

ÉGALITÉ



Protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles dans l'UE

Analyse juridique comparative
Mise à jour 2015



EUROPEAN UNION AGENCY
FOR FUNDAMENTAL RIGHTS

Le présent rapport aborde des questions relatives au droit à la vie (article 2), à la protection contre les traitements dégradants (article 4), au respect de la vie privée et de la vie familiale (article 7), au droit de se marier et de fonder une famille (article 9), à la liberté d'expression et d'information (article 11), à la liberté de réunion (article 12), au droit d'asile (article 18), au principe de non-discrimination (article 21) et à la liberté de circulation et de séjour (article 45) visés aux titres I « Dignité », II « Libertés », III « Égalité » et V « Droits des citoyens » de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

**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

(*) Les informations sont fournies à titre gracieux et les appels sont généralement gratuits
(sauf certains opérateurs, hôtels ou cabines téléphoniques).

Photo (couverture et intérieur) : © iStock

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

FRA – Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Vienne – Autriche
Tél. +43 158030-0 – Fax +43 158030-699
fra.europa.eu – info@fra.europa.eu

Luxembourg : Office des publications de l'Union européenne, 2017

Paper	ISBN 978-92-9491-630-3	doi:10.2811/390948	TK-02-15-554-FR-C
PDF	ISBN 978-92-9491-631-0	doi:10.2811/700426	TK-02-15-554-FR-N

© Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2015
Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

Protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles dans l'UE

Analyse juridique comparative
Mise à jour 2015

Avant-propos

La protection et la promotion des droits fondamentaux des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées (LGBTI) sont des éléments importants de l'agenda de l'Union européenne. Faisant suite à une demande du Parlement européen d'une recherche exhaustive sur l'homophobie et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la FRA a régulièrement produit des rapports sur l'homophobie, la transphobie et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans l'Union européenne (UE). Dans la présente mise à jour juridique, la FRA examine également pour la première fois en profondeur la situation des personnes intersexuées en matière de droits fondamentaux dans l'UE, en se concentrant sur les questions relatives à l'enregistrement du sexe des enfants à la naissance et aux traitements médicaux visant à « normaliser » les caractéristiques sexuelles des enfants intersexués, des questions révélées par les recherches de la FRA comme étant particulièrement essentielles pour leur protection.

De nombreux exemples dans l'UE illustrent les progrès réalisés dans le domaine de la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles depuis 2010. La législation de l'UE a eu un impact positif clair dans le domaine de l'emploi : la mise en œuvre efficace de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi dans la législation et la jurisprudence au niveau national a donné lieu à des décisions qui favorisent des environnements de travail plus justes et l'accès plus équitable d'un partenaire aux prestations sociales liées à l'emploi pour les personnes LGBTI.

Cependant, le présent rapport identifie également des évolutions qui suscitent des préoccupations. D'importantes questions relatives à la jouissance par les personnes LGBTI de leurs droits fondamentaux n'ont pas encore été abordées au niveau de l'UE. Par exemple, la discrimination dans des domaines autres que l'emploi, tels que l'accès aux biens et services, au logement, à la protection sociale et à l'éducation, n'est toujours pas réglementée au niveau de l'Union, ce qui entraîne souvent des approches divergentes dans les États membres. De même, les évolutions de la législation et de la pratique portant préjudice à la jouissance par les personnes LGBTI de leurs droits fondamentaux dans certains États membres sont devenues des sources de préoccupation. Par conséquent, les personnes LGBTI ne sont toujours pas en mesure d'exercer leurs droits et libertés en vertu du droit de l'UE sur un pied d'égalité avec les autres citoyens de l'UE ou ressortissants de pays tiers. Comme le précise le présent rapport, une application incomplète ou peu claire de la liberté de circulation crée également des difficultés pour les familles LGBTI dans certains États membres.

Alors que les mesures prises par la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil de l'UE peuvent contribuer à résoudre certains des problèmes soulevés dans ce rapport, les efforts des États membres sont particulièrement importants, tant en termes de coopération au sein du Conseil que lors de la mise en œuvre de la législation et des politiques de l'UE au niveau national. Le soutien des autorités régionales et locales, ainsi que la coopération avec la société civile, sont également essentiels pour que la discrimination à l'encontre des personnes LGBTI appartienne au passé. Nous espérons que le présent rapport encouragera tous les acteurs à contribuer à ce processus.

Michael O'Flaherty
Directeur

Table des matières

AVANT-PROPOS	3
RÉSUMÉ ET AVIS DE LA FRA	7
INTRODUCTION	15
1 L'ACCÈS AU GENRE SOUHAITÉ ET LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE CELUI-CI	17
1.1. « Dépathologisation » de la non-conformité de genre	18
1.2. Accès à la réassignation sexuelle	19
1.3. Reconnaissance juridique de l'identité de genre d'une personne	20
2 LA NON-DISCRIMINATION ET LA PROMOTION DE L'ÉGALITÉ DANS LE DOMAINE DE L'EMPLOI	29
2.1. Questions de fond	29
2.2. Mise en œuvre et application	40
3 LES PERSONNES LGBTI ET LES ESPACES PUBLICS : LIBERTÉ D'EXPRESSION, DE RÉUNION ET PROTECTION CONTRE LES AGRESSIONS ET LA VIOLENCE	53
3.1. Contexte	53
3.2. Marches des fiertés LGBTI et liberté de réunion	54
3.3. Les interdictions de diffusion d'informations sur l'homosexualité ou d'expression LGBTI dans la sphère publique	59
3.4. Protection contre les expressions et les violences homophobes et transphobes par le droit pénal	60
4 LA SITUATION DES PERSONNES INTERSEXUÉES EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX	77
4.1. Contexte	77
4.2. Motifs de protection contre la discrimination	79
4.3. Déclaration du sexe à la naissance	81
4.4. Traitement médical des enfants intersexués	82
5 LES « MEMBRES DE LA FAMILLE » DANS LE CONTEXTE DE LA LIBRE CIRCULATION, DU REGROUPEMENT FAMILIAL ET DE L'ASILE	89
5.1. Élaboration d'un cadre juridique de base	90
5.2. Libre circulation	92
5.3. Regroupement familial en vertu du droit de l'UE en matière de migration	98
5.4. Membres de la famille des personnes LGBTI aspirant à l'asile	103
5.5. Enfants de couples de même sexe	105
6 ASILE ET PROTECTION INTERNATIONALE POUR LES PERSONNES LGBTI	109
6.1. Contexte juridique et institutionnel	109
6.2. L'orientation sexuelle et l'identité de genre en tant que motifs de reconnaissance du statut de réfugié	112
6.3. L'orientation sexuelle et l'identité de genre dans la jurisprudence des cours européennes	114
6.4. Questions spécifiques liées à la protection internationale des personnes LGBT	116
6.5. La question de la dissimulation	118
6.6. Évaluation de la crédibilité	119
CONCLUSIONS	123

Résumé et avis de la FRA

Le présent rapport est une mise à jour de l'analyse comparative de l'homophobie, la transphobie et la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre publiée par la FRA en 2010. Il se base sur des informations collectées dans les 28 États membres de l'UE jusqu'à la fin du premier semestre de 2014, et comprend dès lors des données relatives à la Croatie. Des informations plus récentes jusqu'en octobre 2015 ont été prises en considération dans la mesure du possible.

Dans ce rapport, la FRA présente pour la première fois un compte-rendu détaillé des questions relatives aux droits fondamentaux des personnes intersexuées dans l'UE, l'importance cruciale de cette problématique ayant été démontrée par les recherches approfondies de l'agence. Par ailleurs, après avoir comparé la situation des personnes LGBT, reflétée dans la mise à jour juridique de 2010, à leur situation actuelle, le rapport identifie plusieurs tendances notables.

Celles-ci montrent que les décideurs politiques et les parties prenantes pertinentes doivent concentrer davantage leurs efforts afin de veiller à ce que les droits fondamentaux des personnes LGBTI soient pleinement respectés en ce qui concerne l'égalité et la non-discrimination et de les protéger de manière efficace contre les abus, la haine et la violence au sein de l'UE.

Accès au genre souhaité et reconnaissance juridique de celui-ci

L'accès au changement de genre ainsi que sa reconnaissance juridique restent un défi dans un grand nombre d'États membres de l'UE, qui affecte plus particulièrement les personnes trans. Néanmoins, au niveau international, la tendance consistant à arrêter de considérer la non-conformité de genre comme « une pathologie » se poursuit, notamment au sein de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui a proposé de remplacer les termes utilisés précédemment, tels que « troubles », par de nouveaux concepts, tels qu'« incongruence de genre ».

De nombreux États membres de l'UE exigent toutefois toujours le diagnostic d'un « trouble » de l'identité de genre pour permettre l'accès aux opérations de réassignation sexuelle et/ou à la reconnaissance juridique du genre. Seuls quelques États membres autorisent l'autodétermination de l'identité de genre sans exigence supplémentaire. Des éléments de preuve indiquent que

des opérations de réassignation sexuelle sont disponibles pour les personnes trans dans au moins 23 États membres de l'UE. Un État membre ne prévoit pas ce traitement, et pour quatre États membres, aucune information n'est disponible sur le nombre, le cas échéant, d'interventions chirurgicales ou médicales qui ont été pratiquées sur des personnes trans. Assurer un financement approprié de sorte que les personnes trans puissent accéder à des soins de santé qui répondent à leurs besoins et apporter un soutien adéquat aux personnes trans qui sont en prison et nécessitent des traitements relatifs à la réassignation sexuelle restent des défis majeurs dans plusieurs États membres de l'UE.

Des discussions sur l'âge requis pour une reconnaissance juridique du genre ont débuté dans certains États membres. Une tendance lente vers la possibilité d'une reconnaissance juridique du genre pour les enfants (à partir de l'âge de 16 ans) est également observée. De même, certains États membres de l'UE ont commencé à normaliser la procédure de reconnaissance juridique du genre, tandis que d'autres l'ont simplifiée. La majorité des États membres de l'UE exigent néanmoins toujours que les personnes trans soient célibataires (ou divorcent) pour que leur genre soit juridiquement reconnu. L'introduction du mariage pour les couples de même sexe a en réalité rendu cette exigence non pertinente dans certains États membres.

Avis de la FRA

D'après l'enquête LGBT dans l'UE de 2012 de la FRA, les répondants dont l'expression de genre ne « correspondait » pas au sexe assigné à la naissance (10 %) étaient deux fois plus susceptibles que les personnes dont le sexe assigné à la naissance « correspondait » à l'expression de genre (5 %) d'avoir été victimes de violence ou de menaces de violence du fait d'être LGBT au cours des 12 mois qui ont précédé l'enquête. Les États membres de l'UE devraient prendre des mesures pour garantir le respect de la non-conformité de genre et faciliter l'accès à la chirurgie de changement de genre lorsque cela est demandé.

En ce qui concerne la reconnaissance juridique de l'identité de genre, les États membres devraient revoir leurs procédures en vue de les rendre claires et faciles à suivre, en évitant des prérequis tels que la chirurgie génitale – qui peut entraîner la stérilisation – et/ou les divorces forcés ou automatiques. Les États membres de l'UE devraient envisager de suivre l'exemple des pays dans lesquels la reconnaissance du genre se base sur l'autodétermination de l'identité de genre.

Promotion de l'égalité et lutte contre la discrimination dans le domaine de l'emploi et d'autres domaines

L'adoption de la directive sur l'égalité de traitement proposée par la Commission européenne en 2008 est toujours sur la table des négociations. Il est à souligner que le nombre d'États membres de l'UE qui ont étendu l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à tous les domaines de la vie couverts par la directive sur l'égalité raciale est passé de 10 en 2010 à 13 en 2014. Sept États membres de l'UE limitent toujours la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi (ils étaient encore 10 à le faire en 2010).

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que l'employé qui contracte un partenariat enregistré avec un partenaire de même sexe dans un État membre où le mariage entre personnes de même sexe est interdit, doit se voir octroyer les mêmes avantages que ceux accordés à ses collègues à l'occasion de leur mariage. Dans certains États membres, le champ d'application des dérogations à l'interdiction de discrimination dans le domaine de l'emploi soulève encore des interrogations quant au respect du droit de l'UE. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) a contribué à clarifier la manière de parvenir à un équilibre entre le droit de manifester ses convictions religieuses au travail et le droit pour chacun de ne pas être victime d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (voir, par exemple, l'affaire *Eweida et autres c. Royaume-Uni*).

En grande partie, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle continue de faire rarement l'objet d'un dépôt de plainte. Cela entrave l'évaluation de l'efficacité des législations nationales mettant en œuvre la Directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail dans ce domaine. Une analyse de la jurisprudence dans les États membres montre que les questions les plus épineuses restantes relatives à la discrimination et à l'interprétation des mesures nationales mettant en œuvre la directive comprennent le renversement de la charge de la preuve, l'utilisation d'éléments de preuve statistiques, et l'interprétation de ce que constitue le harcèlement sur le lieu de travail.

La protection des personnes trans contre la discrimination demeure insuffisante. Les traités de l'UE ne prévoient pas de manière explicite une protection contre la discrimination fondée sur l'identité de genre, et seuls six États membres de l'UE protègent explicitement les

personnes trans de ce type de discrimination. Dix autres États membres protègent les personnes trans contre la discrimination fondée sur le sexe, alors que le motif de protection contre la discrimination des personnes trans est incertain dans neuf États membres de l'UE.

Deux États membres de l'UE n'ont pas encore attribué aux organismes de promotion de l'égalité la compétence de traiter de la discrimination à l'encontre des personnes LGBTI. Les autres États membres de l'UE ont mis en place des organismes de promotion de l'égalité uniques qui couvrent la série de motifs de discrimination protégés en vertu du droit de l'UE, également ceux concernant les personnes LGBTI. Les organismes de promotion de l'égalité jouent également un rôle important dans la sensibilisation aux droits fondamentaux des personnes LGBTI.

Avis de la FRA

Les États membres de l'UE devraient poursuivre leurs efforts en vue de mettre en œuvre de manière efficace la législation pertinente interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre dans le domaine de l'emploi. Cela implique de garantir que les personnes LGBTI, en particulier, soient pleinement informées de leurs droits, que les victimes de discrimination soient encouragées à porter plainte, et qu'elles soient soutenues dans ce processus. Cela pourrait également impliquer de soutenir et d'encourager les syndicats et les organisations patronales à sensibiliser au droit des personnes LGBTI à l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi, ce phénomène étant toujours largement ignoré dans les États membres de l'UE.

La plupart des États membres de l'UE interdisent déjà la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au-delà de la sphère de l'emploi, y compris dans tout ou dans une partie des domaines couverts par la directive relative à l'égalité raciale. Les autres États membres devraient envisager de suivre cette approche. Par ailleurs, plusieurs motifs de discrimination ne sont toujours pas pris en considération dans l'UE. L'adoption de la proposition de la Commission européenne d'une directive sur l'égalité de traitement pour remédier à la « hiérarchie de motifs » existante dans le droit de l'UE aiderait à égaliser la protection contre la discrimination fondée sur tous les motifs à travers l'UE.

Une personne interrogée sur cinq qui avait un emploi dans l'année précédant l'enquête de 2012 s'est sentie discriminée sur le lieu de travail ou en recherchant un emploi. Cette proportion est bien plus élevée pour les personnes trans. Même si près de la moitié des personnes interrogées ont déclaré connaître l'interdiction de la discrimination par la loi dans ce domaine, les taux de non-signalement sont très élevés. Pour répondre au problème généralisé du

faible signalement de la discrimination et encourager les victimes LGBTI de discrimination dans le domaine de l'emploi à porter plainte, les États membres de l'UE devraient veiller à l'application efficace et intégrale de l'article 9, paragraphe 2, de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, selon lequel les associations, les organisations ou les personnes morales peuvent soutenir les victimes LGBTI de discrimination dans toutes les procédures judiciaires et/ou administratives.

L'étendue de la protection dont bénéficient les personnes trans contre les discriminations demeure incertaine dans de nombreux États membres de l'UE. Par conséquent, ces derniers sont toujours encouragés à veiller à ce que des mesures soient en place en vue d'une mise en œuvre effective de la législation nationale transposant la directive concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (refonte). De telles mesures devraient notamment consister en une amélioration des définitions juridiques et une extension à toutes les personnes trans des protections accordées aux personnes qui suivent ou qui ont suivi un processus de changement de genre.

Garantir la liberté de réunion et d'expression des personnes LGBTI

En ce qui concerne le traitement des personnes LGBTI dans des lieux publics, la non-discrimination dans l'exercice de leur droit à la liberté d'expression et de réunion, et notamment leur protection contre les abus et la violence, il est important de noter que des marches des fiertés et des événements publics en faveur des droits des personnes LGBTI ont été organisés dans tous les États membres de l'UE au moins une fois entre 2010 et 2014. Ces événements sont aussi organisés de plus en plus en dehors des capitales. Des tentatives de restriction de l'exercice par les personnes LGBTI de ces libertés - visant à interdire une soi-disant « propagande homosexuelle » - ont toutefois été identifiées dans au moins quatre États membres de l'UE. Des initiatives et propositions législatives à cet effet ont été rejetées dans trois États membres de l'UE. Seul un État membre a une législation en vigueur qui peut être interprétée comme imposant des restrictions à l'exercice de ces libertés. En parallèle, des manifestations impliquant un discours de haine clairement homophobe et/ou transphobe ont continué d'avoir lieu dans les États membres de l'UE au cours de la même période de référence.

Avis de la FRA

Les États membres de l'UE devraient prendre des mesures pour veiller à ce que les personnes LGBTI puissent exercer leurs droits à la liberté de réunion et d'expression de manière effective, y compris en dehors des capitales des États membres. Ils devraient garantir la sécurité des personnes LGBTI durant les « marches des fiertés » ou d'autres événements ayant lieu sur leur territoire.

Protéger les personnes LGBTI des abus, de la haine et de la violence

Au niveau législatif, la Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal n'inclut pas l'orientation sexuelle ni l'identité de genre dans les motifs couverts. De nombreux États membres ont toutefois élargi l'étendue de la protection à ces motifs lors de sa mise en œuvre. En revanche, la Directive 2012/29/UE établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité (la directive sur les droits des victimes), adoptée en 2012, interdit explicitement la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'expression de genre.

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Vejdeland et autres c. Suède*, *Mladina D.D. Ljubljana c. Slovénie* et *Identoba et autres c. Géorgie* ont jugé que le discours de haine homophobe ne mérite aucune protection au titre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Inversement, l'article 10 oblige les États parties à protéger les personnes LGBTI contre l'incitation à la haine.

À la mi-2015, 20 États membres de l'UE érigeaient en infraction pénale le discours de haine fondé sur l'orientation sexuelle (soit sept de plus qu'en 2010). Huit États membres ont également ajouté le motif de l'identité de genre. Depuis mi-2015, 15 États membres de l'UE considèrent la motivation homophobe comme une circonstance aggravante d'une infraction. Dans huit États membres de l'UE, la motivation transphobe est considérée explicitement comme une circonstance aggravante. Toutefois, le faible nombre de plaintes déposées pour des crimes ou discours de haine fondés sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, et le manque de statistiques à leur sujet, restent problématiques dans les États membres de l'UE.

Avis de la FRA

La majorité des États membres de l'UE prévoient une protection juridique contre les crimes et les discours de haine motivés par l'orientation sexuelle ou l'identité de genre perçue d'une personne. Cependant, un cinquième (19 %) des personnes interrogées lors de l'enquête sur les personnes LGBT dans l'UE menée par la FRA en 2012 (ci-après l'enquête de 2012) ont été victimes de harcèlement qu'elles estiment dû entièrement ou partiellement au fait d'être perçues comme une personne LGBT. Les États membres devraient mettre en œuvre de manière effective la directive sur les droits des victimes en ce qui concerne l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'expression de genre en garantissant notamment l'accès à la justice ainsi que les mécanismes d'indemnisation et de réparation pour les victimes, contribuant ainsi à la lutte contre toutes les formes de violence à l'encontre des personnes LGBT.

Un cinquième (22 %) des actes de violence les plus graves dont ont été victimes les personnes interrogées au cours des 12 mois précédant l'enquête de 2012, qui sont dus au fait que la victime est LGBT, ont fait l'objet d'une plainte déposée à la police. Seuls 6 % des incidents équivalents de harcèlement ont été portés à l'attention de la police. L'une des raisons du manque de données sur ces types d'incidents est que les victimes de discrimination ou de violence fondée sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre ou les caractéristiques sexuelles sont réticentes à porter plainte parce qu'elles doutent que cela changera quelque chose. Les efforts des États membres de l'UE devraient comprendre le renforcement de la confiance entre les personnes LGBTI et les services répressifs, par exemple en dispensant des formations et en élaborant des lignes directrices/manuels à l'intention de la police, des procureurs et des magistrats sur la manière d'aider/de soutenir les personnes qui sont victimes de crime de haine en raison de leur orientation sexuelle et/ou identité de genre perçue.

Il n'existe encore aucune approche uniforme de collecte des données relatives à la discrimination et à la victimisation fondées sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et les caractéristiques sexuelles. Les États membres sont dès lors encouragés à veiller à ce que des données quantitatives pertinentes, sous la forme d'enquêtes régulières et de données officielles enregistrées par les autorités, soient collectées et analysées pour surveiller ce type de discrimination et de victimisation criminelle.

Respecter les droits fondamentaux des personnes intersexuées

Le manque de données pertinentes constitue également un problème clé dans l'analyse de la situation des droits fondamentaux des personnes intersexuées. Cette situation est fortement marquée par le fait qu'un grand nombre d'États membres de l'UE imposent que les nouveau-nés soient déclarés et enregistrés légalement comme étant de sexe masculin ou féminin. Dans au moins 21 États membres, les opérations chirurgicales de « normalisation » sexuelle sont pratiquées sur des enfants intersexués de sorte que leurs caractéristiques sexuelles correspondent à l'une de ces deux options. Dans huit États membres, un représentant légal peut consentir à des interventions médicales de « normalisation » sexuelle indépendamment de la capacité de l'enfant à prendre une décision. Dix-huit États membres exigent le consentement du patient, pour autant que l'enfant soit en mesure de décider.

Les professionnels du droit et de la médecine ne sont souvent pas suffisamment informés d'importants aspects, relatifs à leur travail, des droits fondamentaux des personnes intersexuées et, en particulier, des enfants. La mention du genre sur les documents d'identité et dans les registres de naissance ne répond en grande partie pas aux besoins des personnes intersexuées et peut en réalité soutenir la pratique de traitements médicaux de « normalisation » sexuelle sur les personnes intersexuées sans leur consentement éclairé. Du fait que l'intersexualité concerne les caractéristiques (sexuelles) physiques d'une personne, en vertu du droit de l'UE, les personnes intersexuées sont mieux protégées par les interdictions de la discrimination fondée sur le sexe que sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre.

Avis de la FRA

Des alternatives à la mention du genre dans les documents d'identité devraient être envisagées pour protéger les personnes intersexuées. La possibilité d'inclure une mention de genre « neutre » pourrait également être envisagée. Cela est particulièrement important pour les déclarations/actes de naissance dans des situations où le sexe d'un nouveau-né n'est pas clair.

Les États membres de l'UE devraient éviter les traitements médicaux de « normalisation sexuelle » sur des personnes intersexuées sans leur consentement libre et éclairé. Cela contribuerait à prévenir les violations des droits fondamentaux des personnes intersexuées, notamment par des pratiques aux conséquences irréversibles.

Les professionnels du droit et de la médecine devraient être mieux informés des droits fondamentaux des personnes intersexuées et, en particulier, des enfants.

Traiter les personnes LGBTI sur un pied d'égalité dans le contexte de la libre circulation, du regroupement familial et de l'asile

En ce qui concerne le traitement des personnes LGBTI dans les contextes de la libre circulation, du regroupement familial et de l'asile, il convient de rappeler que le droit de l'UE régit la libre circulation des citoyens de l'UE et des membres de leurs familles, le regroupement familial pour les ressortissants de pays tiers dans les États membres de l'UE, et l'asile et la protection temporaire des personnes qui ont besoin d'une protection internationale.

La Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (directive sur la libre circulation) ne fait pas de distinction entre les époux de même sexe ou de sexe différent. Tous les États membres de l'UE sont donc obligés de les traiter de manière égale aux fins de l'entrée et du séjour.

Le fait de savoir si les personnes LGBTI sont traitées comme des « membres de la famille » dans ces contextes dépend des directives qui définissent qui peut être considéré comme un « membre de la famille » à leurs fins. Toutes les directives comprennent les partenaires enregistrés et les époux dans leurs définitions d'un « membre de la famille ». Cela comprend les couples de même sexe dans les États membres qui reconnaissent ces couples dans leur législation nationale. Ce n'est toutefois pas le cas de tous les États membres de l'UE, ce qui entraîne des conséquences négatives pour l'exercice de la liberté de circulation des citoyens de l'UE.

En octobre 2015, 11 États membres de l'UE autorisaient le mariage entre personnes de même sexe (soit six de plus qu'en 2010). 12 États membres de l'UE ne font pas de distinction entre les couples de même sexe et les couples de sexe différent de citoyens de l'UE étrangers aux fins des droits d'entrée et de séjour. Sept autres États membres qui n'autorisent pas le mariage entre personnes de même sexe considèrent les époux de même sexe qui se sont mariés à l'étranger comme des partenaires enregistrés aux fins visées ci-dessus. Dix-neuf États membres de l'UE octroient des droits d'entrée et de séjour aux partenaires enregistrés de même sexe. Dans d'autres États membres, la situation n'est pas claire, en raison soit de l'absence d'une législation, soit de dispositions contradictoires.

Tous les États membres de l'UE sont obligés de faciliter l'entrée et le séjour des partenaires de fait de citoyens de l'UE, pour autant qu'une « relation durable » entre

eux soit « dûment attestée ». Cette disposition étant vague, sa mise en œuvre au niveau national varie.

Onze États membres de l'UE traitent les époux de même sexe et de sexe différent de manière égale aux fins du regroupement familial. Dix-sept États membres octroient des droits de regroupement familial aux partenaires de même sexe des ressortissants de pays tiers. Onze États membres de l'UE semblent ne pas étendre les droits au regroupement familial aux partenaires non mariés des regroupants, qu'ils soient de même sexe ou non. Enfin, 11 États membres de l'UE ne font pas de différence entre les époux de même sexe et de sexe différent des demandeurs d'asile. Les partenaires enregistrés de même sexe semblent jouir du droit de séjour dans 16 États membres.

Avis de la FRA

La majorité des États membres de l'UE reconnaissent officiellement les relations de couple entre personnes de même sexe en tant que relations familiales et y attachent les conséquences légales. Pour garantir la protection égale des droits des personnes LGBTI dans les domaines pertinents du droit de l'UE, et plus particulièrement les prestations sociales liées à l'emploi pour les partenaires, la libre circulation des citoyens de l'UE et le regroupement familial des réfugiés et des ressortissants de pays tiers, les institutions et les États membres de l'UE devraient envisager d'intégrer de manière explicite les partenaires de même sexe, qu'ils soient mariés, enregistrés, ou conjoints de fait, dans la définition du « membre de la famille ». Plus particulièrement, dans le contexte de la libre circulation, cela pourrait être réalisé en adoptant de manière explicite le principe du « pays d'origine » déjà établi dans d'autres domaines du droit de l'UE.

Dans les domaines d'action de l'UE relatifs à la reconnaissance mutuelle des effets de certains documents d'état civil et à la suppression des formalités de légalisation de documents entre les États membres, les institutions et les États membres de l'UE devraient veiller à ce que les problèmes pratiques auxquels sont confrontés les couples de même sexe et les personnes trans soient abordés, par exemple, en considérant le principe de conflit des lois de la législation du lieu où l'acte a été établi, conjointement avec l'interdiction de « double réglementation ».

Les États membres de l'UE devraient veiller à ce que les effets des documents d'état civil soient mutuellement reconnus, de sorte que les couples de même sexe et les personnes trans puissent exercer leur liberté de circulation et le droit au regroupement familial sur un pied d'égalité avec les autres personnes. Cela pourrait être facilité par l'adoption de la Proposition de la Commission européenne de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

Garantir la protection internationale et l'asile pour les personnes LGBTI

En ce qui concerne les personnes LGBTI qui arrivent elles-mêmes dans l'UE à la recherche d'une protection internationale, il convient de noter que l'inclusion de l'identité de genre et de l'orientation sexuelle dans la définition d'un « certain groupe social » en vertu de la Directive 2011/95/CE concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection [directive relative aux conditions requises (refonte)], a également résulté en leur inclusion en tant que motif de persécution justifiant une protection internationale. Un seul État membre de l'UE ne traite pas de manière explicite la persécution fondée sur l'orientation sexuelle comme motif d'une telle protection.

Des informations moins nombreuses sont disponibles sur l'identité de genre en tant que motif d'octroi de la protection internationale. Des 22 États membres de l'UE qui ont mis en œuvre la directive relative aux conditions requises (refonte), au moins cinq ont inclus de manière explicite l'identité de genre en tant que motif dans leur législation.

La CJUE a statué sur des aspects clés de l'évaluation des demandes d'asile sur la base du motif protégé de l'orientation sexuelle. Elle a établi les principes suivants :

- lorsqu'une personne qui demande une protection internationale en raison de son orientation sexuelle fuit un pays dans lequel les actes librement consentis entre personnes du même sexe sont passibles de sanctions pénales, cette personne doit être considérée comme un membre d'un « certain groupe social » aux fins de l'octroi de la protection internationale ;
- lorsque la sanction pénale pour des actes entre personnes du même sexe est l'emprisonnement et que cette sanction est appliquée dans le pays d'origine, la sanction elle-même peut constituer un « acte de persécution » ;
- les autorités compétentes en matière d'asile ne peuvent attendre d'un demandeur qu'il dissimule son orientation sexuelle dans son pays d'origine, ni qu'il fasse preuve de réserve dans l'expression de son orientation sexuelle ;
- durant les procédures d'asile, le statut individuel ainsi que la situation personnelle d'un demandeur d'asile doivent être prises en considération ;

- des questions détaillées sur les pratiques sexuelles ne sont pas autorisées ;
- l'absence de réponse d'un demandeur d'asile à des questions stéréotypées ne peut en soi être utilisé pour conclure que les déclarations du demandeur relatives à son orientation sexuelle ne sont pas crédibles ;
- les autorités compétentes en matière d'asile ne peuvent autoriser des éléments de preuve tels que l'exécution par les demandeurs d'asile d'actes démontrant leur orientation sexuelle ;
- les autorités compétentes en matière d'asile ne peuvent soumettre les demandeurs d'asile à des « tests » visant à démontrer leur orientation sexuelle, ni accepter des demandeurs des éléments de preuve tels que des films de leurs actes intimes ;
- la divulgation tardive de l'orientation sexuelle ne peut en soi mener à la conclusion que les déclarations d'un demandeur relatives à son orientation sexuelle manquent de crédibilité.

