 de la directive 2000/78/CE, mais aussi la discrimination fondée sur le sexe au titre de la directive 2004/113/CE)¹⁶⁹.

La jurisprudence de la Cour concernant la discrimination fondée sur le sexe dans le contexte de la conversion sexuelle a fait l'objet d'un débat académique sur la forme de discrimination en cause. En réalité, la Cour elle-même ne qualifie pas la discrimination comme étant explicitement directe ou indirecte (Foubert)¹⁷⁰. Il semble cependant clair que ces cas renvoient à une discrimination directe plutôt qu'indirecte fondée sur le sexe (Anselmo¹⁷¹, également Trucco¹⁷²). Au lieu d'utiliser un langage qui attire l'attention sur la discrimination indirecte, la Cour assimile simplement la discrimination fondée sur la conversion sexuelle à une discrimination fondée sur le sexe comme elle l'a fait pour la grossesse dans l'affaire *Dekker* antérieure.

Il reste à savoir si la notion de discrimination (directe) fondée sur le sexe peut également couvrir d'autres aspects de l'identité de genre ou de l'expression de genre que la conversion sexuelle. Il n'existe à ce jour aucune jurisprudence en la matière. De l'avis des auteurs du présent rapport, cette question mérite d'être approfondie. Wintemute¹⁷³, par exemple, a déjà fait valoir en 1997 que la notion de discrimination directe fondée sur le sexe couvre également d'autres situations, notamment l'orientation sexuelle et les codes vestimentaires spécifiques à chaque sexe. L'auteur a fondé son argumentation sur une approche créative liée, entre autres, aux rôles sexuels traditionnels. Si la Cour n'a pas suivi ses arguments en rapport avec l'orientation sexuelle (*Grant*), il n'existe, par contre, encore aucune jurisprudence en rapport avec les autres questions telles que les codes vestimentaires. En principe, on ne peut exclure la possibilité que la Cour puisse inclure plus tard d'autres aspects.

De même, il n'existe aucune jurisprudence de la Cour de justice concernant la discrimination indirecte fondée sur le sexe dans le contexte de la conversion sexuelle. Compte tenu de la définition de la discrimination indirecte, ces affaires devraient impliquer un critère différent de la conversion sexuelle, ce qui placerait toutefois les personnes qui subissent une conversion sexuelle dans une situation particulièrement défavorable par rapport à des personnes qui ne se trouvent pas dans cette situation. Un exemple pratique serait le refus d'engager une transsexuelle homme-vers-femme en argumentant que les clients de l'employeur seront déroutés par la voix grave de la candidate. D'autres exemples seraient l'incapacité de prendre librement congé et les restrictions concernant le congé de maladie qui engendrent une charge complémentaire pour des personnes qui ont l'intention de subir une conversion sexuelle et ont besoin, à cette fin, de s'absenter de leur travail pendant des périodes relativement longues.

¹⁶⁸ Voir Christa Tobler & Kees Waaldijk (2009), (note sur le cas *Maruko*), *Common Market Law Review* 2009, p. 723-746.

¹⁶⁹ Voir également plus loin sous le point IV.2.

¹⁷⁰ Foubert (2004), p. 442/443.

¹⁷¹ Alice Anselmo (2004), *I transessuali hanno diritto di sposarsi ... e di ottenere la pensione di reversibilità*, *Diritto comunitario e degli scambi internationale* 2004, 719-737, p. 735/736.

¹⁷² Lara Trucco (2004), *Transsessuali e Regno Unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici*, *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2004, 825-831, p. 830.

¹⁷³ Wintemute (1997).

1.5 Le harcèlement (sexuel) et l'injonction de pratiquer une discrimination

Deux autres formes de discrimination abordées dans les derniers actes législatifs produits en rapport avec la non-discrimination sont le harcèlement et l'injonction de pratiquer une discrimination. La directive de refonte (directive 2006/54/CE) servira à nouveau d'exemple, mais des définitions similaires se retrouvent également dans la directive sur les biens et services (2004/113/CE).

Conformément à l'article 2, paragraphe 1, point c), de la directive 2006/54/CE, on entend par harcèlement:

«la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant; [...]»

L'article 2, paragraphe 1, point d), contient en outre une définition du harcèlement sexuel qu'il y a lieu de comprendre comme:

«la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant; [...]»

Selon l'article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2006/54/CE, la discrimination fondée sur le sexe inclut également «l'injonction de pratiquer à l'encontre de personnes une discrimination fondée sur le sexe».

Bien qu'il n'existe actuellement aucune jurisprudence de la Cour de justice sur ces points en rapport avec la conversion sexuelle, il est clair que ces formes de discrimination sont également pertinentes dans ce contexte particulier. Un exemple pratique de harcèlement pourrait être des médisances sur le lieu de travail envers des employées à la «voix d'homme».

2. La justification

Conformément au droit de l'UE, la discrimination n'est généralement pas interdite de manière absolue. Au lieu de cela, le droit prévoit des possibilités de justification ou de dérogation. En règle générale, la discrimination directe ne peut être justifiée que sur la base d'une liste limitée de motifs dérogatoires qui sont cités explicitement dans la législation (motifs de dérogation légaux). Dans le contexte de la discrimination indirecte, par contre, il subsiste une possibilité de justification objective, un concept ouvert qui ne repose pas sur une liste limitée de motifs, ce qui peut empêcher de conclure à une discrimination.

En comparaison avec la majorité des autres directives en matière de non-discrimination, la directive sur les biens et services est particulière en ce sens qu'elle contient une possibilité générale de justification, y compris pour la discrimination directe. Conformément à l'article 4, paragraphe 5, la directive «n'exclut pas les différences de traitement si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires»¹⁷⁴.

¹⁷⁴ La directive sur les biens et services contient également une règle de dérogation particulière en rapport avec l'assurance et les facteurs actuariels (article 5, paragraphe 2, de la directive 2004/113/CE). La Cour de justice a toutefois déclaré que cette disposition serait sans effet à compter du 21 décembre 2012 (CJUE, affaire C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier/Conseil des ministres*, arrêt du 1^{er} mars 2011, grande chambre, non encore publié au Recueil). Elle n'est par conséquent pas examinée dans le présent rapport.

D'autres textes relatifs à la discrimination fondée sur le sexe prévoient un nombre de motifs dérogatoires légaux. Les motifs de dérogation légaux applicables à des faits spécifiques dépendent de la législation en cause. L'article 14, paragraphe 2, de la directive de refonte relative à l'emploi et au travail, par exemple, fournit une justification basée sur des exigences professionnelles réelles: «Les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée». L'article 28, paragraphe 1, dispose en outre, de manière générale, que la directive de refonte ne fait pas obstacle aux dispositions des législations nationales relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité.

Compte tenu du fait que, conformément au droit de l'UE, la discrimination fondée sur la conversion sexuelle est une discrimination fondée sur le sexe, les motifs de dérogation ci-dessus s'appliquent également dans ce contexte particulier. Il n'existe cependant encore aucune jurisprudence de la Cour de justice sur ces questions. Aucune des affaires impliquant des trans sur lesquelles la Cour a statué ne porte en particulier sur la justification.

3. L'action positive

Il en est de même pour l'action positive: aucune jurisprudence portant sur cette question ne concerne la conversion sexuelle. Étant donné la position vulnérable des trans, il est toutefois évident que des mesures d'action positive pourraient servir d'instrument précieux pour améliorer leur situation.

L'action positive repose sur la reconnaissance que l'égalité de traitement (c'est-à-dire l'application de la même règle pour tous) peut déboucher sur une inégalité et qu'un traitement préférentiel est, par conséquent, requis. Des dispositions concernant l'action positive se retrouvent à divers endroits dans le droit de l'UE. Ainsi, l'article 157, paragraphe 4, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que:

«Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle.»

L'article 3 de la directive de refonte renvoie à cette disposition. Quant à la directive sur les biens et services, elle précise en son article 4, paragraphe 5, que la directive «n'exclut pas les différences de traitement si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est justifiée par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont appropriés et nécessaires».

4. La preuve

4.1 La charge de la preuve

La législation de l'UE repose sur le principe que lorsqu'il existe un droit, il doit y avoir une voie de recours¹⁷⁵. Partant, les victimes de discrimination alléguée doivent avoir accès aux voies de recours judiciaires pour déposer plainte en

¹⁷⁵ Sur ce point et les suivants, voir également Christa Tobler (2005), *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne (pour la Commission européenne)*, Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2005.

cas de discrimination (par exemple, article 17 de la directive de refonte, directive 2006/54/CE). À nouveau, suite à la jurisprudence de la Cour de justice, les actes plus récents du droit dérivé de l'UE concernant la discrimination contiennent des règles explicites sur la charge de la preuve qui s'appliquent également dans le contexte de la discrimination fondée sur la conversion sexuelle. Ainsi, l'article 19, paragraphes 1 à 3, de la directive de refonte dispose que:

- «1. Les États membres, conformément à leur système judiciaire, prennent les mesures nécessaires afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.
2. Le paragraphe 1 n'empêche pas les États membres d'imposer un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse.
3. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente.»

Sur la base de ces règles, une victime de discrimination alléguée doit établir l'existence d'une présomption de discrimination («établit [...] des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte»). Partant de ceci, la charge de la preuve est déplacée sur l'auteur présumé de la discrimination qui doit ensuite démontrer qu'il n'y a pas eu de discrimination (notamment en prouvant l'existence d'une justification).

4.2 Les preuves statistiques

La difficulté d'apporter des éléments probants en pratique (présomption de discrimination) dépend largement du niveau de preuve requis. Cela peut constituer un véritable défi, en particulier en cas de discrimination indirecte. La législation moderne de l'UE permet heureusement d'adopter une approche très souple dans ce contexte en ce sens qu'il suffit que la mesure en question «risque» de défavoriser certaines personnes, à savoir que l'action soit susceptible d'avoir l'effet défavorable requis. En fonction des circonstances, cela peut être plus simple que d'appliquer des critères statistiques, étant donné que les tribunaux pourront se fonder sur des connaissances communes (par exemple, *Kachelmann*¹⁷⁶), sur des faits évidents (par exemple, *Schnorbus*¹⁷⁷) ou sur leur conviction (par exemple, *O'Flynn*¹⁷⁸ concernant la discrimination fondée sur la nationalité).

En ce qui concerne les preuves statistiques, leur obtention peut s'assortir d'un certain nombre de difficultés, notamment en ce qui concerne la définition des éléments de comparaison adéquats, le choix du moment ou de la période opportune pour la comparaison, la découverte des éléments statistiques concernant les groupes pertinents et la détermination de la pertinence ou de la signification du matériel statistique sur lequel on se fonde. Enfin, une fois que le matériel statistique pertinent est disponible, il convient de déterminer avec précision quels sont les chiffres à prendre en considération afin d'établir la disparité requise de l'effet.

Les affaires de discrimination fondée sur la conversion sexuelle dont la Cour de justice été saisie jusqu'à présent n'abordent pas ces questions. Cela n'a peut-être rien de surprenant si l'on tient compte du fait qu'elles concernent une discrimination directe fondée sur le sexe envers des personnes concrètes où la différence de traitement en soi est évidente. Dans un contexte plus large, les statistiques peuvent être utiles pour montrer l'ampleur du désavantage subi par les trans. À titre d'exemple, des recherches ont montré que le taux de chômage parmi les trans est nettement supérieur au taux de chômage dans la population non trans (commissaire aux droits de

¹⁷⁶ CJUE, affaire C-322/98 *Bärbel Kachelmann/Bankhaus Hermann Lampe KG* [2000] Rec. 2000, p. I-7505.

¹⁷⁷ CJUE, affaire C-79/99 *Julia Schnorbus/Land Hessen* Rec. 2000, p. I-10997.

¹⁷⁸ CJUE, affaire C-237/94 *John O'Flynn/Adjudication Officer* Rec. 1996, p. I-2617.

l'homme)¹⁷⁹. De telles informations peuvent être utiles lorsque l'on fait valoir que le refus d'engager une personne trans est lié à son statut de trans.

5. Les voies de recours et les sanctions

À partir du moment où la discrimination est établie, la victime peut prétendre à réparation. À nouveau, les derniers actes législatifs de l'UE sur cette question sont le résultat de la jurisprudence de la Cour de justice. L'article 18 de la directive de refonte dispose que:

«Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour veiller à ce que le préjudice subi par une personne lésée du fait d'une discrimination fondée sur le sexe soit effectivement réparé ou indemnisé selon des modalités qu'ils fixent, de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi. Une telle compensation ou réparation ne peut être a priori limitée par un plafond maximal, sauf dans les cas où l'employeur peut prouver que le seul dommage subi par un demandeur comme à la suite d'une discrimination au sens de la présente directive est le refus de prendre en considération sa demande d'emploi.»

L'article 18 doit être lu conjointement avec l'article 25 de cette même directive:

«Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive et prennent toute mesure nécessaire pour assurer l'application de ces sanctions. Les sanctions, qui peuvent comprendre le versement d'indemnités à la victime, doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Les États membres notifient les dispositions pertinentes à la Commission au plus tard le 5 octobre 2005 et toute modification ultérieure les concernant dans les meilleurs délais.»

Ces dernières années, la Cour a souligné le sens pratique de la mise en œuvre de la législation en matière de non-discrimination dans son arrêt *Jonkman*¹⁸⁰. La victime de discrimination a non seulement le droit d'être traitée de la même manière qu'une personne ou un groupe de personnes se trouvant dans la même situation qu'elle, mais en outre, lorsque la législation nationale est en cause, l'État membre concerné doit adapter celle-ci de manière à éviter toute autre discrimination.