Les autorités compétentes en matière d'asile dans les États membres de l'UE ont l'obligation de mettre en œuvre les décisions de la CJUE. Dans les affaires d'asile nationales sur lesquelles il a été statué avant que la CJUE ne rende son dernier arrêt pertinent (en décembre 2014), les autorités compétentes en matière d'asile et les tribunaux demandaient fréquemment aux demandeurs, par exemple, de cacher leur orientation sexuelle ou de déménager dans d'autres parties de leur pays d'origine au lieu de leur octroyer une protection internationale.

Avis de la FRA

Les États membres, institutions et agences de l'UE devraient mettre en œuvre les normes fixées par les arrêts de la CJUE pour protéger de manière adéquate les droits des personnes LGBTI qui demandent une protection internationale. Lors du traitement des demandes d'asile, les autorités compétentes en la matière ne devraient pas utiliser de questions stéréotypées ni « tester » l'orientation sexuelle des personnes. La divulgation tardive de l'orientation sexuelle ne peut en soi être considérée comme la preuve d'un manque de crédibilité. Les demandeurs ne peuvent être tenus de dissimuler leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine.

Au vu de la référence à l'identité de genre dans la directive relative aux conditions requises (refonte), les États membres de l'UE devraient traiter la persécution fondée sur l'identité de genre comme une justification d'octroi de la protection internationale.

Favoriser un cadre d'action global

Au vu des constatations visées ci-dessus, un cadre d'action global harmonisé, avec des étapes claires, contribuerait grandement à coordonner les futures activités au niveau de l'UE en faveur du respect des droits des personnes LGBTI.

Avis de la FRA

La coordination des futures activités au niveau de l'UE devrait être basée sur une approche synergique qui mobilise des outils de coordination législative, financière et politique, tant à court terme qu'à long terme. Le groupe de haut niveau sur la non-discrimination, l'égalité et la diversité de la Commission européenne, qui rassemble les services de la Commission et des représentants de tous les États membres de l'UE, pourrait servir de point central de cette coordination. Un plan d'action convenu sur les questions relatives aux personnes LGBTI du groupe de haut niveau contribuerait à rationaliser les travaux et à créer un sentiment d'engagement commun entre les niveaux de l'UE et des États membres.

Introduction

Le présent rapport se base sur une analyse comparative de la situation juridique des droits fondamentaux des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées dans l'Union européenne (UE), ce domaine relevant de la compétence de l'UE. Il fournit un aperçu des évolutions juridiques et des tendances au sein de l'UE à partir de 2010, et actualise deux rapports précédents de l'agence : *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les États membres de l'UE : partie I – Analyse juridique*, publiée en juin 2008 (le rapport de 2008) ; et *Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre – Mise à jour 2010 – Analyse juridique comparative* publiée en 2010 (le rapport de 2010).

Il convient de lire cette analyse juridique en parallèle avec le rapport de la FRA sur les principaux résultats de l'enquête sur les personnes LGBT dans l'UE (*EU LGBT survey – Main results*), publié en octobre 2014, et le rapport intitulé Être « trans » dans l'UE – Analyse comparative des données de l'enquête sur les personnes LGBT dans l'UE (*Being Trans in the EU – Comparative analysis of the EU LGBT survey data*), publié en décembre de la même année. L'enquête était la première à fournir des données comparatives au niveau de l'UE sur les expériences et perceptions quotidiennes des personnes LGBT.

Le rapport traite tout d'abord de l'accès au changement de genre des personnes trans et à sa reconnaissance juridique, et aborde des aspects tels que le sexe mentionné dans des documents officiels et le droit de se marier et de changer de nom. Il se penche ensuite sur le principe de non-discrimination et la promotion de l'égalité dans le domaine de l'emploi, notamment la discrimination et l'identité de genre, ainsi que l'accès aux prestations sociales liées à l'emploi pour les partenaires. Il analyse également la mise en œuvre et l'application de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et la position des églises et d'autres organisations religieuses ou fondées sur une certaine éthique dans le cadre du régime établi par la directive. Il s'ensuit une discussion sur la jurisprudence nationale et de la CJUE sur la discrimination et le mandat des organismes de promotion de l'égalité, ainsi que sur le rôle des ONG LGBTI et des syndicats dans le cadre de la directive.

Le rapport aborde également les droits fondamentaux des personnes LGBTI dans les lieux publics au sein de l'UE, leur jouissance sans discrimination de leur droit à la liberté d'expression et de réunion, et leur protection contre les abus et la violence. Cela comprend les marches des fiertés et la liberté de réunion, les interdictions de diffusion d'informations sur l'homosexualité

ou l'expression LGBTI dans la sphère publique, et la protection contre les manifestations et les violences homophobes et transphobes par le droit pénal.

Le rapport examine ensuite la situation des droits fondamentaux des personnes intersexuées. Bien qu'un certain nombre d'évolutions ces dernières années au niveau de l'UE aient contribué à une meilleure compréhension de certains des problèmes auxquels sont confrontées les personnes intersexuées, ceux-ci sont toujours traités en grande partie comme des problèmes médicaux qui ne relèvent pas du contrôle public. Par conséquent, ce rapport présente des éléments de preuve comparatifs initiaux de la discrimination dont sont victimes les personnes intersexuées dans l'UE, en mettant l'accent sur le sexe mentionné dans les documents officiels et les interventions médicales pratiquées sur des enfants pour « normaliser » leur sexe. Ce chapitre a été publié initialement en mai 2015 en tant que « focus » conjointement avec le document thématique publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les personnes intersexes,¹ qui s'est également appuyé sur des données collectées pour le présent rapport.

Il examine également le statut des personnes LGBTI en tant que « membres de la famille » dans les contextes de la libre circulation, du regroupement familial et de l'asile, en accordant une attention particulière aux enfants des couples de même sexe.

Enfin, le rapport se consacre à la situation des droits fondamentaux des personnes LGBTI qui recherchent une protection internationale/l'asile dans l'UE, et aborde, entre autres, l'orientation sexuelle et l'identité de genre en tant que motifs de reconnaissance du statut de réfugié dans l'UE, la jurisprudence pertinente, et les questions relatives à la protection internationale des personnes LGBTI, telles que la validité des critères d'évaluation des demandes d'asile.

Le présent rapport est fondé sur des informations collectées par la FRA dans les 28 États membres de l'UE par l'intermédiaire de Franet, le réseau de recherche pluridisciplinaire de l'agence. Le réseau est composé de contractants qui, dans chaque État membre de l'UE, fournissent à la FRA des données et analyses afférentes aux droits fondamentaux. À la suite d'une réunion d'experts organisée dans les locaux de la FRA, de précieuses contributions ont également été apportées à la recherche par la Commission européenne, le Bureau

¹ Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme (2015), *Droits de l'homme et personnes intersexes*, avril 2015.

européen d'appui en matière d'asile (EASO), le Conseil de l'Europe, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), les organisations de la société civile, et les experts juridiques et praticiens du droit.

Depuis 2010, la FRA participe également deux fois par an à un dialogue structuré sur les problématiques des personnes LGBTI avec un certain nombre de partenaires clés, dont un réseau des points focaux gouvernementaux LGBTI et des organisations de la société civile. Plus récemment, en octobre 2014, la Présidence italienne du Conseil de l'UE a organisé, en collaboration avec la FRA, une conférence de haut niveau sur le thème « Lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

et l'identité de genre : prochaines étapes dans l'élaboration des politiques de l'UE et des États membres », reflétant le nouveau dynamisme des institutions de l'UE pour lutter contre les problèmes auxquels de nombreuses personnes LGBTI sont toujours confrontées en Europe.

Pour compléter le présent rapport, la FRA publiera en 2016 un rapport sur les perceptions et les expériences des agents publics et des fonctionnaires relatives au respect, à la protection, à la promotion et à l'exercice des droits fondamentaux des personnes LGBT, fondé sur une recherche sociologique réalisée dans 19 États membres de l'UE.



1

L'accès au genre souhaité et la reconnaissance juridique de celui-ci



Le présent chapitre examine les principales évolutions qui ont eu lieu depuis 2010 sur deux questions juridiques centrales relatives à la réassignation sexuelle. La première concerne l'accès au traitement de conversion sexuelle et à sa reconnaissance juridique. La deuxième porte sur la possibilité de corriger le sexe et le nom indiqués sur les documents officiels, ce qui entraîne des conséquences juridiques en ce qui concerne la possibilité de se marier ou de rester marié. Ces questions ont des conséquences importantes pour la protection des personnes trans en vertu du droit de l'UE. Les personnes trans qui ont recouru ou qui recourent à la chirurgie de changement de genre sont protégées en vertu du droit de l'UE, indépendamment du fait que leur sexe enregistré ait été corrigé ou non (voir la section 2.1.2).²

Une remarque préliminaire sur la terminologie : le terme « personne trans » désigne les personnes qui se perçoivent d'une façon contraire aux attentes liées au genre (homme ou femme) qui est socialement présumé correspondre à leur sexe (masculin ou féminin). Ce terme général englobe, entre beaucoup d'autres, les personnes transgenres, transsexuelles et travesties. Le terme « transsexuel » est utilisé de façon plus spécifique pour désigner une personne qui a eu recours, souhaite avoir recours, ou qui a recours à une opération de réassignation sexuelle. Cependant, les termes et notions relatifs à cette question varient

dans les différents contextes nationaux et continuent de faire débat.³ Enfin, conformément aux principes de Jogjakarta, utilisés comme source faisant autorité par, notamment, la Cour européenne des droits de l'homme, le terme « identité de genre » désigne :

« [...] 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 conduire. »⁴

La discrimination fondée sur l'« identité de genre » peut donc découler de perceptions sociales et de normes juridiques traditionnelles en raison de la qualité trans de la victime. Le présent rapport fait référence au « sexe » pour toute question relative à l'identité biologique d'une personne, et au « genre » pour l'identité psychologique ou sociale d'une personne.

Comme indiqué ci-dessous, des progrès en vue d'une meilleure compréhension des questions d'identité de genre ont lentement été réalisés dans l'UE depuis la publication du rapport de 2010. Toutefois, comme le montre l'enquête de 2012, ces efforts ne sont pas

² Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), C-13/94, P. c. S et Cornwall County Council, 1996 ; CJUE, C-117/01, K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health, 2004 ; CJUE, C-423/04, Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, 2004 ; voir également : Commission européenne (2015), Rapport sur l'application de la Directive 2004/113/CE du Conseil 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, COM(2015) 190 final, Bruxelles, 5 mai 2015, p. 4.

³ Voir par exemple la déclaration de mission de Transgender Europe (tgeu.org/). La position des personnes intersexuées est abordée séparément au chapitre 4.

⁴ Les principes de Jogjakarta (2007) sont un ensemble de principes relatifs à l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, voir les *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*.

nécessairement traduits en améliorations de la vie des personnes trans, nombre d'entre elles étant souvent marginalisées et persécutées, et confrontées aux stigmates sociaux, à l'exclusion et même à la violence.⁵

1.1. « Dépathologisation » de la non-conformité de genre

Développement majeur

- On constate une prise de conscience croissante du fait que les personnes trans ne devraient plus être traitées comme si elles souffraient d'une pathologie et que la reconnaissance juridique du genre ne devrait pas nécessiter le diagnostic d'un trouble de l'identité de genre.

Depuis la publication du rapport de 2010, les organes juridiques et scientifiques ont pris d'importantes mesures pour dépathologiser le transsexualisme et le transgendérisme. Traditionnellement, les termes utilisés pour le diagnostic facilitaient les soins cliniques et l'accès à la prise en charge par l'assurance des soins de santé dans de nombreux États membres. Cependant, ces termes peuvent également avoir un effet stigmatisant. Par conséquent, dès 2009, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a publié un document thématique soutenant que « [d]u point de vue des droits de l'homme et de la santé, il n'est en rien nécessaire de diagnostiquer un trouble mental pour donner accès à un traitement lorsque le besoin s'en fait sentir ».⁶ Cette position a ensuite été adoptée par le Parlement européen dans sa résolution du 28 septembre 2011 sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre aux Nations Unies.⁷

Depuis lors, la cinquième édition du Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM-5) publié par l'Association américaine de psychiatrie a remplacé le terme « trouble de l'identité de genre »

par « dysphorie de genre ».⁸ Dans le DSM-5, la non-conformité de genre n'est pas considérée en soi comme un trouble mental. Au contraire, la présence d'une souffrance cliniquement significative associée à l'état de la personne est l'élément crucial d'un diagnostic de dysphorie de genre.

Dans sa résolution du 4 février 2014 sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (le rapport Lunacek), le Parlement européen a réitéré que :

« La Commission devrait continuer de travailler avec l'Organisation mondiale de la santé en vue de retirer les troubles de l'identité de genre de la liste des troubles mentaux et du comportement, et de veiller à la reclassification desdits troubles en troubles non pathologiques lors des négociations sur la onzième version de la classification internationale des maladies (CIM 11) ».⁹

Dans la version bêta de la CIM-11 préparée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) - en cours de discussion au moment de la préparation du présent rapport - la section 7 concernant les troubles mentaux et du comportement n'inclut pas la catégorie « troubles de l'identité de genre ».¹⁰ Au contraire, l'OMS propose désormais une catégorie « incongruence de genre » dans la nouvelle section 6 « états liés à la santé sexuelle ».

Malgré ces évolutions, l'Institut national de médecine légale (*Institutul Național de Medicină Legală*, NILM) de Roumanie a adopté une nouvelle méthodologie d'évaluation des cas de « trouble de l'identité de genre (transsexualisme) » en 2013.¹¹ Cette méthodologie présuppose la nécessité d'une évaluation longue et détaillée par une commission médico-légale psychiatrique. Dans une communication avec la FRA, le NILM a déclaré que « le transsexualisme, contrairement à l'orientation sexuelle, [est] un trouble mental ».¹² Cela entendait donc qu'en Roumanie, les personnes transsexuelles seront toujours évaluées d'un point de vue psychopathologique.

5 FRA (2014), *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey - Main results*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne (Office des publications), p. 104.

6 Hammarberg T., Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (2009), *Droits de l'homme et identité de genre, document thématique*, CommDH/IssuePaper 2, 29 juillet 2009, p. 26.

7 Parlement européen (2011), *Résolution du 28 septembre 2011 sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies*, P7_TA(2011)0427, Bruxelles, point 16.

8 Coleman E. et al. (2012), *Standards of care for the health of transsexual, transgender, and gender-nonconforming people: Version 7*, Association mondiale des professionnels pour la santé transgenre. Pour de plus amples informations sur le DSM-5, voir www.dsm5.org.

9 Parlement européen (2014a), *Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (rapport Lunacek)* ; P7_TA(2014) 0062, Bruxelles, 4 février 2014, p. 8, para. E.ii.

10 La version bêta de la CIM-11 peut être consultée à : apps.who.int/classifications/icd11/browse/l-m/en.

11 Roumanie, Institutul Național de Medicină Legală (2013), *Scrisoarea metodologică privind desfășurarea expertizelor medico-legale psihiatrice Revizuită 2*, Bucarest. Le document est disponible sur demande uniquement.

12 Lettre n° A8/172/2010/2014 du NILM à l'expert national FRANET.

D'après l'ONG Transgender Europe, en 2014, au moins 24 États membres de l'UE exigeaient le diagnostic d'un trouble de l'identité de genre pour donner accès aux opérations de réassignation sexuelle et/ou à la reconnaissance juridique du genre d'une personne.¹³ Ces pays étaient l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni et la Slovaquie. Il convient de noter que peu après la publication du rapport de Transgender Europe, le Danemark a adopté une législation autorisant la reconnaissance juridique du genre pour les personnes trans sur la seule base de leur autodétermination, supprimant ainsi l'exigence d'un diagnostic médical.¹⁴ À Malte, la loi sur l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles adoptée en avril 2015 ne requiert pas de diagnostic médical. Au contraire, la modification du genre enregistré est devenue un droit que toute personne peut exercer sur la base de l'autodétermination de l'identité de genre.¹⁵

Une légère tendance à la dépathologisation de la non-conformité de genre avait déjà été documentée dans le rapport de 2010 en ce qui concerne la Suède, qui a dépathologisé la non-conformité de genre en 2009, et la France, qui a supprimé la transsexualité de la liste des affections psychiatriques de longue durée en 2010.¹⁶ Depuis lors, au moins deux autres États membres se sont éloignés du traitement de la variance de genre comme trouble psychiatrique. En 2011, en Allemagne, un groupe de travail composé de plus de 30 organisations et personnes a rédigé une liste des modifications demandées de la loi sur les personnes transsexuelles (*Transsexuellengesetz*, TSG).¹⁷ Le groupe a critiqué

la TSG parce que celle-ci exigeait un diagnostic médical de transsexualité, et a recommandé l'abolition de l'exigence de deux avis d'expert attestant la transsexualité d'une personne comme prérequis pour le changement de nom ou de sexe sur les documents officiels. L'agence fédérale de lutte contre les discriminations a accueilli favorablement ces recommandations et les a soutenues.¹⁸ En 2013, le gouvernement hongrois a demandé à son organe consultatif, la section et le conseil psychiatrie et psychothérapie du collège professionnel de la santé, de rendre un avis sur la pathologisation du transsexualisme. Cet avis affirmait que le transsexualisme ne pouvait être considéré comme un trouble mental.¹⁹

En Pologne, le projet de loi sur la conformité de genre²⁰ a été présenté au Parlement en janvier 2013, et visait à créer une procédure formelle de reconnaissance du genre dans ce pays. Toutefois, après l'adoption par le Parlement de la législation, le Président polonais a mis son veto.²¹

1.2. Accès à la réassignation sexuelle

Développement majeur

- Dans certains États membres de l'UE, la chirurgie de conversion sexuelle n'est pas disponible, dans d'autres son accès reste problématique.

En ce qui concerne l'accès effectif au traitement de conversion sexuelle, aucune information n'existe sur le nombre, le cas échéant, d'interventions chirurgicales ou médicales qui ont été pratiquées récemment sur des personnes trans ou intersexuées à Chypre, en Croatie, au Luxembourg ou en Slovaquie. On ignore s'il existe suffisamment d'experts médicaux capables de mener à bien de tels traitements chirurgicaux complexes dans ces pays. En Lituanie, les personnes trans peuvent uniquement avoir recours à des opérations de conversion sexuelle à l'étranger et ensuite obtenir des jugements des tribunaux nationaux ordonnant aux services de registre de modifier leurs documents d'identification

13 Transgender Europe (2014a), *Trans Rights Europe Map, 2014*, 15 avril.

14 Danemark, Projet de loi modifiant la loi sur le système d'enregistrement des actes de l'état civil (octroyant des numéros d'état civil aux personnes s'identifiant comme étant du genre opposé) [*Udkast til forslag om lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister (Tildeling af nyt personnummer til personer, der oplever sig som tilhørende det andet køn)*]. Voir le [texte des modifications de la loi sur le système d'enregistrement des actes de l'état civil](#).

15 Malte, Loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre d'une personne et la régulation des effets d'un tel changement, ainsi que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles d'une personne (*Att għar-rikonoxximent u registrazzjoni tal-ġeneru ta' persuna u sabiex jirregola l-effetti ta' dik il-bidla, kif ukoll għarrikonoxximent u l-protezzjoni tal-karatteristiċi tas-sess ta' persuna*), 2 avril 2015, art. 3 et 4.

16 Les questions d'identité de genre se trouvent désormais dans la catégorie « affections de longue durée » relative aux « pathologies sévères » ou « invalidantes » (ALD 31), comme proposé par la Haute autorité de santé, HAS.

17 Allemagne, Agence fédérale de lutte contre les discriminations (*Anti-Diskriminierungsstelle des Bundes*, ADS) (2010), *Benachteiligung von Trans*Personen im Arbeitsleben*.

18 Allemagne, ADS (2012), *Communiqué de presse*, 24 septembre 2012.

19 Hongrie, Ministère des Ressources humaines (2014), lettre n° 12460-7/2014/NEUF en réponse à une demande d'information formulée par le Comité Helsinki hongrois, 12 mars 2014.

20 Pologne, Projet de loi sur la conformité de genre (*Projekt ustawy z dnia 3 stycznia 2013 o uzgodnieniu płci*), 3 janvier 2013.

21 Pologne, Président de la République de Pologne (2015), *Ustawa o uzgodnieniu płci – do ponownego rozpatrzenia*.

personnelle et leurs actes de naissance.²² Plusieurs personnes ayant suivi ces procédures ont poursuivi l'État lituanien pour préjudice moral causé par les longues procédures nationales et l'absence de réglementation légale sur le changement de genre. Depuis la publication du rapport de 2010, une indemnité pour préjudice moral (non pécuniaire) a été octroyée dans au moins deux affaires.²³

Aux Pays-Bas, aucun problème relatif à l'accès aux opérations de changement de sexe n'a jusqu'à présent été signalé. Cependant, le centre médical de l'Université libre d'Amsterdam, le principal centre pratiquant des opérations sur des personnes trans (85 %), a annoncé en 2014 qu'il ne disposait pas d'un financement suffisant pour traiter de nouveaux patients.²⁴

L'accès aux traitements médicaux relatifs à la conversion sexuelle des personnes trans qui sont détenues ou en garde à vue semble représenter un problème particulier. En Italie par exemple, les opérations de conversion sexuelle sont pratiquées gratuitement dans les hôpitaux publics, si celles-ci sont autorisées par les autorités judiciaires. Cependant, en 2011, l'accès aux thérapies connexes a initialement été refusé à une personne trans détenue, car l'administration régionale (responsable de la prestation de soins de santé) et l'administration des services pénitentiaires ne s'étaient pas accordées sur un protocole. Dans le jugement, le juge de surveillance (*Giudice di Sorveglianza*) de Spolète a clarifié que, même en l'absence d'un accord bilatéral formel avec les services pénitentiaires, les administrations régionales sont obligées de fournir des services de santé gratuitement.²⁵ Au Royaume-Uni, une affaire de 2013 impliquait une personne détenue dans une prison pour détenus de sexe masculin, qui a commencé à s'identifier en tant que femme.²⁶ Elle n'était pas en mesure d'obtenir un certificat de reconnaissance du genre étant donné qu'elle n'avait pas vécu librement en tant que femme depuis au moins deux ans. La personne s'est plainte de discrimination, l'accès à certains objets qu'elle jugeait essentiels à l'expression de son identité de genre, comme une perruque ou des produits d'épilation, lui ayant été refusé pour des raisons de sécurité. Le tribunal a expliqué que, jusqu'à l'octroi d'un certificat de reconnaissance du genre, la

personne détenue ne pouvait être considérée comme une femme. Par conséquent, pour déterminer s'il y a eu discrimination, la situation de cette personne devait être comparée à celle d'un prisonnier qui n'avait pas l'intention de changer de genre. En recourant à ce critère, le tribunal a jugé qu'elle n'était pas victime de discrimination.

1.3. Reconnaissance juridique de l'identité de genre d'une personne

Développements majeurs

- On constate une tendance vers la normalisation et la simplification des procédures de reconnaissance juridique du genre dans les États membres de l'UE.
- Trois États membres de l'UE exigent uniquement l'autodétermination pour reconnaître l'identité de genre sur le plan juridique.
- L'accès à cette reconnaissance juridique pour les enfants reste difficile.

Dans la législation des États membres de l'UE, la réassignation sexuelle et la reconnaissance juridique du genre sont souvent traitées en parallèle. Toutefois, d'un point de vue juridique, elles restent deux étapes différentes dans la vie d'une personne trans. Par exemple, dans un jugement de 2013, le tribunal de Reggio d'Émilie, en Italie, a expliqué que, tant qu'une personne trans ne demande pas un changement de ses données à caractère personnel pour refléter son identité de genre, son mariage restera valide dans le pays, malgré le fait que les couples de même sexe n'ont pas accès au mariage, parce que dans ce cas spécifique, le mariage implique deux personnes de genres officiellement différents. Par conséquent, tant que ces deux personnes vivent ensemble et partagent une vie familiale, l'autorité compétente (*Questura*) ne peut enquêter sur leur vie privée.²⁷

Depuis la publication du rapport de 2010, au moins cinq États membres se sont orientés vers la simplification et la normalisation des procédures requises pour la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle (et son accès). La réforme en Irlande et la tentative de réforme en Pologne constituent des exemples de normalisation (décrits ci-dessous). En ce qui concerne la simplification, une loi a été approuvée en 2013 aux Pays-Bas et prévoit que toute personne âgée d'au moins 16 ans peut demander à l'office du registre municipal de modifier

22 Lituanie, Deuxième tribunal régional de Vilnius (*Vilniaus miesto 2 apylinkės teismas*) (2008), n° 2-1450-553/2008, 20 mars 2008.

23 Lituanie, Cour administrative suprême de Lituanie (*Lietuvos vyriausiosios administracinės teismas*) (2010) n° A858-1452/2010, 29 novembre 2010 ; Lituanie, Cour administrative suprême de Lituanie (2012), n° A502-1255/2012, 26 avril 2012.

24 Pays-Bas, NOS (2014), « *VUmc: Tijdelijke stop transgenders* », communiqué de presse, 4 janvier 2014.

25 Italie, Juge de surveillance de Spolète (*Giudice di Sorveglianza di Spoleto*) (2011), jugement du 13 juillet 2011.

26 Royaume-Uni, Haute Cour de justice, Division du banc de la Reine (2013), *Green, R (on the application of) c. Secretary of State for Justice*.

27 Italie, Tribunal de Reggio d'Émilie (*Tribunale di Reggio Emilia*) (2013), décision du 9 février 2013.

le sexe enregistré.²⁸ La seule exigence est une déclaration d'expert attestant que la personne qui demande un changement de sexe est convaincue qu'elle appartient au sexe opposé et a démontré à l'expert qu'elle comprend la portée et les implications de cette situation.

En 2014, le Danemark a adopté une législation permettant la reconnaissance juridique du genre pour les personnes trans sur la base de leur autodétermination.²⁹ Conformément à cette législation, qui a reçu un accueil favorable des militants des droits fondamentaux,³⁰ pour une reconnaissance juridique du genre, les critères sont: un âge minimum de 18 ans et une période d'attente de six mois. Le processus exige des demandeurs qu'ils requièrent le changement du genre juridique et confirment la demande six mois plus tard, mais n'exige aucune intervention médicale ni aucun avis ou diagnostic d'un expert externe. La législation danoise a été classée deuxième au monde (après l'Argentine) en ce qui concerne le niveau de simplification des procédures pertinentes, et peut être considérée comme une pratique encourageante dans l'UE à l'égard du respect de la recommandation 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 (paragraphe 20 et 21).³¹ Toutefois, la loi sur l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles adoptée en 2015 à Malte a simplifié davantage les exigences de reconnaissance juridique du genre. La modification du genre officiel requiert uniquement une déclaration devant un notaire selon laquelle l'identité de genre ne correspond pas au sexe attribué dans le registre de naissance.³² En Irlande,

à la suite de l'adoption de la loi sur la reconnaissance du genre de 2015, le processus de reconnaissance du genre est également fondé entièrement sur l'autodétermination de la personne concernée.³³

L'orientation lente, mais constante, vers un meilleur accès à la reconnaissance juridique du genre pour les enfants trans est une autre tendance positive qui a émergé depuis la publication du rapport de 2010. En Irlande, la loi sur la reconnaissance du genre autorise l'accès à cette dite reconnaissance pour les enfants de plus de 16 ans.³⁴ De même, conformément à la loi maltaise sur l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles, les enfants peuvent accéder à la reconnaissance juridique du genre par décision judiciaire.³⁵ En Suède, le ministre de l'Intégration a nommé un groupe d'experts du département des affaires sociales (*Socialdepartementet*) pour examiner si les personnes en Suède dont les identités sexuelles et de genre ne correspondent pas devraient être en mesure de modifier leur genre dans les documents officiels après leur seizième anniversaire. Cet examen a porté, par exemple, sur ce que les autorités doivent faire si un adolescent et ses parents sont en désaccord sur ce sujet.³⁶ Le Parlement polonais a adopté un projet de loi qui comprenait, entre autres, la possibilité d'entamer une procédure formelle de reconnaissance du genre pour les enfants de plus de 16 ans.³⁷ Toutefois, comme indiqué, le Président a émis son veto au projet de loi, empêchant la réalisation de progrès dans ce domaine.

Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a noté les difficultés qui existent dans ce domaine :

« Les enfants transgenres ou intersexes rencontrent des obstacles spécifiques dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination. En tant que mineurs, les adolescents transgenres peuvent avoir des difficultés à bénéficier de services de soins et d'accompagnement adaptés [...]. La reconnaissance juridique du sexe ou du genre des enfants transgenres ou intersexes reste très problématique dans la plupart des »

28 Pays-Bas, Loi portant modification du livre 1 du Code civil et de la loi relative aux données personnelles détenues par les administrations communales concernant la modification des conditions pour qu'une autorité change le sexe enregistré dans l'acte de naissance (*Wet van 18 december 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte*), 18 décembre 2013.

29 Danemark, Projet de loi modifiant la loi sur le système d'enregistrement des actes de l'état civil (octroyant des numéros d'état civil aux personnes s'identifiant comme étant du genre opposé).

30 Voir, par exemple, Transgender Europe (2014b), « Denmark goes Argentina! », déclaration, 11 juin 2014 ; Amnesty International (2014), « Le monde doit suivre l'exemple du Danemark après l'adoption d'une loi historique sur les personnes transgenres », 12 juin 2014. TGEU a toutefois critiqué l'exigence d'un âge minimum de 18 ans.

31 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2010a), *Recommandation CM/Rec(2010)5* du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 31 mars 2010.

32 Malte, Loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre d'une personne et la régulation des effets d'un tel changement, ainsi que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles d'une personne (*Att għar-rikonoxximent u registrazzjoni tal-ġeneru ta' persuna u sabiex jirregola l-effetti ta' dik il-bidla, kif ukoll għarrikonoxximent u l-protezzjoni tal-karatteristiċi tas-sess ta' persuna*), 2 avril 2015, art. 4 et 5.

33 Irlande, Loi sur la reconnaissance du genre (*Gender Recognition Act 2015*) de 2015, numéro 25, 22 juillet 2015.

34 *Ibid.*, p. 10.

35 Malte, Loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre d'une personne et la régulation des effets d'un tel changement, ainsi que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles d'une personne, 2 avril 2015, art. 8.

36 Suède, Conseil national de la santé et du bien-être (*Socialstyrelsen*) (2010), *Transsexuella och övriga personer med könsidentitetsstörningar: Rättsliga villkor för fastställelse av könstillhörighet samt vård och stöd*, 30 juin 2010, p. 10.