6. La discrimination multiple

Enfin, des difficultés pratiques peuvent se poser lorsqu'un cas donné implique plusieurs motifs de discrimination à la fois. Les affaires impliquant la discrimination fondée sur le sexe dans le contexte de la conversion sexuelle, par exemple, peuvent être liées parallèlement à d'autres motifs de discrimination tels que la religion ou l'âge. Le droit de l'UE reconnaît formellement la possibilité de discrimination multiple¹⁸¹ dans la directive 2000/43/CE et la directive 2000/78/CE qui font référence au fait que les femmes sont souvent victimes de discrimination multiple (voir respectivement les considérants 14 et 3 du préambule des deux directives).

¹⁷⁹ Commissaire aux Droits de l'Homme (2009), p. 30.

¹⁸⁰ CJUE, affaires jointes C-231/06 à C-233/06 *Office national des pensions/Emilienne Jonkman et Hélène Vercheval; Noëlle Permesaen/Office national des pensions*, Rec. 2007, p. I-5149.

¹⁸¹ Concernant la discrimination multiple, voir par exemple Dagmar Schiek et Victoria Chege (2009), *Union européenne Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London/New York: Routledge-Cavendish 2009.

Sur le plan pratique, la discrimination multiple pose souvent des difficultés liées aux différences existant dans le champ d'application des législations applicables et dans les dérogations qu'elles autorisent¹⁸². Au niveau du champ d'application, il est possible qu'un cas donné soit couvert par le droit de l'UE (ou la législation nationale le mettant en œuvre) en rapport uniquement avec un motif de discrimination, mais pas avec un autre, par exemple lorsque la discrimination présumée concerne l'accès aux services (par exemple, une visite dans un restaurant) et repose sur une combinaison de discriminations fondées sur le sexe et sur la religion: la directive relative aux biens et services (qui concerne la discrimination fondée sur le sexe) couvre l'accès aux services, ce qui n'est pas le cas de la directive 2000/78/CE (qui concerne, entre autres, la discrimination fondée sur la religion). Au niveau de la justification, différentes formes peuvent s'appliquer en fonction des différents types de discrimination en cause dans un cas de discrimination multiple. Par exemple, dans un cas combinant la discrimination directe fondée sur la religion et la discrimination indirecte fondée sur le sexe, de nombreuses possibilités de justification objective sont offertes dans le contexte de la dernière, mais pas dans celui de la première. Il est suggéré que dans les affaires où les deux types de discrimination sont indissociablement liés, les juridictions nationales se concentrent sur le niveau plus élevé de protection face à la discrimination.

Une solution à ce genre de problèmes pourrait être de prévoir, dans la législation nationale des États membres, un champ d'application plus large et des motifs de discrimination plus nombreux que ce que requiert la législation de l'UE. D'une manière générale, dans la mesure où le cadre légal applicable le permet, les juridictions nationales devraient apprécier la complexité des cas de discrimination multiple. Elles devraient en particulier tenir compte de la nature aggravante de la discrimination multiple lorsqu'elles déterminent les sanctions applicables à ce type de discrimination¹⁸³.

Terminons enfin par une remarque terminologique: au sens strict, le terme «discrimination multiple» fait uniquement référence à des situations dans lesquelles les différents motifs s'appliquent distinctement. La terminologie stricte établit une distinction entre la discrimination multiple de la discrimination complexe (qui se produit lorsqu'une personne est victime d'une discrimination fondée sur deux ou plusieurs motifs simultanément et lorsqu'un motif s'ajoute à la discrimination fondée sur un autre motif) et la discrimination croisée (qui se produit lorsque plusieurs motifs interviennent et interagissent au même moment de sorte qu'ils sont inséparables).

¹⁸² Sur ce point et les suivants, voir Tobler (2008), déjà mentionnée, p. 44/45.

¹⁸³ Comme le prévoit la législation roumaine; Commission européenne (2007), *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, p. 20.

Iwan | 1973

V.

Études de cas de législation et de jurisprudence dans des affaires de discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre

Le chapitre I donnait un aperçu des divers problèmes auxquels les transsexuels sont confrontés à cause des stéréotypes liés au genre ainsi qu'à cause des problèmes juridiques liés à la reconnaissance du genre et des discriminations structurelles qui existent dans plusieurs domaines de la vie de tous les jours. Le présent chapitre revient sur certains des problèmes évoqués et donne des exemples de bonnes pratiques tirés de la législation, de la jurisprudence et des pratiques nationales en matière de lutte contre la discrimination envers les personnes trans, en accordant une attention particulière aux lois et mécanismes anti-discrimination, à la reconnaissance du genre et à la protection contre les crimes motivés par la haine. Il convient de relever que si l'on trouve des exemples de bonnes pratiques dans certains pays européens, la situation juridique et sociale de la plupart des transsexuels vivant en Europe reste très difficile¹⁸⁴.

1. Meilleures pratiques dans la législation et la jurisprudence en matière d'égalité

1.1 La couverture juridique de l'identité de genre et de l'expression de genre

La législation **suédoise** en matière d'égalité a fait l'objet d'une vaste refonte en 2008, tous les textes législatifs sur l'égalité ayant été regroupés dans une seule et même loi. Parallèlement, les quatre médiateurs compétents en matière d'égalité ont, eux aussi, été regroupés en une seule grande instance. En fait, l'adoption de la loi visant à lutter contre la discrimination («*Discrimination Act*» — SFS 2008:567) et la loi relative au médiateur de l'égalité («*Act Concerning the Equality Ombudsman*» — SFS 2008:568) ont consolidé la législation existante sur l'égalité en accordant le plus haut niveau de protection à tous les aspects de l'égalité, sans aucune hiérarchie ni distinction entre ceux-ci¹⁸⁵. La portée de cette législation a aussi été étendue bien au-delà des normes minimales européennes en matière d'égalité, puisqu'elle couvre la vie professionnelle, le système éducatif, les activités relatives à la politique du marché du travail et les services d'emploi en dehors de la fonction publique, la création ou la direction d'une entreprise et la reconnaissance professionnelle, l'adhésion à un syndicat ou à une organisation patronale, les biens, les services et le logement, les assemblées publiques, la santé et les soins médicaux, les services sociaux, le système d'assurance sociale, l'assurance chômage, les bourses d'études, le service militaire ou civil national et l'emploi dans le secteur public.

Il importe de relever qu'à la faveur de cette refonte, la liste des six motifs de protection énoncés à l'article 19 du TFUE et dans les directives européennes sur l'égalité a été complétée par un motif de protection supplémentaire : *l'identité ou l'expression transgenre*. Le chapitre 1, section 1, de la loi visant à lutter contre la discrimination se lit comme suit :

«La présente loi vise à combattre la discrimination et à promouvoir l'égalité des droits et des chances pour tous, indépendamment de considérations telles que *le sexe, l'identité ou l'expression transgenre*, l'origine ethnique, les convictions religieuses ou autres, le handicap, l'orientation sexuelle ou l'âge.» (*italiques ajoutés*)

La reformulation de cette loi est particulièrement intéressante puisque, alors que, selon la jurisprudence de la CJUE, la discrimination envers les transsexuels continue de relever de la discrimination fondée sur le sexe, toutes les autres personnes trans bénéficient à présent d'une nouvelle sécurité juridique grâce à l'ajout de l'identité ou de l'expression transgenre comme motif de protection. Le chapitre 1, section 5, apporte des précisions sur ce point en définissant les deux motifs comme suit :

- «1. Sexe: fait pour un individu d'être une femme ou un homme.
2. Identité ou expression transgenre: fait pour un individu de ne s'identifier ni comme une femme ni comme un homme ou d'exprimer, par ses attitudes, sa manière de s'habiller ou de tout autre manière, son appartenance à un autre sexe.»

¹⁸⁴ Voir commissaire aux droits de l'homme (2009).

¹⁸⁵ Ces deux lois sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

Dès son entrée en fonction, le médiateur chargé des questions d'égalité a suggéré de changer le motif de protection «identité ou expression transgenre» en «*identité de genre et expression de genre*». Cette modification montrerait clairement que ce motif de protection s'applique à toute personne, sans distinction aucune, tout en évitant une stigmatisation éventuelle des personnes trans en raison de cette référence directe qui est faite à eux dans la loi. Le médiateur propose de définir l'identité de genre et l'expression de genre de la manière suivante:

«Identité ou expression de genre: identité ou expression d'une personne au regard du genre, au travers de sa tenue vestimentaire, de ses manières et de son comportement.»

1.2 L'organisme national de promotion de l'égalité compétent en matière d'identité de genre et d'expression de genre

En **Suède**, la loi visant à lutter contre la discrimination et la loi relative au médiateur chargé des questions d'égalité contiennent des références l'une à l'autre et habilite le médiateur à engager une procédure judiciaire en cas de discrimination (y compris une discrimination fondée sur le sexe, l'identité ou l'expression transgenre). En fait, la loi relative au médiateur chargé des questions d'égalité confère à ce dernier des pouvoirs étendus pour veiller à «prévenir la discrimination dans tous les domaines de la vie en société», à «promouvoir l'égalité des droits et des chances» (section 1) et à «fournir des conseils et toute autre assistance en vue de permettre à toute victime de discrimination de faire valoir ses droits» (section 2). De plus, la section 3 habilite le médiateur:

- «– à informer, former, consulter et contacter sous d'autres formes des institutions publiques, des entreprises, des particuliers et des organisations,
- à suivre l'évolution de la situation sur le plan international et à avoir des contacts avec des organisations internationales,
- à suivre les travaux menés dans le domaine de la recherche et du développement,
- à proposer au gouvernement des modifications législatives ou toute autre mesure antidiscrimination, et
- à prendre toute autre mesure appropriée.»

Le médiateur chargé des questions d'égalité peut ouvrir une enquête sur la base de plaintes déposées auprès du bureau du médiateur. Si cette enquête permet de démontrer l'existence d'une présomption de discrimination ou d'inégalité de traitement, le médiateur tente tout d'abord de négocier un accord (à l'amiable) entre le plaignant et l'organisation, l'employeur ou l'institution responsable de la discrimination. Si aucun accord à l'amiable n'est trouvé, le médiateur peut entamer une procédure et saisir la justice. Les dossiers relatifs à une discrimination en matière d'emploi ou sur le lieu de travail sont portés devant le Tribunal du travail, tandis que les affaires concernant tous les autres domaines visés par la loi anti-discrimination sont portées devant les tribunaux de droit commun.

Le médiateur chargé des questions d'égalité utilise ses pouvoirs étendus pour promouvoir d'une manière proactive l'égalité dans tous ses aspects et s'attaque aux obstacles structurels et aux discriminations dans tous les domaines de la vie pratique. Par exemple, comme ce motif de protection était encore fort méconnu en Suède, le médiateur a organisé en 2009 un groupe de travail interne chargé de présenter des stratégies et un plan d'action pour les travaux du médiateur dans le domaine de l'identité ou de l'expression transgenre. De plus, le médiateur propose des modifications à apporter à la politique du gouvernement et à la législation en vigueur (par exemple en ce qui concerne la reconnaissance du genre), et ce dans le respect des normes actuelles les plus élevées et des principes des droits humains.

Les organismes nationaux chargés de l'égalité des chances en **Belgique**, en **Finlande** et en **Grande-Bretagne** ont produit un ensemble de travaux intéressants qu'il convient de mettre en exergue. En **Belgique**, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes a joué un rôle proactif et a commandité, courant de la période 2008-2009,

une étude approfondie sur la situation sociale et juridique des personnes transgenres en Belgique¹⁸⁶ dans le but d'inventorier les discriminations et inégalités rencontrées par les personnes transgenres dans la pratique, dans les politiques et dans la législation. À la suite de cette étude, l'Institut a mis en place une synergie avec deux organisations trans pour discuter d'actions et de projets conjoints. Une étude est en cours afin de déterminer la meilleure manière de garantir la sécurité juridique aux personnes transgenres au travers de la législation sur l'égalité et d'autres propositions de modifications législatives. Dans le même ordre d'idées, le médiateur chargé des questions d'égalité en **Finlande** a publié des lignes directrices¹⁸⁷ précisant comment la loi sur l'égalité des femmes et des hommes s'applique aux trans et aux personnes intersexuées, et recommandant aux employeurs, d'une part, d'intégrer des trans et des personnes intersexuées dans leurs plans d'égalité homme-femme et, d'autre part, de prendre des mesures de prévention de la discrimination et de promotion de l'égalité. De plus, le médiateur a été particulièrement attentif à la discrimination envers les minorités de genre en 2011. À l'issue d'un séminaire exploratoire, le médiateur réalisera une étude sur les discriminations et difficultés structurelles auxquelles sont confrontées les trans dans leurs rapports avec les différentes autorités. En **Grande-Bretagne**, la Commission de l'égalité et des droits de l'homme (EHRC) a effectué d'importants travaux de recherche. Elle consulte des représentants d'organisations de personnes transgenres et d'organisations similaires pour discuter de la discrimination systémique vécue par la communauté trans et elle finance des projets de promotion de l'égalité des trans. Cette commission a aussi examiné l'accès aux services de conversion sexuelle, récolte des informations sur l'identité de genre et propose une palette de conseils visant à lutter contre la discrimination envers les personnes transgenres et à promouvoir l'égalité de celles-ci. Tous ces conseils et bien d'autres informations sont disponibles sur la page du site Web de l'EHRC qui est consacrée spécifiquement aux personnes transgenres¹⁸⁸.

1.3 Protection spécifique contre la discrimination durant la conversion sexuelle

En **Grande-Bretagne**, la loi de 2010 sur l'égalité confère une protection contre toute discrimination fondée sur des caractéristiques duales (y compris une conversion sexuelle), le handicap, et l'absence au travail liée à la conversion sexuelle, à une grossesse et à un accouchement. S'agissant de la conversion sexuelle, la partie 2, chapitre 2, section 16, de la loi dispose:

«Discrimination fondée sur la conversion sexuelle: cas d'absentéisme au travail

- (1) La présente section produit ses effets aux fins de l'application de la partie 5 (travail) à la caractéristique protégée de la conversion sexuelle.
- (2) Une personne (A) commet une discrimination envers une personne transsexuelle (B) lorsque, dans le cadre d'une absence de B en raison de sa conversion sexuelle, A traite B de manière moins favorable que si —
 - (a) l'absence de B était due à une maladie ou à une blessure, ou
 - (b) l'absence de B était due à une autre raison et qu'il n'est pas raisonnable que B soit traité moins favorablement.
- (3) Est absente pour cause de conversion sexuelle toute personne qui projette de subir, est en train de subir ou a subi tout ou partie du processus visé à la section 7(1).»

¹⁸⁶ Joz Motmans (2010), *Être transgenre en Belgique: Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres*, Bruxelles: Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.

¹⁸⁷ Voir http://www.tasa-arvo.fi/en/discrimination/gender_variation.

¹⁸⁸ Voir <http://www.equalityhumanrights.com/advice-and-guidance/your-rights/transgender/>.

1.4 La jurisprudence et les décisions dans les pays où le droit national ne contient aucune référence directe à l'identité de genre ou à l'expression de genre

En mars 2011, le Tribunal irlandais de l'égalité des chances a rendu une décision dans une affaire de discrimination à l'emploi l'encontre de *Louise Hannon*¹⁸⁹, qui avait été licenciée après avoir révélé sa véritable identité de genre à son employeur et à l'issue du processus qu'elle a suivi pour vivre en conformité avec cette identité de genre de manière permanente (y compris en se présentant comme une femme au travail). Alors que l'employeur avait au départ marqué son accord sur ce changement, il lui a finalement dit qu'elle devait revenir à son ancienne identité masculine et porter des vêtements d'homme lors des contacts avec les clients. De plus, le responsable des opérations a continué à s'adresser à elle par son ancien nom masculin et M^{me} Hannon s'est vu interdire l'utilisation des toilettes pour femmes (alors qu'elles sont aussi parfois utilisées par les membres masculins du personnel). À la suite d'autres incidents similaires, elle s'est vu reprocher une énorme baisse de productivité. Le Tribunal de l'égalité des chances a estimé que M^{me} Hannon avait été victime d'un licenciement abusif et lui a accordé plus de 35 000 euros de dommages-intérêts pour la discrimination subie. En l'espèce, le Tribunal n'a pas pu invoquer le motif de l'identité de genre et/ou de l'expression de genre, dès lors que ces notions n'existent pas dans le droit irlandais. Il a donc retenu les griefs de la plaignante afférents à une discrimination fondée sur le genre et sur le handicap (interprété comme incluant le trouble de l'identité de genre).

Les dommages-intérêts accordés par le Tribunal se sont avérés être une mesure dissuasive, et font sans doute de cette décision la plus retentissante à ce jour en matière de discrimination à l'emploi à l'égard de personnes trans. Toutefois, le fait que la plaignante ait fondé son argumentation sur le motif du sexe associé à celui du handicap est problématique, car il montre que son avocat craignait que le genre (ou le sexe) invoqué comme motif de protection ne soit pas interprété entièrement comme dans l'arrêt *P. contre S* de la CJUE.

Aux **Pays-Bas**, la Commission de l'égalité de traitement est compétente pour les cas de discrimination fondée sur le sexe, à l'égard de toutes les personnes trans sans distinction. Dans une affaire¹⁹⁰ dont elle avait été saisie par une agence de lutte contre la discrimination (ADB), cette commission a eu à se prononcer sur la question de savoir si l'annulation, par un hôtel, de la réservation d'une chambre au motif que «l'organisation d'une fête de transvestisme n'est pas compatible avec le caractère de l'hôtel» où règne une «ambiance familiale» est constitutive d'une discrimination fondée sur le sexe.

Dans cette affaire, le demandeur a soutenu qu'en dépit des différences qui existent entre transsexualité et transvestisme, le fondement de la discrimination était le même et était basé sur des normes relatives au sexe. Il a ajouté que la commission devait dès lors envisager d'étendre également aux travestis la protection offerte aux transsexuels. La commission n'a toutefois pas retenu cet argument, mais a plutôt renvoyé à sa décision sur la liberté dont jouissent les employés de choisir le code vestimentaire qui leur semble approprié et a donc considéré que la liberté vestimentaire est une déclinaison de la liberté sexuelle. La commission a donc décidé que l'annulation de la réservation de la chambre d'hôtel constituait une discrimination directe fondée sur le sexe dans le domaine de l'acquisition de biens et services, qui est interdite par l'article 7, point a, de la loi néerlandaise sur l'égalité de traitement.

¹⁸⁹ Equality Tribunal, *Louise Hannon contre First Direct Logistics Limited*, arrêt DEC-E2011-066, 29.03.2011.

¹⁹⁰ Commissie Gelijke Behandeling [Commission de l'égalité de traitement], arrêt 2007-201 (*travestie*), 15.11.2007.

2. Le changement de nom et la reconnaissance juridique du genre

2.1 La jurisprudence concernant le changement de nom et la reconnaissance juridique du genre sans obligation de conversion sexuelle

Le 28 janvier 2011, la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁹¹ a déclaré anticonstitutionnelles les conditions préalables liées à la reconnaissance juridique des transsexuels¹⁹², qui comprenaient une infertilité permanente (stérilisation) et le recours à la chirurgie pour modifier les attributs sexuels externes de la personne afin d'adapter l'apparence de celle-ci à celle de l'autre sexe¹⁹³. Dans cette affaire, une femme trans âgée de 62 ans a fait valoir avec succès que, bien qu'elle eût accompli toutes les formalités juridiques pour féminiser son nom, elle n'avait toujours pas le droit de former un partenariat enregistré avec sa compagne. Elle a démontré qu'il ne lui était pas loisible d'épouser sa partenaire car l'obligation de se marier en tant qu'homme tout en portant un nom de femme l'aurait forcée à divulguer en permanence son statut. Par ailleurs, compte tenu de son âge, l'intervention chirurgicale de conversion sexuelle qu'elle était censée subir pour remplir les exigences de la loi allemande sur la reconnaissance du genre et, partant, pour pouvoir faire enregistrer sa relation officiellement, lui aurait fait courir des risques incalculables pour sa santé. En conséquence, la Cour a invalidé les conditions relatives à la chirurgie génitale, en les déclarant contraires au droit constitutionnel à l'intégrité physique et à l'autodétermination, ainsi qu'au droit de se marier ou de conclure un partenariat enregistré.

2.2 Une législation relative au changement de nom et à la reconnaissance juridique du sexe conforme aux principes des droits humains

Le 15 mars 2011, la première loi européenne sur le changement de nom et la reconnaissance juridique du sexe conforme aux principes de Jogjakarta¹⁹⁴ et aux recommandations du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe¹⁹⁵ est entrée en vigueur au **Portugal**¹⁹⁶. À la différence de lois similaires votées dans d'autres pays de l'Union européenne, cette loi n'exige pas de la personne qu'elle soit célibataire (ce qui contraint les personnes mariées à divorcer de leur conjoint), qu'elle soit stérile et/ou qu'elle se soit soumise à d'autres exigences d'altération physique telles qu'un traitement hormonal, une opération chirurgicale de conversion sexuelle ou d'autres

¹⁹¹ Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvR 3295/07, 11.01.2011.

¹⁹² Conformément à l'article 8.1, n° 3 et 4, de la loi sur les transsexuels (*Transsexuellengesetz* – TSG).

¹⁹³ Bundesverfassungsgericht, communiqué de presse n° 7/2011 du 28 janvier 2011.

¹⁹⁴ Les principes de Jogjakarta (2006), p.12: «Principe 3: le droit à la reconnaissance devant la loi

Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. Les personnes aux diverses orientations sexuelles et identités de genre jouiront d'une capacité juridique dans tous les aspects de leur vie. L'orientation sexuelle et l'identité de genre définies par chacun personnellement font partie intégrante de sa personnalité et sont l'un des aspects les plus fondamentaux de l'autodétermination, de la dignité et de la liberté. Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance juridique de son identité de genre. Aucun statut, tels que le mariage ou la condition de parent, ne peut être invoqué en tant que tel pour empêcher la reconnaissance juridique de l'identité de genre d'une personne. Personne ne sera soumis à de la pression pour dissimuler, supprimer ou nier son orientation sexuelle ou son identité de genre.»

¹⁹⁵ Commissaire aux droits de l'homme (2009), p. 45:

«3. Instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexe sur les extraits d'acte de naissance, cartes d'identité, passeports, diplômes et autres documents officiels;

4. Dans les textes encadrant le processus de changement de nom et de sexe, cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux; [...]»

¹⁹⁶ *Lei nº 7/2011 de 15 de Março Cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil.*

modifications corporelles¹⁹⁷. La loi prévoit cependant que, préalablement à un changement de nom et de sexe légal dans les documents d'état civil, les demandeurs doivent: (i) avoir atteint l'âge de la majorité légale (18 ans); (ii) être des ressortissants portugais et (iii) être en possession d'un diagnostic de trouble de l'identité de genre émis et signé par une équipe multidisciplinaire composée d'au moins un psychologue et un médecin (sexologue).

Une fois ces conditions remplies, la demande de changement de nom et de reconnaissance juridique du sexe doit être soumise à un officier de l'état civil, accompagnée (i) de l'ancien nom et numéro d'identification civile figurant sur la carte d'identité, (ii) du nom par lequel le demandeur souhaite être identifié, et (iii) du diagnostic d'un trouble de l'identité de genre. L'officier de l'état civil est ensuite tenu de traiter la demande sous 8 jours et de fournir une réponse au demandeur. Celle-ci peut être: (a) positive, auquel cas le nom de la personne est modifié dans les documents officiels d'état civil et un nouvel acte de naissance ainsi que des nouveaux documents d'identité sont émis; (b) une demande de précisions à apporter à la demande; (c) un refus. La loi garantit la confidentialité.

3. Protection contre la violence haineuse

À ce jour, **l'Écosse** est le seul territoire européen à s'être doté d'une législation visant à protéger les trans et les personnes intersexuées contre la violence haineuse (*Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009*). Cette loi dispose, en son article 2:

«2 Préjugés liés à [...] l'identité transgenre

- (1) La présente sous-section s'applique lorsqu'il est —
 - (a) mentionné dans un acte d'accusation ou spécifié dans une plainte qu'une infraction est accompagnée de la circonstance aggravante que constituent des préjugés liés à [...] l'identité transgenre, et
 - (b) prouvé que l'infraction est aggravée de la sorte.
- (2) Une infraction est aggravée par des préjudices liés [...] à l'identité transgenre lorsque —
 - (a) au moment de la commission de l'infraction, juste avant ou juste après celle-ci, l'auteur manifeste envers la victime (éventuelle) de l'infraction toute forme de malveillance ou d'hostilité en rapport avec — [...]
 - (ii) l'identité transgenre (réelle ou présumée) de la victime, ou
 - (b) l'infraction est motivée (en tout ou partie) par la malveillance et l'hostilité envers des personnes qui ont — [...]
 - (ii) une identité transgenre ou une identité transgenre particulière.
- (3) Il est sans importance que la malveillance et l'hostilité de l'auteur soient également fondées (dans quelque mesure que ce soit) sur un quelconque autre facteur.
- (4) Une preuve provenant d'une seule source suffit à prouver qu'une infraction est aggravée par les préjugés liés à [...] l'identité transgenre.
- (5) Lorsque la sous-section (1) est d'application, le juge doit —
 - (a) indiquer dans la condamnation que l'infraction est aggravée par des préjugés liés à [...] l'identité transgenre,
 - (b) formuler la condamnation d'une manière montrant que l'infraction est aggravée de la sorte,
 - (c) tenir compte de la circonstance aggravante lors de la détermination du quantum de la peine, et
 - (d) mentionner —
 - (i) si la peine infligée diffère de celle que le juge aurait imposée si l'infraction n'avait pas été aggravée de la sorte, l'étendue de cette différence et les motifs qui la justifient, ou
 - (ii) autrement, les motifs justifiant l'absence d'une telle différence.

¹⁹⁷ Bien que la Hongrie n'ait pas d'exigence de ce type dans ses procédures régissant le changement de nom et la reconnaissance juridique du sexe, la loi est claire à cet égard et la sécurité juridique pour les transsexuels s'en trouve significativement amoindrie. De même, l'arrêt du Bundesverfassungsgericht n'a pas encore donné lieu à une modification de la *Transsexuellengesetz* – TSG.

- (6) Dans la sous-section (2)(a), le terme “présumée” signifie présumée par l’auteur des faits. [...]
- (8) Dans la présente section, il y a lieu d’entendre par “identité transgenre” toute référence —
 - (a) au transvestisme, au transsexualisme, à l’intersexualité ou au fait d’avoir changé de sexe en vertu de la loi de 2004 sur la reconnaissance du sexe (“*Gender Recognition Act 2004*”) (c.7), ou
 - (b) à toute autre identité de genre autre que l’identité masculine ou féminine standard.»

4. Retrait des transidentités des classifications nationales des maladies

En Suède, le Conseil national de la santé et du bien-être a décidé de supprimer de la version suédoise du CIM-10 (CIM-10SE) de janvier 2009 plusieurs codes diagnostiques relatifs à la transidentité. Ces codes sont les suivants: F64.1 Travestisme bivalent, F64.2 Trouble de l’identité sexuelle de l’enfance, F65.0 Fétichisme et F65.1 Transvestisme fétichiste. La Norvège a suivi cet exemple en janvier 2010. Le «*Helsedirektoratet*» a supprimé les codes F64.1 Travestisme bivalent, F65.0 Fétichisme et F65.1 Transvestisme fétichiste de la version norvégienne du CIM. En mai 2011, l’institut national finlandais de la santé et des affaires sociales (*Terveyden ja hyvinvoinnin laitos*) a décidé de supprimer les codes F64.1 Travestisme bivalent, F65.0 Fétichisme et F65.1 Transvestisme fétichiste de la version finlandaise du CIM.