37 Pologne, Projet de loi sur la reconnaissance genre (*Projekt ustawy z dnia 3 stycznia 2013 o uzgodnieniu płci*), 3 janvier 2013. Le projet de loi correspondant a été adopté par le Parlement le 10 septembre 2015.

pays. Les enfants sont titulaires de droits et doivent être écoutés lors de la prise de décisions qui les concernent. Tout traitement destiné à attribuer un sexe ou un genre à une personne doit être fondé sur son consentement pleinement éclairé. »³⁸

Les sous-sections suivantes présentent les principaux changements survenus au cours de la période 2010-2014 en ce qui concerne la correction du sexe enregistré dans les documents officiels et le changement de nom ; elles indiquent également les évolutions de 2015 le cas échéant.

1.3.1. Correction du sexe enregistré sur les documents officiels et droit au mariage

Développements majeurs

- Dans de nombreux États membres de l'UE, il demeure difficile de corriger le sexe enregistré dans les documents officiels. Cela constitue un obstacle à la pleine reconnaissance juridique du genre.
- Le divorce obligatoire ou l'annulation du mariage est toujours requis pour la reconnaissance juridique du genre dans les États membres de l'UE qui n'autorisent pas le mariage entre personnes du même sexe.

En ce qui concerne la correction du sexe enregistré sur les actes de naissance et autres documents officiels, des évolutions positives ont eu lieu dans trois États membres en termes de préservation du droit des personnes trans à la vie privée. En Bulgarie, depuis 2011, lorsqu'un nouvel acte de naissance est délivré, l'ancien est annulé, de sorte que l'information sur l'ancien sexe ne soit plus visible.³⁹ Au Portugal, le Code du registre civil, tel que modifié par la loi 7/2011, établit que, lorsqu'un acte a été enregistré après le traitement de changement de genre, seules les parties intéressées, leurs héritiers de droit et les autorités judiciaires ou policières peuvent demander les actes complets ou leurs copies.⁴⁰ À Malte, à la suite de l'adoption de la loi sur l'identité de genre, l'expression de genre et les

caractéristiques sexuelles, les actes de naissance des personnes qui demandent le changement de sexe enregistré portent l'indication « genre corrigé ». L'accès au dossier complet est limité à la personne concernée, bien qu'il puisse être accordé à d'autres personnes à la suite d'une décision judiciaire.⁴¹

Après la reconnaissance juridique de leur genre, les personnes trans sont généralement autorisées à épouser une personne de sexe différent (comme mis en œuvre récemment à Malte,⁴² par exemple). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) reconnaît clairement ce droit.⁴³

Cependant, depuis la publication du rapport de 2010, des questions juridiques ont fait surface dans les États membres en ce qui concerne le rôle des tiers intéressés dans le processus, tels que les époux ou les membres de la famille dont les liens avec la personne trans précèdent le changement de genre de cette dernière. Au moins quatre États membres s'efforcent d'éviter ces problématiques en limitant le droit des personnes trans de faire pleinement reconnaître leur identité de genre et/ou le sexe acquis dans tous les documents officiels. En Pologne par exemple, une personne trans qui est mariée doit divorcer si elle souhaite avoir recours à un changement de genre et, si elle est la seule personne en charge des enfants, elle doit attendre qu'ils soient majeurs pour y procéder. S'il y a un autre parent, le tribunal transférera la garde à celui-ci. Dans son jugement le plus récent relatif à la reconnaissance juridique du genre, la Cour suprême polonaise a confirmé que le changement de genre d'une femme trans ne pouvait être reconnu juridiquement parce qu'elle avait eu accès à la réassignation sexuelle sans avoir informé les autorités au préalable qu'elle était mariée.⁴⁴ Le tribunal a remarqué que, si son genre avait été juridiquement reconnu, l'existence de son mariage violerait l'article 18 de la Constitution, selon lequel « [l]e mariage en tant qu'union d'une femme et d'un homme, la famille, la maternité et le statut de parents sont protégés par la République de Pologne ». ⁴⁵ En Hongrie, le décret sur

38 Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme (2014a), « Les enfants LGBTI ont droit à la sécurité et à l'égalité », *Le carnet des droits de l'homme*, Strasbourg.

39 Bulgarie, Loi sur le registre des citoyens (*Закон за гражданската регистрация*), 27 juillet 1999 (adoptée le 20 mai 2011), art. 81 a.

40 Portugal, Loi 7/2011, qui met en place les procédures relatives au changement de sexe et à l'adoption d'un nouveau nom à l'office de l'état civil (*Lei n.º 7/2011 que cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração do Código de Registo Civil*), 15 mars 2011.

41 Malte, Loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre d'une personne et la régulation des effets d'un tel changement, ainsi que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles d'une personne, 2 avril 2015, art. 6, para. 4, et art. 12, para. 1.

42 Malte, Loi modifiant de nouveau le Code civil (*Att tal-2013 biex jemenda l-Kodiċi Ċivili*), 12 juillet 2013. La loi modifie l'article 257B en introduisant une disposition stipulant que les annotations doivent contenir une référence au jugement ou à l'arrêt sans détailler les annotations et modifie également l'article 257C de sorte que la capacité de la personne à exercer le droit de se marier soit celle du sexe acquis.

43 Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, 11 juillet 2002, para. 103.

44 Pologne, Cour suprême (*Sąd Najwyższy*), I CSK 146/13, 6 décembre 2013.

45 *Ibid.*, p. 17.

les registres dispose que le changement de nom du parent n'est pas enregistré dans le registre de naissance de l'enfant si le changement de nom a été enregistré en lien avec le changement de genre.⁴⁶ Au Portugal, la loi 7/2011⁴⁷ a modifié le Code du registre civil,⁴⁸ qui prévoit désormais que les changements de sexe et les modifications des prénoms doivent être enregistrés dans les actes de naissance des personnes qui ont recours à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. Ces changements sont enregistrés dans les actes de naissance de leurs enfants adultes ou de leur époux ou partenaire respectif uniquement sur demande. Aux Pays-Bas, une solution différente a été conçue dans le cadre d'une affaire portant sur la pleine reconnaissance du genre d'une personne trans, y compris par rapport à son enfant. Une femme trans voulait être reconnue comme le père de son enfant ; bien que sa demande ait été rejetée, elle a néanmoins été considérée comme un « parent » et comme la mère biologique de l'enfant.⁴⁹

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a publié ses observations finales dans le cadre de son examen 2014 de l'Irlande, et note avec préoccupation que dans le nouveau projet de loi sur la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes approuvé par le gouvernement en juin 2014, les personnes trans mariées sont obligées de dissoudre leur mariage ou leur union civile existante pour pouvoir obtenir la reconnaissance officielle de leur genre de préférence.⁵⁰ Toutefois, à la lumière des résultats du référendum sur le mariage entre personnes du même sexe, l'obligation de « divorce obligatoire » sera abandonnée.⁵¹

Le divorce obligatoire ou l'annulation du mariage sont particulièrement courants dans les États membres qui n'autorisent pas le mariage des couples de même sexe. Cela entraîne des difficultés pour les personnes trans et leurs familles, le divorce imposant une charge émotionnelle et financière. Cela est confirmé, par exemple, par l'affaire *Hämäläinen c. Finlande*,⁵² dans laquelle les

requérantes ne voulaient pas dissoudre leur mariage et le convertir en partenariat enregistré pour motifs religieux. La CouEDH a jugé que les différences entre le mariage et le partenariat enregistré sont tellement mineures en Finlande qu'elles ne rendent pas le système finlandais défectueux du point de vue de l'obligation positive de l'État qui découle de l'article 8 de la CEDH. La Cour a notamment considéré trois éléments. Premièrement, en Finlande, la transformation d'un mariage en un partenariat enregistré n'est pas assimilable à un divorce. Les requérantes ne perdent aucun autre droit à la suite de la transformation, étant donné que la législation finlandaise dispose que tous les droits sont préservés.⁵³ Deuxièmement, la transformation ne nuit pas aux droits des enfants des requérantes, et ne modifie pas les droits et obligations des requérantes découlant du lien de filiation paternelle ou de parentalité.⁵⁴ Troisièmement, la transformation n'emporterait pas d'effets ou n'emporterait que des effets minimes sur la vie familiale de l'intéressée. La Cour a souligné que l'article 8 de la CEDH protège la vie familiale des partenaires de même sexe et de leurs enfants. Dès lors, il importe peu, du point de vue de la protection offerte à la vie familiale, que la relation de la requérante avec sa famille soit fondée sur des liens maritaux ou sur un partenariat enregistré.⁵⁵

Il convient de noter que cette affaire n'a pas été interprétée comme impliquant l'article 12 de la CEDH, qui protège le droit au mariage. L'affaire a été examinée sous l'angle de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), parce que les requérantes étaient déjà mariées.⁵⁶ Bien que les requérantes aient déclaré que la dissolution de leur mariage allait à l'encontre de leurs convictions religieuses, la CouEDH n'a pas pris en considération le fait de savoir si la transformation du mariage en partenariat civil serait contraire aux convictions des requérantes. Dans sa décision, la CouEDH a identifié au moins deux éléments qui créent une large marge d'appréciation pour les États membres : l'absence de consensus européen sur le mariage homosexuel,⁵⁷ et le fait que l'affaire en question « soulève indubitablement des questions morales ou éthiques délicates ».⁵⁸

D'un point de vue comparatif, il convient de souligner que, dans les États membres où les unions entre personnes du même sexe ne bénéficient pas de droits identiques (ou comparables) à ceux des couples mariés de sexe différent (voir le chapitre 4), après les divorces forcés, les époux et les enfants des personnes trans perdent les droits protégés par le mariage.

46 Hongrie, Décret-loi n° 17 de 1982 sur l'état civil, les procédures de mariage et les patronymes (1982. évi 17. törvényerejű rendelet az anyakönyvekről, a házasságkötési eljárásról és a névviselésről), art. 32, para. 4.

47 Portugal, Loi 7/2011, qui met en place les procédures relative au changement de sexe et à l'adoption d'un nouveau nom à l'office de l'état civil, 15 mars 2011.

48 Portugal, Décret-loi n° 131/95 approuvant le Code de registre civil (Decreto-Lei n° 131/95 que aprova o Código do Registo Civil), 6 juin 1995.

49 Pays-Bas, Cour d'appel de Leeuwarden (*Gerechtshof Leeuwarden*), affaire n° 200.058.760/01, ECLI:NL:GHLEE:2010:B08039, 23 décembre 2010.

50 Nations Unies (ONU), Comité des droits de l'homme (2014), *Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de l'Irlande*, n° CCPR/C/IRL/CO/4, Genève.

51 The Irish Times (2015), « Gender recognition Bill will drop 'forced divorce' clause », 3 juin 2015.

52 CouEDH, *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, Grande chambre, 16 juillet 2014.

53 Para. 84.

54 Para. 40.

55 Para. 85.

56 Para. 92.

57 Para. 53.

58 Para. 75.

Au moins sept États membres reconnaissent de plus en plus que les obligations de célibat et/ou de divorce obligatoire sont contraires aux droits fondamentaux des personnes trans. En France, un tribunal de première instance a refusé de reconnaître le droit d'une femme trans mariée avec trois enfants de changer de sexe dans les actes d'état civil, sur la base de l'interdiction de mariage entre deux personnes de même sexe qui existait alors.⁵⁹ En 2012, la cour d'appel est revenue sur cette décision et a conclu que le jugement sur le changement de sexe dans les actes d'état civil n'exerçait aucun impact sur le certificat de mariage et sur les actes de naissance des enfants. Toutefois, la loi sur le mariage entre deux personnes de même sexe ayant été promulguée en 2013, la question devrait probablement être considérée comme résolue.⁶⁰

En 2014, la Cour constitutionnelle italienne a déclaré anticonstitutionnelles les dispositions sur le divorce obligatoire dans la mesure où celles-ci ne prévoyaient aucune alternative pour les couples qui souhaitent que leur union soit reconnue après le changement de genre de l'une des deux personnes.⁶¹ Elle a réitéré que le Parlement avait l'obligation de régler les unions entre personnes de même sexe conformément à la Constitution italienne. En Suède, les obligations d'être citoyen suédois et non marié pour suivre un processus de conversion de genre ont été abolies en 2013.⁶² Avant qu'une nouvelle loi à cet égard entre en vigueur, et également en 2013, un jugement de la cour administrative d'appel de Stockholm a également aboli l'obligation de stérilisation,⁶³ créant un précédent juridique. En Finlande, le ministère des Affaires sociales et de la Santé (*Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriö/Social- och hälsovårdsministeriet*) a mis en place un groupe de travail en vue d'actualiser la loi sur la confirmation du genre des personnes transsexuelles (*Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta/Lag om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet*, Loi n° 563/2002).⁶⁴ Le groupe de travail avait pour mission de préparer les modifications législatives nécessaires pour abolir les obligations légales relatives à la stérilité et au célibat.

Au Royaume-Uni, depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le mariage (de couples de même sexe)⁶⁵ en mars 2014, une personne trans mariée en Angleterre et au Pays de Galles peut obtenir un certificat de pleine reconnaissance du genre sans devoir divorcer, à condition que l'époux consente au processus. Toutefois, l'obligation de consentement de l'époux est associée à l'obligation selon laquelle le demandeur doit avoir vécu avec le genre auquel il s'identifie depuis au moins deux ans avant de demander la reconnaissance du genre. Cela signifie que leur mariage était déjà dans la pratique un mariage entre personnes de même sexe depuis deux ans. Au contraire, en Écosse, la loi de 2014 sur le mariage et le partenariat civil prévoit la possibilité d'obtenir la reconnaissance du genre sans le consentement de l'époux.⁶⁶ Toutefois, les modifications les plus profondes ont été adoptées au Danemark et à Malte, respectivement en 2014 et 2015. En autorisant l'autodétermination, les deux pays ont levé toutes les autres obligations de reconnaissance juridique du genre, y compris celle relative au célibat.

1.3.2. Changement de nom

Développements majeurs

- Un nombre croissant d'États membres de l'UE offrent la possibilité de changer de nom afin de refléter le genre souhaité.
- La correction de certains documents, tels que les diplômes, reste difficile pour les personnes trans.

Le changement de nom, et plus particulièrement, l'acquisition d'un nom qui révèle un genre autre que celui attribué à la naissance, est généralement possible dans des circonstances exceptionnelles uniquement. Comme le montre le [tableau 1](#), le changement de nom nécessite souvent une preuve médicale indiquant que la réassignation sexuelle a eu lieu, ou requiert une reconnaissance juridique du changement de genre (indépendamment du fait que le traitement médical ait déjà eu lieu ou non).

59 France, Cour d'appel de Rennes, Décision n° 11/08743, 16 octobre 2012.

60 France, Loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, 17 mai 2013.

61 Italie, Cour constitutionnelle (2014), Jugement 170/2014, Rome.

62 Suède, Loi sur la détermination du sexe 1972:119 (*Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall*), 22 mai 2013.

63 Suède, Cour administrative d'appel (*Kammarrätten*) de Stockholm, Jugement 2012-12-19, affaire n° 1968-12, 19 décembre 2012.

64 Informations extraites du [site web du ministère des Affaires sociales et de la Santé](#).

65 Royaume-Uni, Parlement (2014), Loi sur le mariage (des couples de même sexe) de 2013, (considérant n° 2 et disposition transitoire), ordonnance 2014 (*The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (Commencement No. 2 and Transitional Provision) Order 2014*).

66 Royaume-Uni, Parlement écossais (2013), Projet de loi sur le mariage et le partenariat civil (Écosse) (*Marriage and Civil Partnership (Scotland) Bill*).

Depuis 2010, des évolutions positives sont survenues dans au moins trois États membres. En Espagne, la loi sur le registre d'état civil de 2011 a simplifié les procédures administratives visant à modifier le nom d'une personne (et l'ordre des noms).⁶⁷ En Croatie, la loi sur le nom personnel,⁶⁸ adoptée en 2012, permet aux citoyens de choisir leur prénom et/ou nom de manière autonome. Aucune approbation d'un organe administratif n'est requise, et la procédure relève des règles de protection des données à caractère personnel. En Suède, la cour administrative⁶⁹ a statué que les personnes âgées de plus de 18 ans ont le droit de déterminer leur prénom, indépendamment de leur sexe biologique ou du genre juridique. Par ailleurs, l'Office des brevets et des enregistrements (*Patent- och Registreringsverket*) a créé une liste de noms neutres qui peuvent s'avérer utiles lorsqu'un changement de nom est souhaité.

À Chypre, le département des archives de la population du ministère de l'Intérieur délivre de nouveaux actes de naissance portant les nouveaux noms (et le nouveau sexe) après les changements depuis 2002, bien que les anciens actes ne soient ni annulés ni abrogés, et soient conservés dans le dossier.⁷⁰

Les problématiques liées aux changements de nom surviennent dans un certain nombre de contextes, et pas uniquement en ce qui concerne les actes de naissance. Par exemple, les certificats d'enseignement et de formation sont particulièrement pertinents. La présentation de ces diplômes peut être requise lorsque la personne postule à un emploi. En 2010, l'Institut néerlandais des droits fondamentaux a rendu un avis affirmant que les prénoms des personnes trans devaient être modifiés sur les diplômes universitaires. Dans ce

cas, une université, s'appuyant sur la législation applicable, a initialement refusé de délivrer un nouveau diplôme à un homme trans, dans le but de lutter contre la fraude. L'Institut estimait que la disposition légale autorisait la délivrance de nouveaux diplômes dans des circonstances exceptionnelles, et ceci en était une.⁷¹ En Estonie, un rapport de 2012 démontre que, en raison de l'ambiguïté des dispositions pertinentes, la pratique est hétérogène et dépend de l'institution individuelle.⁷² En Hongrie, des questions relatives à la protection des données et au droit à la vie privée ont fait surface dans une affaire concernant une licence de pharmacie. L'Office de l'autorisation sanitaire et des procédures administratives a reconnu que l'utilisation de la procédure générale – qui implique la modification de l'ancienne licence plutôt que la délivrance d'une nouvelle – porte atteinte à la dignité humaine des personnes trans parce qu'elle expose leur historique personnel.⁷³

Toutefois, dans certains contextes, la continuité de l'identité juridique sert l'intérêt des personnes trans. Par exemple, en République tchèque, les numéros de naissance spécifiques au genre sont souvent utilisés pour les crédits et prêts hypothécaires ou par certaines institutions pour identifier une personne. En conséquence, alors que la loi sur les habitations et les numéros de sécurité sociale⁷⁴ autorise un changement de numéro de naissance, la question de savoir si l'introduction d'identifiants des résidents neutres du point de vue du genre constituerait une meilleure solution a été débattue.⁷⁵

Le **tableau 1** résume les obligations relatives à la correction d'un sexe ou d'un nom enregistré dans des documents officiels.

67 Espagne, Loi 20/2011 sur le registre d'état civil (*Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*), 21 juillet 2011.

68 Croatie, Loi sur le nom personnel (*Zakon o osobnom imenu*) (2012), Journal officiel 118/12.

69 Suède, Cour administrative d'appel (*Kammarrätten*) de Stockholm, affaire n° 2893-0928, septembre 2009.

70 Chypre, Loi sur les archives des données de la population n° 141(I)/2002 (26 juillet 2002), art. 40.

71 Pays-Bas, Institut néerlandais des droits de l'homme (*College voor de Rechten van de Mens*) (2010), avis 2010-175, 30 novembre 2010.

72 Estonie, Grossthal, K. et Meior, M. (2012), *Implementation of the Council of Europe Recommendation to Member States on Measures to Combat Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity: Compliance documentation report. Estonia*, Centre des droits de l'homme d'Estonie, p. 48.

73 Hongrie, Office de l'autorisation sanitaire et des procédures administratives (*Egészségügyi Engedélyezési és Közigazgatási Hivatal*) (2011), Décision n° 28326-004/2011/ELN, 8 août 2011. Pour un résumé détaillé, voir l'affaire *Trans pharmacist* en annexe I.

74 République tchèque, Loi sur les habitations et les numéros de sécurité sociale (*Zákon o evidenci občanů a rodnych číslech*), 12 avril 2000.

75 République tchèque (2005), Décision gouvernementale n° 340 du 23 mars 2005.

Tableau 1 : Obligations relatives à la correction d'un sexe ou d'un nom enregistré dans des documents officiels

Code pays	Intention de vivre selon le genre opposé	Test de la vie réelle	Diagnostic de dysphorie de genre	Traitement hormonal/ adaptation physique	Décision judiciaire	Avis médical	Chirurgie génitale engendrant une stérilisation	Divorce obligatoire/ automatique	Non modifiable	Remarques
AT	✓	✓	✓	✓		✓				
BE	✓			✓		✓	✓			Changement de nom possible sans opération de réassignation sexuelle
BG				?	✓	✓	?	✓		Seuls les documents d'identité peuvent être modifiés (lacune dans la législation)
CY						✓	✓	✓		Le divorce est prononcé automatiquement après quatre années de séparation
CZ	✓	✓	✓	✓		✓	✓	✓		
DE	✓	✓	✓	✓ / x	✓	✓	x	x		Une personne ne peut changer que le nom (« solution minimale ») ou le sexe enregistré (« solution maximale »). Dans les deux cas, la législation doit être révisée pour mettre en œuvre les décisions judiciaires.
DK							x	x		Les seules obligations consistent à attendre six mois et à avoir plus de 18 ans.
EE	✓	✓			✓	✓	✓	✓		
EL					✓	✓	✓	x Décision judiciaire		
ES			✓	✓		✓				
FI	✓	✓	✓			✓	✓	✓		Changement de nom possible sur simple notification, y compris avant la reconnaissance juridique du changement de genre. Lorsque l'appartenance à un genre est juridiquement reconnue, le mariage sera transformé, sans mesure distincte, en un partenariat enregistré, et le partenariat enregistré en mariage
FR			✓	✓	✓	✓	✓	x		Conditions fixées par la jurisprudence ; les procédures légales et médicales varient au sein du pays
HR	✓	✓	✓	✓	x	✓	x	?		La législation croate autorise la correction sur la base de deux motifs distincts : a) la vie avec une identité de genre différente et b) le changement de sexe. En conséquence, le traitement hormonal ou l'adaptation physique sera requis uniquement en cas de changement de sexe
HU						✓		✓		Aucune règle explicite. À l'exception de l'obligation de divorce, les exigences sont tirées de la pratique uniforme des ministères en charge de la santé et du registre
IE								✓		Irlande, Loi de 2015 sur la reconnaissance du genre, numéro 25 de 2015, 22 juillet 2015.
IT			✓	✓	✓	✓	✓	?		Le divorce obligatoire/automatique est déclaré anticonstitutionnel. Le Parlement doit promulguer une nouvelle législation
LT			✓	✓	✓	✓ (Le tribunal peut exiger un examen médical)	✓	✓		Aucune réglementation en vigueur. La jurisprudence nationale a changé à la lumière de l'affaire <i>L. c. Lituanie</i> . Toutes les données personnelles, y compris le nom, le sexe et le code personnel, peuvent être modifiées à la suite d'une décision judiciaire



Code pays	Intention de vivre selon le genre opposé	Test de la vie réelle	Diagnostic de dysphorie de genre	Traitement hormonal/adaptation physique	Décision judiciaire	Avis médical	Chirurgie génitale engendrant une stérilisation	Divorce obligatoire/automatique	Non modifiable	Remarques
LU	✓	?			✓					Les obligations spécifiques relèvent de la jurisprudence. La loi de 2014 sur le mariage a rendu l'obligation de divorce obsolète au début de 2015.* Dans la pratique, les personnes intéressées suivent un processus de conversion de genre en Allemagne, en Belgique ou en France.
LV						✓	✓ Le changement de nom est possible après un changement de genre.			L'avis médical est basé sur l'intention de vivre selon le genre opposé et sur un diagnostic de dysphorie de genre. Pour la rectification du sexe enregistré, le ministère de la Santé décide au cas par cas (critères non spécifiés).
MT	✓							x		
NL	✓	x	x	x	x	✓	x			
PL				✓	✓	✓		✓		Le projet de loi sur la reconnaissance du genre adopté par le Parlement le 10 septembre 2015 a fait l'objet d'un veto du Président le 2 octobre 2015.
PT	✓		✓			✓				
RO	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓			
SE	✓	✓				✓	x	x		Décision rendue par un conseil d'experts médicaux (<i>Rättsliga rådet</i>) plutôt que par un tribunal. Le changement de nom est possible via le bureau fiscal (<i>Skatteverket</i>) après le changement de genre.
SI						✓				Aucune formalité pour le changement de nom. La législation ne dispose uniquement que le changement de genre est inscrit dans le registre sur décision de l'autorité compétente, rendue sur la base d'une notification médicale démontrant qu'une personne a changé de genre. En conséquence, diverses obligations peuvent s'appliquer au sein du pays.
SK							✓	?		L'autorité étatique pertinente (bureau national) accorde le changement de nom sur demande accompagnée d'une confirmation d'un établissement médical.
UK	✓	✓	✓			✓		x		Pas de formalités pour le changement de nom
	14		12	12	10	24	12	8	0	

Notes : Ce tableau ne concerne pas les conditions à respecter pour pouvoir bénéficier d'un traitement de changement de genre. Cela signifie notamment que, dans la pratique, un diagnostic de dysphorie de genre pourrait être requis par les spécialistes médicaux en tant que condition préalable à un avis positif. Cette situation n'est pas illustrée par ce tableau, qui indique les conditions requises pour la reconnaissance juridique du changement de genre.

✓ = applicable ; ? = doute ; x = supprimé.

* Luxembourg (2012), *Pressedossier European LGBT survey*.

Source : FRA, 2015

2

La non-discrimination et la promotion de l'égalité dans le domaine de l'emploi



Ce chapitre comprend deux sections. La première traite des évolutions importantes survenues dans l'élaboration et l'interprétation de la législation en matière d'égalité. Tout d'abord, elle examine les progrès accomplis par rapport à la « hiérarchie des motifs » actuelle, tant au niveau national qu'au niveau de l'UE. Elle examine ensuite dans quelle mesure l'identité de genre est protégée par les systèmes juridiques des États membres et en vertu du droit de l'UE. Il s'ensuit une analyse de la mesure dans laquelle les couples de même sexe peuvent bénéficier des avantages et prestations liés à l'emploi. La section décrit ensuite les évolutions des législations des États membres relatives à la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre à l'école et dans l'enseignement, qui pourraient constituer la base des efforts visant la création d'environnements professionnels inclusifs. Enfin, elle analyse la pratique et la jurisprudence relatives aux dérogations au principe d'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi accordées aux organisations religieuses ou à vocation éthique.

La deuxième partie traite des questions de mise en œuvre et d'exécution de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Premièrement, elle analyse les changements qui sont survenus dans la législation des États membres depuis 2010. Deuxièmement, elle examine la jurisprudence nationale et européenne pertinente sur la non-discrimination et la promotion de l'égalité dans le domaine de l'emploi. Troisièmement, elle aborde les mandats attribués aux organismes de promotion de l'égalité en matière d'orientation sexuelle. Enfin, elle aborde le rôle des ONG LGBT et des syndicats.

2.1. Questions de fond

2.1.1. Progrès accomplis par rapport à la « hiérarchie des motifs »

Développements majeurs

- Treize États membres de l'UE ont étendu l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à tous les domaines couverts par la directive relative à l'égalité raciale.
- Huit États membres de l'UE ont étendu cette interdiction à au moins certains domaines couverts par cette directive.
- Sept États membres de l'UE limitent toujours la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi.
- Au niveau de l'UE, les efforts visant à lutter contre la « hiérarchie des motifs protégés » par l'adoption d'une directive sur l'égalité de traitement se poursuivent.

En vertu du droit de l'UE actuel, l'interdiction de discrimination fondée sur l'origine raciale et ethnique s'applique à un éventail de domaines plus vaste que l'interdiction de discrimination fondée sur l'un des autres motifs visés à l'article 19 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), y compris l'orientation sexuelle. C'est ce que l'on a appelé la « hiérarchie des motifs ». Cependant, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fait aucune distinction concernant l'étendue et le degré de protection accordé en fonction des différents motifs mentionnés dans cet

article. Il n'y a donc rien de surprenant à ce que, dans la majorité des États membres de l'UE, l'idée que tous les motifs de discrimination doivent bénéficier d'une étendue et d'un niveau de protection équivalent ait influencé la transposition des directives relatives à l'égalité.

Les États membres ont adopté des approches différentes de la législation en matière de non-discrimination, y compris en ce qui concerne les domaines qui sont protégés. Le rapport de 2010 classait les États membres de l'UE dans trois groupes en fonction du nombre de domaines couverts par la législation de lutte contre la discrimination :

- les États membres où la législation sur l'égalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle s'étend à tous les domaines mentionnés dans la directive relative à l'égalité raciale ;⁷⁶
- les États membres dans lesquels l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle s'étend à au moins une partie de ces domaines ;
- les États membres dans lesquels l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle s'étend uniquement au domaine de l'emploi.

Conformément au même système, en 2014, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle couvre tous les domaines mentionnés dans la directive relative à l'égalité raciale dans 13 États membres (Allemagne, Belgique, Bulgarie, Croatie, Espagne, Hongrie, Lituanie, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Slovénie et Suède), contre 10 en 2010.⁷⁷ Dans huit autres États membres (Danemark, Finlande, France, Irlande, Luxembourg, Malte, Pays-Bas et Portugal), la législation sur l'égalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle s'étend à au moins une partie de ces domaines. Enfin, en 2014, sept États membres (Autriche,⁷⁸ Chypre, Estonie, Grèce, Italie, Lettonie et Pologne) conservaient la « hiérarchie » qui offre à l'origine raciale et ethnique une protection distincte des autres motifs, contre 10 en 2010.⁷⁹

76 La directive relative à l'égalité raciale s'applique dans le domaine de l'emploi et en ce qui concerne la protection sociale, y compris la sécurité sociale et les soins de santé ; les avantages sociaux ; l'éducation ; et l'accès aux biens et services, et leur fourniture, y compris le logement.

77 Allemagne, Belgique, Bulgarie, Espagne, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Slovénie et Suède.

78 En raison de la structure fédérale autrichienne, la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi a dû être mise en œuvre aux niveaux fédéral et provincial. Alors que la mise en œuvre de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi en ce qui concerne l'orientation sexuelle ne va pas au-delà des exigences minimales relatives aux contrats de travail privés et du service civil fédéral régi par la législation fédérale, la législation provinciale, dans huit des neuf provinces, couvre l'emploi et le travail, ainsi que l'accès aux biens et services et leur fourniture.

79 Autriche, Chypre, Danemark, Estonie, France, Grèce, Italie, Malte, Pologne et Portugal.

En Lettonie, une loi sur l'interdiction de la discrimination de personnes physiques exerçant une activité économique (*Likumprojekts 'Fiziskopersonu – saimnieciskās darbības veicēju – diskriminācijas aizlieguma likums'*),⁸⁰ qui remplaçait une loi adoptée en 2009, a introduit des modifications en 2012. La nouvelle loi élargit la liste des motifs de discrimination interdits, qui comprend désormais l'orientation sexuelle.

La législation sur l'égalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle couvrait déjà au moins certains domaines autres que l'emploi en Lettonie. Toutefois, l'orientation sexuelle était mentionnée de manière explicite uniquement dans le droit du travail, et était considérée comme comprise de manière implicite dans la définition des « autres motifs » de la législation applicable à d'autres domaines.

Enfin, il convient de noter que la législation anti-discrimination fait actuellement l'objet d'un examen approfondi en Finlande et en Pologne. En Finlande, un projet de loi du gouvernement⁸¹ visant à réviser la loi sur l'égalité de traitement (*Yhdenvertaisuuslaki/Lag om likabehandling*) a été présenté au Parlement en avril 2014. En Pologne, la législation a récemment été modifiée à de nombreuses reprises, et le Parlement débat d'un nouveau projet de loi. En décembre 2010, le Parlement polonais a approuvé une loi sur l'égalité de traitement, qui garantit la protection fondée sur l'orientation sexuelle uniquement dans la mesure de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.⁸² Ensuite, en 2011, le Parlement a interdit la diffusion de publicités dont le contenu était considéré comme discriminatoire en ce qui concerne l'orientation sexuelle.⁸³ Enfin, en juin 2013, le Parlement a commencé à débattre d'un projet de loi qui étend l'interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à tous les domaines mentionnés dans la directive sur l'égalité raciale.⁸⁴ Le projet de loi a été approuvé par la majorité de la chambre basse du Parlement (*Sejm*) en première

80 Lettonie, Loi sur l'interdiction de la discrimination de personnes physiques exerçant une activité économique (*Fiziskopersonu – saimnieciskās darbības veicēju – diskriminācijas aizlieguma likums*), 29 novembre 2012.

81 Finlande, Projet de loi du gouvernement sur la révision de la loi sur l'égalité de traitement et d'autres lois connexes (*Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi*, HE 19/2014 vp), 3 avril 2014.

82 Pologne, Loi sur la mise en œuvre de certaines dispositions de l'Union européenne concernant l'égalité de traitement (*Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania*), 3 décembre 2010.

83 Pologne, Loi portant modification de la loi relative à la radio et à la télévision (*Ustawa z dnia 25 marca 2011 o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji*), 25 mars 2011.

84 Pologne, Projet de loi portant modification de la loi sur la mise en œuvre de certaines dispositions de l'Union européenne concernant l'égalité de traitement (*Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania oraz niektórych innych ustaw*), 9 novembre 2012.

lecture en octobre 2013 et a été renvoyé devant la commission parlementaire pour la justice et les droits de l'homme (*Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka*) pour la suite des travaux législatifs.⁸⁵ La législation proposée visait également à interdire toute forme de harcèlement dans les médias.

Les évolutions juridiques des États membres pourraient être perçues comme une tendance continue vers l'étendue d'une protection égale contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à tous les domaines relevant de la directive sur l'égalité raciale. Toutefois, la protection offerte aux divers motifs de discrimination, y compris l'orientation sexuelle, est toujours loin d'être uniforme. En 2008, la Commission européenne a adopté une proposition de directive appliquant le principe d'égalité de traitement à des domaines autres que celui de l'emploi, offrant ainsi une meilleure protection contre la discrimination fondée sur le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la religion et les convictions. Les progrès réalisés dans l'adoption de cette directive « horizontale » (directive sur l'égalité de traitement), qui requiert l'unanimité au Conseil, sont lents.⁸⁶ Durant la réunion du Conseil « Emploi, politique sociale, santé et consommateurs » (EPSCO) du 11 décembre 2014, la plupart des États membres ont soutenu le projet de directive, mais ont exprimé le besoin de travailler davantage sur le texte. Parmi les questions en suspens figuraient la portée générale de la directive, les dispositions relatives à la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres, et le calendrier de mise en œuvre.⁸⁷ La nouvelle Commission a souligné l'importance de garantir une protection égale contre la discrimination, et par conséquent de soutenir la directive sur l'égalité de traitement, en déclarant son engagement à « convaincre les gouvernements nationaux d'abandonner la résistance dont ils font actuellement preuve au sein du Conseil ».⁸⁸

Le Parlement européen a également exprimé sa position sur la « hiérarchie » des motifs. En février 2014, il a approuvé une résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur

l'orientation sexuelle et l'identité de genre.⁸⁹ Le Parlement européen a appelé les États membres à consolider le cadre juridique existant au niveau de l'Union, en travaillant à l'adoption de la proposition de directive « horizontale », et en clarifiant notamment son champ d'application et les coûts associés à ses dispositions.⁹⁰ En novembre 2014, la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen (commission LIBE) a tenu un débat sur le statut des préparations de la « directive horizontale » et a identifié parmi les obstacles les préjugés envers les droits des personnes LGBT.⁹¹

2.1.2. Discrimination et identité de genre

Développements majeurs

- Au niveau de l'UE, les personnes trans sont protégées contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et le changement de genre.
- Les personnes trans sont protégées contre la discrimination fondée sur différents motifs dans les États membres de l'UE. Certains protègent les personnes trans de manière explicite sur la base de l'identité de genre (ou de l'identité sexuelle/du transsexualisme/du transgendérisme), alors que d'autres protègent les personnes trans sur la base du sexe. Enfin, dans certains États membres, le motif de discrimination pour la protection des personnes trans n'est pas clairement établi.

Le rapport de 2009 de la FRA intitulé *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* a dépeint une image sombre de la situation des personnes trans sur le marché du travail.⁹² Bien que les États membres prennent de plus en plus conscience du problème de la discrimination fondée sur l'identité de genre, la situation semble aujourd'hui inchangée. L'enquête sur les personnes LGBT dans

85 Pour plus d'informations sur les évolutions ultérieures, voir : www.sejm.gov.pl/SQL2.nsf/poskomprocall?OpenAgent&7&1051.

86 Commission européenne (2008), *Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle*, COM(2008) 426 final, 2 juillet 2008.

87 Conseil de l'Union européenne (2015), Document de réflexion de la présidence 6081/15, Bruxelles, 13 février 2015.

88 Jean-Claude Juncker, Candidat à la présidence de la Commission européenne (2014), Un nouvel élan pour l'Europe : Mon programme pour l'Emploi, la Croissance, l'Équité et le Changement démocratique. Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne. Discours d'ouverture de la session plénière du Parlement européen, Strasbourg, 15 juillet 2014, p. 9.

89 Parlement européen (2014a), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

90 *Ibid.*, para. 4, b).

91 Parlement européen (2014), Présentation de l'état d'avancement des négociations en présence de la présidence italienne, LIBE (2014)1105_1, 5 novembre 2014.

92 FRA (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, p. 117.

l'UE menée par la FRA en 2012⁹³ a démontré que les répondants trans indiquent les niveaux les plus élevés d'expérience de la discrimination, du harcèlement et de la violence parmi les différents groupes LGBT.

Cela a incité la FRA à analyser davantage les résultats de l'enquête, en se concentrant sur les personnes trans. Le rapport de la FRA de 2014 intitulé « Être " trans " dans l'UE : Analyse comparative des données de l'enquête sur les personnes LGBT dans l'UE » a révélé que parmi tous les répondants trans, les femmes étaient les plus susceptibles d'indiquer s'être senties victimes de discrimination dans le domaine de l'emploi.⁹⁴ La législation de l'UE sur la non-discrimination n'interdit pas de manière spécifique la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'expression de genre d'une personne. Seule la directive sur les droits des victimes⁹⁵ interdit expressément la discrimination fondée sur l'identité de genre, bien que la directive relative aux conditions requises (refonte) fasse également référence à l'identité de genre.⁹⁶

Au niveau de l'UE, les personnes trans sont protégées contre la discrimination fondée sur le sexe. Considérer la discrimination fondée sur le changement de genre comme une forme de discrimination sexuelle a des conséquences importantes. Au minimum, cela signifie que les instruments de l'UE qui interdisent la discrimination fondée sur le sexe au travail et dans le domaine de l'emploi et dans l'accès aux biens et services, et leur fourniture, s'appliquent à la discrimination découlant du changement de genre. La Cour de justice de l'Union européenne a estimé que les instruments qui mettent en œuvre le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes devraient être interprétés largement pour couvrir la discrimination fondée sur

la réassignation sexuelle souhaitée ou réelle.⁹⁷ Cette approche a également été adoptée par la directive concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (refonte).⁹⁸ Son considérant 3 comprend une référence à la discrimination fondée sur le changement de sexe d'une personne. Il s'agit de la première mention explicite dans une directive de l'UE. La Commission a déclaré que la discrimination fondée sur le changement de genre d'une personne est l'une des modifications de fond de la directive concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (refonte) que les États membres sont obligés de transposer dans la législation nationale.⁹⁹ Elle a toutefois noté que, à partir de 2013, très peu d'États membres l'ont transposée de manière explicite.¹⁰⁰

En février 2014, dans la résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, le Parlement européen a appelé la Commission à formuler, de concert avec les agences concernées, des lignes directrices précisant que les personnes transgenres sont incluses dans la notion de « sexe » au sens de la directive concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (refonte). La résolution appelait également la Commission à mettre spécifiquement l'accent sur l'accès aux biens et services par les personnes trans lors du suivi de la mise en œuvre de la Directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de ces derniers.¹⁰¹

Le Parlement européen a également affirmé le besoin d'inclure « l'identité de genre » parmi les motifs de discrimination protégés dans la résolution de 2014 visée ci-dessus, appelant la Commission à veiller à inclure l'identité de genre dans toute future disposition législative, y compris toute refonte législative.¹⁰²

93 FRA (2013), *Enquête sur la discrimination et la victimisation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dans l'Union européenne*. Voir aussi : FRA (2013), *Enquête sur les personnes LGBT dans l'UE – Les résultats en bref*, Luxembourg, Office des publications.

94 FRA (2014), *Being Trans in the EU – Comparative analysis of EU LGBT survey data*, Luxembourg, Office des publications, p. 28. Voir aussi le résumé en français : FRA (2015), *Être « trans » dans l'UE – Analyse comparative des données de l'enquête sur les personnes LGBT dans l'UE – Résumé*, Luxembourg, Office des publications.

95 Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, JO L 315 du 14.11.2012, p. 57-73, considérant 9.

96 Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), JO L 337 du 20.12.2011, art. 10, para. 1, point d).

97 CJUE, C-13/94, P. c. S et Cornwall County Council, 1996 ; CJUE, C-117/01, K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health, 2004 ; CJUE, C-423/04, Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions, 2004.

98 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 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), 5 juillet 2006.

99 Commission européenne (2013a), *Rapport sur l'application de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 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)*, COM(2013) 861 final, 6 décembre 2013, para. 3.

100 *Ibid.*, para. 3.4.

101 Parlement européen (2014), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, para. 4, f).

102 *Ibid.*, para. 4, g).



Dans le contexte international, la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a déjà recommandé en novembre 2011 aux États membres de promulguer des lois anti-discrimination complètes qui font figurer l'identité de genre parmi les motifs de discrimination prohibés et qui reconnaissent des formes de discrimination intersectionnelle.¹⁰³

Dans le contexte du Conseil de l'Europe, les personnes trans peuvent être protégées sur la base de leur « identité de genre ». Dans l'affaire *P.V.*,¹⁰⁴ en novembre 2010, la CouEDH a souligné que la transsexualité est une notion indépendante qui est couverte par l'article 14 de la CEDH, qui contient une liste non exhaustive des motifs de discrimination prohibés.¹⁰⁵ La protection de l'identité de genre au titre de l'article 14 aurait un impact considérable au vu de l'étendue très vaste de la convention. Avant tout, elle pourrait contribuer à améliorer la protection des personnes trans jusqu'à ce que la législation de l'UE sur la non-discrimination intègre pleinement l'identité de genre comme motif protégé.

Au niveau national, en 2014, 10 États membres de l'UE (Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, Irlande, Italie, Pays-Bas, Pologne, Slovaquie et Suède) traitaient la discrimination fondée sur l'identité de genre comme une forme de discrimination sexuelle. Comme l'a fait remarquer le rapport de 2010, il s'agit généralement d'une pratique des organes anti-discrimination ou des tribunaux plutôt que d'une disposition explicite de la législation.

Dans neuf autres États membres (Bulgarie, Chypre, Estonie,¹⁰⁶ Grèce, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Roumanie et Slovaquie), l'absence de législation ou de jurisprudence traitant de la discrimination fondée sur l'identité de genre crée une insécurité juridique quant à la protection précise contre la discrimination offerte aux personnes trans.

En République tchèque, le concept « d'identification sexuelle » dans la loi anti-discrimination couvre probablement l'identité et l'expression de genre. En Allemagne, les personnes trans sont protégées sur la base

de « l'identité sexuelle », qui couvre les personnes transsexuelles.¹⁰⁷ Une solution similaire a été introduite en France, où la loi 2012-954 adoptée le 6 août 2012 a ajouté un nouveau critère de discrimination en plus de celui de l'orientation sexuelle : l'identité sexuelle.¹⁰⁸ En Suède, la discrimination fondée sur le changement de genre est toujours considérée comme une discrimination sexuelle. Le nouveau motif « identité ou expression transgenre » couvre désormais d'autres formes de variance de genre, indépendamment du changement de genre.

En Belgique, en Croatie, en Hongrie, à Malte, au Portugal et au Royaume-Uni, l'« identité de genre » est un motif autonome de discrimination prohibée.

En Belgique, la loi fédérale tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes a été modifiée en 2014, et le nouvel article 4, paragraphe 3, mentionne explicitement l'« identité de genre » et l'« expression de genre ». Avant cette modification, seul le « changement de genre » était protégé par la loi.¹⁰⁹

En Croatie, la loi anti-discrimination, qui est entrée en vigueur en 2009, interdit expressément la discrimination fondée sur l'identité de genre ou l'expression de genre. Les affaires de discrimination fondée sur ces motifs sont traitées par le médiateur en charge de l'égalité des genres, conformément à l'avis rendu par cette institution.¹¹⁰

La législation maltaise en matière d'égalité a été modifiée en 2012¹¹¹ pour inclure la protection des personnes trans contre la discrimination fondée sur l'identité de genre, mais d'autres changements législatifs importants ont eu lieu depuis lors. La Loi n° X de 2014 modifiait la constitution de Malte pour inclure l'identité de genre (et l'orientation sexuelle) dans la liste des motifs sur la base desquels la discrimination est généralement prohibée. Cela signifie que les actes de discrimination fondée sur l'identité de genre sont interdits dans toute la législation ou dans le comportement de toute entité publique.¹¹² Malte était le premier État membre de l'UE à introduire une référence à l'identité de genre dans sa constitution.

Au Portugal, l'« identité de genre » est l'un des facteurs sur la base desquels un étudiant a le droit de ne pas

103 ONU, Assemblée générale (2011), *Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et du Conseil des droits de l'homme, Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HRC/19/41, 17 novembre 2011, point 84, e).

104 CouEDH, *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09, 30 novembre 2010.

105 *Ibid.*, para. 30.

106 En Estonie, le commissaire en charge de l'égalité des genres et de traitement (*Soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise volinik*) a adopté l'avis n° 11 le 11 septembre 2008. Dans cet avis, la Commission a déclaré que toute discrimination à l'égard d'une personne transgenre serait interprétée comme une discrimination de genre. Cette interprétation n'a toutefois jamais été testée par un tribunal.

107 Allemagne, Bundestag, BT-Drs. 16/1780, 8 juin 2006, p. 31.

108 France, Loi n° 2012-954 relative au harcèlement sexuel, 6 août 2012.

109 Belgique, Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, telle que modifiée le 24 juillet 2014, art. 4, para. 3.

110 Croatie, Médiateur en charge de l'égalité des genres (*Pravobraniteljici*), *A.S. c. Ministry of Administration*, PRS POV 03-03/11-01, 2011.

111 Malte, Loi n° IX de 2012 portant modification de la loi sur l'égalité entre hommes et femmes, 2012.

112 Malte, Loi portant modification de la constitution de Malte, Loi n° X de 2014, 17 avril 2014.

être victime de discrimination et a le devoir de ne pas discriminer.¹¹³ L'identité de genre est également reprise comme motif de discrimination à l'article 240 du code pénal,¹¹⁴ et en vertu de la loi sur l'asile.¹¹⁵

Enfin, comme la FRA l'a déjà signalé en 2010, le changement de genre est traité comme motif distinct de discrimination prohibée au Royaume-Uni.

Les modifications législatives survenues en Belgique, à Malte et au Portugal montrent que certains États membres élargissent la protection pour couvrir l'identité de genre, mais aucune tendance claire ne peut être observée dans les États membres de l'UE. Seuls 10 États membres (Allemagne, Belgique, Croatie, France, Hongrie, Malte, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni et Suède) appliquent des lois qui protègent l'identité de genre et/ou l'expression de genre, en outre du changement de genre, contre la discrimination, bien qu'ils aient parfois eu recours au concept d'« identité sexuelle » à cet égard. Point positif, dans trois autres États membres (Finlande, Irlande et Pologne), les parlements ont débattu de propositions visant à inclure de manière plus visible les personnes trans dans le champ d'application de la législation sur la non-discrimination.

En Finlande, la loi sur l'égalité de traitement ne mentionne pas de manière spécifique la discrimination fondée sur l'identité de genre. Elle considère la discrimination contre une personne trans comme une discrimination sexuelle. Toutefois, un projet de loi du gouvernement sur la modification de la loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes, présenté au Parlement en avril 2014,¹¹⁶ incluait l'identité de genre et l'expression de genre comme nouveaux motifs de discrimination prohibée, ainsi que de nouvelles obligations pour les autorités, les employeurs et les établissements

éducatifs de promouvoir l'égalité de traitement indépendamment de l'identité de genre.¹¹⁷

En juin 2013, le Parlement polonais a lancé une discussion sur un projet de loi introduisant un catalogue de motifs discriminatoires, y compris l'identité de genre et l'expression de genre (voir la [section 2.1.1](#)).

En juin 2014, le gouvernement irlandais a publié le programme général révisé du projet de loi sur la reconnaissance du genre.¹¹⁸ Il semble toutefois que la discrimination fondée sur l'identité de genre continuera d'être traitée comme une forme de discrimination sexuelle.

En conclusion, il reste encore un long chemin à parcourir avant que l'égalité de traitement dans l'UE ne soit garantie aux personnes trans. La législation anti-discrimination de l'UE protège les personnes trans uniquement en ce qui concerne le changement de genre, et sous la forme d'interdictions de discrimination fondée sur le sexe.

Cependant, le nombre d'États membres luttant contre la discrimination fondée sur l'« identité de genre » et/ou l'« expression de genre » augmente lentement. Bien que cela ne se traduise pas automatiquement en prise de conscience des nombreuses formes de discrimination dont sont victimes les personnes trans, il s'agit d'une première étape importante.

2.1.3. Accès des partenaires aux prestations sociales liées à l'emploi

Développement majeur

- La CJUE et certains tribunaux nationaux ont jugé que les États membres doivent garantir l'accès du/de la partenaire aux prestations sociales liées à l'emploi sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

La directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi ne précise pas clairement si, lorsque les couples de même sexe ne sont pas autorisés à se marier, et lorsque les prestations sociales liées à l'emploi dépendent du mariage, les différences de traitement qui en résultent devraient être considérées comme une

113 Portugal, Loi 51/2012, qui approuve le statut de l'étudiant et l'éthique des établissements scolaires (*Lei que aprova o Estatuto do Aluno e a Ética Escolar*), 5 septembre 2012.

114 Portugal, Loi 19/2013, 29^e amendement au Code pénal, (*Lei n.º 19/2013, 29.ª alteração ao Código Penal*), 21 février 2013.

115 Portugal, Loi 26/2014, premier amendement de la loi 27/2008 établissant les conditions et procédures d'octroi de l'asile et de la protection subsidiaire ainsi que les statuts de la protection des demandeurs d'asile, des réfugiés et de la protection subsidiaire et transposant dans l'ordre juridique portugais les Directives 2011/95/UE, 2013/32/UE et 2013/33/UE (*Lei No. 26/2014 que procede à primeira alteração à Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária, transpondo as Diretivas n.os 2011/95/UE, 2013/32/EU e 2013/33/EU*), 5 mai 2014.

116 Finlande, Projet de loi sur le renouvellement de la loi 609/1986 sur l'égalité entre les femmes et les hommes (*Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta/Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män, Act No 609/1986*), 2014.

117 Finlande, Projet de loi du gouvernement sur la révision de la loi sur l'égalité de traitement et d'autres lois connexes (*Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, HE 19/2014 vp*), 3 avril 2014.

118 Irlande, Programme général (révisé) du projet de loi sur la reconnaissance du genre de 2014 (*(Revised) General Scheme of Gender Recognition Bill 2014*), juin 2014.

forme de discrimination (directe ou indirecte) fondée sur l'orientation sexuelle.¹¹⁹ La CJUE rejette clairement la possibilité que le considérant 22 de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi justifie toute différence dans le traitement des conjoints et des partenaires enregistrés qui se trouvent dans une situation comparable à celles d'époux.¹²⁰ Au contraire, la CJUE a remarqué que l'exercice par les États membres de leur compétence de régulation de matières relatives à l'état civil et aux prestations qui en découlent « doivent respecter le droit communautaire, notamment les dispositions relatives au principe de non-discrimination ».¹²¹

En 2013, dans l'affaire *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*,¹²² la CJUE a statué sur l'accès des partenaires enregistrés de même sexe aux prestations sociales liées à l'emploi. Une convention collective nationale française octroie un congé spécial et une prime aux employés lorsqu'ils se marient, mais celles-ci ont été refusées à un employé qui avait conclu un pacte civil de solidarité (PACS) avec une personne de même sexe. Selon la CJUE, le fait de déterminer s'il y a eu discrimination n'exige pas de vérifier si le droit national a opéré une assimilation juridique générale et complète du partenariat de vie enregistré au mariage.¹²³ Au contraire, il est nécessaire de comparer les situations des époux et des partenaires de vie enregistrés car celles-ci découlent des dispositions nationales applicables pertinentes, en tenant compte de l'objectif et des conditions de l'octroi des prestations en cause. La CJUE a estimé que, en ce qui concerne des avantages en termes de rémunération ou de conditions de travail, tels que des jours de congés spéciaux et une prime, octroyés à l'occasion de la conclusion de l'union civile qu'est le mariage, les personnes de même sexe qui, ne pouvant pas contracter un mariage, concluent un PACS se trouvent dans une situation comparable à celle des couples qui se marient.¹²⁴

Le mariage étant, à cette époque, réservé aux personnes de sexe différent en France, les employés homosexuels étaient dans l'impossibilité de remplir la condition nécessaire pour obtenir l'avantage revendiqué.¹²⁵ Dans

une telle situation, la CJUE a estimé qu'« une différence de traitement fondée sur l'état de mariage des employés et non expressément sur leur orientation sexuelle reste une discrimination directe [...] », telle que définie par la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.

Dans l'affaire *Hay*, la CJUE a suivi un raisonnement similaire à celui de l'affaire *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.¹²⁶ Dans l'affaire *Maruko*, la CJUE traitait de la pension d'une personne veuve sur la base de l'ancien emploi de son partenaire décédé, qui n'était pas octroyée aux partenaires de même sexe. Dans les deux affaires, la cour a jugé que, lorsque des personnes dans une situation similaire sont traitées différemment en raison de leur orientation sexuelle, il y a discrimination directe. La CJUE a toutefois évité une comparaison générale entre le mariage et les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe. Par conséquent, l'égalité de traitement des partenaires enregistrés de même sexe et des époux dans le domaine de l'emploi, prévue par le droit de l'UE, ne se traduit pas en une obligation pour les États membres de mettre en place un régime juridique équivalent à celui du mariage, ou d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

De plus amples développements sur la question découlent de la jurisprudence de la CouEDH,¹²⁷ qui a estimé que, lorsque la législation ou la pratique des États membres traite les couples de sexe différent non mariés de la même manière que ceux mariés, traiter les partenaires de même sexe de manière moins favorable constituerait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Dans l'affaire *Schalk et Kopf*, la CouEDH a noté que, au vu de l'évolution rapide vers la reconnaissance juridique des couples de même sexe dans un grand nombre d'États membres, « il [serait] artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une "vie familiale" aux fins de l'article 8 ». ¹²⁸ En conséquence, comme indiqué dans l'affaire *X et autres c. Autriche*¹²⁹ et répété dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce*,¹³⁰ la CouEDH a estimé que les relations de couple entre personnes de même sexe relèvent des notions de « vie

119 Voir Littler, A. (2004), *Rapport du groupe européen d'experts dans le domaine de la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle concernant la mise en œuvre jusqu'en avril 2004 de la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*.

120 CJUE, C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 décembre 2013 ; C-147/08, *Romer c. Hansestadt Hamburg*, 11 mai 2011 ; C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1^{er} avril 2008.

121 CJUE, C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1^{er} avril 2008, point 59.

122 CJUE, C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 décembre 2013.

123 *Ibid.*, para. 34.

124 *Ibid.*, para. 37.

125 *Ibid.*, para. 44.

126 CJUE, C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1^{er} avril 2008.

127 Entre autres : CouEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013 ; *X et autres c. Autriche*, n° 19010/07, 19 février 2013 ; *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010.

128 CouEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010, para. 94.

129 CouEDH, *X et autres c. Autriche*, n° 19010/07, 19 février 2013, para. 95.

130 CouEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013, para. 73.

privée » et de « vie familiale », tout comme les relations des couples de personnes de sexe différent dans la même situation.

Les tribunaux des États membres ont également traité de l'accès aux prestations sociales liées à l'emploi pour les partenaires de même sexe.

En Allemagne, par exemple, des différences entre les partenariats civils entre personnes de même sexe et le mariage persistent dans très peu de domaines. Plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) jugeaient que les différences de traitement entre le mariage et les partenariats civils entre personnes de même sexe violaient le principe général d'égalité [article 3, paragraphe 1, de la Constitution (*Grundgesetz*, GG)]. Les décisions concernaient les pensions de survie des employés de la fonction publique,¹³¹ les droits de donation et de succession,¹³² les paiements de prestations familiales à un fonctionnaire¹³³ et le fractionnement du revenu pour les époux.¹³⁴ L'article 3, paragraphe 1, de la Constitution exige l'égalité de traitement pour toutes les personnes ; le traitement préférentiel de certaines personnes au détriment d'autres n'est autorisé que dans le cadre de l'application stricte de la règle de proportionnalité. Les différences entre le mariage et les partenariats civils entre personnes de même sexe ne justifient pas l'inégalité de traitement.

Le Parlement allemand a adopté de nouvelles lois pour se conformer aux jugements de la BVerfG. Parmi celles-ci figure la loi sur le transfert des règlements relatifs au mariage aux partenariats civils entre personnes de même sexe,¹³⁵ qui stipule que toutes les dispositions de la loi relative au mariage s'appliquent de la même manière aux partenariats civils entre personnes de même sexe. La modification de la loi sur l'impôt sur le revenu égalise le taux d'impôt sur le revenu imposé aux couples mariés et aux partenariats civils entre personnes de même sexe.¹³⁶

De même, en France, le Défenseur des droits a examiné en 2012 si l'article L. 3142-1 du Code du travail opérerait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.¹³⁷ La disposition autorisait les salariés à s'absenter pour une durée de quatre jours en cas de mariage, mais n'étendait pas ce droit aux salariés ayant conclu un PACS. Cela établissait une différence de traitement basée uniquement sur le statut marital. Le critère était neutre en ce sens qu'il s'appliquait à tous les salariés ayant conclu un PACS, indépendamment de leur orientation sexuelle. Il en résultait toutefois un désavantage spécifique pour les salariés homosexuels étant donné qu'ils n'avaient pas la capacité juridique de se marier à cette époque. La disposition était par conséquent susceptible de constituer une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, à moins que l'inclusion de ce critère ait été objectivement justifiée par un but légitime, et que les moyens d'atteindre ce but soient appropriés et nécessaires. Le Défenseur des droits a déclaré que les justifications de l'absence au titre de l'article L. 3142-1 du Code du travail relèvent du champ d'application de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et doit dès lors respecter le principe de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La disposition a dès lors été modifiée et autorise désormais les absences exceptionnelles de maximum quatre jours pour la conclusion d'un PACS.¹³⁸

En 2013, le Tribunal constitutionnel espagnol¹³⁹ a jugé discriminatoire et donc anticonstitutionnelle une disposition¹⁴⁰ exigeant qu'un couple ait des enfants en commun pour qu'une personne veuve puisse recevoir une pension sur la base de l'ancien emploi du partenaire décédé, étant donné qu'il est presque impossible de satisfaire à cette exigence pour les couples de même sexe. Sur la base de cette décision, le Tribunal constitutionnel espagnol¹⁴¹ a jugé que le refus d'une pension à une veuve transsexuelle au motif qu'elle n'avait pas d'enfant en commun était discriminatoire et contraire au principe d'égalité de traitement.

En Italie, en 2012, la section travail de la cour d'appel de Milan a statué sur une affaire concernant les prestations d'un couple de même sexe relatives aux contrats de travail.¹⁴² La partie requérante était un employé de banque. Les employés de cette banque pouvaient bénéficier, contre le paiement d'un montant spécifique, d'un régime d'assurance-maladie pour eux-mêmes, leur conjoint ou leur partenaire cohabitant.

131 Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*), 1 BvR 1164/07, 7 juillet 2009.

132 Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 1 BvR 611/07 ; 1 BvR 2464/07, 21 juillet 2010.

133 Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 2 BvR 1397/09, 19 juin 2012.

134 Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, 2 BvR 909/06, 7 mai 2013.

135 Allemagne, Loi sur le transfert des règlements relatifs au mariage aux partenariats civils entre personnes de même sexe (*Gesetz zur Übertragung ehebezogener Regelungen im öffentlichen Dienstrecht auf Lebenspartnerschaften*), 14 novembre 2011.

136 Allemagne, Loi portant modification de la loi sur l'impôt sur le revenu pour la mise en œuvre de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 7 mai 2013 (*Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes in Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 7. Mai 2013*), 27 juin 2013.

137 France, Défenseur des droits, affaire n° 110, 1^{er} janvier 2012.

138 France (2014), Loi 2014-873 4 août 2014, art. 21.

139 Espagne, Tribunal constitutionnel (*Tribunal Constitucional*), Décision n° 41, 14 février 2013.

140 Espagne, Loi 40/2007, 4 décembre 2007, disposition supplémentaire 3.

141 Espagne, Tribunal constitutionnel (*Tribunal Constitucional*), Décision n° 77, 8 avril 2013.

142 Italie, Cour d'appel de Milan, section travail (*Corte di appello di Milano - sez. lavoro*), n° 7176, 31 août 2012.

Lorsque l'employé a introduit une demande formelle visant à inclure son partenaire de sexe masculin dans le régime, la banque l'a refusée parce qu'elle interprétait la notion de « partenaires cohabitants » comme comprenant uniquement les partenaires de sexe différent. La cour d'appel a noté que la notion de partenaires cohabitants a évolué et n'est pas limitée à son interprétation traditionnelle, qui excluait deux personnes de même sexe qui vivent ensemble. La cour a déclaré que le terme doit être interprété à la lumière de la réalité sociale actuelle, et à la lumière de la Décision n° 138/2010 de la cour constitutionnelle italienne et de l'arrêt rendu par la CouEDH dans l'affaire *Schalk et Kopf*, qui considèrent que les couples de même sexe ont le même droit fondamental à la vie familiale que les couples de sexe différent non mariés. La cour d'appel a dès lors conclu que le partenaire de même sexe de la partie requérante devait être autorisé à s'inscrire au régime d'assurance-maladie de l'employeur. Cependant, contrairement à la suggestion de la partie requérante, la cour n'a pas fait référence à la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.