Le consensus grandissant qui existe dans les pays nordiques en faveur de la suppression des codes diagnostiques correspondants dans les CIM nationales s’explique par le caractère peu concluant des preuves médicales étayant les diagnostics relatifs à la transidentité, d’autant que cette suppression est pour ainsi dire sans conséquence pour le système statistique, tandis qu’à l’inverse, les diagnostics en question causent des problèmes considérables aux personnes trans.

Cela étant, aucun de ces pays n’a, à ce jour, entièrement dépathologisé toutes les transidentités. En Suède, par exemple, le Conseil national de la santé et du bien-être n’a pas encore supprimé du CIM-10SE les codes F64.0 Transsexualisme et F64.9 Trouble de l’identité sexuelle, sans précision. Dans son rapport du 30 juin 2010 sur les transsexuels et les autres personnes présentant des troubles de l’identité sexuelle, ce Conseil a cependant discuté l’éventualité de retirer les codes F64.0 et F64.9 de la section F (psychiatrie) et de remplacer les codes diagnostiques nécessitant un traitement dans une rubrique non pathologisante. Dans la proposition soumise au gouvernement suédois en mai 2011, le Conseil s’engage à œuvrer à cette modification à l’échelon international.

Amy | 1994

VI.

La discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre dans le futur droit de l'UE

L'analyse qui précède montre qu'à ce jour, la législation anti-discrimination de l'UE ne couvre que de manière très sélective les questions de l'identité de genre et de l'expression de genre, c'est-à-dire qu'elle couvre les cas dans lesquels une inégalité de traitement est due à la conversion sexuelle d'une personne et relève du champ d'application de la législation européenne interdisant les discriminations fondées sur le sexe. Si cette méthode n'est guère satisfaisante sur le plan des principes, comme on l'a vu, elle peut cependant s'expliquer par la liste limitative de motifs de discrimination, qui empêche la Cour de justice de «trouver» des motifs de discrimination supplémentaires. La seule approche possible pour la Cour consiste à donner une interprétation large des motifs existants, comme elle l'a fait dans les affaires *P. contre S.*, *K.B.* et *Richards*.

Reste à savoir comment la situation actuelle pourrait être améliorée. Dans les pages qui suivent, trois pistes envisageables sont discutées: (1) une révision formelle du droit de l'Union européenne en vue d'inclure l'identité de genre et l'expression de genre comme motif de discrimination à part entière, (2) une utilisation optimale de la souplesse offerte par le droit européen au niveau du droit national, et (3) une interprétation plus vaste du droit européen existant.

1. Une révision formelle du traité en vue d'insérer un nouveau motif de discrimination

Dans le cadre de la discussion sur les droits humains et le droit international, on a vu se dessiner une tendance à reconnaître la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre comme une forme de discrimination à part entière et non plus comme une discrimination plus traditionnelle, comme celle fondée sur le sexe. De fait, cette approche paraît la meilleure sur le plan conceptuel étant donné qu'elle permettrait d'éviter des comparaisons délicates comme celles que l'on retrouve actuellement dans la jurisprudence de la Cour.

Mais pour en arriver là, il faudrait passer par une révision du traité. Depuis Lisbonne, le traité sur l'Union européenne prévoit deux types de procédure de révision: la procédure de révision ordinaire, d'une part, et les procédures de révision simplifiées, d'autre part (art. 48, paragraphe 1, du TUE). Les procédures simplifiées sont décrites à l'article 48, paragraphes 6 et 7, du TUE. Il a récemment été fait usage d'une procédure simplifiée — c'était la première fois — en vue d'insérer, dans l'article 136 du TFUE, un paragraphe 3 instaurant un mécanisme européen de stabilité. Les procédures simplifiées ne peuvent cependant pas être utilisées lorsque la modification à apporter a pour effet d'accroître ou de réduire les compétences attribuées à l'Union. Un tel accroissement des compétences de l'Union se produirait si l'identité de genre et l'expression de genre étaient ajoutées à l'article 19, paragraphe 1, du TFUE aux motifs de discrimination que l'UE est habilitée à combattre au travers du droit dérivé. En pareil cas, seule la procédure de révision ordinaire serait applicable.

La procédure de révision ordinaire est une procédure de révision à part entière basée sur une série d'étapes décrites dans les paragraphes 2 à 5 de l'article 48 du TUE. Le point de départ de la procédure est un projet émanant du gouvernement d'un État membre, du Parlement européen ou de la Commission. Ce projet est soumis au Conseil des ministres. Ce dernier notifie ensuite le projet aux Parlements nationaux et le transmet au Conseil européen. Au stade suivant, le Conseil européen consulte le Parlement européen et la Commission. Après une décision favorable aux amendements proposés, le Conseil européen convoque en principe une convention qui examine les projets de révision et adopte par consensus une recommandation destinée à une conférence des représentants des gouvernements des États membres. Cette conférence intergouvernementale arrête d'un commun accord les modifications à apporter aux traités. Le processus de révision est clôturé une fois que tous les États membres ont ratifié les modifications conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

À la suite des difficultés rencontrées récemment avec le traité constitutionnel (qui a été signé, mais qui n'est pas entré en vigueur) et avec le traité de Lisbonne (dont le processus de ratification a traîné en longueur, avec

toutes les incertitudes qui en découlent), il est peu probable que les États membres de l'Union européenne soient enclins à procéder à une révision de ce type dans un futur proche, ne fût-ce que pour des raisons procédurales. Si une procédure de ce type devait être engagée, ce serait plus que vraisemblablement pour régler une série de problèmes jugés vitaux pour l'Union européenne, et pas «seulement» pour introduire une nouvelle compétence dans un domaine qui, aux yeux de beaucoup, ne revêt pas une importance majeure.

De plus, la création d'une nouvelle compétence explicite permettant à l'UE de légiférer pour combattre toute discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'expression de genre nécessiterait l'accord de l'ensemble des États membres. Compte tenu des différences très marquées entre les législations nationales des États membres sur cette question, il n'est absolument pas certain qu'un tel accord puisse être trouvé. Il suffirait qu'un seul des 27 États membres ne soit pas d'accord pour bloquer la modification du traité.

Pour toutes ces raisons, il semble que l'attribution d'une compétence spécifique supplémentaire à l'UE pour l'habiliter à combattre la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre, ne peut s'inscrire que dans une stratégie à long terme. Cette option ne paraît pas réalisable dans un futur proche.

2. Une interprétation plus large du droit existant

À défaut d'une révision des traités, l'on pourrait améliorer la protection contre la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre en interprétant les termes «discrimination fondée sur le sexe» plus largement que dans la jurisprudence la CJUE examinée dans le présent rapport. Comme cette question a déjà été abordée à deux reprises¹⁹⁸, nous n'y reviendrons que brièvement ici.

L'on a vu que, depuis l'affaire *P. contre S.*, la Cour de justice adopte une approche de la discrimination fondée sur le sexe qui ne repose pas sur une comparaison binaire simpliste entre ce que l'on définit traditionnellement comme un homme et une femme. Cette approche pourrait, dans une certaine mesure du moins, être encore élargie de manière à couvrir également des cas autres que la conversion sexuelle. Pour ce faire, il y aurait lieu de considérer que les termes pertinents du droit européen (discrimination fondée sur le sexe, égalité de traitement entre les hommes et les femmes) sont définis au moins partiellement par les rôles traditionnellement assignés à chacun des deux sexes.

D'un point de vue pratique, il incombera surtout aux parties à une procédure nationale qui conduit la juridiction à poser une question préjudicielle à la Cour de justice d'invoquer des arguments innovants allant dans cette direction, dans l'espoir d'amener ainsi la Cour à élargir son approche.

Outre la Cour de justice, la Commission européenne a également un rôle à jouer au niveau de l'élargissement de la notion de «sexe» dans la législation européenne de manière à inclure explicitement l'identité de genre et l'expression de genre. La Commission européenne en a bien conscience et on peut lire dans la *Stratégie pour l'égalité entre les femmes et les hommes (2010-2015)* que «la Commission étudie aussi les cas spécifiques de discrimination fondée sur le sexe faisant intervenir les questions d'identité sexuelle». L'annexe¹⁹⁹ accompagnant la stratégie contient une référence claire à l'identité de genre à propos de la surveillance de la bonne application

¹⁹⁸ Voir les points III.5. et IV.3 ci-dessus.

¹⁹⁹ Document de travail des services de la Commission: Actions visant à mettre en œuvre la Stratégie pour l'égalité entre les femmes et les hommes (2010-2015) (accompagnant la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Stratégie pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2010-2015), SEC(2010) 1079/2.

de la législation européenne relative à l'égalité de traitement, en particulier les directives 2004/113/CE et 2006/54/CE²⁰⁰.

Ce qui précède est corroboré par des développements intéressants dans le processus de refonte de la législation européenne en matière d'asile, en particulier en ce qui concerne la directive «qualification» (directive 2004/83/CE)²⁰¹ et la directive «procédure» (directive 2005/85/CE)²⁰². Parmi les modifications proposées, l'identité de genre a été incluse dans les motifs de persécution reconnus (directive «qualification») et une plus grande prise en compte de l'identité de genre dans les affaires d'asile a été introduite dans les textes par le biais d'une nouvelle définition des «demandeurs ayant besoin de garanties procédurales particulières» (directive «procédure»). Dans un cas comme dans l'autre, les propositions initiales de la Commission (octobre 2009) ne contenaient aucune nouvelle disposition relative à l'identité de genre, mais le Parlement européen a fait usage de la procédure de codécision introduite par le traité de Lisbonne pour proposer ces modifications. En ce qui concerne la directive «qualification», ce vote fut un vote d'orientation qui a défini la position du Parlement dans les négociations avec le Conseil (ces négociations sont en cours actuellement). S'agissant de la directive «procédure», l'ensemble du processus législatif a été relancé à la suite d'objections formulées par certains États membres. La nouvelle proposition soumise par la Commission européenne le 1^{er} juin 2011 contient des références explicites au genre et à l'identité de genre («identité sexuelle») dans les articles concernés²⁰³.

Dans le même ordre d'idées, en mai 2011, la Commission a publié un ensemble de mesures relatives aux droits des victimes²⁰⁴ comprenant une proposition de directive²⁰⁵ établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité. Cette directive modifiera la décision-cadre 2001/220 existante²⁰⁶ et concerne la situation de toutes les victimes d'infractions en Europe, sans opérer un quelconque rapprochement entre les définitions nationales des infractions en droit pénal. La seule manière de répondre à la nécessité de tenir compte de la situation des victimes de crimes motivés par la transphobie ainsi que d'autres crimes haineux consistait donc à clarifier la notion de «victimes vulnérables», qui était utilisée en droit européen, mais sans être définie. Après une série d'échanges avec la Commission (tant la DG concernée que le cabinet compétent), la proposition de directive définit une procédure permettant d'évaluer la vulnérabilité potentielle de toutes les victimes d'un crime. Cette évaluation inclut l'éventuelle motivation haineuse du crime ainsi que les particularités personnelles fondamentales de la victime comme l'identité de genre.

Aucune autre possibilité similaire n'existe pour inclure de façon expresse l'identité de genre et l'expression de genre dans les législations fondées sur les articles 19 et 157 du TFUE. Rien n'empêche toutefois de considérer l'identité de genre et l'expression de genre comme un autre sous-motif de la discrimination fondée sur le sexe, au même titre que la grossesse, la maternité et la paternité, ou les responsabilités familiales. En effet, si aucun de ces sous-motifs de discrimination fondée sur le sexe ne figure dans le traité, il n'empêche que des dispositions et des législations

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 18.

²⁰¹ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304/2 du 30.9.2004.

²⁰² Directive 2005/85/CE relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326/13 du 13.12.2005.

²⁰³ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale (refonte), COM(2011) 319 final.

²⁰⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Renforcer les droits des victimes dans l'Union européenne, COM(2011) 274 final.

²⁰⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité, COM(2011) 275 final.

²⁰⁶ Décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, JO L 82/1 du 22/03/2001.

spécifiques ont été adoptées pour protéger les personnes concernées par ces vulnérabilités particulières et pour lutter contre la discrimination sexuelle dont elles peuvent faire l'objet, par exemple les directives relatives aux travailleuses enceintes (directive 92/85/CEE)²⁰⁷ et au congé parental (directive 2010/18/UE)²⁰⁸. Cette piste serait particulièrement utile, car elle permettrait à l'UE de ne plus se reposer exclusivement sur le procédé consistant à étendre l'interprétation de la législation sur l'égalité homme-femme aux motifs de discrimination que sont l'identité de genre et l'expression de genre. Elle permettrait aussi de lutter contre des vulnérabilités spécifiques et des discriminations à caractère sexuel auxquelles sont confrontées les trans et les personnes intersexuées et qui relèvent des compétences de l'Union européenne.

3. Au niveau du droit national: utiliser de manière optimale la souplesse offerte par le droit de l'Union européenne

Rappelons enfin qu'indépendamment du fait que la Cour de justice donne de la législation anti-discrimination européenne une interprétation tantôt large, tantôt étroite, cette législation n'est qu'un catalogue de règles minimales. Il importe de souligner que le droit existant n'empêche pas les États membres de prévoir un degré de protection plus élevé contre la discrimination, notamment en interprétant plus largement les notions du droit européen dérivé en faveur des victimes de discriminations, en élargissant le champ d'application matériel de la législation nationale et, naturellement, en complétant la liste des motifs de discrimination. En fait, du point de vue des victimes de discriminations fondées sur l'identité de genre et l'expression de genre, l'approche la plus bénéfique consiste sans doute à disposer de bonnes règles de droit interne.