2.1.4. L'école et l'éducation des enfants et étudiants LGBTI

Développement majeur

- Garantir l'égalité des chances dans l'enseignement est essentiel pour tout le monde, y compris les enfants et les jeunes LGBTI. Les écoles et les établissements éducatifs jouent un rôle clé qui consiste à protéger les enfants LGBTI de la discrimination et du harcèlement et à garantir qu'ils soient habilités, comme tous les enfants, à exploiter tout leur potentiel.

Des évolutions significatives ont eu lieu depuis 2010 en Espagne, au Portugal et en Suède en ce qui concerne la protection contre la discrimination dans le contexte de l'éducation et/ou de la formation professionnelle.

Par exemple, en 2012, le Portugal a voté une loi¹⁴³ qui consacre les droits et les obligations des étudiants, y compris le droit d'être traité avec respect et courtoisie par tout membre de la communauté scolaire et l'obligation de traiter les autres de la même manière. En aucun cas les étudiants ne peuvent souffrir de discrimination fondée sur leur orientation sexuelle ou identité de genre.

¹⁴³ Portugal, Loi 51/2012, qui approuve le statut de l'étudiant et l'éthique des établissements scolaires (*Lei que aprova o Estatuto do Aluno e a Ética Escolar*), 5 septembre 2012.

En Espagne, la loi organique pour l'amélioration de la qualité de l'éducation¹⁴⁴ a modifié la loi organique relative à l'éducation¹⁴⁵ et a introduit des sanctions explicites pour la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Les mesures correctives doivent être éducatives et restauratrices et doivent garantir le respect des droits des autres étudiants et améliorer les relations avec tous les membres de la communauté éducative. Les mesures correctives doivent être proportionnelles à l'acte commis. Les comportements qui portent atteinte à la dignité personnelle d'autres membres de la communauté éducative, découlant ou résultant de la discrimination ou du harcèlement fondé notamment sur le genre, l'orientation sexuelle ou l'identité, ou dirigés contre les étudiants les plus vulnérables en termes de caractéristiques personnelles, sociales ou de qualifications éducatives, sont considérés comme des infractions graves. Les décisions relatives à l'action correctrice en ce qui concerne les infractions mineures sont immédiatement applicables.

En Suède, depuis 2008, la loi relative à la discrimination¹⁴⁶ demande aux écoles d'adopter des plans d'égalité de traitement comprenant des mesures spécifiques de promotion de droits égaux pour les enfants et les élèves, y compris les personnes LGBTI. Par ailleurs, les écoles doivent empêcher les enfants et les élèves d'être exposés au harcèlement et à d'autres traitements dégradants. Dans le cadre de la stratégie LGBT (2014-2016), l'autorité en charge de la jeunesse et de la société civile (*Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor*) a été chargée par le gouvernement, en consultation avec l'agence nationale de l'éducation (*Statensskolverk*), de prendre des mesures pour renforcer les capacités des écoles à traiter des problématiques LGBTI en vue de créer un environnement scolaire ouvert et inclusif.¹⁴⁷ La mission exigeait également de consacrer une attention spécifique à l'intolérance et à la violence dans les relations intimes et au sein des familles en tant que contextes qui renforcent la vulnérabilité et l'insécurité des personnes LGBTI. En 2014, le coût de la réalisation de la mission s'élevait à 1 000 000 couronnes suédoises (SEK).

Au moins quatre autres États membres ont, depuis 2010, mis en œuvre, des plans de lutte contre les intimidations dans les écoles afin de créer un environnement

¹⁴⁴ Espagne, Loi organique pour l'amélioration de la qualité de l'éducation (*Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa*), n° 8, 9 décembre 2013.

¹⁴⁵ Espagne, Loi organique relative à l'éducation (*Ley Orgánica de Educación*), n° 2, 3 mai 2006.

¹⁴⁶ Suède, Loi relative à la discrimination (*Diskrimineringslag, 2008:567*), 2008.

¹⁴⁷ Suède, Projet de loi du gouvernement 2013/141:191 Mettre l'accent sur les jeunes : une politique de bonnes conditions de vie, de pouvoir et d'influence (*Med fokus på unga – en politik för goda levnadsvillkor, makt och inflytande*), p. 113.

favorable aux enfants et aux étudiants LGBTI : Chypre,¹⁴⁸ l'Irlande,¹⁴⁹ les Pays-Bas¹⁵⁰ et le Royaume-Uni.¹⁵¹

2.1.5. La position des églises ou autres organisations religieuses ou fondées sur une certaine éthique dans le cadre du régime de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi

Développement majeur

- Dans certains États membres de l'UE, les dérogations au principe de non-discrimination offertes aux églises et autres organisations à vocation éthique ou religieuse restent trop larges ou demandent des précisions.

L'article 4, paragraphe 2, de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi dispose que, dans certaines conditions, des différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions peuvent être autorisées dans le contexte d'activités professionnelles au sein d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions. La portée exacte de ces dérogations reste à préciser.¹⁵²

Dans son rapport sur l'application des directives anti-discrimination,¹⁵³ publiées en janvier 2014, la Commission européenne a indiqué que les exigences professionnelles spécifiques imposées aux employés et qui dérogent au principe d'égalité de traitement doivent être essentielles, légitimes et justifiées. La Commission a déclaré que ces exigences doivent être interprétées de manière restrictive puisqu'il s'agit d'exceptions. Dans le même temps, elle a déclaré que toutes les procédures d'infraction pour mise en œuvre incorrecte de la dérogation avaient été clôturées.

Toutefois, en Allemagne, en Croatie, en Irlande et aux Pays-Bas, où certaines des procédures d'infraction ont été lancées, la législation n'a pas été modifiée et la question reste polémique.

En Croatie, la protection contre la discrimination¹⁵⁴ va au-delà de celle requise par la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Toutefois, l'article 9, paragraphe 2, point 5, de la loi anti-discrimination autorise le traitement défavorable fondé sur l'orientation sexuelle si l'éthique et les valeurs d'une organisation publique ou privée sont fondées sur des convictions religieuses qui exigent un tel traitement défavorable. Par ailleurs, cette loi autorise le traitement défavorable fondé sur l'orientation sexuelle dans la réglementation des droits et obligations découlant du droit de la famille, notamment si cela s'avère nécessaire pour la protection des enfants, la moralité publique ou le mariage (article 9, paragraphe 2, point 10). Une formulation si large implique non seulement le fait que l'égalité de traitement des citoyens LGBTI est considérée comme problématique du point de vue de la « moralité publique », mais peut également être utilisée pour justifier un traitement défavorable dans le domaine de l'emploi. Par ailleurs, la formulation de la disposition peut être interprétée comme autorisant certains établissements opérant sur le marché à refuser de fournir des services aux citoyens LGBTI si leur « style de vie » est contraire aux convictions religieuses de leurs propriétaires.

En septembre 2010, la CouEDH a statué sur deux affaires concernant le licenciement d'employés de l'église pour

148 Chypre (2012), *Σκιαγράφιση του φαινομένου της ομοφοβίας στην εκπαίδευση – Ασπίδα κατά της ομοφοβίας στην εκπαίδευση*, Association de planning familial de Chypre et Conseil de la jeunesse.

149 Irlande, Département de l'enfance et de la jeunesse (2013), « *Ministers Quinn and Fitzgerald launch Action Plan on Bullying* », communiqué de presse, 29 janvier 2013.

150 Pays-Bas, Décision du 21 septembre 2012 portant modification de cinq décisions (la décision renouvelant les objectifs clés de l'enseignement primaire, la décision sur les objectifs clés de l'enseignement secondaire inférieur, la décision sur les objectifs clés relatifs à la législation sur les centres d'expertise, la décision sur les objectifs clés de l'enseignement primaire dans les [trois] îles BES [des Caraïbes], et la décision sur l'enseignement secondaire inférieur dans les îles BES), en ce qui concerne l'adaptation des objectifs clés dans le domaine de la sexualité et de la diversité sexuelle (*Besluit van 21 september 2012 tot wijziging van het Besluit vernieuwde kerndoelen WPO, het Besluit kerndoelen onderbouw VO, het Besluit kerndoelen WEC, het Besluit kerndoelen WPO BES en het Besluit kerndoelen onderbouw VO BES in verband met aanpassing van de kerndoelen op het gebied van seksualiteit en seksuele diversiteit*), Journal officiel (*Staatsblad*) (2012), n° 470 ; en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2012, Journal officiel (*Staatsblad*) (2012), n° 594.

151 Royaume-Uni, Bureau des égalités gouvernementales (*Government Equalities Office*) (2013), *Tackling homophobic bullying in schools*.

152 Voir Waaldijk, K. et Bonini Baraldi, M. (2006), *Sexual orientation discrimination in the European Union: National laws and the Employment Equality Directive*, La Haye, T.M.C. Asser Press, p. 50.

153 Commission européenne (2014a), *Rapport commun sur l'application de la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité entre les races) et de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive sur l'égalité en matière d'emploi)*, COM (2014) 2 final, 17 janvier 2014.

154 Croatie, Loi sur l'égalité entre les sexes (*Zakon o ravnopravnostipolova*), Journal officiel (*Narodnenovine*), n° 82, 2008 et Loi anti-discrimination (*Zakon o suzbijanjudiskriminacije*), Journal officiel (*Narodnenovine*) 85/08, 112/12.

adultère en Allemagne. La CouEDH a confirmé le droit des églises à l'autodétermination en Allemagne. Elle a toutefois également souligné que les tribunaux nationaux doivent mettre en balance les droits des employeurs et des employés et tenir compte de la nature spécifique du poste concerné.¹⁵⁵ Nonobstant l'arrêt de la CouEDH, en Allemagne, les partenariats civils et l'homosexualité peuvent toujours être considérés comme incompatibles avec la loyauté à l'éthique de l'organisation d'un employeur.

En Irlande, la section 37 de la loi sur l'égalité¹⁵⁶ contient une large dérogation qui soulève des questions quant à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cette dérogation permet aux institutions dotées d'une éthique religieuse d'outrepasser l'interdiction de discrimination dans le but de protéger cette éthique. Nonobstant la décision de la Commission de ne pas poursuivre la procédure d'infraction contre l'Irlande,¹⁵⁷ la dérogation accordée aux organes religieux continue de faire débat. En octobre 2013, l'autorité irlandaise en charge de l'égalité a lancé un appel à soumettre des observations sur une proposition de modification de la section 37.¹⁵⁸ En avril 2014, la nouvelle commission irlandaise pour l'égalité et les droits de l'homme (désignée)¹⁵⁹ a publié un document de recommandation¹⁶⁰ dans lequel elle examine les observations publiques reçues. Elle proposait de modifier la formulation de la section 37 pour équilibrer les intérêts des organisations religieuses ou à vocation éthique et le droit des employés à un lieu de travail dépourvu de discrimination. Au paragraphe 44, la commission fait référence à la mise en balance de ces intérêts telle qu'approchée dans l'affaire de la CouEDH *Eweida et autres c. Royaume-Uni*,¹⁶¹ débattue ci-après.

Au Royaume-Uni, la loi de 2010 sur l'égalité a introduit une exception générale applicable aux associations caritatives. La section 193 prévoit que la restriction de la prestation de bénéfiques aux personnes qui partagent une caractéristique protégée spécifique n'est

pas discriminatoire si cette restriction a) poursuit un but caritatif et b) est un moyen proportionnel de parvenir à un but légitime ou c) vise à prévenir ou à compenser un désavantage lié à la caractéristique protégée.¹⁶² *Eweida et autres c. Royaume-Uni* est une décision historique adoptée par la CouEDH en janvier 2013.¹⁶³ L'affaire traitait, entre autres, de la légalité du refus des employeurs à reconnaître les objections de conscience relatives aux droits des couples de même sexe. Certains requérants se plaignaient particulièrement des sanctions imposées par leurs employeurs en réaction à leur refus de s'acquiescer de tâches qu'ils considéraient comme cautionnant les unions homosexuelles.¹⁶⁴ Plus particulièrement, les employeurs respectifs ont ouvert des procédures disciplinaires suite au refus d'une requérante officier d'état civil de célébrer des partenariats civils de couples de même sexe, et au refus d'un requérant de fournir des conseils à des couples homosexuels. Les requérants ont perdu à terme leur emploi. Pour la CouEDH, les objections des requérants relevaient du champ d'application de l'article 9 et de l'article 14 de la CouEDH, car elles étaient motivées par leurs convictions religieuses.¹⁶⁵ Elle a tenu compte du fait que la perte d'emploi est une sanction sévère qui a eu de graves conséquences pour les requérants.¹⁶⁶ Toutefois, selon la CouEDH, les actions des employeurs étaient légitimes parce qu'elles visaient à soutenir respectivement la promotion de l'égalité des chances d'une autorité publique et la mise en œuvre par un employeur privé d'une politique d'offre de services sans discrimination.¹⁶⁷

Aux Pays-Bas, la loi générale sur l'égalité de traitement¹⁶⁸ contient une exception pour les institutions qui se basent sur des principes religieux, en stipulant qu'elles peuvent imposer des « exigences qui, au regard de l'objectif de l'institution, sont nécessaires à l'accomplissement des obligations liées au poste » - à moins que ces exigences n'entraînent une distinction fondée sur « le seul fait de » (par exemple) l'orientation sexuelle (article 5, paragraphe 2). La Commission européenne a critiqué le fait que la législation n'est pas parvenue à préciser que ces exigences doivent être légitimes et proportionnelles.¹⁶⁹ En mai 2014, la chambre basse du Parlement des Pays-Bas a approuvé un projet de loi qui propose de reformuler cette exception et d'en limiter le

155 CouEDH, *Obst c. Allemagne*, n° 425/03, 23 septembre 2010 ; *Schüth c. Allemagne*, n° 1620/03, 23 septembre 2010.

156 Irlande, Loi sur l'égalité (*Equality Act*), 18 juillet 2004.

157 Commission européenne, *Classement de la procédure d'infraction concernant la transposition en Irlande de la Directive 2000/78/CE* IP/08/703, 6 mai 2008.

158 Irlande, Autorité irlandaise en charge de l'égalité, Appel à présentation d'observations : proposition de modification de la section 37 des lois sur l'égalité en matière d'emploi 1998-2011 (*Call for submissions: Proposed amendment to Section 37 of the Employment Equality Acts 1998-2011*), 24 octobre 2013.

159 En 2014, l'autorité en charge de l'égalité (*Equality Authority*) a fusionné avec la commission irlandaise des droits de l'homme (*Irish Human Rights Commission*) pour devenir la commission irlandaise de l'égalité et des droits de l'homme (*Irish Human Rights and Equality Commission*). La nouvelle commission a été établie en droit le 1^{er} novembre 2014.

160 Irlande, *Irish Human Rights and Equality Commission, document de recommandation*, 14 avril 2014.

161 CouEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, 15 janvier 2013.

162 Royaume-Uni (2010), Loi sur l'égalité (*Equality Act*), 8 avril 2010.

163 CouEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, 15 janvier 2013.

164 *Ibid.*, paras. 27 et 37.

165 *Ibid.*, paras. 70 et 103.

166 *Ibid.*, para. 109.

167 *Ibid.*, paras. 105 et 109.

168 Pays-Bas, Loi générale sur l'égalité de traitement (*Algemene wet gelijke behandeling*), Journal officiel (*Staatsblad*) (2004), n° 230.

169 Commission européenne (2008), *Avis motivé de la Commission européenne*, 2006/2444, C(2008) 0115, 31.01.2008, p. 6-7.

champ d'application en supprimant « le seul fait de », mais le Sénat ne l'a pas encore adopté.

2.2. Mise en œuvre et application

2.2.1. Mise en œuvre de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et renforcement de la législation au niveau national

Développement majeur

- Les États membres de l'UE ont pris des mesures pour mettre pleinement en œuvre la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, comme l'inclusion de l'orientation sexuelle dans la liste des motifs protégés et le renversement de la charge de la preuve dans des affaires de discrimination.

En janvier 2014, la Commission a présenté un rapport commun sur l'application des directives anti-discrimination.¹⁷⁰ D'après le rapport, tous les 28 États membres ont mis en œuvre les directives dans la législation nationale, et la Commission a vérifié que ces lois respectent les directives. Par conséquent, toutes les procédures d'infraction pour transposition incorrecte ont été clôturées. La Commission continue de suivre les évolutions dans les États membres et de lancer des procédures d'infraction le cas échéant.

Depuis 2010, des lois ont été modifiées dans certains États membres (Espagne, Lettonie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie et Slovaquie). Ces modifications impliquaient divers efforts visant l'amélioration ou le renforcement de la mise en œuvre de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.

La Lettonie¹⁷¹ a élargi la liste des motifs de discrimination interdits, pour y inclure l'orientation sexuelle. Les

Pays-Bas¹⁷² ont aligné la formulation de la loi générale sur l'égalité de traitement à celle de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi en termes de définition de la discrimination directe et indirecte. La Pologne¹⁷³ a approuvé une nouvelle loi sur l'égalité de traitement qui, comme indiqué précédemment, garantit toujours la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi uniquement. Le Portugal a adopté deux actes législatifs faisant référence à la protection des travailleurs indépendants¹⁷⁴ et à la protection des travailleurs dans les fonctions publiques.¹⁷⁵ La Slovaquie¹⁷⁶ a introduit une indemnisation des dommages non pécuniaires pour les candidats à un poste ou les travailleurs qui souffrent de détresse mentale en tant que victimes d'une inégalité de traitement ou d'un comportement discriminatoire par un employeur ou parce que ce dernier ne les protège pas contre le harcèlement sexuel ou d'autres formes de harcèlement. La législation précise également que l'indemnisation des dommages non pécuniaires doit être efficace et proportionnelle au préjudice subi par les candidats à un poste ou les travailleurs, et que cela doit inciter les employeurs à ne pas réitérer les infractions. L'Espagne a adopté une nouvelle loi de procédure du travail,¹⁷⁷ qui renverse la charge de la preuve

170 Commission européenne (2014a), *Rapport commun sur l'application de la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité entre les races) et de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive sur l'égalité en matière d'emploi)*, COM (2014) 2 final, 17 janvier 2014.

171 Lettonie, Loi sur l'interdiction de la discrimination de personnes physiques exerçant une activité économique (*Fizisk opersonu – saimnieciskās darbības veicēju – diskriminācijas aizlieguma likums*), 29 novembre 2012.

172 Pays-Bas, Loi du 7 novembre 2011 portant modification de la loi générale sur l'égalité de traitement, du Code civil, de la loi relative à l'égalité de traitement des personnes handicapées ou souffrant de maladies chroniques, de la loi sur l'égalité de traitement quel que soit l'âge dans l'emploi et de la loi sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes – adaptation des définitions de la distinction directe et indirecte et de certaines autres dispositions afin de les rendre conformes à la terminologie utilisée dans les directives de l'UE (*Wet van 7 november 2011 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling, het Burgerlijk Wetboek, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (aanpassing van definities van direct en indirect onderscheid en enkele andere bepalingen aan richtlijnterminologie)*, Journal officiel (*Staatsblad*) (2011), n° 554 ; en vigueur depuis le 3 décembre 2011.

173 Pologne, Loi sur la mise en œuvre de certaines dispositions de l'Union européenne concernant l'égalité de traitement (*Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania.*), 3 décembre 2010.

174 Portugal, Loi 3/2011, qui interdit toute forme de discrimination dans l'accès à et l'exercice d'un travail indépendant, transposant la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et la Directive 2006/54/CE du Parlement européen du 5 juillet 2006 (*Lei que proíbe qualquer discriminação no acesso e no exercício do trabalho independente e transpõe a Directiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho, a Directiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de Novembro, e a Directiva n.º 2006/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho*), 15 février 2011.

175 Portugal, Loi générale n° 35/2014, Loi générale du travail dans la fonction publique (*Lei n.º 35/2014 Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*), 20 juin 2014.

176 Slovaquie, Loi sur les relations de travail (*Zakon o delovnih razmerjih*), 5 mars 2013.

177 Espagne, Loi sur la juridiction sociale (*Ley reguladora de la jurisdicción social*), n° 36, 10 octobre 2011.

lorsque les allégations du plaignant établissent des faits dont il peut être présumé qu'une discrimination a eu lieu.¹⁷⁸ Cela signifie que, dès lors que les travailleurs ont démontré des faits indiquant une discrimination, les employeurs doivent fournir la preuve qu'ils n'ont pas opéré de discrimination, contrairement au devoir des victimes de prouver qu'elles ont été victimes de discrimination. Par ailleurs, la loi dispose qu'un juge ou un tribunal peut demander l'avis des agences gouvernementales pertinentes lorsque la discrimination est fondée sur l'orientation sexuelle.¹⁷⁹ Enfin, dans les cas de discrimination fondée sur les motifs énoncés dans la législation, y compris l'orientation sexuelle, un tribunal peut entamer une procédure *ex officio*.¹⁸⁰

La Roumanie a également pris des mesures en faveur du renversement de la charge de la preuve.¹⁸¹ Cependant, des problèmes juridiques persistent en ce qui concerne les enseignants homosexuels et trans. L'ordonnance commune du ministère de la Santé et du ministère de l'Éducation juge l'homosexualité et l'identité trans incompatibles avec l'enseignement. Elle dispose que « de graves troubles comportementaux résultant de maladies mentales, y compris celles qui accompagnent les troubles de l'identité de genre et de préférence sexuelle » empêchent des personnes de travailler en tant qu'enseignants.¹⁸² Cette ordonnance n'a pas été contestée devant le tribunal ou l'organisme de promotion de l'égalité.

La Hongrie, l'Autriche et l'Italie présentent des exemples de bonnes pratiques qui encouragent les mesures visant à réduire la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, y compris des activités de sensibilisation pour l'administration publique. En Hongrie, le gouvernement a mis en place un mécanisme de consultation des ONG appelé la table ronde sur les droits de l'homme (*Emberi Jogi Kerekasztal*) en 2012,¹⁸³ qui dispose d'un groupe de travail spécifique sur les droits des personnes LGBTI, composée de membres du gouvernement et de cinq ONG de défense des droits de ce groupe.

Au niveau local, l'Autriche et l'Italie ont mis en place des offices spécifiques traitant des questions LGBTI dans certaines municipalités (Vienne,¹⁸⁴ Turin,¹⁸⁵ Venise¹⁸⁶ et Bologne¹⁸⁷) afin de mettre en pratique l'engagement des conseils municipaux respectifs à traiter les questions relatives aux personnes LGBTI et à élaborer des politiques antidiscrimination. En ce qui concerne le rôle des administrations publiques, l'Italie dispose du Réseau national des Administrations Publiques contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité du genre (R.E.A.D.Y.),¹⁸⁸ qui est composé d'administrations publiques locales et régionales pour échanger les bonnes pratiques de promotion des droits civils des personnes LGBTI.¹⁸⁹ D'après les données disponibles en mars 2014, le réseau compte 75 membres (dans six régions, 11 provinces et 51 municipalités).

2.2.2. Jurisprudence nationale et de la CJUE sur la discrimination

Développements majeurs

- Le faible nombre de plaintes déposées en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle reste problématique.
- Les données statistiques sur le nombre d'affaires judiciaires impliquant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et sur le contenu des décisions judiciaires rendues dans ces affaires, font défaut, il n'existe pas suffisamment d'informations sur le nombre de plaintes introduites auprès des organismes de promotion de l'égalité et sur le contenu de leurs décisions.

178 *Ibid.*, art. 96, para. 1.

179 *Ibid.*, art. 95, para. 3.

180 *Ibid.*, art. 148.

181 Roumanie, Loi n° 61/2013 portant modification de l'ordonnance gouvernementale n°137/2000 concernant la prévention et la sanction de toutes formes de discrimination (*Lege nr. 61/2013 pentru modificarea Ordonanței Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare*) du 21 mars 2013, para. 1.

182 Roumanie, Ordonnance commune concernant l'examen médical annuel du personnel de l'enseignement pré-universitaire (*Ordinul nr. 4840/IR 38342/2796/2005 privind controlul medical anual pentru personalul din învățământul preuniversitar*), n° 4840/IR 38342/2796/2005, 24 août 2005.

183 Hongrie, Décision gouvernementale n° 1039/2012 (III. 22.) sur le groupe de travail sur les droits de l'homme (1039/2012. (II. 22.) *Korm. Határozataz Emberi Jogi Munkacsoportról*).

184 Autriche, Point de contact anti-discrimination pour les modes de vie des personnes lesbiennes, gays et transgenres (*Wiener Antidiskriminierungsstelle für gleichgeschlechtliche und transgender Lebensweisen*), *Aufgaben*.

185 Italie, Municipalité de Turin, *service LGBT*.

186 Italie, Municipalité de Venise, *service LGBT*.

187 Italie, Municipalité de Bologne (2011), « Approvato l'atto di indirizzo per la costituzione dell'ufficio pari opportunità, differenze e diritti umani », communiqué de presse, 2 novembre 2011.

188 *Rete nazionale delle pubbliche amministrazioni per il superamento delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere*.

189 Italie, Municipalité de Turin, *réseau R.E.A.D.Y.*

La Commission européenne a noté que les informations disponibles indiquent que le nombre de plaintes déposées en cas de discrimination est faible.¹⁹⁰ Le nombre d'affaires judiciaires sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi au niveau national est faible depuis 2010, ce qui suggère que les victimes sont peu nombreuses à déposer plainte.¹⁹¹ Des affaires ont été documentées en Belgique, en Croatie, en Finlande, en France, en Hongrie, en Italie, en Lituanie, aux Pays-Bas, en Pologne, en Roumanie et au Royaume-Uni. Mais il est important de noter que, à côté du faible signalement, le manque de données statistiques, tant sur les affaires judiciaires que sur les plaintes déposées auprès des organismes de promotion de l'égalité qui impliquent une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, demeure un problème.¹⁹²

Lorsque des statistiques existent, les institutions responsables de la collecte des données ne les désagrègent souvent pas en fonction des motifs de discrimination ; il est donc impossible de connaître le nombre de cas de discrimination portant de manière spécifique sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre.

Pour remédier au manque de données statistiques, le rapport Lunacek¹⁹³ encourage la Commission et les États membres, ainsi que les agences concernées et Eurostat, à collecter de manière régulière des données pertinentes et comparables sur la situation des personnes LGBTI dans l'UE tout en respectant pleinement les règles de l'UE en matière de protection des données à caractère personnel.

Une bonne pratique concernant la collecte de données sur la discrimination a commencé en Espagne en 2013. Le projet, conçu par le ministère de la Santé, des Services sociaux et de l'Égalité (*Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad*), impliquait la création de la carte

de discrimination (*Mapa de la Discriminación*).¹⁹⁴ Entre autres choses, la carte visait à remédier au manque de statistiques officielles et d'études exhaustives systématiques sur la discrimination. La première étape consistait à analyser les sources de données disponibles pour comprendre les perceptions de la société et des victimes potentielles de discrimination, avec l'objectif de promouvoir de meilleures politiques anti-discrimination en Espagne. Le projet couvrait de nombreux motifs de discrimination, y compris l'orientation sexuelle, l'identité de genre et la discrimination multiple.

Le nombre limité d'affaires identifiées dans les États membres rendent difficile une analyse exhaustive de l'application de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi aux affaires impliquant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les principales questions soulevées dans ces affaires concernent a) le renversement de la charge de la preuve ; b) l'utilisation d'éléments de preuve statistiques ; c) l'interprétation du harcèlement sur le lieu de travail. Il convient de noter qu'en 2013, la CJUE a contribué de manière importante à l'interprétation de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.¹⁹⁵

En France, la charge de la preuve a été renversée dans au moins trois affaires présumant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.¹⁹⁶ Dans l'une d'entre elles, la Cour de cassation a cassé le jugement de la cour d'appel pour application incorrecte de la charge de la preuve. L'affaire impliquait le licenciement d'un employé quelques semaines après que son homosexualité ait été découverte.¹⁹⁷ En Hongrie, le tribunal (*Curia*) s'est prononcé contre une école qui n'était pas en mesure de prouver que le non-renouvellement du contrat d'un enseignant n'était pas dû à son orientation sexuelle. Il a estimé que, compte tenu de tous les aspects de l'affaire et des déclarations faites par le directeur, il était très peu probable que ce dernier n'ait pas eu connaissance de l'orientation sexuelle de l'enseignant.¹⁹⁸

190 Commission européenne (2014a), *Rapport commun sur l'application de la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité entre les races) et de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive sur l'égalité en matière d'emploi)*, COM (2014) 2 final, 17 janvier 2014, para. 3.3.

191 FRA (2014), *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey : Main results*, Luxembourg, Office des publications, p. 47-48.

192 Les données statistiques sont rarement collectées, ou ne le sont pas, de manière systématique dans de nombreux États membres. L'Allemagne, la France, le Royaume-Uni et la Slovaquie collectent et publient tout ou partie des données sur la jurisprudence. De même, en Croatie, au Danemark, en Estonie, en Grèce, en Lituanie, aux Pays-Bas et en Suède, tout ou partie des plaintes déposées auprès des organismes de promotion de l'égalité concernant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sont collectées.

193 Parlement européen (2014a), *Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*.

194 Espagne, Ministère de la Santé, des Services sociaux et de l'Égalité (*Ministerio de Salud, Servicios Sociales e Igualdad*) (2013), *Diagnostic study of secondary sources about discrimination in Spain*. Aucune référence en ligne n'existe encore pour cette initiative, autre que la [synthèse d'un rapport identifiant et analysant les sources de données secondaires disponibles sur cette question](#).

195 Voir CJUE, C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 avril 2013 et CJUE, C-267/12, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 décembre 2013.

196 France, Cour de cassation, *M. X c. ITS (entreprise)*, n° 12-270, 6 novembre 2013 ; Cour d'appel de Versailles, *Laurent B. c. SAS SITEL FRANCE et Société Clientlogic (entreprise)*, n° 10/04996, 10 janvier 2012 ; Cour d'appel de Douai, *Julien P. c. Fédération laïque des associations socio-éducatives du Nord (ONG)*, n° 10/00312, 17 février 2011.

197 France, Cour de cassation, *M. X c. ITS (entreprise)*, n° 12-270, 6 novembre 2013.

198 Hongrie, *Curia*, Décision n° Mfv.III.10.100/2012/9, 17 septembre 2012.



Au Royaume-Uni, la cour d'appel en matière d'emploi (*Employment Appeal Tribunal, EAT*)¹⁹⁹ a confirmé une décision rendue par un tribunal du travail (*Employment Tribunal, ET*) qui estimait qu'un employé avait été victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le cas s'est présenté lorsque l'employé a découvert une note, écrite par un collègue et l'insultant en tant que gay, durant son travail. L'employé s'est plaint et l'employeur a mené une enquête sur les griefs, qui a rejeté la plainte, estimant que le collègue ne pouvait pas avoir l'intention d'être offensant avec cette note. L'EAT a conclu que l'ET avait correctement renversé la charge de la preuve. L'employeur n'a apporté aucun élément de preuve de la procédure d'enquête, et la conclusion selon laquelle le collègue ne possédait pas d'opinions homophobes était injustifiée au vu de la formulation de la note.

Au contraire, en Lituanie, les tribunaux ont estimé dans deux affaires²⁰⁰ que le demandeur a fait état d'une discrimination *prima facie* fondée sur l'orientation sexuelle et le statut social, et a renversé la charge de la preuve pour la placer sur le défendeur. Les tribunaux ont toutefois finalement jugé qu'aucune discrimination n'avait été établie. Dans les deux cas, le demandeur a affirmé avoir été victime, lorsqu'il a postulé pour un poste de maître de conférences universitaire, de discrimination fondée sur deux motifs simultanément : son orientation sexuelle et son statut social. Les tribunaux ont estimé que les membres des deux comités de sélection n'avaient pas connaissance de l'orientation sexuelle du demandeur, car ils n'ont soulevé aucune question, ni fait d'allégation à ce sujet durant l'audience. Les tribunaux sont parvenus à cette conclusion bien que les soumissions du demandeur expliquaient qu'il était une personne bien connue vivant ouvertement en tant que gay en Lituanie et avait publié de nombreux articles sur l'homophobie en Lituanie en sa capacité de chercheur et de professeur universitaire (avant d'être licencié de son lieu de travail précédent).

Le considérant 15 de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi contient un point important relatif à la charge de la preuve dans les affaires anti-discrimination, et dispose ce qui suit : « [l']appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques. »

199 Royaume-Uni, Cour d'appel en matière d'emploi (*Employment Appeal Tribunal*), *Bivonas LLP & Ors c. Bennett* [2011] UKEAT 0254_11_3101, 31 janvier 2012.

200 Lituanie, Tribunal du district de Vilnius (*Vilniaus apygardos teismas*), n° 2A-2140-464/2011, 11 novembre 2011.

En 2013, la Cour de cassation française²⁰¹ a approuvé l'utilisation par la cour d'appel de divers indices visant à prouver la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, tels que des comparaisons avec d'autres employés de l'entreprise et l'ambiance homophobe au sein d'une entreprise. L'affaire concernait un employé, licencié pour faute grave, qui souhaitait prouver au tribunal qu'il n'a pas eu une carrière fructueuse au sein de l'entreprise en raison de son orientation sexuelle. Afin de prouver qu'il était victime de discrimination fondée sur son orientation sexuelle, l'employé a comparé sa situation à celle d'autres employés engagés à la même date, tous ayant réalisé des progrès positifs par comparaison avec sa carrière. Sur la base des constatations de la cour d'appel, la Cour de cassation a noté que :

« postérieurement à son inscription sur la liste d'aptitude de sous-directeur, le salarié avait postulé en vain à quatorze reprises à un poste de sous-directeur ou à un poste de niveau équivalent, qu'il a répondu à des propositions de postes à l'international, à une proposition de poste dans une filiale à Paris, qu'il est le seul de sa promotion de 1989 à ne pas avoir eu de poste bien que son inscription sur la liste d'aptitude ait été prorogée à deux reprises en 1995 et en 2000 et qu'il était parmi les candidats les plus diplômés ».

Par ailleurs, dans son arrêt, la cour d'appel a noté que « plusieurs témoins [ont fait] état d'une ambiance homophobe dans les années 70 à 90 au sein de l'entreprise ». La cour d'appel a estimé que ces éléments suggéraient l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de l'employé. La Cour de cassation a confirmé la décision.

La jurisprudence montre que les questions de harcèlement sont souvent soulevées devant les tribunaux, qui évaluent les éléments de preuve présentés pour établir les faits. Il est souvent rappelé aux employeurs, qu'ils sont dans l'obligation d'appliquer toutes les mesures nécessaires pour prévenir le harcèlement sur le lieu de travail.

Une analyse de la jurisprudence montre que les politiques et réglementations générales internes de l'entreprise ne contiennent pas de dispositions qui font explicitement grief à la profession ou au travail des employés en raison de leur orientation sexuelle. Toutefois, dans la pratique, des politiques internes discriminatoires de l'entreprise et une tolérance par la direction des comportements discriminatoires des collègues peuvent être observées.

201 France, Cour de cassation, *M. X c. Crédit agricole mutuel de Paris Ile-de-France*, pourvoi n° 11-15204, 24 avril 2013.

Les tribunaux ont aussi examiné comment le harcèlement dans l'environnement de travail est interprété et la mesure dans laquelle le comportement des employés est pris en considération lors de la détermination du fait qu'une personne ait ou non été soumise à un harcèlement en raison de son orientation sexuelle.

En Croatie, la cour d'appel²⁰² a confirmé le jugement d'une juridiction inférieure qui constate une discrimination directe à l'encontre d'un maître de conférences sur la base de son orientation sexuelle. Deux collègues de faculté confirmés ont formulé en public des commentaires dégradants pour empêcher le maître de conférences de devenir professeur à l'université. Le tribunal a estimé que le maître de conférences avait été victime d'un comportement qui visait à le couvrir de reproches et de honte au sein de l'environnement universitaire. Dans le même temps, le tribunal a reconnu la victime coupable d'avoir parlé de son cas en public, et lui a infligé une amende. Sa situation à l'université n'a pas changé après la décision du tribunal constatant la discrimination à son égard, et il a quitté la Croatie.²⁰³

Au Royaume-Uni, deux affaires illustrent l'impact de la révélation de l'orientation sexuelle à des collègues. Dans l'affaire *Grant c. HM Land Registry & Anor*, la cour d'appel a pris en considération le fait que l'employé avait volontairement révélé son orientation sexuelle à ses collègues sur le lieu de travail ; toute autre divulgation de cette orientation sexuelle par d'autres dans un lieu de travail différent ne constituait pas de discrimination directe ou de harcèlement. La cour a jugé qu'il n'était ni raisonnable ni justifié que l'employé se sente lésé parce que l'information a été transmise à d'autres collègues.²⁰⁴ De même, l'affaire *Smith c. Ideal Shopping Direct Ltd* a non seulement fourni des orientations supplémentaires sur la définition du harcèlement, mais a également illustré le fait que le comportement d'un employé et le contexte de l'environnement de travail revêtent une grande importance lorsqu'il s'agit de déterminer si les paroles ou le comportement d'autres personnes constituent un harcèlement. Plus particulièrement, le jugement a confirmé que le tribunal tiendrait compte du fait que l'employé lui-même a utilisé des termes et surnoms péjoratifs sur le lieu de travail.²⁰⁵

En Hongrie, la Cour métropolitaine de Budapest²⁰⁶ s'est prononcée contre un employeur pour avoir créé un environnement de travail hostile à un employé en raison de son orientation sexuelle. Durant la procédure, l'employeur a avancé que ses blagues au sujet de l'orientation sexuelle de l'employé n'étaient pas destinées à le harceler. La cour a souligné que la violation de l'interdiction de harcèlement n'exige pas d'humiliation ou de traitement dégradant intentionnel. Elle a déclaré que l'évaluation d'actes ou comportements discriminatoires présumés exige la prise en compte des perceptions subjectives de la victime.

Enfin, en Belgique, en 2010 et 2012, le tribunal du travail de Bruxelles²⁰⁷ s'est prononcé dans deux cas dans lesquels des employés se plaignaient de harcèlement et de discrimination au travail fondé sur leur orientation sexuelle. Dans les deux cas, le tribunal a estimé que l'employeur a indûment mis un terme à un contrat de travail en raison de l'orientation sexuelle de l'employé, et a condamné l'employeur à indemniser les travailleurs. L'affaire plus ancienne est particulièrement intéressante : le contrat a été rompu parce que l'employé s'est plaint auprès du service interne qu'il était victime de harcèlement au travail en raison de son orientation sexuelle. Le travailleur a exigé une indemnité de licenciement pour avoir déposé une plainte de discrimination.

En termes de jurisprudence de la CJUE, en 2013, dans l'affaire *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combatere a Discriminării*, la Cour a statué pour la première fois sur l'application de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi à la discrimination dont une personne supposée être homosexuelle peut être victime sur le marché du travail à la suite de déclarations homophobes par une personne perçue comme étant l'employeur.²⁰⁸

La CJUE a fixé quelques principes clés dans l'arrêt. Elle a déclaré qu'il ne suffit pas qu'un employeur réponde aux faits permettant de présumer qu'il mène une politique d'embauche discriminatoire en se limitant à soutenir que les déclarations suggestives de l'existence d'une politique d'embauche homophobe émanent d'une personne qui, bien qu'elle affirme et semble jouer un rôle important dans la gestion de cet employeur, n'est pas juridiquement capable de le lier en matière d'embauche.²⁰⁹

202 Croatie, Tribunal du comté de Varaždin, deuxième instance (Županijski sud u Varaždinu, drugistupanj), P-3153/10 *Kresic c. FOI*, 29 août 2013.

203 Croatie (2013), *Varaždin : Krešić zbog diskriminacije otišao s faksa*.

204 Royaume-Uni, Cour d'appel (Court of Appeal), *Grant c. HM Land Registry & Anor*, 2011.

205 Royaume-Uni, Cour d'appel en matière d'emploi (Employment Appeal Tribunal), *Smith c. Ideal Shopping Direct Ltd*, [2013] Eq. L.R. 943, 2013.

206 Hongrie, Cour métropolitaine de Budapest, Décision n° 22.P.24.669/2010/14, 24 janvier 2012.

207 Belgique, Tribunal du travail de Bruxelles, 26 octobre 2010 et 15 mai 2012.

208 CJUE, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combatere a Discriminării*, 25 avril 2013.

209 *Ibid.*, para. 49.



D'après la CJUE, la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi ne requiert pas l'existence d'une victime pour affirmer que la politique d'embauche d'un employeur viole le principe d'égalité de traitement consacré dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE.²¹⁰ Cette position s'inscrit dans les lignes du concept de « discrimination potentielle » introduit par la CJUE dans l'affaire *Feryn*,²¹¹ qui traite des déclarations discriminatoires faites par un employeur qui s'opposait à l'embauche de personnes d'une origine ethnique particulière et les excluait du processus de sélection pour les postes disponibles.

En ce qui concerne la charge de la preuve, les constatations de la CJUE indiquent clairement que le renversement de la charge de la preuve entraîne des difficultés pour les parties défenderesses qui doivent prouver le respect du principe d'égalité de traitement au sens de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi.

La CJUE a également estimé que, lorsqu'il est avéré qu'une politique discriminatoire a été adoptée, la directive exige que les sanctions soient plus que simplement symboliques, par exemple donner un avertissement. Pour garantir un effet dissuasif, et pour qu'une sanction soit considérée comme suffisante à la lumière du but et de l'objet de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, elle doit être efficace, proportionnelle et dissuasive.²¹²

Après la décision de la CJUE rendue en avril 2013, la cour d'appel de Bucarest²¹³, en Roumanie, a rejeté en décembre le recours déposé par l'ONG *Asociația Accept* au principal, en approuvant la décision initiale rendue par le Conseil national de lutte contre la discrimination (*Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, NCCD). La requérante a introduit un nouveau recours contre la décision qui, au moment de la rédaction du présent rapport, était en suspens devant la Haute Cour de cassation et de justice de Roumanie (*Înalta Curte de Casație și Justiție*). La requérante a fait valoir, entre autres, que la cour d'appel n'était pas en droit de refuser le recours à la suite de l'arrêt de la CJUE.²¹⁴

Cependant, en Roumanie, les modifications législatives suscitées par la procédure devant la CJUE dans l'affaire *Accept* visaient à combler une lacune dans la législation qui, dans certaines circonstances, avait compromis la

capacité du NCCD à imposer des sanctions qui étaient efficaces, proportionnelles et dissuasives.²¹⁵

Le tribunal de Bergame, section travail (*Tribunale di Bergamo, Sezione lavoro*)²¹⁶ a appliqué la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi pour la première fois en Italie en août 2014, après que la CJUE ait rendu sa décision dans l'affaire *Accept*. L'affaire impliquait un avocat qui, lors d'une interview à la radio, a déclaré à plusieurs reprises qu'il n'engagerait jamais une personne homosexuelle dans son cabinet juridique. Le tribunal a reconnu que les déclarations de l'avocat pouvaient constituer une discrimination à l'encontre des personnes homosexuelles parce qu'elles étaient fort susceptibles de les décourager de présenter leur candidature et, par conséquent, étaient destinées à prévenir ou à empêcher l'accès à l'emploi. Les déclarations avaient un effet démoralisant et dissuasif sur les personnes qui espéraient être recrutées par le cabinet juridique de la partie défenderesse. Le tribunal a estimé que les déclarations constituaient une discrimination au titre de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, bien que la partie défenderesse n'exécute aucune activité de recrutement au moment de ces déclarations. La décision stipule que la discrimination inclut le comportement qui empêche ou entrave l'accès à l'emploi à un niveau abstrait.

En Croatie, une décision de la Cour suprême²¹⁷ rendue un an avant l'arrêt de la CJUE est parallèle à certains égards à l'arrêt de la CJUE. Au cours d'un entretien, le président de l'association nationale de football croate a affirmé qu'aucun homosexuel ne jouerait dans l'équipe nationale de football tant qu'il serait président. Dans ce même entretien, il déclare que le football est un sport joué par des personnes en bonne santé. La Cour suprême a jugé que la déclaration pouvait produire des effets significatifs en raison de l'influence particulière du défendeur dans le monde du sport. La déclaration aurait pu placer les personnes d'orientation homosexuelle dans une position défavorable en ce qui concerne l'accès aux opportunités d'emploi dans le monde du sport. Cela suffisait pour renverser la charge de la preuve sur le défendeur, qui n'est pas parvenu à démontrer que sa déclaration ne créait pas d'environnement hostile aux personnes homosexuelles.

²¹⁰ *Ibid.*, para. 52.

²¹¹ CJUE, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, 10 juillet 2008.

²¹² CJUE, C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 avril 2013.

²¹³ Roumanie, Cour d'appel de Bucarest, (*Curtea de Apel București*), décision n° 4180, 23 décembre 2013, para. 61.

²¹⁴ Roumanie, Haute Cour de cassation et de justice (*Înalta Curte de Casație și Justiție*), dossier n° 12562/2/2010.

²¹⁵ Roumanie, Loi n° 189/2013 pour l'approbation de l'ordonnance d'urgence à des fins de modification et de complément de l'ordonnance gouvernementale n° 137/2000 concernant la prévention et la sanction de toutes formes de discrimination (*Legea nr. 189/2013 privind aprobarea Ordonanței de urgență nr. 19/2013 pentru modificarea și completarea Ordonanței Guvernului nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare*) du 25 juin 2013, para. 2.

²¹⁶ Italie, Tribunal de Bergame, section travail (*Tribunale di Bergamo, Sezione lavoro*), 6 août 2014.

²¹⁷ Croatie, Cour suprême (*Vrhovni sud Republike Hrvatske ; drugistupanj*), *Zagreb Pride et autres c. Marković*, 28 février 2012.

La cour a jugé que les déclarations publiques homophobes violent la dignité des citoyens homosexuels. Enfin, la cour a conclu que le discours homophobe dans les médias relevait du harcèlement. Le défendeur a été tenu responsable de discrimination et de harcèlement fondés sur l'orientation sexuelle. La cour a condamné le défendeur à payer les frais d'impression de l'arrêt dans les journaux quotidiens dans lesquels il avait fait la déclaration homophobe. Il a également été interdit au défendeur de faire des déclarations homophobes dans les médias à l'avenir.

En conclusion, la jurisprudence analysée souligne certains des aspects les plus novateurs de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi. Toutefois, le faible nombre de plaintes déposées et le manque de données statistiques rendent difficile l'identification des problèmes relatifs à son application. Un grand nombre d'affaires de discrimination doivent être jugées pour rendre possible l'évaluation réelle du plein impact des mesures de lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi.

2.2.3. Mandat des organismes de promotion de l'égalité

Développements majeurs

- Les organismes de promotion de l'égalité jouent un rôle important dans la sensibilisation aux droits fondamentaux des personnes LGBTI.
- L'Espagne et la Finlande n'ont pas encore mis en place d'organisme de promotion de l'égalité traitant de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Les autres États membres de l'UE disposent d'organismes de promotion de l'égalité uniques qui couvrent la série de motifs de discrimination prohibés en vertu du droit de l'UE.

Dans la conclusion de son *rapport commun sur l'application des directives anti-discrimination*, la Commission européenne a déclaré que renforcer le rôle de surveillance des organismes nationaux de promotion de l'égalité peut contribuer de manière essentielle à rendre plus efficaces la mise en œuvre et l'application des directives.²¹⁸

²¹⁸ Commission européenne, *Rapport commun sur l'application de la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité entre les races) et de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive sur l'égalité en matière d'emploi)*, COM (2014) 2 final, 17 janvier 2014, para 7.

Seules l'Espagne²¹⁹ et la Finlande²²⁰ n'ont pas mis en place d'organismes de promotion de l'égalité en charge de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ce qui signifie que cinq États membres supplémentaires (la Croatie, l'Italie, Malte, la Pologne et le Portugal) l'ont fait depuis 2010.

En ce qui concerne l'identité de genre, la logique qui sous-tend la jurisprudence existante de l'UE suggère que les organismes de promotion de l'égalité qui couvrent la discrimination fondée sur le genre devraient également aborder la position des personnes trans.

Une analyse comparative révèle que les États membres ont choisi le modèle d'un organisme de promotion de l'égalité unique qui couvre la série de motifs protégés par le droit de l'UE plutôt qu'un organisme spécialisé dans la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.²²¹ Ce choix se justifie principalement par des considérations liées aux économies d'échelle, le besoin de cohérence dans l'interprétation de la législation et la fréquence de la discrimination multiple. De même, la majorité des États membres de l'UE ont fusionné les organismes de promotion de l'égalité avec les institutions nationales des droits de l'homme (INDH). Cependant, les institutions nationales des droits de l'homme sont toujours fragmentées dans certains États membres²²², avec une variété d'institutions et l'absence d'une approche cohérente et coordonnée de la surveillance des droits fondamentaux. De même, la majorité des États membres doivent toujours garantir que les INDH et les organismes de promotion de l'égalité jouissent d'un mandat large,

²¹⁹ En Espagne, aucun organisme de promotion de l'égalité ne traite expressément de la protection de l'égalité de traitement et de la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Ces fonctions correspondent au médiateur au niveau national, créé par la loi organique sur le médiateur (*Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*), n° 3, 6 avril 1981, et aux médiateurs de chaque communauté autonome, dont les compétences consistent à protéger les droits et les libertés visés à l'article 14 de la Constitution, qui interdit toute forme de discrimination. Leur tâche consiste à surveiller l'activité des administrations publiques. Elles peuvent mener toute enquête qu'elles considèrent nécessaire, en tenant le Parlement informé des résultats. Elles ne décident pas elles-mêmes d'éventuelles sanctions dans les affaires qu'elles examinent, mais peuvent formuler des suggestions à cet égard.

²²⁰ En Finlande, il n'existe aucun organisme de promotion de l'égalité en charge de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le médiateur pour les minorités traite uniquement de la discrimination fondée sur l'origine ethnique, et le médiateur pour l'égalité traite de l'égalité entre les hommes et les femmes, y compris la discrimination fondée sur l'identité de genre.

²²¹ En Slovaquie, un comité pour les droits des personnes LGBT (*Výbor pre práva LGBT osôb*) a été créé en 2012. Il ne s'agit toutefois pas d'un organisme de promotion de l'égalité à proprement parler, mais d'un groupe d'experts permanent qui traite principalement des propositions législatives faites au Conseil gouvernemental pour renforcer la protection des personnes LGBT.

²²² C'est le cas au moins en Belgique, au Danemark, en Estonie, en Grèce, en Pologne, au Portugal et en Slovaquie.

disposent de ressources adéquates et puissent agir en toute indépendance. De nombreux États membres ne prévoient pas de moyens d'exécution directs pour les organismes de promotion de l'égalité. Le rapport de la FRA sur l'efficacité de la directive sur l'égalité raciale, publié en 2011, est parvenu à une conclusion similaire.²²³

En ce qui concerne les personnes LGBTI, en 2013, le réseau européen des organismes de promotion de l'égalité (Equinet) a publié un avis²²⁴ basé sur un sondage de ses membres, examinant les travaux réalisés par différents organismes pour l'égalité dans la promotion de l'égalité en faveur des personnes LGBTI et la lutte contre la discrimination à leur égard.²²⁵ La plupart des organismes de promotion de l'égalité ont signalé que leurs travaux juridiques relatifs aux personnes LGBTI sont plus limités sur le plan quantitatif que sur d'autres plans.²²⁶ Plusieurs explications peuvent être à l'origine de cette constatation. Premièrement, les travaux des organismes de promotion de l'égalité sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre ne jouissent pas d'une visibilité suffisante. Deuxièmement, comme démontré par le dossier de l'ancien médiateur suédois (HomO), une institution spécialisée est plus à même d'attirer les plaintes et de créer une relation de confiance avec les victimes LGBTI de discrimination. Troisièmement, les personnes LGBTI sont réticentes à déposer des plaintes formelles et à recourir aux mécanismes disponibles, étant donné que l'introduction d'une plainte et la révélation de son orientation sexuelle ou identité de genre sont toujours perçues par certains comme étant coûteuses en termes de réputation et de risques pour la vie privée.²²⁷

Une solution partielle au problème du faible nombre de plaintes déposées serait de permettre aux organes de promotion de l'égalité soit d'agir de leur propre initiative, soit d'agir sur la base de plaintes anonymes, sans révéler l'identité de la victime à l'auteur de l'infraction. Une autre solution serait de garantir que les personnes qui allèguent être victimes de discrimination fondée

sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre soient entendues par un personnel spécialisé dans les questions LGBTI ou par des personnes s'identifiant ouvertement comme LGBTI pour établir un lien de confiance entre les parties.

À cet égard, les organismes de promotion de l'égalité peuvent bénéficier de l'implication dans leurs travaux d'ONG actives dans la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.²²⁸ En Belgique, par exemple, l'organisme de promotion de l'égalité (UNIA) a conclu des protocoles officiels avec plusieurs de ces ONG de manière à ce que ces dernières puissent agir en qualité de bureaux de plaintes locaux (indépendants) pour l'UNIA. Elles sont désormais intégrées dans l'UNIA.²²⁹ En Italie et en Lituanie, les organismes de promotion de l'égalité ont produit des efforts coopératifs avec des ONG en charge des personnes LGBT, en développant divers projets visant à sensibiliser aux principes d'égalité.²³⁰

Le rôle des organismes de promotion de l'égalité dans la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre s'est renforcé depuis 2010. Dans au moins huit pays, les organismes de promotion de l'égalité, ou les gouvernements travaillant en collaboration avec ceux-ci, ont conçu des stratégies nationales de lutte contre la discrimination.²³¹ Le Luxembourg,²³² la Pologne²³³ et le Portugal²³⁴ disposent de plans généraux qui comprennent tous les domaines

223 FRA (2011a), *La directive sur l'égalité raciale : application et défis*, Luxembourg, Office des publications.

224 Equinet (2013), *Organismes de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations et personnes LGBTI*, Bruxelles.

225 L'avis collectait des informations des organismes de promotion de l'égalité dans tous les États membres de l'UE, ainsi que de ceux de Norvège et de Serbie.

226 Le pourcentage de plaintes que les organismes de promotion de l'égalité auraient reçues de personnes LGBT va de 0 % à 3 % de la totalité des affaires reçues. Le pourcentage des demandes va de 1,1 % à 2,8 % de la totalité des demandes traitées. Les plaintes impliquant des personnes lesbiennes, gays et bisexuelles prédominaient, avec seulement de faibles nombres de plaintes présentées par des personnes trans, et aucune par des personnes intersexuées.

227 FRA (2014), *EU LGBT survey – European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey. Main results*, Luxembourg, Office des publications, p. 48-49.

228 Equinet (2013), *Organismes de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations et personnes LGBTI*, Bruxelles, p. 13 et 17.

229 www.diversite.be.

230 En Italie, le Bureau national de lutte contre la discrimination raciale (UNAR) a fait la promotion en 2010 et 2011 de deux projets intitulés « La diversité en tant que valeur » (*Diversità come valore*), en collaboration avec un groupe de travail national, qui comprenait des ONG LGBT. En 2013, en Lituanie, le médiateur pour l'égalité des chances, en collaboration avec une organisation nationale de promotion des droits des personnes LGBT (LGL), a fait la promotion d'un projet intitulé « DIVERSITY.LT » (*JVAIROVĖ.LT*). En 2012, le même organisme de promotion de l'égalité a fait la promotion du projet « IL parc de la diversité » (*Jvairovės parkas*) pour améliorer l'égalité des chances sur le marché du travail.

231 Au moment de la rédaction du présent rapport, aucune information n'était disponible sur les résultats obtenus par les plans nationaux.

232 Luxembourg, Ministère de la Famille et de l'Intégration (2010), *Multi-annual national action plan on integration and against discrimination 2010-2014*.

233 Pologne, Chancellerie du Premier ministre (*Kancelaria Prezesa Rady Ministrów*) (2013), « *Rząd zapoznał się z programem na rzecz równego traktowania* », communiqué de presse, 11 décembre 2013.

234 Portugal, Commission pour la citoyenneté et l'égalité des genres – CIG (*Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género*, CIG), *Planos Nacionais para a Igualdade, Género, Cidadania e Não Discriminação*.

de la discrimination, alors que la Belgique,²³⁵ la France,²³⁶ l'Italie²³⁷, les Pays-Bas²³⁸ et le Royaume-Uni disposent de stratégies spécifiques pour les personnes LGBT. Les Pays-Bas sont le seul État membre qui a régulièrement publié des documents d'orientation sur la « politique d'émancipation homosexuelle » depuis 1986, en accordant une attention plus spécifique aux questions liées aux personnes trans. Le Bureau Anglais des Égalités (*English Equalities Office*) reconnaît que les personnes trans ont des préoccupations spécifiques et celui-ci a donc établi un plan général relatif aux questions LGBT²³⁹, ainsi qu'un plan distinct entièrement consacré aux questions liées aux personnes trans.²⁴⁰

En conclusion, il est nécessaire de renforcer les connaissances des personnes LGBTI concernant leurs droits, ainsi que les outils juridiques à leur disposition. La sensibilisation exige que tous les organismes de promotion de l'égalité publient au moins des rapports spécifiques sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Le Parlement européen a formulé une telle demande dans sa résolution contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre,²⁴¹ qui encourage les organismes de promotion de l'égalité à informer les personnes LGBTI, ainsi que les syndicats et les organisations patronales, de leurs droits.

Tableau 2 : Protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la législation nationale : portée et organismes de contrôle de l'application

Code pays	Champ d'application			Orga- nisme de promo- tion de l'égalité	Commentaires
	Emploi unique- ment	Certains domaines de la DER*	Tous les domaines de la DER*		
AT	✓			✓	Une des neuf provinces (la Basse-Autriche) n'a pas étendu la protection à tous les domaines couverts par la DER. Au niveau fédéral, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est toujours abordée dans le domaine de l'emploi uniquement. Des modifications visant à remédier à cette situation ont été proposées, mais, selon le ministre fédéral des Femmes, n'ont pas fait l'objet d'un accord. **
BE			✓	✓	
BG			✓	✓	
CY	✓			✓	
CZ			✓	✓	
DE			✓	✓	
DK		✓		✓	
EE	✓			✓	

235 Belgique (2013), Plan d'action interfédéral de lutte contre les discriminations homophobes et transphobes 2013-2014, 10 juin 2013.

236 France, Premier ministre (2012), *Programme d'actions gouvernemental contre les violences et les discriminations commises à raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre*, 12 octobre 2012.

237 Italie, Bureau national de lutte contre la discrimination raciale (UNAR) - Département pour l'égalité des chances (*Dipartimento Pari Opportunità*) (2013), *National strategy to prevent and combat discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity (2013-2015)*, Rome.

238 Pays-Bas (2011), *LGBT and gender equality policy plan of the Netherlands 2011-2015 (Hoofdlijnen emancipatiebeleid: vrouwen- en homo-emancipatie 2011-2015)*.

239 Royaume-Uni, Bureau des égalités gouvernementales (*Government Equalities Office*) (2011a), *Working for lesbian, gay, bisexual and transgender equality: Moving forward*.

240 Royaume-Uni, Bureau des égalités gouvernementales (*Government Equalities Office*) (2011b), *Advancing transgender equality: A plan for action*.

241 Parlement européen, Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.



Code pays	Champ d'application			Orga- nisme de promo- tion de l'égalité	Commentaires
	Emploi unique- ment	Certains domaines de la DER*	Tous les domaines de la DER*		
EL	✓			✓	
ES			✓		La législation des communautés autonomes a tendance à garantir le droit de tous les citoyens d'utiliser le système de service social dans des conditions d'égalité et de non-discrimination fondée notamment sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.
FI		✓			
FR		✓		✓	
HR			✓	✓	
HU			✓	✓	
IE		✓		✓	En 2014, le gouvernement a fusionné l'autorité en charge de l'égalité (<i>Equality Authority</i>) avec la commission irlandaise des droits de l'homme (<i>Irish Human Rights Commission</i>) pour former un organe unique : la commission irlandaise de l'égalité et des droits de l'homme (<i>Irish Human Rights and Equality Commission</i>). Une dérogation autorise la discrimination opérée par des institutions religieuses fondée sur une éthique religieuse spécifique (en cours d'examen par l'autorité en charge de l'égalité depuis mai 2014).
IT	✓			✓	Le décret du ministère de l'Administration publique du 31 mai 2012 a étendu le champ d'application des activités de l'UNAR, qui se consacraient à la discrimination fondée sur l'origine raciale et ethnique, pour inclure la discrimination fondée sur les motifs couverts par la Directive 2000/78. Par conséquent, en ce qui concerne l'orientation sexuelle, l'UNAR opère dans le domaine de l'emploi uniquement.
LT			✓	✓	
LU		✓		✓	
LV	✓			✓	
MT		✓		✓	Le mandat de la Commission nationale pour la promotion de l'égalité a été étendu pour couvrir la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en 2012.
NL		✓		✓	
PL	✓			✓	
PT		✓		✓	Il n'existe aucune interdiction explicite de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre en ce qui concerne la protection sociale et l'accès aux biens et services.
RO			✓	✓	
SE			✓	✓	
SI			✓	✓	
SK			✓	✓	
UK			✓	✓	
TOTAL	7	8	13	26	

Notes : ✓ = applicable.