Dans ces conditions, les États membres doivent être encouragés à exploiter au maximum la flexibilité inhérente à la législation anti-discrimination européenne et à aller, dans leur droit interne, beaucoup plus loin que les règles minimales communes fixées au niveau de l'Union européenne.

²⁰⁷ Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE), JO L 348/1 du 28.11.1992.

²⁰⁸ Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, JO L 68/13 du 18.3.2010.

Michael | 1987

VII. La discrimination envers les personnes intersexuées

La discrimination envers les personnes intersexuées est une forme particulièrement complexe de discrimination fondée sur le sexe. Il faut malheureusement constater que seules quelques rares études ont été menées pour cerner les problèmes liés aux droits humains et pour tenter d’y remédier. Preuve en est que les principes de Jogjakarta expliquent en détail comment les principes internationaux des droits humains s’appliquent aux motifs de discrimination que représentent l’orientation sexuelle et l’identité de genre, mais ne contiennent qu’une seule et unique mention aux personnes intersexuelles dans une phrase à portée générale. De plus, même lorsqu’il est fait mention des personnes intersexuées, c’est de manière inexacte soit sous l’appellation générale «trans», soit en relation avec le motif de discrimination lié à l’identité de genre ou l’expression de genre.

1. La couverture juridique des personnes intersexuées dans le cadre de la législation anti-discrimination

Il n’est pas certain que les personnes intersexuées soient implicitement couvertes par le cadre juridique anti-discrimination de l’Union européenne. La principale raison de cette incertitude tient au fait que la législation européenne sur l’égalité en matière de genre est muette sur la question et que la discrimination fondée sur le sexe est toujours basée sur un système de genre binaire de type homme/femme. En outre, la Cour de justice de l’Union européenne n’a jusqu’ici jamais été saisie d’une affaire de discrimination envers des personnes intersexuées qui aurait pu l’amener à remettre en question l’interprétation actuelle de la notion de «sexe» comme motif de discrimination. Schiek, Waddington et Bell apportent un certain éclairage sur la question en affirmant qu’il y a «un lien étroit entre intersexualisme et genre ou sexe, raison pour laquelle il ne serait pas illogique de considérer les distinctions fondées sur l’intersexualisme ou l’hermaphrodisme comme des distinctions fondées sur le genre»²⁰⁹. Leur argumentation est confirmée par la décision de la CJUE dans l’affaire *P. contre S.*, dans laquelle la Cour a estimé que le champ d’application de la directive en question ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de «l’appartenance à l’un ou l’autre sexe» (*P. contre S.*, point 20), ainsi que sur la décision de la Cour constitutionnelle allemande en matière de transsexualité²¹⁰, dans laquelle la Cour reconnaît que toutes les personnes trans n’ont pas l’intention de subir une conversion sexuelle complète.

Il serait donc logique de considérer que toute initiative législative visant à conférer une protection juridique contre la discrimination aux personnes transgenres (qui n’ont pas l’intention d’aligner entièrement leur corps sur l’autre genre), confère en conséquence aussi une protection similaire aux personnes intersexuées. Il convient cependant de faire ici une distinction fondamentale: la discrimination envers les personnes intersexuées est liée plus directement à la discrimination fondée sur le sexe (dès lors qu’il s’agit d’une forme de discrimination envers toutes les personnes dont l’apparence biologique n’est ni exclusivement masculine, ni exclusivement féminine) qu’à la discrimination fondée sur l’identité de genre et l’expression de genre (qui se réfère au ressenti personnel intérieur du genre et à sa manifestation). Le débat sur la question de savoir si la législation sur l’égalité entre les sexes s’applique également aux personnes intersexuées ne doit donc pas être lié à celui sur les personnes trans, étant donné que les personnes intersexuées forment une catégorie distincte qui n’est pas une sous-catégorie de la notion générique de «trans».

²⁰⁹ Dagmar Schiek, Lisa Waddington & Mark Bell (2007), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford: Hart Publishing, p. 79.

²¹⁰ Bundesverfassungsgericht, BVerfG, 1 BvL 3/03, 06.12.2005.

1.1. La couverture des personnes intersexuées par les législations anti-discrimination nationales

Deux États membres de l'UE ont apparemment suivi le raisonnement qui précède, ce qui les a amenés à inclure la discrimination envers les personnes intersexuées dans l'interprétation de leur législation nationale sur l'égalité entre les sexes. En **Allemagne**, le motif de l'identité sexuelle est interprété d'une manière large comme couvrant l'ensemble du spectre LGBTI, généralement couvert par les motifs de l'*orientation sexuelle* pour les hétérosexuels, les gays, les lesbiennes et les bisexuels, de l'*identité de genre* et de l'*expression de genre* sont pour les personnes cisgenres et trans, et du *sexe* pour les personnes intersexuées (comme pour les hommes et les femmes).

En **Finlande**, les personnes intersexuées relèvent du champ d'application de la législation nationale sur l'égalité entre les sexes depuis l'approbation, par le Parlement finlandais en 2011, d'un rapport sur l'égalité des genres demandant que la portée de loi sur l'égalité soit étendue aux minorités de genre. Le médiateur chargé des questions d'égalité a déjà prôné en 2011 une application au sens large de la loi existante sur l'égalité, de manière à la rendre applicable aussi à toutes les personnes trans et intersexuées. De plus, le médiateur a insisté sur la nécessité de modifier la loi sur l'égalité de manière à inclure des dispositions relatives à la protection des minorités de genre contre la discrimination et à la promotion de l'égalité de ces personnes au sein de la société.

1.2. Une référence explicite aux personnes intersexuées dans la législation nationale

À ce jour, la seule législation nationale connue qui contient une référence explicite aux personnes intersexuées est la loi écossaise de 2009 contre la violence fondée sur les préjugés («*Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009*»)²¹¹, dont l'article 2, paragraphe 8, inclut l'«intersexualité» dans la définition de la notion d'«identité transgenre».

Si la disposition relative à la protection contre les crimes haineux constitue indubitablement un jalon, l'inclusion des personnes intersexuées dans le contexte de l'identité trans montre que le législateur n'a pas pleinement saisi que les personnes intersexuées constituent une catégorie distincte de celle des personnes trans. De fait, l'absence de visibilité des personnes intersexuées dans les législations nationales et européenne en dit long sur le peu de choses que l'on sait d'elles, sur leur absence de visibilité dans la société ainsi que sur le manque de protection contre les violations de leurs droits humains.

2. La jurisprudence relative à la reconnaissance juridique des personnes intersexuées et à leur droit à l'intégrité physique

Jusqu'à présent, les juridictions ont rarement été saisies d'affaires concernant des personnes intersexuées. Il semblerait que seuls deux cas ont à ce jour été tranchés par la justice en Europe, tous les deux en Allemagne. Dans la première affaire, la partie demanderesse revendiquait l'introduction, dans les documents d'état civil, d'une classification intersexe autre que le système de genre binaire homme/femme. Dans la seconde affaire, la partie demanderesse poursuivait le chirurgien qui lui avait ôté ses attributs sexuels féminins primaires sans son consentement et lui réclamait 100 000 euros à titre de dédommagement.

²¹¹ Voir le point V.3.

2.1. Une autre classification sexuelle dans les documents d'état civil

Si des indications de sexe autres que «homme» ou «femme» sont reconnues dans les documents d'état civil de certaines sociétés²¹², aucun État membre de l'UE ne s'est doté d'un système qui permettrait aux citoyens de modifier le sexe indiqué dans leurs documents d'état civil selon une classification alternative dérogeant au système de genre binaire homme-femme.

Une affaire mettant en cause ce système de genre binaire a été soumise au tribunal régional de Munich en 2003²¹³. La partie demanderesse était une personne intersexuée qui avait demandé à l'officier de l'état civil de remplacer, à la rubrique «sexe», la mention existante par «Zwitter» (ancien terme allemand signifiant bisexué) ou *hermaphrodite/intersexué* et dont la demande avait été rejetée. Dans son arrêt, le tribunal a reconnu que les «hermaphrodites» existent dans la nature, mais a argué que la partie défenderesse n'était pas «hermaphrodite» au sens de la définition (restreinte) à laquelle elle se référait²¹⁴, éludant ainsi la nécessité d'avoir à «décider si, dans un cas de véritable hermaphrodisme, la désignation sexuelle “hermaphrodite” pourrait être inscrite dans le registre des naissances, des décès et des mariages.»

Le tribunal a aussi considéré que «la mention “intersexuel” ou “intrasexuel” pour spécifier le genre dans le registre des naissances, des décès et des mariages ne saurait être considérée comme une option envisageable [...]» dès lors que, selon elle, «ces termes n'indiquent aucun genre spécifique [...]» et que «la biologie et la médecine partent du postulat que les êtres humains appartiennent à l'un ou à l'autre sexe, considérant les cas de doute sur le genre comme des exceptions à la règle [...], rejetant, en les qualifiant d'«opinion minoritaire», les recherches en sens contraire présentées par la partie défenderesse.

Enfin, le tribunal a considéré que ni les droits humains fondamentaux ni la constitution allemande ne sauraient fonder la demande d'ajout d'une troisième classification de sexe, ajoutant même que cette inclusion «entraînerait des difficultés considérables au niveau de la définition des termes et ferait naître des incertitudes dans le droit.»

2.2. Le droit à l'intégrité physique

Comme nous l'avons exposé au chapitre I, une des principales violations des droits humains dont sont victimes les personnes intersexuées est la négation de leur existence en dehors du système de genre binaire homme-femme. En fait, les opérations chirurgicales pratiquées sur des bébés intersexués se font, dans beaucoup de pays européens, sans le consentement éclairé des intéressés.

En 2008, le tribunal de district de Cologne a été saisi d'une affaire opposant Christiane Völling à son chirurgien, lequel lui avait retiré l'utérus, les trompes et les ovaires sans son consentement 30 ans plus tôt²¹⁵. M^{me} Völling était née avec des organes génitaux externes indéterminés et a été élevée comme un garçon, alors que depuis

²¹² En **Inde**, le formulaire de demande de passeport contient trois catégories de genre: «Homme», «Femme» et «Autres». En avril 2007, près de 400 passeports «X» avaient été émis en **Nouvelle Zélande** d'après le Ministère de l'Intérieur, et des directives claires sur les démarches à accomplir pour obtenir un passeport «X» sont consultables sur le site web du ministère. Des options similaires existent sur les passeports en **Australie**, en **Malaisie**, au **Népal** et en **Afrique du Sud**. La perspective d'un troisième genre n'est pas forcément soutenue par les personnes intersexuées elles-mêmes. Oll, par exemple, prône la suppression de tout marqueur de genre dans les documents d'identité et défend l'idée que, quand cela n'est pas possible, les personnes devraient avoir la possibilité de ne pas spécifier leur genre.

²¹³ Landgericht München I 16. Zivilkammer, 16 T 19449/02, 30.06.2003; dans Schiek, Waddington & Bell (2007), p. 78/79.

²¹⁴ «Une personne est qualifiée d'«hermaphrodite» lorsqu'elle possède à la fois des testicules et des ovaires. Il n'y a que dans ce seul cas – qui est d'une rareté extrême – que l'on peut parler de “véritable hermaphroditisme”»

²¹⁵ Kölner Landgericht, 25 O 179/07, 6.2.2008.

l'enfance, elle se sentait fille. Lors d'une appendicectomie pratiquée à l'âge de 17 ans, on découvrit qu'elle avait un utérus et une matrice. L'année suivante, ses organes féminins internes parfaitement intacts furent enlevés sans qu'elle ait été correctement informée ou consultée. À la suite de cette opération, la partie défenderesse a dû vivre en étant «du mauvais sexe» et subir une reconstruction urétrale qui s'est accompagnée d'une infection urinaire chronique résistante aux antibiotiques et d'une maladie chronique des reins, ainsi que d'un dysfonctionnement spasmodique de la vessie avec rétention urinaire. De plus, son corps a été masculinisé par l'administration de testostérone. M^{me} Völling a compris ce qui lui était arrivé à la suite d'un incident sans rapport avec l'affaire, après qu'un questionnaire sur le thème de l'intersexualité lui a été soumis. Le tribunal a considéré en l'espèce que le médecin s'était rendu coupable d'une «violation de la santé et de l'autodétermination de la requérante.»

Dans un jugement définitif prononcé en 2009, le tribunal de district de Cologne a condamné le chirurgien à payer la somme de 100 000 euros à M^{me} Völling à titre de dommages-intérêts, majorée de 5 % d'intérêts à compter de la décision du 28 août 2007, ainsi qu'aux dépens.

3. Le traitement de la discrimination envers les personnes intersexuées dans le droit futur

À la suite des deux affaires évoquées ci-dessus et de la prise de conscience qu'elles ont suscitée, ce n'est pas un hasard si l'**Allemagne** joue aujourd'hui un rôle moteur dans les questions liées aux personnes intersexuées. En 2010, le gouvernement allemand a désigné au sein du Conseil allemand d'éthique un expert chargé d'examiner les situations de vie et les défis auxquels sont confrontées les personnes intersexuées. Cette mission se fonde sur les apports recueillis: (i) lors d'auditions publiques d'experts et de personnes concernées (juin 2010 et juin 2011); (ii) au moyen d'un questionnaire en ligne sur la situation des personnes intersexuées (juin 2011); et (iii) au moyen d'une consultation en ligne (juin-juillet).