* La discrimination en matière d'emploi est interdite dans tous les États membres de l'UE par la Directive 2000/78/CE. Outre l'emploi et le travail, la Directive 2000/43/CE (directive sur l'égalité raciale) couvre également la protection sociale (y compris la sécurité sociale et les soins de santé), les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public, y compris en matière de logement.

** Autriche, *Der Standard* (2012), « Report de l'amendement sur l'égalité de traitement » (« Gleichbehandlungsnovelle vertagt »), 21 novembre 2012 (veuillez noter qu'il s'agit de la seule source disponible ; aucune source officielle n'est disponible sur cette question).

Source : FRA, 2015

2.2.4. Rôle des organisations LGBTI non gouvernementales et des syndicats

Développements majeurs

- Les organisations non gouvernementales et les syndicats sont habilités à soutenir les victimes de discrimination dans toutes les procédures judiciaires et/ou administratives.
- Dans certains États membres de l'UE, les syndicats promeuvent activement l'égalité dans le domaine de l'emploi, y compris pour les personnes LGBTI.
- Il existe des exemples positifs de participation d'ONG à des procédures anti-discrimination dans l'UE, bien que celles-ci ne disposent pas des ressources nécessaires dans certains États membres.

Comme l'a souligné la Commission européenne, les organisations syndicales et les partenaires sociaux ont un rôle essentiel à jouer dans la sensibilisation tant des employés que des employeurs à la lutte contre les discriminations.²⁴² L'article 9, paragraphe 2, de la directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi dispose que les États membres veillent à ce que les associations, les organisations ou les personnes morales puissent, pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue pour faire respecter les obligations découlant de ladite directive.

Les dispositions de l'article 9, paragraphe 2, sont importantes pour sensibiliser les potentielles victimes LGBTI de discrimination à leurs droits et pour augmenter le nombre de plaintes déposées.

De manière générale, dans les États membres de l'UE, les syndicats et les ONG LGBTI sont autorisés à introduire une action en justice pour le compte des personnes, mais les cadres législatifs de ces États membres énoncent de nombreux critères différents, ce qui rend la comparaison difficile.

Les syndicats ont le droit de représenter, sans autorisation particulière, leurs membres dans le règlement de litiges individuels concernant la discrimination, ainsi que d'intenter des actions en justice dans l'intérêt de ces derniers. Ils peuvent examiner les conflits du travail relatifs à une discrimination individuelle ou collective. Toutefois, dans la pratique, il y a eu peu d'applications de ces dispositions aux affaires de discrimination concernant les personnes LGBTI depuis 2014. Aussi, peu de données ont été disponibles sur les plaintes de discrimination présumée reçues par les syndicats dès 2014. Cela est très probablement dû au fait que ce n'est que tout récemment que les syndicats ont commencé à prendre conscience de la discrimination au travail et à renforcer leurs capacités afin de lutter contre ce phénomène.

Cependant, dans au moins deux États membres, les syndicats promeuvent activement l'égalité dans le domaine de l'emploi. En France, par exemple, la plupart des syndicats ont des branches pour les LGBTI. En 2014, l'Union syndicale Solidaires a soutenu un employé qui était la cible de remarques homophobes de la part de son directeur en interrogeant le conseil de direction sur cette question.²⁴³

Au Portugal, la Confédération générale des travailleurs portugais (*Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses*, CGTP) a approuvé un manifeste sur l'égalité des chances.²⁴⁴ Dans son plan d'action 2012-2016, la CGTP renvoie expressément à la persistance de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et exprime son engagement en faveur de l'égalité.²⁴⁵ L'Union générale des travailleurs (*União Geral dos Trabalhadores*, UGT) a publié une déclaration le 17 mai 2012, faisant référence à la Journée internationale contre l'homophobie et la transphobie, et affirmant son opposition à toute forme de discrimination, y compris celle fondée sur l'orientation sexuelle.²⁴⁶

Tant que le statut d'une organisation stipule clairement que la protection des droits fondamentaux ou des droits des personnes relève de son champ d'application, les ONG LGBTI ont le droit de s'adresser, moyennant autorisation de la personne concernée, aux autorités ou aux tribunaux pour défendre les droits ou intérêts juridiques de cette personne dans des affaires liées

242 Commission européenne (2014a), *Rapport commun sur l'application de la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité entre les races) et de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive sur l'égalité en matière d'emploi)*, COM (2014) 2 final, 17 janvier 2014, para. 3.1.

243 France, TF1, Longuet, M. (2014), « Ça va l'homosexuel? Ça va le gay? », un salarié de Pizza Hut victime d'homophobie », 25 février 2014.

244 Portugal, Confédération générale des travailleurs portugais (*Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses*, CGTP), la confédération des syndicats a approuvé un manifeste sur l'égalité des chances, www.cgtp.pt/images/stories/Estatutos_CGTP-IN_bte17_2012.pdf.

245 Portugal (2012), Programme d'action 2012-2016 (*Programa de Acção 2012-2016*), 27-28 janvier 2012, point 2.3.7.

246 Portugal, UGT (2012), *Dia mundial de Luta contra a homofobia e transfobia*.

à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (ou à des violations de l'interdiction de traitement illégal ou différentiel). À partir de 2014, peu d'ONG LGBTI ont fourni une assistance en cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre.²⁴⁷ Cela s'explique souvent par un manque de ressources financières, mais aussi d'expertise nécessaire et de capacités organisationnelles.

Toutefois, l'expérience des ONG qui prêtent assistance dans des affaires particulières prouve que la participation d'organisations aux procédures judiciaires peut revêtir une importance stratégique, et peut avoir un effet plus général. Par exemple, en Croatie

et en Pologne, des ONG²⁴⁸ ont participé à des affaires concernant des questions de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et ceci a contribué de manière considérable à ce que ces affaires soient portées devant les cours suprêmes respectives.²⁴⁹ Il s'est produit la même chose en Roumanie, où l'ONG LGBTI *Asociația ACCEPT* a porté une affaire au tribunal et celle-ci a par la suite atteint la CJUE.²⁵⁰ En Italie, une affaire portée devant le tribunal par des avocats spécialisés en droit des personnes LGBTI, le réseau Lenford (*Avvocatura per i Diritti GLBTI – Rete Lenford*)²⁵¹ a donné lieu au premier jugement en Italie qui applique la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi en ce qui concerne la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Tableau 3 : Protection contre la discrimination fondée sur le changement de genre ou sur l'identité de genre dans les législations nationales

Code pays	Forme de discrimination « sexuelle »	Motif distinct	Équivoque / peu clair	Commentaires
AT	✓			
BE		✓		
BG			✓	
CY			✓	
CZ		✓		La nouvelle loi anti-discrimination parle d'« identité sexuelle ».
DE		✓		Les personnes trans sont couvertes par le motif « identité sexuelle »
DK	✓			Les affaires sont tranchées par le Conseil de l'égalité entre les genres
EE			✓	
EL			✓	
ES	✓			
FI	✓			Un projet de loi propose de manière explicite de couvrir la discrimination à l'encontre des personnes trans dans la législation relative à l'égalité ; la loi gouvernementale devrait être présentée au Parlement. Le terme « projet de loi » désigne un projet qui n'est pas encore présenté au Parlement, mais qui est distribué en vue d'obtenir des commentaires. Le terme « loi gouvernementale » désigne une loi présentée par le gouvernement au Parlement.
FR		✓		Identité sexuelle
HR		✓		
HU		✓		
IE	✓			
IT	✓			
LT			✓	

247 Certains exemples d'assistance fournie par des ONG LGBTI dans des affaires de discrimination viennent de Croatie, d'Italie, de Pologne et de Roumanie.

248 Zagreb Pride et autres, et Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (*Helsinki Fundacija Praw Człowieka*), respectivement.

249 Croatie, Cour suprême (*Vrhovni sud Republike Hrvatske ; drugi stupanj*), *Zagreb Pride et autres c. Marković*, 28 février 2012 ; Pologne, Cour suprême (*Sąd Najwyższy*), affaire III CZP 65/12, 28 novembre 2012.

250 CJUE, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 avril 2013.

251 Italie, Tribunal de Bergame, section travail (*Tribunale di Bergamo, Sezione lavoro*), 6 août 2014.

Code pays	Forme de discrimination « sexuelle »	Motif distinct	Équivoque / peu clair	Commentaires
LU			✓	
LV			✓	
MT		✓		
NL	✓			
PL	✓			La discrimination fondée sur le changement de genre est considérée comme une discrimination sexuelle par les tribunaux du travail. Les jugements ne sont pas disponibles dans les bases de données officielles des tribunaux. Ces informations ont été obtenues d'ONG qui surveillent ce type d'affaires. Aucun acte législatif ne contient des motifs distincts de changement de genre ou d'identité de genre.
PT		✓		
RO			✓	
SE	✓	✓		La discrimination fondée sur le changement de genre est toujours considérée comme une discrimination sexuelle. Le nouveau motif « identité ou expression transgenre » couvre désormais d'autres formes de variance de genre, indépendamment du changement de genre.
SI			✓	La loi portant application du principe d'égalité de traitement contient une clause ouverte de motifs de discrimination. L'article 2 stipule que l'égalité de traitement doit être garantie indépendamment du sexe, de la nationalité, de l'origine raciale ou ethnique, des convictions religieuses ou autres, du handicap, de l'âge, de l'orientation sexuelle ou d'autres circonstances personnelles.
SK	✓			La loi anti-discrimination interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ; la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle comprend la discrimination fondée sur l'identité sexuelle et l'identité de genre. Aucune disposition ne protège de manière spécifique contre la discrimination fondée sur le changement de genre.
UK		✓		
TOTAL	10	9	9	

Note : ✓ = applicable.

Source : FRA, 2015



3

Les personnes LGBTI et les espaces publics : liberté d'expression, de réunion et protection contre les agressions et la violence



Le présent chapitre étudie les dernières tendances concernant divers phénomènes liés à la jouissance du droit à la liberté de réunion ou d'expression et du droit à la vie et à l'intégrité physique et mentale, ce dernier portant sur la sécurité personnelle et la protection contre la violence. Il commence par décrire les difficultés restantes et les évolutions positives dans l'exercice de la liberté de réunion par les personnes ou les organisations qui manifestent en faveur des droits des personnes LGBTI. Il présente ensuite une vue d'ensemble comparative des législations nationales relatives à la liberté d'expression et l'accès aux informations concernant différentes orientations sexuelles et identités de genre, et examine des initiatives proactives que certains États membres ont prises en vue d'améliorer l'acceptation publique des personnes LGBTI. Enfin, le chapitre décrit plusieurs développements relatifs à l'utilisation du droit pénal pour lutter contre l'incitation à la haine et à la violence fondée sur des préjugés envers les personnes LGBTI.

3.1. Contexte

Développements majeurs

- Les actes de violence homophobe et transphobe restent fréquents au sein de l'UE.
- Les États membres de l'UE ont pris divers types de mesures pour promouvoir l'acceptation des personnes LGBTI et lutter contre la violence homophobe et transphobe.

Les exemples d'incidents homophobes et transphobes mentionnés dans le présent chapitre attestent de la persistance des attitudes négatives identifiées dans le

rapport de 2010, qui empêchent les personnes LGBTI de vivre ouvertement et sans crainte, et de s'intégrer pleinement dans les communautés dans lesquelles elles vivent. Ces attitudes contribuent à l'invisibilité des personnes LGBTI.²⁵²

Cependant, ce chapitre relève également des évolutions positives. Il répertorie les politiques des États membres visant à garantir que les personnes LGBTI soient aussi libres et en sécurité que les personnes hétérosexuelles lorsqu'elles vivent et expriment leur orientation sexuelle ou identité de genre ouvertement. Il fait également état de la participation croissante et de l'étendue géographique de la mobilisation de la société civile en soutien à l'égalité des droits des personnes LGBTI.

Le rapport de 2010 a démontré que la manifestation libre des identités et des relations LGBTI ne faisait pas encore l'objet d'une acceptation uniforme au sein de l'UE. Des évolutions positives et négatives depuis 2010 semblent confirmer que cette évaluation reste exacte pour 2014.

Plus particulièrement, comme indiqué ci-dessous, les manifestations publiques en faveur des droits LGBTI se heurtent encore à divers obstacles, y compris des interdictions totales par les autorités compétentes. Toutefois, depuis la publication du rapport de 2010, les problèmes relèvent davantage de l'établissement de conditions matérielles pour que les réunions et manifestations se déroulent de manière pacifique, y compris de la sécurité des manifestants et de leur capacité à se rassembler dans des espaces publics visibles, et moins du

²⁵² FRA (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, p. 51.

déni catégorique du droit de manifester et d'être visible. D'autre part, ce chapitre examine un certain nombre de manifestations anti-LGBTI, ainsi que des réactions sociales et politiques négatives envers une reconnaissance croissante des droits des personnes LGBTI. Ce genre de réactions indique que des attitudes négatives restent répandues.

Pour réduire l'homophobie et la transphobie engendrée par ces attitudes, les dispositions du droit pénal restent essentielles, notamment pour traiter certaines affaires de manière adéquate. Ce chapitre montrera que l'Union européenne ne possède actuellement pas d'instrument de droit pénal qui protège les personnes LGBTI de discours et crimes de haine.²⁵³ Cependant, en 2015, une majorité d'États membres avait inclus l'orientation sexuelle dans les motifs de protection au titre du droit pénal. De même, le nombre d'États membres qui inclut l'identité de genre a connu une augmentation constante. Ce chapitre exposera cependant que l'inclusion de l'orientation sexuelle et/ou de l'identité de genre dans les motifs protégés n'est toutefois pas suffisante. Le chapitre examinera donc également les pratiques et initiatives visant à favoriser la confiance des personnes LGBTI envers les services répressifs, ainsi que les connaissances des personnes LGBTI de leurs droits et la sensibilisation des agents répressifs et des juges à l'ampleur et à la gravité des crimes de haine commis à l'encontre des personnes LGBTI.

De même, les campagnes de communication institutionnelles qui visent à renforcer les connaissances et l'acceptation de l'homosexualité et des personnes LGBTI auprès du public, revêtent une importance cruciale. De telles campagnes ont par exemple été lancées à Chypre,²⁵⁴ aux Pays-Bas²⁵⁵ et au Portugal.²⁵⁶

Dans au moins deux États membres de l'UE, ces activités sont intégrées dans d'autres campagnes de communication civique traditionnelles. Ainsi, aux Pays-Bas, chaque année le 4 mai (Journée nationale de Commémoration des victimes de Guerre), une attention particulière est accordée aux personnes LGBTI, et à Amsterdam et La Haye, des réunions de commémorations spéciales LGBTI ont lieu à ce qu'on appelle les *homomonumenten*.²⁵⁷ Des activités similaires ont lieu dans diverses villes françaises.²⁵⁸ Il est intéressant de noter qu'en 2011, l'Allemagne a créé la Fondation fédérale

Magnus Hirschfeld,²⁵⁹ qui vise à renforcer l'acceptation des personnes qui ne sont pas hétérosexuelles.

3.2. Marches des fiertés LGBTI et liberté de réunion

En ce qui concerne la liberté d'expression et de réunion pacifique, la Recommandation du Conseil de l'Europe sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre²⁶⁰ demande aux pouvoirs publics de protéger les participants aux manifestations pacifiques et d'éviter les restrictions arbitraires à ces droits. Plus récemment, le Parlement européen a appelé les États membres à « veiller à ce que les droits à la liberté d'expression et de réunion soient garantis, en particulier en ce qui concerne les marches des fiertés et autres événements similaires, en s'assurant que ces derniers se déroulent dans la légalité et en garantissant la protection effective des participants ». ²⁶¹ Les sous-sections suivantes résument les principales tendances dans les États membres de l'UE depuis la publication du rapport de 2010, tout d'abord en ce qui concerne l'exercice du droit de réunion et de manifestation pacifiques par les personnes LGBTI, et ensuite en ce qui concerne le traitement des manifestations contre l'égalité des droits pour les personnes LGBTI.

3.2.1. Liberté de réunion des personnes LGBTI ou des organisations qui manifestent pour les droits de ces personnes – marches des fiertés

Développement majeur

- Des événements en faveur de l'égalité pour les personnes LGBTI sont organisés dans tous les États membres de l'UE. Ils sont aussi de plus en plus organisés en dehors des capitales. Toutefois, les autorités de plusieurs États membres ont pris des mesures visant à empêcher ces événements.

253 Conseil de l'Union européenne, Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil, 28 novembre 2008, JO 2008 L 328/55.

254 Chypre, *No discrimination*.

255 Pays-Bas, Chambre des représentants (*Tweede Kamer der Staten-Generaal*) (2013), rapport de la 99e réunion (*Verslag van de 99e vergadering, 25 juni 2013*).

256 Portugal, *Dislike bullying homofóbico*.

257 Pays-Bas, Homomonument (2014), *Homomonument*.

258 France, France 3 Télévision (2012), « Lille : les homosexuels avec les autres déportés », 29 avril 2012.

259 Allemagne, Fondation fédérale Magnus Hirschfeld (Bundesstiftung Magnus Hirschfeld).

260 Conseil de l'Europe (2010), *Recommandation CM/Rec(2010)5* du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 31 mars 2010.

261 Parlement européen (2014b), Rapport sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre [2013/2183(INI)], Séance plénière n° A7-0009/2014 du 7 janvier 2014, Strasbourg, p. 9.

En ce qui concerne l'exercice de la liberté de réunion pour les personnes ou les organisations qui manifestent en faveur des droits des personnes LGBTI, les rapports de 2008 et 2010 signalaient certains cas dans lesquels les autorités (notamment au niveau local) avaient imposé des restrictions arbitraires ou disproportionnées à l'organisation d'événements publics. La sécurité des participants, la possible violation de la moralité publique et la préservation de l'ordre public figuraient parmi les raisons de ces restrictions²⁶² Ces rapports notaient que les autorités étaient en mesure d'invoquer des dispositions vagues ou trop larges pour interdire des manifestations et montraient la manière dont ces dernières permettaient d'agir de façon arbitraire ou discriminatoire.

Entre 2010 et 2014, des marches des fiertés LGBTI et des événements publics en faveur des droits des personnes LGBTI ont été organisés au moins une fois dans chaque État membre de l'UE. Ces événements semblent souvent être moins controversés sur le plan politique qu'avant. Par exemple, pour la première fois, aucun incident n'a été signalé durant ou après la marche des fiertés LGBTI organisée à Prague en 2012.²⁶³ Ce fut également le cas à Sofia en 2013, même si cet événement avait dû être reporté pour éviter des tensions.²⁶⁴ Ces marches font de plus en plus partie du débat démocratique traditionnel. Cela est illustré par une décision de la Cour de cassation en Italie, qui a examiné une affaire portant sur l'utilisation d'images enregistrées d'un acteur participant à une parade LGBTI dans un programme télévisé. Bien que cela n'ait pas influencé le résultat de l'affaire, la Cour a rejeté l'argument de la requérante, selon lequel le fait d'être associé à des personnes homosexuelles pourrait porter préjudice à sa réputation, en déclarant que les parades LGBTI n'ont pas d'implications négatives qui pourraient endommager la réputation des participants.²⁶⁵

Dans deux États membres, les marches LGBTI et les manifestations publiques similaires constituent une nouveauté. À Chypre, la première manifestation des fiertés LGBTI a eu lieu en 2014. En Lituanie, la première manifestation balte des fiertés a eu lieu en 2010, et la deuxième en 2013. En effet, la coopération entre les communautés estoniennes, lituaniennes et lettones dans l'organisation des manifestations baltes des fiertés tournantes devrait être considérée comme une bonne pratique pour savoir comment organiser

des événements publics en faveur des droits des personnes LGBTI face aux difficultés objectives et même face à l'opposition des autorités (voir ci-dessous).

Dans 26 États membres, plus d'une initiative en faveur des droits des personnes LGBTI a eu lieu chaque année. En effet, seuls la Chypre et la Lituanie n'ont pas organisé au moins une fois par an des événements de fierté LGBTI depuis 2010.

Il existe également une tendance croissante d'organisation d'événements en dehors des capitales, dans le but d'accroître la visibilité et la participation de plus grandes communautés. Par exemple, en 2012, la ville de Thessalonique a organisé le premier événement de fierté LGBTI organisé en Grèce à l'extérieur d'Athènes, et en Croatie, la manifestation des fiertés de Split a été organisée trois fois au cours de la période qui couvre le présent rapport – bien que la marche de 2011 ait été violemment interrompue par des opposants et que les autorités ne soient pas parvenues à protéger les participants de manière efficace.²⁶⁶ En Italie, la manifestation nationale des fiertés LGBTI alterne systématiquement entre les principaux centres urbains du pays (bien que des événements annuels aient également lieu dans la capitale). En Bulgarie, la Journée internationale contre l'homo-, la bi- et la transphobie (IDAHOT) a pour la première fois été organisée en dehors de Sofia, à Stara Zagora et Plovdiv, en 2013. Toutefois, à Plovdiv, un festival de film fut organisé ultérieurement en juin, provoquant de violentes réactions de la part de supporters d'un club de football local.²⁶⁷

L'activisme des communautés LGBTI n'a pas toujours reçu le soutien des autorités. Entre 2010 et 2014, des tentatives de perturbation, d'empêchement ou même d'interdiction d'événements des fiertés LGBTI et d'autres manifestations publiques en faveur des droits des personnes LGBTI ont été recensées dans au moins quatre États membres. Des motifs de sécurité, des conflits de circulation, des besoins urbains ou des menaces perçues comme immorales ont souvent justifié ces actions.

Ainsi, en Bulgarie, la marche des fiertés de Sofia en 2013 a dû être reportée de plusieurs mois (pour finalement avoir lieu en septembre) en raison de questions relatives à la sécurité des participants.²⁶⁸ En Croatie, les autorités

262 FRA (2011b), *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les États membres de l'UE : Partie I : analyse juridique, mise à jour 2010*, Luxembourg, Office des publications, p. 17

263 Entretien par un expert national de la FRA avec Kateřina Baňacká, assistante sociale au sein de l'ONG In IUSTITIA, 17 mai 2014.

264 Bulgarie, Marche des fiertés de Sofia (2013), *Rapport financier final*, 16 octobre 2013.

265 Italie, Cour de cassation, troisième chambre civile (*Corte di Cassazione, III sez. civile*), arrêt du 24 octobre 2013.

266 Parlement européen (2011), Résolution sur la demande d'adhésion de la Croatie à l'Union européenne, P7_TA(2011)0539, Bruxelles, 1^{er} décembre 2011, point 15.

267 Bulgarie, Inews.bg (2013), « Des homophobes attaquent un festival à Plovdiv » (« *Хомофоби нападнаха фестивал в Пловдив* »), 15 juin 2013.

268 Bulgarie, Comité Helsinki bulgare (CHB) (*Български хелзински комитет, БХК*) (2013), « Le CHB proteste contre la pression des autorités pour l'annulation de la marche des fiertés de Sofia en 2013 » (« *БХК протестира срещу натиска на властите за отмяна на „София Прайд“ 2013* »), lettre ouverte, 21 juin 2013.

locales ont tenté de modifier le trajet de la marche des fiertés de Split en 2012, mais plusieurs ministres ont finalement participé à la parade pour démontrer le soutien clair du gouvernement national à l'événement.²⁶⁹ En Hongrie, la police a émis des interdictions en 2011²⁷⁰ et 2012,²⁷¹ en affirmant que les marches perturberaient le trafic à Budapest. Dans les deux cas, le tribunal a annulé les décisions de la police²⁷² et les événements ont pu avoir lieu. Par ailleurs, dans une affaire concernant une plainte déposée contre la police de Budapest (*Budapesti Rendőr-főkapitányság*, BRFK), selon laquelle la police avait agi de manière discriminatoire et harcelé des membres de la communauté LGBTI en 2012, le tribunal a jugé que la police avait exercé une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre et l'a ordonné de rédiger une lettre d'excuses et de s'abstenir de commettre d'autres violations.²⁷³

En Lettonie, en 2012, la Commission sur la Sécurité, l'Ordre public et les questions de Prévention de la Corruption (*Drošības, kārtības un korupcijas novēršanas jautājumu komiteja*) du Conseil municipal de Riga a soutenu une proposition de modification des réglementations locales relatives à l'ordre public pour interdire la « propagande » en faveur de l'homosexualité à Riga.²⁷⁴ Cet amendement, qui a été critiqué par la Résolution sur la lutte contre l'homophobie en Europe,²⁷⁵ visait à empêcher l'événement balte de fierté prévu en juin 2012. Le maire de Riga n'a finalement pas inclus la proposition de modification dans l'ordre du jour du conseil municipal et l'événement balte de fierté de 2012 a même eu lieu.

Des obstacles financiers et administratifs ont également été signalés, notamment en ce qui concerne les demandes de paiement de frais locaux ou les tentatives de transfert des coûts et/ou de l'organisation des mesures de sécurité aux organisateurs. En 2010 et 2011 en Bulgarie, par exemple, les organisateurs de l'événement de fierté LGBT de Sofia ont été obligés de payer 4 158 leva bulgares [BGN, soit 2 126 EUR] pour couvrir

les coûts de maintien de l'ordre public.²⁷⁶ Ces frais n'ont été supprimés qu'à partir de 2012, après que le Comité Helsinki bulgare ait engagé des négociations avec le ministère de l'Intérieur.²⁷⁷ En Roumanie, l'association Accept a accusé la mairie de Bucarest d'adopter une attitude hostile envers l'organisation des Marches pour la Diversité en 2010-2012, en faisant remarquer qu'elle avait trop tardé à approuver la Marche et qu'elle avait manqué de souplesse dans la définition de son itinéraire, soi-disant pour des raisons de sécurité.²⁷⁸ En 2013, il n'y a plus eu de refus ou d'interdictions, et les autorités locales ont accepté un nouvel itinéraire, qui passait par le principal boulevard du centre-ville.

En Pologne, des modifications de la loi sur les rassemblements (*Ustawa Prawo o Zgromadzeniach*) ont été introduites en 2012,²⁷⁹ autorisant l'interdiction de réunions si celles-ci impliquent des risques de violence. D'après les ONG et le Défenseur des droits de l'homme, ces modifications limitent de manière disproportionnée la liberté de réunion.²⁸⁰ Ces modifications ont été introduites à la suite de violents incidents lors de l'événement de fierté organisé à Cracovie en mai 2011.²⁸¹ Aucun épisode de violence majeur n'a été signalé lors des événements de fierté ultérieurs organisés à Varsovie en 2013 et 2014, ou à Wrocław et Poznań, et le premier événement organisé à Gdańsk s'est déroulé en 2015 sans incident majeur.

3.2.2. Obstacles juridiques à la liberté de réunion des personnes LGBTI et de leurs partisans

Développement majeur

- Malgré des tentatives visant à limiter les droits à la liberté d'expression et de réunion des personnes LGBTI dans certains États membres de l'UE, seul un État membre conserve une législation qui impose des restrictions.

269 Croatie, Médiatrice pour l'égalité des genres

(*Pravobraniteljica za ravnopravnost spolova*) (2012), *Javno priopćenje povodom promjene rute Split Pride-a*.

270 Hongrie, Chef de la police de Budapest (*Budapesti Rendőr-főkapitány*) (2011), Décision n° 01000/37289-15/2011. Alt., 11 février 2011.

271 Hongrie, Chef de la police de Budapest (*Budapesti Rendőr-főkapitány*) (2012), Décision n° 01000/15246-6/2012. Alt., 5 avril 2012.

272 Hongrie, Cour métropolitaine de Budapest, Décision n° 27. Kpk.45.188/2011/4, 18 février 2011 ; et Cour métropolitaine de Budapest, Décision n° 27.Kpk.45.385/2012/2, 13 avril 2012 ; Pour des synthèses détaillées, voir les affaires *Pride Ban 2011* et *Pride Ban 2012* à l'annexe 1.

273 Hongrie, Cour d'appel métropolitaine régionale, affaire n° 18.Pf.20.436/214/8, 18 septembre 2014.

274 Lettonie, Diena.lv (2012), « Les modifications "Smits" seraient contraires à la constitution » (« Šmita grozijumi būtu pretrunā ar Satversmi »), 26 avril 2012.

275 Parlement européen (2012a), Résolution sur la lutte contre l'homophobie en Europe [2012/2657(RSP)].

276 Bulgarie, Marche des fiertés de Sofia (2010), Rapport financier.

277 Bulgarie, Comité Helsinki bulgare (*Български хелзинкски комитет*) (2012), Communication entre Mme Margarita Ilieva, directrice juridique du Comité Helsinki bulgare, et M. Veselin Vuchkov, ministre adjoint de l'Intérieur, mars 2012 (non publié).

278 Association Accept « *Atitudine ostilă a Primăriei Municipiului București față de Marșul Diversității* », communiqué de presse.

279 Pologne, Loi sur les rassemblements (*Ustawa Prawo o Zgromadzeniach*), 5 juillet 1990.

280 Pologne, Fondation Helsinki pour les droits de l'homme (*Helsinkińska Fundacja Praw Człowieka*) (2014), *Opinia w sprawie ustawy Prawo o Zgromadzeniach*, 17 avril 2014.

281 Pologne, Gazeta.pl (2011), « *Pobicie po Marszu Równości* », 22 mai 2011.

En 2014, la Lituanie restait le seul État membre de l'UE dans lequel la législation locale et/ou nationale était interprétée comme imposant des restrictions au droit de manifester librement et de manière pacifique en faveur des droits LGBTI. Comme l'indique le rapport de 2010, le Conseil municipal de Vilnius a modifié à plusieurs reprises son règlement relatif à la propreté et à l'élimination des déchets de sorte qu'il puisse être interprété comme autorisant l'interdiction d'événements légitimes et pacifiques pour des raisons de sécurité.²⁸² Néanmoins, les manifestations baltes des fiertés de 2010 et 2013 ont eu lieu à Vilnius, grâce aux décisions rendues par la Cour administrative suprême de Lituanie.²⁸³ Toutefois, à la suite de la manifestation balte des fiertés de 2013, une modification de la loi sur les réunions publiques²⁸⁴ et un projet de loi sur la responsabilité administrative ont été présentés au Parlement, et pourraient imposer des obstacles supplémentaires à la liberté d'expression des personnes LGBTI. Les modifications proposées tiendront les organisateurs d'événements publics financièrement responsables des coûts encourus pour assurer la sécurité et maintenir l'ordre public, et introduiront des amendes administratives pour des « événements contraires à la moralité publique, tels que les marches et les parades d'homosexuels. »²⁸⁵ Un projet de loi en ce sens avait déjà été présenté au Parlement en 2010, et de nouveau en 2011, mais avait été rejeté.²⁸⁶

Des tentatives récentes d'introduction de réglementation similaire en Bulgarie, en Hongrie et en Lettonie soulèvent des questions. En Bulgarie, l'Union nationale bulgare (*Български национален съюз*) a organisé une pétition pour interdire la marche des fiertés de Sofia qui aurait obtenu environ 15 000 signatures.²⁸⁷ Par ailleurs, le parti Ataka (*Атака*) a présenté une proposition de

modification du Code pénal au secrétaire du Parlement qui vise à ériger le fait de manifester publiquement son homosexualité en infraction pénale, passible d'une peine de un à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende allant de 1 000 BGN à 5 000 BGN (de 511,29 EUR à 2 556,46 EUR).²⁸⁸ Le 30 janvier 2014, le Parlement a rejeté la proposition de modification.²⁸⁹

En Hongrie, le parti Jobbik a présenté au Parlement trois projets de loi interdisant la « propagande » homosexuelle, qui n'a pas obtenu la majorité.²⁹⁰ Les projets de loi proposaient de réviser l'article de la loi fondamentale sur la liberté de réunion et de révoquer la protection pour les événements qui « propagent des troubles du comportement sexuel, et notamment des relations sexuelles entre des personnes de même sexe ».