Les conclusions préliminaires du Conseil d'éthique, basées sur l'audition et la base de la consultation en ligne²¹⁶, montrent notamment: (i) qu'il existe un consensus sur l'intégrité physique des personnes intersexuées et que tout traitement médical invasif à caractère «irréversible» doit être retardé aussi longtemps que possible; (ii) que le droit des parents de prendre une décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant est limité quand il s'agit d'une procédure médicale de conversion sexuelle, dès lors que cela touche à l'essence du droit de la personne à l'identité de genre et à la sensibilité sexuelle; et (iii) que *«ces personnes ne peuvent pas, en vertu de l'interdiction de toute discrimination et du droit à l'autodétermination, être contraintes à se définir dans une des catégories sexuelles binaires, à savoir homme ou femme»* (italiques ajoutées). La publication des conclusions finales est attendue vers la fin de l'année 2011. De plus, une motion a été déposée au Bundestag en avril 2011 pour demander au Parlement d'exhorter le gouvernement fédéral à mieux reconnaître et respecter les réalités des personnes intersexuées dans divers domaines tels que l'état civil, les statistiques, l'interdiction des opérations de conversion sexuelle sur les enfants intersexués, la fourniture de conseils et l'inclusion des questions d'intersexualité dans les programmes scolaires²¹⁷.

Il est à espérer que les résultats de cette consultation des citoyens allemands et du débat au Bundestag seront suivis attentivement par les institutions européennes et les autres gouvernements nationaux.

²¹⁶ Consultable en ligne à l'adresse <http://diskurs.ethikrat.org/2011/06/eine-erste-einschätzung/>.

²¹⁷ Sauvegarde des droits des personnes intersexuées (17/5528), 13.4.2011.

Sarah | 1979

Conclusion

Les discriminations envers les personnes trans et intersexuées restent malheureusement répandues et revêtent des formes multiples. Parallèlement, les moyens juridiques de combattre ces discriminations sont assez limités et les raisonnements juridiques dans le contexte d'une telle discrimination sont d'une grande complexité, du moins dans le cadre juridique existant dans les différents États membres. Le degré de difficulté peut cependant varier en fonction de l'ordre juridique concerné.

Comme on a pu le voir dans le présent rapport, des signes encourageants sont visibles dans le droit international des droits humains, grâce à la prise de conscience croissante que l'identité de genre et l'expression de genre sont des éléments constitutifs d'un motif distinct de discrimination. L'on ne peut dès lors que se féliciter du fait que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la transsexualité comme un motif de protection à part entière au titre de l'article 14 de la CEDH.

Cette même approche n'est cependant pas applicable dans le cadre du droit de l'Union européenne. La législation anti-discrimination de l'Union européenne contient une liste limitative des motifs de protection qui ne peut pas être étendue à d'autres groupes par la jurisprudence. La seule approche possible, qui est effectivement celle adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne, consiste à interpréter largement un motif de protection existant (en l'occurrence: le sexe), de manière à pouvoir englober au moins certaines formes de discriminations fondées sur l'identité de genre et l'expression de genre, notamment les affaires de discrimination concernant la conversion sexuelle. Cette approche reste toutefois très limitée, dès lors qu'elle ne couvre qu'un très petit groupe de personnes victimes d'une discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'expression de genre. Elle n'englobe pas non plus les discriminations spécifiques envers les personnes intersexuées, même si le motif de ce type de discrimination est le sexe lui-même, essentiellement parce que le droit de l'Union européenne est basé sur le système de genre binaire homme/femme.

Sachant qu'une extension des compétences de l'Union européenne au travers d'une révision formelle des traités est improbable, la seule méthode pragmatique au niveau du droit de l'UE consiste à soutenir que l'expression «discrimination fondée sur le sexe» doit être interprétée plus largement, de manière à englober plusieurs formes de discrimination fondée sur l'identité de genre ainsi que les discriminations fondées sur l'expression de genre et celles envers les personnes intersexuées. Le champ d'application étendu conféré à la notion d'identité de genre en droit allemand peut servir d'exemple à cet égard.

Au-delà de cela, il importe de réaliser que la législation anti-discrimination de l'Union européenne n'est qu'un ensemble de règles minimales et que rien n'empêche les États membres d'offrir en sus une protection contre les discriminations fondées sur d'autres motifs et, plus généralement, une meilleure protection aux victimes de discrimination. Comme l'examen des meilleures pratiques qui figurent dans le présent rapport le laisse entendre, l'on peut distinguer, dans le droit de certains États membres, des éléments prometteurs qui pourraient servir de modèle pour les autres.

Glossaire des termes clés

La terminologie désignant les personnes trans et les personnes intersexuées a considérablement évolué ces dernières années et s'est progressivement distanciée du langage médical au profit de termes et définitions proposés par des experts et des défenseurs des droits humains. Force est cependant de reconnaître que le débat sur la terminologie et les définitions n'est pas clos, ce qui signifie que le présent glossaire devra sans doute être réactualisé à l'avenir.

Cisgenre: terme désignant les personnes dont l'identité de genre et l'expression de genre correspondent au sexe qui leur a été assigné à la naissance ainsi qu'aux attentes sociales liées à leur genre.

Cisnormativité: pratiques et institutions légitimant et privilégiant les personnes qui se reconnaissent dans le genre lié au sexe qui leur a été assigné à la naissance. À l'opposé, cette norme désavantage et marginalise systématiquement toutes les personnes dont l'identité de genre et l'expression de genre ne correspondent pas aux attentes de la société.

Conversion sexuelle : processus par lequel un individu redéfinit le genre dans lequel il vit afin de mieux exprimer son identité de genre. Désigne aussi souvent un processus pouvant impliquer un recours à la médecine, y compris des thérapies hormonales et des interventions chirurgicales (on parle alors de réassignation sexuelle), par lequel une personne trans met son corps en adéquation avec son genre. Ce processus inclut cependant aussi certaines ou toutes les modifications sociales et juridiques suivantes: «coming out» par rapport à la famille, aux amis et aux collègues; le fait de s'habiller et de se comporter conformément à son genre; le changement de nom et/ou de sexe sur les documents légaux et l'accomplissement d'autres démarches juridiques ou judiciaires en fonction du droit national. Dans l'arrêt *P. contre S.*, la CJUE a estimé que la conversionsexuellerelève du champ d'application de la notion de «sexe» dans le droit de l'Union européenne.

Expression de genre: désigne la manifestation de l'identité de genre ainsi que l'identité de genre de la personne telle qu'elle est perçue par autrui. En règle générale, les gens s'efforcent de faire correspondre leur expression de genre ou leur présentation à leur identité de genre, que cette dernière corresponde ou non au sexe assigné à la naissance.

La personne de «genre variant» est une personne dont le genre diffère de l'identité de genre normative et du rôle associé au sexe assigné à la naissance.

Genre: terme se référant au ressenti et à l'expérience de la masculinité et de la féminité, ainsi qu'à la construction sociale qui attribue certains comportements aux rôles masculin et féminin, ceux-ci pouvant varier en fonction de la période de l'histoire, des sociétés, des cultures et des classes sociales. En conséquence, le genre est étroitement lié aux attentes de la société et n'est pas exclusivement une question d'ordre biologique.

Identité de genre (*souvent traduite confusément par identité sexuelle*) : désigne l'expérience intime et personnelle de son genre telle que profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut également impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre comme la façon de s'habiller, de parler et de se comporter²¹⁸.

²¹⁸ Définition issue des principes de Jogjakarta.

intersexophobie: croyances, opinions, attitudes et comportements culturels et personnels négatifs fondés sur les préjugés, le dégoût, la peur et/ou la haine envers les personnes intersexuées ou les changements de sexe. La transphobie institutionnelle se manifeste au travers du système de genre binaire et de la pathologisation et la médicalisation des corps intersexués. L'intersexophobie sociale se traduit par des formes de marginalisation, d'exclusion sociale et d'«exotisation».

Une personne intersexuée est une personne possédant des caractéristiques génétiques, hormonales et physiques qui ne sont ni exclusivement masculines, ni exclusivement féminines, mais qui sont typiques des deux sexes en même temps ou qui ne sont pas clairement définies comme correspondant à l'un ou à l'autre sexe. Ces caractéristiques peuvent revêtir la forme de caractéristiques sexuelles secondaires comme la masse musculaire, l'implantation des cheveux, les seins et la stature; des caractéristiques sexuelles primaires comme les organes reproducteurs et les parties génitales; et/ou les structures chromosomiques et les hormones. Ce terme a remplacé le terme «hermaphrodite» qui fut beaucoup utilisé par les médecins aux XVIII^e et XIX^e siècles.

Marqueur de genre: vise toute désignation liée au genre sur des documents officiels. Les marqueurs de genre les plus évidents sont des mentions comme homme/femme ou M./M^{me}/M^{elle} qui figurent souvent sur les documents d'identité, permis de conduire, certificat de naissance, diplômes, actes de l'état civil et déclarations fiscales. Des marqueurs indirects peuvent se présenter sous la forme de chiffres comme un numéro de sécurité sociale ou des identifiants fiscaux.

Sexe: se réfère aux attributs biologiques tels que les caractéristiques sexuelles primaires et secondaires, les gènes et les hormones. Le sexe légal est généralement assigné à la naissance et il se comprend traditionnellement comme l'appartenance à un des deux groupes qui s'excluent mutuellement, à savoir celui des hommes ou celui des femmes. «La Cour de justice a considéré que le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne saurait être réduit aux seules discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Eu égard à son objet et à la nature des droits qu'il tend à sauvegarder, ce principe s'applique également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne»²¹⁹. À cela s'ajoute que la définition légale du sexe devrait aussi inclure les personnes intersexuées.

Système de genre binaire: fait référence aux normes dérivées de l'idée simpliste d'une dichotomie entre deux sexes définis biologiquement qui s'excluent mutuellement et auxquels sont traditionnellement associés des rôles et des comportements spécifiques.

Trans (ou trans*): terme générique désignant les personnes dont l'identité de genre et/ou une expression de genre ne correspondent pas au sexe qui leur a été assigné à la naissance. Il inclut, de manière non limitative: les hommes et les femmes ayant un passé de transsexuel, et toute personne qui s'identifie en tant que transsexuel, transgenre, travesti, androgyne, polygenre, personne de genre fluide («genderqueer»), sans genre, personne de genre variant («gender variant») ou possédant toute autre identité et/ou expression de genre autre que le standard homme ou femme et qui exprime son genre à travers ses choix vestimentaires, sa présentation ou ses modifications corporelles, y compris le recours à des opérations chirurgicales multiples.

Transgenre: désigne les personnes qui vivent en permanence dans le genre de leur préférence, sans nécessairement devoir subir une ou plusieurs interventions médicales. Jusqu'il y a peu, ce terme était aussi le terme générique désignant toutes les personnes trans, mais il est aujourd'hui en perte de vitesse et on lui préfère justement le terme «trans» jugé plus inclusif de toutes les identités trans.

²¹⁹ Directive de refonte (directive 2006/54/CE), considérant 3.

Transphobie: désigne les croyances, opinions, attitudes et comportements culturels et personnels négatifs fondés sur des préjugés, le dégoût, la peur et/ou la haine à l'égard des personnes trans ou des variations d'identité de genre et d'expression de genre. La transphobie institutionnelle se manifeste au travers de sanctions légales, d'une pathologisation et de mécanismes inexistantes/inadéquats pour combattre la violence et la discrimination dans ce domaine. La transphobie sociale se manifeste sous la forme de violence physique ou autre, de discours de haine, de discrimination, de menaces, de marginalisation, d'exclusion sociale, d'«exotisation», de ridiculisation et d'insultes.

Transsexuel: désigne la personne qui s'identifie au rôle de genre opposé au sexe qui lui a été assigné à la naissance et qui cherche à vivre de manière permanente dans le rôle de son genre de prédilection. Cela s'accompagne souvent d'un fort rejet de ses caractéristiques sexuelles primaires et secondaires et d'un fort désir d'adapter son corps à son genre de prédilection. Les transsexuels peuvent avoir l'intention de subir, être en train de subir ou avoir subi un traitement de conversion sexuelle (avec ou sans thérapie hormonale ou chirurgie).

Travesti: désigne la personne qui aime porter les vêtements de l'autre sexe pendant certaines périodes de temps. Son identification à l'autre genre peut varier en intensité, de très forte, au point de devenir le genre primaire, à moins forte, en constituant un élément moins essentiel de son identité. Certains travestis ont parfois recours à la médecine à un moment de leur vie pour changer de sexe et vivre de manière permanente dans leur genre de prédilection. D'autres se contentent tout au long de leur vie de se travestir à certains moments.

Troubles de l'identité sexuelle [trouble de l'identité de genre — TIG]: terme figurant tant dans la *Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes* (Section F Troubles mentaux et du comportement) de l'OMS que dans le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* de l'Association américaine de psychiatrie (APA). Cette expression désigne un diagnostic de trouble mental classifié, utilisé par les psychiatres et les psychologues pour désigner un malaise profond et un sentiment de rejet ressentis par une personne vis-à-vis du sexe qu'elle incarne par rapport à l'identité de genre qu'elle ressent.

Troubles du développement sexuel (*Disorders of Sex Development – DSD*): terme médical qui a récemment remplacé le terme «hermaphrodisme» dans les milieux médicaux et qui fait référence aux conditions congénitales dans lesquelles le développement du sexe chromosomique, gonadique ou anatomique est considéré comme atypique.

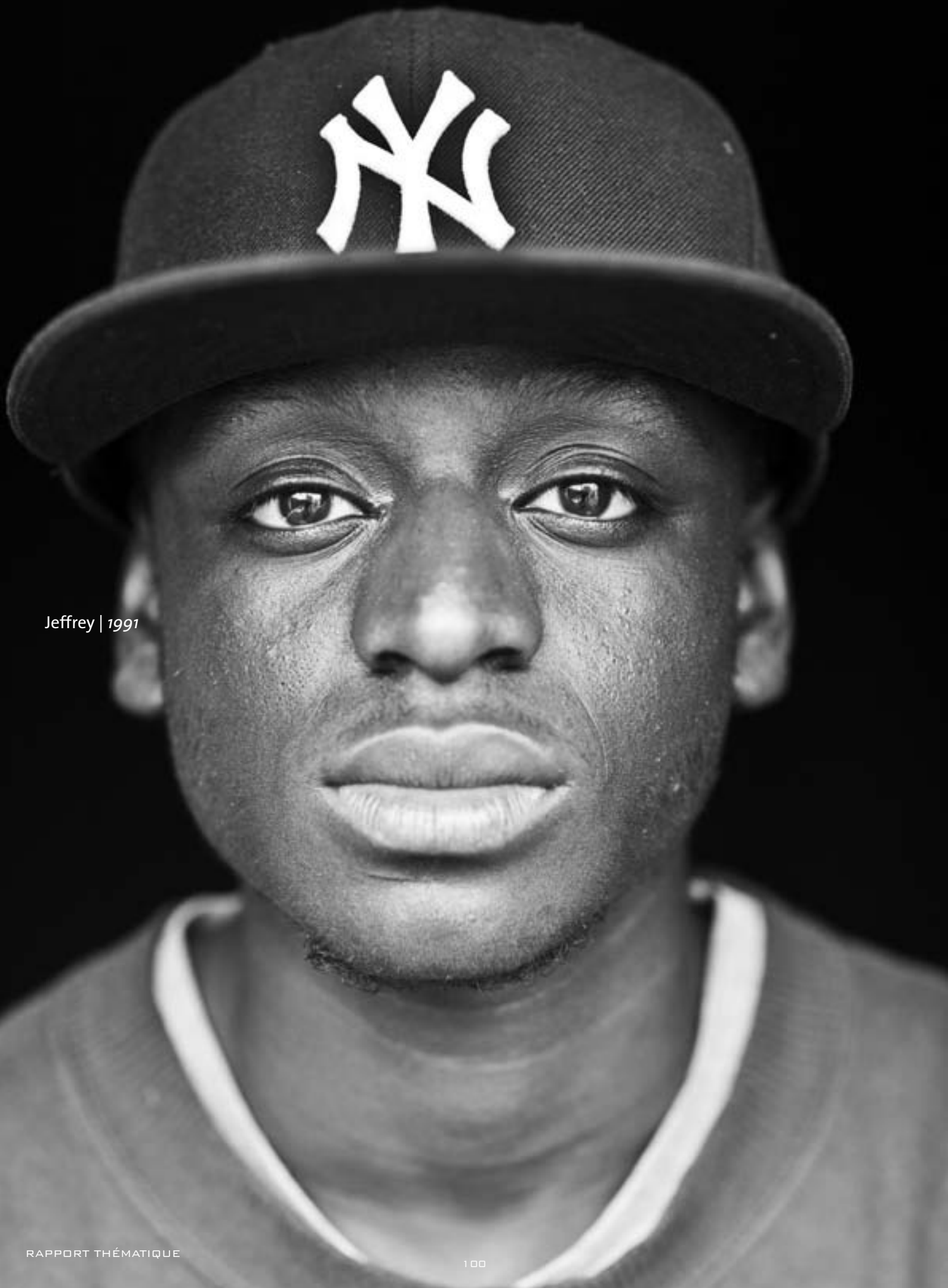
Liste des affaires

Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

Van Oosterwijck c. Belgique, requête n° 7654/76, 6 novembre 1980
Rees c. Royaume-Uni, requête n° 9532/81, 17 octobre 1986
Cossey c. Royaume-Uni, requête n° 10843/84, 27 septembre 1990
B c. France, requête n° 13343/87, 25 mars 1992
X, Y et Z c. Royaume-Uni, requête n° 21830/93, 22 avril 1997 (grande chambre)
Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, requêtes n°s 22985/93 et 23390/94, arrêt du 30 juillet 1998 (grande chambre)
Christine Goodwin c. Royaume-Uni, requête n° 28957/95, 11 juillet 2002 (grande chambre)
I c. Royaume-Uni, requête n° 25680/94, 11 juillet 2002 (grande chambre)
van Kück c. Allemagne, requête n° 35968/97, 12 juin 2003
Grant c. Royaume-Uni, requête n° 32570/03, 23 mai 2006
Parry c. Royaume-Uni, requête n° 42971/05, 28 novembre 2006
L c. Lituanie, requête n° 27527/03, 11 septembre 2007
Schlumpf c. Suisse, requête n° 29002/06, 8 janvier 2009

Union européenne, Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)

Affaire 149/77 *Gabrielle Defrenne c. SABENA*, Recueil 1978, p. 1365
 Affaire C-177/88 *Dekker c. Stichting Vormingscentrum Jong Volwassenen* [1990] ECR I-3941
 Affaire C-13/94 *P. c. S and Cornwall County Council*, Recueil 1996, p. I-2143
 Affaire C-237/94 *John O'Flynn c. Adjudication Officer*, Recueil 1996, p. I-2617
 Affaire C-249/96 *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.*, Recueil 1998, p. I-621
 Affaire C-322/98 *Bärbel Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG*, Recueil 2000, p. I-7505
 Affaire C-79/99 *Julia Schnorbus c. Land Hessen*, Recueil 2000, p. I-10997
 Affaire C-117/01 *K.B. c. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, Recueil 2004, p. I-541
 Affaire C-196/02 *Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, Recueil 2005, p. I-1789
 Affaire C-144/04 *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, Rec. 2005, p. I-9981
 Affaire C-423/04 *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Recueil 2004, p. I-3585
 Affaire C-267/06 *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Recueil 2008, p. I-1757
 Affaires jointes C-231/06 à C-233/06 *Office national des pensions c. Emilienne Jonkman et Hélène Vercheval; Noëlle Permesaen c. Office national des pensions*, Recueil 2007, p. I-5149
 Affaire C-303/06 *S. Coleman c. Attridge Law and Steve Law*, Rec. 2008, p. I-5603
 Affaires jointes C-402/07 et C-432/07 *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon et Alana Sturgeon c. Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) et Stefan Böck et Cornelia Lepuschitz c. Air France SA (C-432/07)*, Rec. 2009, p. I-10923
 Affaire C-555/07 *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, arrêt du 19 janvier 2010, non encore publié au Recueil
 Affaire C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier c. Conseil des ministres*, arrêt du 1^{er} mars 2011, non encore publié au Recueil
 Affaire C-147/08 *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, arrêt du 10 mai 2011, non encore publié au Recueil



Jeffrey | 1991

Jurisprudence nationale

Autriche

Verfassungsgerichtshof [Cour constitutionnelle], c. 4/06-7, 8.6.2006
Verfassungsgerichtshof [Cour constitutionnelle], B 1973/08-13, 3.12.2009
Verwaltungsgerichtshof [Tribunal administratif], 2008/17/0054, 27.2.2009
Verwaltungsgerichtshof [Tribunal administratif], 2008/06/0032, 15.9.2009
Verwaltungsgerichtshof [Tribunal administratif], 2009/17/0263, 17.2.2010

Belgique

Raad van State [Conseil d'État], *X contre État (ministre de l'intérieur)*, n° 165.110, 24.11.2006
Tribunal de première instance de Mons, 10.10.2001
Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen [Tribunal de première instance d'Anvers], *V.S.P.J.C.*, 27.6.2003

France

Cour de cassation, Assemblée plénière, n° 91-12.373, 11.12.1992

Danemark

Ligestillingsnævnet [Conseil pour l'égalité des genres], *Afgørelse* n° 23/2001, BGR / J.nr. E.2.1.0008, 21.11.2001
Ligestillingsnævnet [Conseil pour l'égalité des genres], *Afgørelse* n° 32/2005, IRJ / J.nr. E.2.2.148, 19.12.2005

Allemagne

Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale], BVerfG, 1 BvR 16/72, 11.10.1978
Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale], BVerfG, BvL 38/92, 26.1.1993
Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale], BVerfG, BvR 1833/95, 15.8.1996
Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale], BVerfG, 1 BvL 3/03, 6.12.2005
Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale], BVerfG, 1 BvL 1/04, 1 BvL 12/04, 8.7.2006
Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale], BVerfG, 1 BvL 10/05, 27.5.2008
Bundesverfassungsgericht [Cour constitutionnelle fédérale], BVerfG, 1 BvR 3295/07, 28.1.2011
Bundessozialgericht [Cour sociale fédérale], BSGE, 62, 83, B 1 KR 9/04 R, 19.10.2004
Landgericht München I 16. Zivilkammer [Cour régionale de Munich, division des affaires civiles], 16 T 19449/02, 30.6.2003
Landgericht [Tribunal de grande instance de Cologne], 25 O 179/07, 6.2.2008 (Christiane Völling)

Irlande

High Court [Cour d'appel], *Foy -v- An t-Ard Chlaraitheoir & Ors*, IEHC 116, 09.07.2002
 High Court [Cour d'appel], *Foy -v- An t-Ard Chlaraitheoir & Ors*, IEHC 470, 19.10.2007
 Equality Tribunal [Tribunal pour l'égalité], *Louise Hannon c. First Direct Logistics Ltd*, arrêt n°DEC-E2011-066, 29.03.2011

Italie

Corte Costituzionale [Cour constitutionnelle], *M. Borriello*, 6.5.1985
Tribunale per i Minorenni di Perugia [Tribunal de la jeunesse de Pérouse], *LY et MM*, 22.7.1997

Tribunale di Roma [Tribunal civil de Rome], *SICA c. fonctionnaire du greffe*, 18.10.1997

Tribunale di Milano [Tribunal civil de Milan], *VI c. fonctionnaire du greffe*, 5.10.2000

Tribunale di Brescia [Tribunal civil de Brescia], *E.S. c. fonctionnaire du greffe*, 15.10.2004

Tribunale di Velletri [Tribunal civil de Velletri], *X c. fonctionnaire du greffe*, 2.11.2005

Corte di Appello di Firenze [Cour d'appel de Florence], *F. P. c. greffe*, 23.11.2007

Tribunale di Pisa [Tribunal de Pise], *XX c. fonctionnaire du greffe*, 15.1.2008

Tribunale amministrativo regionale di Lazio [Tribunal administratif régional du Latium], *L. Vivaldo e M. Rizk c. Prefettura di Roma*, 17.5.2008

Lettonie

Augstākās tiesas Senāta Administratīvo lietu departaments [Département des affaires administratives du sénat de la Cour suprême], *V.L. vs Riga City Council's Riga City Registry Office*, affaire n° A42229505 SKA-5/2008, 14.1.2008

Malte

Constitutional Court [Cour constitutionnelle], *Lawrence sive Roxanne Cassar c. Honourable Prime Minister*, 14.7.1995

Constitutional Court [Cour constitutionnelle], *Raymond Gilford known as Rachel Gilford c. Director of Public Registry*, 9.10.2001

Qorti Ċivili Prim' Awla (Ġurisdizzjoni Kostituzzjonali) [première chambre civile (juridiction constitutionnelle)], *Joanne Cassar c. Direttur Tar-Registru Pubbliku u L-Avukat Ġenerali*, Rikors n° 43/2008, 30.11.2010

Qorti Ċivili Prim' Awla [première chambre civile], *Elaine sive Shaun Bonello c. Direttur tar-Registru Pubbliku*, Rikors n° 1035/10 JA, 28.3.2011

Pays-Bas

Rechtbank 's-Gravenhage [Tribunal régional], *AWB 02/94109, LJN AO3931*, 22.1.2004

Kantonrechter Harderwijk [Tribunal de district], affaire 344701 CV EXPL 08-1698 (*non publiée*), 16.12.2009

Commissie Gelijke Behandeling [commission pour l'égalité de traitement], arrêt 1998-12, 17.2.1998

Commissie Gelijke Behandeling [commission pour l'égalité de traitement], arrêt 2003-139, 17.11.2003

Commissie Gelijke Behandeling [commission pour l'égalité de traitement], arrêt 2006-33, 09.3.2006

Pologne

Cour suprême, I CZP 100/77, 02.02.1978

Cour suprême, III CZP 37/89, 22.06.1989

Cour suprême, III CRN 28/91, 22.03.1991

Cour suprême, III CZP 118/95, 22.09.1995

Sąd Apelacyjny w Katowicach [Cour d'appel de Katowice], I ACa 276/04, 30.04.2004

Sąd Rejonowy w Łodzi [Tribunal régional de Łódź], affaire c. A.F. et D.A., décembre 2004

Szef Urzędu ds Cudzoziemców [chef de l'office des étrangers], 1.10.2007

Naczelny Sąd Administracyjny [tribunal administratif suprême], II OSK 845/07, 16.7.2008

Roumanie

Judecatoria Sectorului 2 Bucuresti [Tribunal de première instance du deuxième district de Bucarest], affaire *D. Sentinta Civila* [jugement civil] n° 1656, dossier n° 1338/300/2004, 23.2.2006

Espagne

Tribunal Supremo [Cour suprême], Sentencia del Tribunal Supremo 929/2007 (Sala de lo Civil, Sección Pleno), 17.9.2007

Tribunal Constitucional [Cour constitutionnelle], Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008, 22.12.2008

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña [Tribunal supérieur de justice de Catalogne], STSJ Cataluña, Barcelona, núm. 142/2007 26.3.2007

Audiencia Provincial de Cádiz [Tribunal provincial de Cadiz], Sentencia 121/2007 de la Audiencia Provincial de Cádiz, 15.5.2007

Royaume-Uni

House of Lords [Chambre des Lords], *Bellinger c. Bellinger* [2003] UKHL 21; [2003] 2 AC 467; [2003] 2 WLR 1174; [2003] 2 All ER 593, 10.4.2003

House of Lords [Chambre des Lords], *A c. Chief Constable of West Yorkshire* [2004] UKHL 21; [2005] 1 AC 51; [2004] 2 WLR 1209; [2004] 3 All ER 145, 6.5.2004

Court of Appeal (Civil Division) [Cour d'appel, division civile], *Croft c. Royal Mail Group plc* [2003] EWCA Civ 1045; [2003] IRLR 592, 18.7.2003

Court of Appeal (Civil Division) [Cour d'appel, division civile], *J c. C (Void Marriage: Status of Children)* [2006] EWCA Civ 551; [2006] 2 FLR 1098, 15.5.2006

High Court, Queen's Bench Division [Cour d'appel, tribunal de grande instance], *R (on the application of AB) c. Secretary of State for Justice*, [2009] EWHC 2220, 4.9.2009

Employment Appeal Tribunal [Prud'hommes], *Chessington World of Adventures Ltd c. Reed* [1998] ICR 97; [1997] IRLR 556, 27.6.1997

Brighton Employment Tribunal [Conseil des prud'hommes], *X c. Brighton and Hove City Council*, juin 2007

Probate, Divorce & Admiralty Division of the High Court [division des successions, tutelles, divorces et des affaires maritimes de la Cour d'appel], *Corbett c. Corbett* [1970] 2 WLR 1306; [1971] P 83, 2.2.1970

Acronymes et abréviations

AG	Avocat général
APA	<i>American Psychological Association</i>
CDE	Conseil de l'Europe
CE	Communauté européenne
CEDAW	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDHFL	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEE	Communauté économique européenne
CES	Confédération européenne des syndicats
CIM	Classification internationale des maladies
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
DG	Direction générale
DSD	Troubles du développement sexuel (<i>Disorders of Sex Development</i>)
DSM	Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (<i>Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders</i>)
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EEE	Espace économique européen
EIGE	Institut européen pour l'égalité des genres (<i>European Institute for Gender Equality</i>)
EQUINET	Réseau européen d'organismes de promotion de l'égalité
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
GB	Grande-Bretagne
HRC	Conseil des droits de l'homme des Nations unies
ILGA-Europe	Région européenne de l'ILGA (Association Lesbienne et Gay Internationale - <i>Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association</i>)
IN	Irlande du Nord
JO	Journal officiel
LGBT	Lesbiennes, gays, bisexuels, trans
LGBTI	Lesbiennes, gays, bisexuels, trans et intersexes
NU	Nations unies
OII	Organisation internationale des intersexes
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONPE	Organisme national de promotion de l'égalité
RU	Royaume-Uni
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGEU	<i>Transgender Europe</i>
TIG	Trouble de l'identité de genre
TSG	<i>Transsexuellengesetz</i>
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
WPATH	<i>World Professional Association for Transgender Health</i>

Bibliographie

Anselmo, Alice (2004), *I transessuali hanno diritto di sposarsi ... e di ottenere la pensione di reversibilità*, Diritto comunitario e degli scambi internationale 2004, 719-737

Barnard, Catherin (1997), *Kyte Flying or a New Constitutional Approach?*, dans: Alan Dashwood/Síofra O'Leary (eds), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Londres/Dublin/Hong Kong: Sweet & Maxwell, 59-79

Barnard, Catherine (1999), *Some are more equal than others: the decision of the Court of Justice in Grant v. South-West Trains*, dans: Alan Dashwood/Angela Ward (eds), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 1, 1998, Oxford: Hart Publishing, 147-173

Battaglia, Elisa (2004), «Sesso» e «orientamento sessuale» nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K.B. c. Regno Unito*, Il Diritto dell'Unione Europea 2004, 599-618,

Bell, Mark (1999), *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P c. S to Grant c. SWT*, European Law Journal 1999, 63-81

Berthou, Katell et Masselot, Annick (1998), *La CJCE et les couples homosexuels*, Droit social 1998, 1034-1039

Bornstein, Kate (1994). *Gender Outlaw: On Men, Women and the Rest of Us*, New York: Vintage Books

Bornstein, K. et Bear Bergman, S. (2010), *Gender Outlaw: The Next Generation*, Berkeley: Seal Press

Brems, E. (1999), (notes concernant l'arrêt rendu dans *P. c. S.*), Columbia Journal of European Law 1998, 339-345

Bruce, Carolan (1999), *Hope fades for EU recognition of same-sex partnerships*, Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland 1999, 44-47

Burrows, Norreen (1998), *Sex and Sexuality in the European Court*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 1998, 153-158

Butler, Judith (2004), *Undoing Gender*, New York: Routledge

Campbell, Angus et Lardy, Heather (1996), *Discrimination against Transsexuals in Employment*, European Law Review 1996, 412-418

Canor, Iris (2004), (notes concernant l'arrêt rendu dans *K.B.*), Common Market Law Review 41 (2004), 1113-1125.

Commissaire aux droits de l'homme (2009), *Human Rights and Gender Identity*, Strasbourg: Conseil de l'Europe

Commissaire aux droits de l'homme (2011), *Lesbian, gay, bisexual and transgender persons still face discrimination in Europe*, Strasbourg: Conseil de l'Europe

Denys, Christine (1999), *Homosexuality: a non-issue in Community law?*, European Law Review 1999, 419-425

Elósegui Itxaso, María (2004), *El TJCE y el matrimonio de transsexuals. Una interpretación «ultra vires». Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 7 de enero de 2004, K.B. y National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, Asunto C-117/01*, Unión Europea 2004, 13-24

Equality and Human Rights Commission (2010), *Provision of goods, facilities and services to trans people: Guidance for public authorities in meeting your equality duties and human rights obligations*, Londres: Equality and Human Rights Commission

Equality Opportunities Commission (2008), *Overview of the gender equality duty: Guidance for public bodies working in England, Wales and Scotland*, Londres: Equality Opportunities Commission

Ettelbrick, Paule et Trabucco Zerán, Alia (2010), *The Impact of the Yogyakarta Principles on International Human Rights Law Development A Study of November 2007 – Juin 2010* (rapport final)

Commission européenne (2007), *Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

Réseau européen d'organismes de promotion de l'égalité (2010), *Assurer l'égalité des droits pour les personnes transgenres*, Bruxelles: EQUINET

Réseau européen d'organismes de promotion de l'égalité (2010), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice V*, Bruxelles: EQUINET

Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen (2010), *Transgender Persons' Rights in the EU Member States*, Bruxelles: Parlement européen

Confédération européenne des syndicats (2008), *Extending equality: Trade union actions to organise and promote equal rights, respect and dignity for workers regardless of their sexual orientation and gender identity*, Bruxelles: Confédération européenne des syndicats

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (2008), *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'UE — Partie I: analyse juridique*, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (2009), *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'UE — Partie II: la situation sociale*, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010), *Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'Union européenne – Mise à jour de 2010* (non publié), à consulter à l'adresse: http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/research/background_cr/lgbt_country-reports_2010_en.htm

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme (2011), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne

Fabeni, Stefano et Agius, Silvan (2009), *Transgender People and the Gender Recast Directive: Implementation Guidelines*, Bruxelles: ILGA-Europe

- Flynn, Leo (1997), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Grant*), *Common Market Law Review* 1997, 367-387
- Foubert, Petra (2004), (notes concernant l'arrêt rendu dans *K.B.*), *Sociaal-economische Wetgeving* 2004, 441-444
- Hauser, Jean (1996), (notes concernant l'arrêt rendu dans *P. c. S.*), *Revue trimestrielle de droit civil* 1996, 579
- Heerma van Voss, G.J.J. (1997), (notes concernant l'arrêt rendu dans *P. c. S.*), *Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten/NJCM Bulletin* 1997, 284-286
- Helfer, Larry (1999), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Grant*), *American Journal of International Law* 1999, 200-205
- Hinkle, Curtis E. (non daté), *Why is Oll not using the term DSD or «Disorders of Sex Development»?*, accessible à l'adresse : http://www.intersexualite.org/Response_to_Intersex_Initiative.html#anchor_42
- Karkazis, K. (2008), *Fixing Sex: Intersex, Medical Authority, and Lived Experience*, Durham: Duke University Press
- Lehrnould, Ph. (2004), *Transsexualisme, concubinage homosexuel et hétérosexuel et prestations sociales*, *Revue de jurisprudence sociale* 2004, 263-265
- Longo, Erik (2006), *La Corte di Giustizia, i diritti dei transessuali e la riduzione delle competenze statali*, *Cuaderni costituzionali* 2006, 581-584
- Lynskey, O. (2006), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Richards*), *Revue du droit de l'Union européenne* 2006, 462-466
- McInnes, John (1998), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Grant*), *Common Market Law Review* 1999, 1043-1058
- McIlroy, Cat (2009), *Transphobia in Ireland: Research Report*, Dublin: Ireland Transgender Equality Network
- Mitchell, M. et Howarth, C. (2009), *Trans research review*, Londres: Equality and Human Rights Commission
- More, Gillian (1999), *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?*, dans: Paul Craig & Gráinne de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford 1999, 517-553
- Motmans, Joz (2010), *Être transgenre en Belgique: Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres*, Bruxelles: Institut pour l'égalité des femmes et des hommes
- Pallaro, Paolo (1998), *Il divieto di discriminazione fondata sul sesso, fra transsessualismo e libertà di orientamento sessuale, Diritto Comunitario e degli scambi internazionali* 1998, 609-619
- Paterson, S., Kielinger, V., et Fletcher, H. (2008), *Women's Experience of Homophobia and Transphobia: Survey Report*, Londres: The Metropolitan Police Service
- Roch, Amy, Ritchie, Graham et Morton, James (2010), *Out of sight, out of mind? Transgender People's Experiences of Domestic Abuse*, Écosse: LGBT Youth Scotland & Equality Network
- Scottish Transgender Alliance (2008), *Transgender Experiences in Scotland: Research Summary*, Édimbourg: Equality Network

Schiek, Dagmar, Waddington, Lisa et Bell, Mark (2007), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford: Hart Publishing

Schiek, Dagmar et Chege, Victoria (2009), *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London/New York: Routledge-Cavendish

Schilt, Kristen et Wiswall, Matthew (2008), *Before and After: Gender Transitions, Human Capital, and Workplace Experiences*, The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy: Vol. 8: Iss. 1 (Contributions), article 39

Skidmore, Paul (1997), *Sex, Gender and Comparators in Employment Discrimination*, Industrial Law Journal 1997

Stychin, C. (1997), *Troubling Genders: A Comment on P c. S and Cornwall County Council*, International Journal of Discrimination and the Law 1997, 217-230

Swatschek, Sheila (2005), *Transsexuality and International Private Law*, Bruxelles: ILGA-Europe

The Equal Rights Trust (2008), *Declaration of Principles on Equality*, Londres: The Equal Rights Trust

Les principes de Jogjakarta, *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre* (2006), à consulter à l'adresse: <http://www.yogyakartaprinciples.org/>

Tomasi, Laura (2004), *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 2004, 977-998.

Tobler, Christa (2000), *Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam*, European Journal of Law Reform 2000, 135-153

Tobler, Christa (2001), *Der Begriff der Ehe im EG-Recht*, Die Praxis des Familienrechts 2001, 479-499

Tobler, Christa (2001), *Same-Sex Couples under EU Law*, Aktuelle Juristische Praxis 2001, 269-286

Tobler, Christa (2005), *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Anvers/Oxford: Intersentia

Tobler, Christa (2005), *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne (pour la Commission européenne)*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

Tobler, Christa (2008), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte (pour la Commission européenne)*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

Tobler, Christa et Waaldijk, Kees (2009), (notes concernant l'arrêt rendu dans *Maruko*), Common Market Law Review 2009, 723-746

Lara Trucco (2004), *Transsessuali e Regno Unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici*, Diritto pubblico comparato ed europeo 2004, 825-831

Turner, Louis, Whittle, Stephen et Combs, Ryan (2009), *Transphobic Hate Crime in the European Union*, Londres: Press for Change

Valvo, Anna Lucia (2004), (notes concernant l'arrêt rendu dans *K.B.*), *Rivista della cooperazione giuridica internazionale* 2004, 173-175

Violini, Lorenza (2004), *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di giustizia*, *Quaderni costituzionali* 2004, 414-416

Whittle, S., Turner, L., et Al-Alami, M. (2007), *Engendered Penalties: Transgender and Transsexual People's Experiences of Inequality and Discrimination*, Wetherby: The Equalities Review

Whittle, Stephen, Turner, Lewis, Combs, Ryan et Rhodes, Stephenne (2008), *Transgender EuroStudy: Legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care*, Bruxelles: ILGA-Europe et TGEU

Wintemute, Robert (1997), *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, *Modern Law Review* 1997, 334-359

Wintemute, Robert (1998), *When is Pregnancy Discrimination Indirect Discrimination?*, *International Law Journal* 1998, 23-36

Commission européenne

Les personnes trans et intersexuées

La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers

Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes

2012 — 109 p. — 21×29,7 cm

ISBN 978-92-79-22965-7

doi:10.2838/56397

COMMENT VOUS PROCURER LES PUBLICATIONS DE L'UNION EUROPÉENNE?

Publications gratuites:

- sur le site EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- auprès des représentations ou des délégations de l'Union européenne.
Vous pouvez obtenir leurs coordonnées en consultant le site <http://ec.europa.eu>
ou par télécopieur au numéro +352 2929-42758.

Publications payantes:

- sur le site EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Abonnements facturés (par exemple séries annuelles du *Journal officiel de l'Union européenne*, recueils de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne):

- auprès des bureaux de vente de l'Office des publications de l'Union européenne
(http://publications.europa.eu/others/agents/index_fr.htm).



Office des publications

ISBN 978-92-79-22965-7



9 789279 229657