En Lettonie, comme indiqué ci-dessus, le maire de Riga s'est opposé à une proposition de modification des réglementations relatives à l'ordre public visant à interdire les manifestations publiques d'homosexualité en 2012. Toutefois, le 27 novembre 2013, la commission électorale centrale (*Centrālā vēlēšanu komisija*, CVK) a enregistré le projet de loi sur les modifications de la loi sur la protection des droits de l'enfant (*Likumprojekts 'Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā'*) présenté par l'ONG Protégeons nos enfants ! (*Biedriba 'Sargāsim mūsu bērņus!'*)²⁹¹ Le projet envisageait de modifier deux sections de la loi sur la protection des droits de l'enfant. D'un côté, il préconisait de baser l'enseignement dans les écoles et les établissements de garde d'enfants sur l'article de la Constitution (*Satversme*) qui définit le mariage comme une union entre un homme et une femme uniquement. D'un autre côté, il visait à interdire la popularisation des relations sexuelles ou matrimoniales entre des personnes de même sexe, y compris « l'implication des enfants en tant que participants ou spectateurs d'événements ».²⁹² D'après l'ONG, les modifications auraient contribué à interdire l'organisation de l'Euro Pride 2015 à Riga.²⁹³ L'initiative n'est

282 FRA (2011b), *Homophobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les États membres de l'UE : Partie I : analyse juridique, mise à jour 2010*, Luxembourg, Office des publications, p. 34-35.

283 Lituanie, Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2010 m. gegužės 7 d. nutartis administracinėje byloje n° AS822-339/2010 (*Cour administrative suprême de Lituanie*, décision du 7 mai 2010, affaire n° AS822-339/2010).

284 Lituanie, Projet de loi modifiant et complétant les articles 11 et 14 de la loi sur les rassemblements (*Susirinkimų įstatymo 11, 14 straipsnių papildymo ir pakeitimo įstatymo projektas*), n° XIIP-940, 3 septembre 2013.

285 Lituanie, Exposé des motifs concernant le projet de loi modifiant les articles 224 et 259, paragraphe 1, du code des infractions administratives et le complétant par l'article 188, paragraphe 21 (*Aiškinamasis raštas dėl administracinių teisės pažeidimų kodekso 224 bei 259 (1) straipsnių pakeitimo ir Kodekso papildymo 188 (21) straipsniu įstatymo projekto*), n° XIIP-4490(2), 10 mai 2013, para. 2.

286 Lituanie, Projet de loi modifiant les articles 224 et 259, paragraphe 1, du code des infractions administratives et le complétant par l'article 214, paragraphe 30 (*Administracinių teisės pažeidimų kodekso 224 bei 259 (1) straipsnių pakeitimo ir Kodekso papildymo 214 (30) straipsniu įstatymas*), n° XIIP-2595(2), 22 avril 2011.

287 Bulgarie, Union nationale bulgare (*Български национален съюз*) (2013), « *Подписка за забрана на гей-парада бe внесена днес в Столична община* », 5 juin 2013.

288 Bulgarie, Assemblée nationale (2013), Projets de loi, Projet de loi sur les modifications et compléments du Code pénal (*Законопроект за изменение и допълнение на Наказателния кодекс*) présenté à l'Assemblée nationale le 20 septembre 2013.

289 Bulgarie, Dnevnik.bg (2014), « *Депутатите отхвърлиха искането на 'Атака' за затвор за участие в гей паради* », 30 janvier 2014.

290 Hongrie, Projets de loi n° T/6719, T/6720 et T/6721.

291 Lettonie, Commission électorale centrale (*Centrālā vēlēšanu komisija*) (2013), « *Centrālā vēlēšanu komisija reģistrē parakstu vākšanai grozījumu Bērnu tiesību aizsardzības likumā* », communiqué de presse, 27 novembre 2013.

292 Lettonie, Projet de loi sur des modifications de la loi sur la protection des droits de l'enfant (*Likumprojekts 'Grozījumi Bērntiesību aizsardzības likumā'*).

293 Lettonie, LETA (2013), « *Rosina rīkot referendumu, lai aizliegtu viendzimuma attiecību popularizēšanu* », 8 octobre 2013.

toutefois pas parvenue à collecter 30 000 signatures en 12 mois et a été interrompue.²⁹⁴

Le ministère letton de la Justice a noté que l'orientation sexuelle est l'un des motifs pour lesquels la discrimination est prohibée, et par conséquent, « la distribution d'informations relatives à l'existence d'une orientation sexuelle non traditionnelle afin d'éduquer et de faciliter la compréhension de la diversité de la société ne doit pas être prohibée, parce que cette éducation vise à faciliter la tolérance ».²⁹⁵ L'Inspection nationale pour la protection des droits de l'enfant a également rejeté le besoin d'amendements.²⁹⁶ Par ailleurs, le ministère du Bien-être et le Bureau du Médiateur ont souligné que le projet était contraire aux obligations internationales de la Lettonie²⁹⁷, et le Bureau du Médiateur a noté que les termes « popularisation » et « publicité » compris dans le projet manquent de clarté.²⁹⁸

3.2.3. Manifestations contre les personnes et les événements LGBTI

Développement majeur

- Des manifestations impliquant un discours de haine clairement homophobe et/ou transphobe ont continué d'avoir lieu dans les États membres de l'UE au cours de la période de ce rapport.

Le rapport de 2008 a examiné en détail la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en affirmant que, dans une démocratie, le droit de contre-manifestation ne peut justifier la restriction du droit de manifester.²⁹⁹ Le rapport de 2010 a noté que, alors que la plupart des États membres de l'UE disposent d'une législation qui prévoit la possibilité d'interdire les manifestations qui incitent à la haine, à la violence ou à la discrimination (y compris la discrimination fondée

sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre), ils peuvent tarder ou être réticents à utiliser ces pouvoirs. Les contre-manifestations hostiles aux droits des personnes LGBTI et menaçant de perturber, ou perturbant réellement, les marches des fiertés ou des événements similaires étaient particulièrement préoccupantes. Comme indiqué précédemment, des évolutions tant négatives que positives ont eu lieu dans l'UE depuis lors.

D'un côté, au moins six États membres sont toujours touchés par des protestations homophobes « traditionnelles » récurrentes lors des marches des fiertés, qui donnent souvent lieu à la violence et/ou des discours de haine homophobe (par exemple en Croatie,³⁰⁰ en Hongrie,³⁰¹ en Lituanie,³⁰² en Slovaquie³⁰³, en Slovénie,³⁰⁴ et, comme indiqué ci-dessus, en Pologne³⁰⁵). Dans au moins huit autres États membres, ce type de protestations a augmenté en ampleur et en fréquence, et parallèlement au développement de mouvements d'extrême droite et xénophobes et/ou à la radicalisation des convictions religieuses au sein de certains secteurs de la population. En Roumanie, par exemple, des membres de l'organisation de la Nouvelle droite et d'autres groupes d'extrême droite dont le programme est ouvertement anti-LGBTI étaient impliqués dans des épisodes violents en 2011,³⁰⁶ 2012³⁰⁷ et 2013.³⁰⁸ Les actes ou déclarations de ces organisations comprennent souvent des expressions homophobes. Au Portugal, le Parti national rénovateur (*Partido Nacional Renovador*, PNR) affirme expressément dans son programme à long terme qu'un homme et une femme sont « naturellement » nécessaires pour l'enseignement et l'éducation saine des enfants.³⁰⁹

294 Kamensk, A., *European network of legal experts in the non-discrimination field* (2014), *Attempts to Ban Homosexual Propaganda Among Children Fail*.

295 Lettonie, Ministère de la Justice (*Tieslietu ministrija*) (2013), « Par likumprojektu „Grozījumi likumā „Bērnu tiesību aizsardzības likums” » », 25 octobre 2013.

296 Lettonie, Inspection nationale pour la protection des droits de l'enfant (*Valsts bērnu tiesību aizsardzības inspekcija*) (2013), « Par atzinuma sniegšanu », 21 octobre 2013.

297 Lettonie, Ministère du Bien-être (*Labklājības ministrija*) (2013), « Par biedrības „Sargāsim mūsu bērnus!” sagatavoto likumprojektu ».

298 Lettonie, Bureau du Médiateur (*Tiesībsarga birojs*), « Par likumprojektu „Grozījumi likumā „Bērnu tiesību aizsardzības likums” » », 25 novembre 2013.

299 FRA (2008), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, Luxembourg, Office des publications, p. 108-109. Luxembourg, Office des publications, p. 108-109.

300 Croatie, Médiateur en charge de l'égalité des genres (*Pravobraniteljice za Ravnopravnost Spolova*) (2010), « Javno priopćenje povodom priopćenja Mladeži HCSP-a », 11 juin 2010.

301 Hongrie, Tribunal de l'arrondissement central de Pest (*Pest iKözpont iKerületi Bíróság*), affaire n° 19 B. 33 334/2013 (en attente) ; et Service du procureur en chef de Budapest (*Fővárosi Főügyészség*) (2014), « Vádemelés a Budapest Pride felvonulás résztvevőit zaklató férfi ellen », communiqué de presse, 21 février 2014.

302 Lituanie, Delfi.lt (2011), « Nuteistas per gėjų eitynes policininkus užsipuolęs vyras », 28 avril 2011.

303 Slovaquie, *SME Daily* (2010), « Dúhový pochodstopli extrémisti », 22 mai 2010.

304 Voir, par exemple, Slovénie, Tribunal de district de Ljubljana (*Okrožnosodišče c. Ljubljani*), arrêt n° III 5357/2010, 10 mars 2010. Voir également, Slovénie, Tribunal de district de Ljubljana (*Okrajnosodišče c. Sevnici*), arrêt n° I K 46756/2012, 23 novembre 2012.

305 Pologne, *Gazeta.pl* (2011), « Pobicie po Marszu Równości », 22 mai 2011.

306 Roumanie, Mediafax, « Lozinci homofobe ale unor membri Noua Dreaptă, la proiectia unui documentar la DaKINO », 23 novembre 2011.

307 Roumanie, România Liberă, *Organizatorii unei piese despre ISTORIA GAY în România, BĂTUȚI după o reprezentanție la SNSPA*.

308 Roumanie, ACCEPT (2013), « Angajati ai statului in cardasie cu extremistii », communiqué de presse, février 2013.

309 Portugal, Partido Nacional Renovador, *Valores e fundamentos*.

En revanche, en Pologne, à la suite d'une décision de la Cour d'appel de Varsovie,³¹⁰ le tribunal régional s'est prononcé contre l'enregistrement « Non aux homosexuels ! » (« *Zakaz pedałowania!* ») comme symbole officiel de la Renaissance nationale de la Pologne (*Narodowe Odrodzenie Polski*, NOP), qui est une organisation radicale.³¹¹ De tels mouvements ont également été signalés dans les États membres de l'UE dans lesquels des protestations anti-LGBTI se produisent fréquemment, comme en Allemagne,³¹² en Grèce,³¹³ en Finlande,³¹⁴ en Italie³¹⁵ et au Royaume-Uni.³¹⁶

3.3. Les interdictions de diffusion d'informations sur l'homosexualité ou d'expression LGBTI dans la sphère publique

Développement majeur

- Certains États membres de l'UE ont tenté de limiter juridiquement la liberté d'expression des personnes LGBTI et de restreindre l'accès aux informations sur des orientations sexuelles et identités de genre différentes. Un seul État membre de l'UE conserve une législation qui impose des restrictions sur la diffusion d'informations à ce sujet.

Le rapport de 2010 décrit en détail, que le Parlement lituanien (*Seimas*) a adopté en 2009 la loi relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique.³¹⁷ Cette loi porte sur la sexualité et les relations familiales, et déclare que les informations « qui promeuvent les relations sexuelles ; [...] qui

expriment un mépris envers les valeurs familiales, qui encouragent une notion de mariage et de création de famille autre que celle prévue par la Constitution de la République de Lituanie et le Code civil de la République de Lituanie [...] »³¹⁸ portent préjudice aux mineurs. Ce libellé est le résultat d'amendements apportés à une version antérieure, contestée au niveau international comme dans le pays,³¹⁹ qui cherchait à interdire explicitement dans les écoles, les espaces publics et les médias les informations « qui promeuvent les relations homosexuelles, bisexuelles et polygames ».³²⁰

L'amendement de l'article 39 de la loi relative à la diffusion d'informations, qui est entré en vigueur le 30 juin 2011, semble constituer une évolution positive.³²¹ Il vise à garantir que la publicité et les communications commerciales audiovisuelles n'opèrent aucune discrimination et n'incitent pas à la discrimination fondée sur une série de motifs, dont l'orientation sexuelle, cela étant interdit par la directive « Services de médias audiovisuels »³²². Cependant, le 7 juillet 2013, la Commission de la radio et de la télévision lituanienne *Lietuvos radijo ir televizijos komisija*, (l'organisme national de radiodiffusion, LRT) a censuré deux vidéos promotionnelles produites en prévision de l'événement balte de fierté de 2013 en acceptant de ne les diffuser que durant les heures de nuit et si elles sont marquées comme s'adressant aux adultes. Le directeur général adjoint de la LRT a déclaré que cette restriction était fondée sur l'article 4, paragraphe 2, point 16, de la loi relative à la protection des mineurs contre les effets

310 Pologne, *Gazeta Wyborcza* (2012), *Sąd odmówił rejestracji «zakazu pedałowania» dla NOP*.

311 *Ibid.*

312 Sur le mouvement contre le « *Bildungsplan* » (plan d'éducation) dans le land de Bade-Wurtemberg, voir, par exemple, Vail, B.J. (2014), « *The global sexual revolution and the assault on freedom and family* », *Catholic World Report*, 8 septembre 2014.

313 Grèce, Ministère de la Protection du citoyen, quartiers généraux de la police (*Υπουργείο Προστασίας του Πολίτη, Αρχηγείο Ελληνικής Αστυνομίας*) (2014), réponse à la demande d'informations, P.N.:3017/1/725-α/4.2.2014.

314 Aalto, M. (2013), « *Hetero Pride jäi pienen joukon mielenosoitukseksi* », *Helsingin Sanomat*, 31 septembre 2013.

315 Voir, par exemple, Ballone, A. et Sasso, M. (2014), « *Sentinelle in piedi, chi sono e cosa fanno i nuovi guardiani dei valori cattolici* », *L'Espresso*, 9 octobre 2014.

316 Royaume-Uni, *Christian Voice* (2012), « *Tesco-funded Gay Pride "shambles" snakes through London* », 7 juillet 2012.

317 Lituanie, Loi relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique, *ĮSTATYMAS, XI-594*, 24 décembre 2009.

318 L'article 38 de la Constitution de la République de Lituanie prévoit que « le mariage est contracté sur la base du consentement mutuel d'un homme et d'une femme ».

319 Parlement européen (2009a), Résolution du 17 septembre 2009 sur la loi lituanienne relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique [P7_TA(2009)0019]. Voir aussi la visite du Commissaire du Conseil de l'Europe aux droits de l'homme des 19-20 octobre 2009 et les lettres de demande qu'il a adressées par la suite au Premier ministre et au Président du Parlement ; pour plus d'informations, voir : le communiqué de presse - 132(2010) du 17 février 2010, « *Le Commissaire Hammarberg poursuit le dialogue avec les autorités lituaniennes sur les questions de discrimination et les droits des minorités* ».

320 La version originale de la loi relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique a été adoptée par le Parlement en dépit du veto du Président par 87 voix pour et 6 voix contre (25 abstentions), le 14 juillet 2009. Voir Lituanie, Loi relative à la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique, IX-1067, 14 juillet 2009.

321 Lituanie, Loi portant modification des articles 25, 31 et 39 de la loi relative à la fourniture d'informations au public (*Visuomenės informavimo įstatymo 25, 31 ir 39 straipsnių pakeitimo įstatymas*), n° XI-1454, 16 juin 2011.

322 Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels ») (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 95 du 15.4.2010, p. 1-24, art. 9, para. 1, point c), sous ii).

néfastes de l'information publique.³²³ LGL, une ONG lituanienne, a introduit des plaintes auprès du Bureau de l'inspecteur de l'éthique des journalistes de Lituanie (*Lietuvos žurnalistų etikos inspektorius*) et de la Commission européenne. L'inspecteur a estimé que la première vidéo portait préjudice aux enfants parce qu'une personne portait dans la vidéo un t-shirt affichant le slogan « Pour la diversité familiale », et par conséquent « encourageait une notion de mariage et de création de famille autre que celle prévue par la Constitution de la République de Lituanie », interdite par l'article 4, paragraphe 16.³²⁴ Bien que la seconde vidéo ait été jugée conforme à la loi, l'inspecteur a souligné le fait que la LRT ne l'a pas interdite, mais a « simplement » limité sa diffusion.³²⁵

Par ailleurs, selon les ONG lituanienues, plusieurs autres sites web d'actualités ont établi une pratique qui consiste à marquer les articles relatifs aux personnes LGBTI comme contenu réservé aux adultes, envoyant ainsi un message clair selon lequel les représentations des questions LGBTI (tant positives que négatives) sont considérées comme nuisibles aux enfants. Ces pratiques ne sont jusqu'à présent pas contestées, apparemment en raison de contraintes financières imposées aux ONG lituanienues.³²⁶ La Commission européenne examine toutefois la loi : « [l]a Commission entretient des contacts avec les autorités lituanienues pour voir si la loi lituanienne relative à "la protection des mineurs contre les effets néfastes de l'information publique" est compatible avec, notamment, le champ d'application des dérogations prévues à l'article 3 [de] la directive "Services de médias audiovisuels" ».³²⁷

Comme indiqué à la section 3.2.1, un projet de proposition visant à limiter la manifestation publique d'homosexualité a été rejeté en Bulgarie et en Lettonie.³²⁸ Dans tous ces cas, il convient de rappeler que, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle doit être justifiée par des raisons

particulièrement graves, et la marge d'appréciation des États est faible.³²⁹

Comme l'indique le rapport de 2010, le Parlement européen est intervenu à plusieurs reprises sur ce point, et a récemment répété que :

*« la Commission européenne et le Conseil de l'Union européenne devraient considérer que les États membres qui adoptent des lois en vue de restreindre la liberté d'expression pour ce qui est de l'orientation sexuelle ou l'identité de genre transgressent les valeurs sur lesquelles l'Union européenne est fondée, et devraient réagir en conséquence ».*³³⁰

Les tentatives de la Lituanie et de la Lettonie décrites ci-dessus semblent être les seules tentatives récentes visant à conserver l'invisibilité des communautés LGBTI au moyen d'une législation qui « traduit les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle ».³³¹ Comme l'explique la CouEDH, cela est aussi inacceptable qu'un traitement différentiel fondé sur des « attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes ».³³²

3.4. Protection contre les expressions et les violences homophobes et transphobes par le droit pénal

Cette section comprend cinq sous-sections. Les sections 3.4.1 et 3.4.2 portent sur le rôle de l'Union européenne et d'autres organisations internationales dans la lutte contre les préjugés, le discours de haine et le crime de haine motivés par l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de la victime. Les sections 3.4.3 et 3.4.4 examinent la mesure dans laquelle le droit pénal national protège les personnes LGBTI contre les formes d'expression susceptibles d'inciter à la haine ou à d'autres formes de discrimination (« discours de haine »), de les diffuser ou de les promouvoir, et la mesure dans laquelle ce droit tient compte de la motivation homophobe

323 Lituanie, Delfi.lt (2013a), « Seksualinių mažumų eitynių reklama – su „S“ ženklų », 15 juillet 2013.

324 Lituanie, Klaipeda.diena.lt (2013), « Ekspertai: gėjų eitynių reklamoje - nepilnamečiams žalingas užrašas ant marškinėlių », *Kaunodiena.lt*, 16 septembre 2013.

325 Lituanie, Delfi.lt (2013b), « LRT pagrįstai riboja seksualinių mažumų eitynių reklamą », 23 septembre 2013.

326 Lituanie, Institut de surveillance des droits de l'homme (HRMI) et Ligue gay lituanienne (LGL) (2013), *Lithuania: Follow-up report, September 2013*.

327 Parlement européen (2015), Réponse donnée par Günther Ottinger au nom de la Commission (23.1.2015) à la question avec demande de réponse écrite E-008868/2014 posée par Sophia in 't Veld, Ulrike Lunacek, Daniele Viotti, Sirpa Pietikäinen, Tanja Fajon, Dennis de Jong, Bruxelles, 26 février 2015.

328 Lettonie, Projet de loi sur des modifications de la loi sur la protection des droits de l'enfant (*Likumprojekts « Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā »*).

329 Voir CouEDH, *L. et V. c. Autriche*, n° 39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003, para. 45 ; CouEDH, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, 9 janvier 2003, para. 37 ; CouEDH, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24 juillet 2003, para. 37 ; CouEDH, *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010, para. 92.

330 Parlement européen (2014a), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (*rapport Lunacek*) ; P7_TA(2014) 0062, Bruxelles, 4 février 2014, p. 10.

331 CouEDH, *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, 9 janvier 2003, para. 44.

332 *Ibid.*



et transphobe (« crimes de haine »).³³³ Enfin, la [section 3.4.5](#) aborde le faible nombre de plaintes déposées, les formations de la police et le manque de données statistiques sur les crimes de haine commis contre des personnes LGBTI.

3.4.1. Cadre juridique de l'UE

Développement majeur

- La violence à l'encontre des personnes LGBTI et les préjugés contre l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre perçues reste un problème dans l'UE.

La Directive sur les droits des victimes, qui devait être mise en œuvre par tous les États membres de l'UE pour le 16 novembre 2015, reste la seule législation européenne qui protège expressément les personnes victimes de violence en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre.

Dans son rapport de 2012 intitulé *Mettre en évidence les crimes de haine dans l'Union européenne : reconnaître les droits des victimes*, la FRA a noté que, étant donné que le droit à la non-discrimination en vertu de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est étroitement lié au droit à un recours effectif en vertu de l'article 13 de la CEDH, les victimes de crimes de haine devraient disposer de recours afin de leur permettre de faire valoir leurs droits en vertu de l'article 14 de la CEDH.³³⁴ Cette même année, la FRA a réalisé une enquête sur les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dans l'Union européenne,³³⁵ qui a impliqué quelques 93 000 participants. L'enquête a démontré que 6 % des participants ont été victimes d'attaques physiques ou sexuelles ou de menaces de violence et estimaient que cela était entièrement ou partiellement dû au fait qu'ils étaient perçus comme des personnes LGBT. Celle-ci a démontré que, au cours des 12 mois précédant l'enquête, 19 % des répondants, soit un cinquième, ont été victimes de harcèlement qu'ils estimaient entièrement ou partiellement dû

au fait qu'ils étaient perçus comme personnes LGBT. Les résultats de l'enquête ont constamment montré que les « crimes de haine », à savoir la violence et les crimes motivés par l'identité d'une personne, fondés sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, sont une réalité quotidienne à travers toute l'UE.³³⁶

Renvoyant aux résultats de l'enquête de la FRA, le Parlement européen a adopté en 2014 une résolution appelant la Commission européenne à proposer une refonte de la Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (la Décision-cadre)³³⁷, en y incluant d'autres formes de crimes de haine et d'incitation à la haine, y compris pour des motifs liés à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre.³³⁸ La Décision-cadre est la principale législation de l'UE définissant une approche fondée sur le droit pénal, à l'échelle de l'Union européenne, du racisme et de la xénophobie, et vise à garantir que les mêmes types de comportement constituent des infractions dans tous les États membres de l'UE. Elle est actuellement limitée à « la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ». Toutefois, certains États membres de l'UE (repris aux [sections 3.4.4](#) et [3.4.5](#)) ont étendu la protection offerte aux victimes de discrimination fondée sur d'autres motifs, tels que l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, lors de la mise en œuvre de la Décision-cadre.³³⁹

Pour respecter les principes de non-discrimination, il conviendrait d'inclure tous les motifs de discrimination couverts par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, tels que l'orientation sexuelle, dans les dispositions du droit pénal. Cela contribuerait également à résoudre le problème de la hiérarchie des motifs, abordé au [chapitre 1](#).

333 Définitions du « crime de haine » et du « discours de haine » basées sur la *Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, points I.A.1 et I.A.6.

334 Avis de la FRA sur la question de la reconnaissance des victimes des crimes de haine ; FRA (2012a), *Mettre en évidence les crimes de haine dans l'Union européenne : reconnaître les droits des victimes*, Luxembourg, Office des publications, p. 11.

335 FRA (2013), *Enquête sur la discrimination et la victimisation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dans l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications.

336 En référence à l'orientation sexuelle et l'identité de genre, la FRA est également parvenue à cette conclusion dans le rapport suivant : FRA (2012a), *Mettre en évidence les crimes de haine dans l'Union européenne : reconnaître les droits des victimes*, Luxembourg, Office des publications.

337 Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil, 28 novembre 2008, JO 2008 L 328/55.

338 Parlement européen (2014a), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, para. 4 j) ii).

339 FRA (2012a), *Mettre en évidence les crimes de haine dans l'Union européenne : reconnaître les droits des victimes*, p. 25.

La Directive sur les droits des victimes comprend l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'expression de genre comme caractéristiques personnelles des victimes couvertes par ses dispositions.³⁴⁰ Cela permet aux personnes LGBTI qui ont été confrontées à une incitation à la haine ou à la discrimination, ou à des abus ou violences, d'être protégées en tant que victimes. La Directive exige des évaluations individuelles des victimes. Elle vise à garantir que les victimes soient reconnues et traitées dans le respect de la dignité, soient protégées et soutenues, aient accès à la justice et obtiennent une indemnisation et une réparation.³⁴¹ Dans la Résolution de 2014 visée ci-dessus,³⁴² le Parlement européen a appelé la Commission européenne à procéder à un suivi et à fournir une assistance aux États membres en ce qui concerne les questions spécifiques à l'orientation sexuelle, à l'identité de genre et à l'expression de genre dans le cadre de la mise en œuvre de la Directive sur les droits des victimes, en particulier pour les crimes de haine et ceux commis pour des motifs discriminatoires susceptibles d'être liés aux caractéristiques des victimes en tant qu'individus. Le document d'orientation de la Commission européenne vise à faciliter la transposition effective et dans les délais de la Directive et souligne que « les États membres doivent accorder une attention particulière au principe de non-discrimination, qui couvre tous les motifs de discrimination possibles, y compris l'orientation sexuelle et l'identité de genre. »³⁴³

3.4.2. Rôle des instruments du Conseil de l'Europe, de la jurisprudence de la CouEDH, et d'autres organisations internationales

Développements majeurs

- La Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul) interdit la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.
- La Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) a jugé que la protection contre le discours haineux homophobe ne porte pas atteinte à la liberté d'expression. Elle a également estimé que ce type de discours peut être assimilé à un traitement inhumain ou dégradant.
- La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) a commencé à suivre les questions relatives aux personnes LGBTI dans les États membres du Conseil de l'Europe.
- Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a constaté que la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité sont répandues partout dans le monde.

L'un des principaux objectifs de 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, qui est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014, consiste à « prévenir, poursuivre et éliminer la violence à l'égard des femmes et la violence domestique ». La Convention définit le « genre » comme étant « les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes » et interdit la discrimination fondée sur le genre, l'orientation sexuelle et l'identité de genre. La Convention est un instrument essentiel pour la protection des femmes, notamment les femmes lesbiennes et trans, et plus particulièrement celles qui sont victimes de violence domestique ou de violence fondée sur le genre.³⁴⁴

340 Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, JO 2012 L 315/63, considérant 56.

341 Commission européenne (2011a), 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, Bruxelles, 18 mai 2011.

342 Parlement européen (2014a), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

343 Commission européenne (2013), DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, p. 8.

344 Conseil de l'Europe, Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n° 210, 2011, art. 1, para. 1, point a), art. 3, point c), et art. 4, para. 3.

En 2010, lorsque le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté sa première recommandation sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre,³⁴⁵ il a demandé aux États membres d'adopter des mesures législatives pour lutter contre les crimes de haine ou d'autres incidents motivés par la haine commis en raison d'orientation sexuelle ou d'identité de genre de la victime.³⁴⁶ Il a également appelé les États membres à prendre des mesures appropriées contre le discours de haine.³⁴⁷ Précédemment, le Comité des Ministres avait adopté la Recommandation n° R 97(20),³⁴⁸ qui contient une série de principes pour la lutte contre le discours de haine. La Recommandation explique que des expressions concrètes de discours de haine peuvent être « tellement insultantes pour des individus ou des groupes qu'elles ne bénéficient pas du degré de protection que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme accorde aux autres formes d'expression ». C'est le cas lorsque le discours de haine vise la destruction ou la restriction injustifiée des droits et libertés prévus dans la CEDH.

En 2013, un rapport du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) du Comité des Ministres a souligné que, lors de la mise en œuvre de la recommandation, de nombreux États membres ont mis davantage l'accent sur « la révision des dispositions législatives en vigueur plutôt que sur la mise en place de mesures préventives comme la formation ou la sensibilisation et que, le plus souvent, ces mesures ne s'inscrivent pas dans une stratégie globale et transsectorielle aux niveaux national et local. »³⁴⁹ La Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), qui a commencé à se pencher sur la protection des droits des personnes LGBT dans le cadre de son mandat relatif au racisme, à la xénophobie, à l'antisémitisme, à l'intolérance et à la discrimination raciale ou fondée sur l'origine nationale/ethnique, la couleur, la citoyenneté, la religion et la langue, surveille

également les activités des États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine.³⁵⁰

L'engagement du Conseil de l'Europe en faveur de la lutte contre les crimes de haine et le discours de haine se base sur la CEDH et la CouEDH. Comme la section 3.4.1 l'indique, la CouEDH a reconnu que l'article 14 de la CEDH couvre l'orientation sexuelle³⁵¹ et l'identité de genre.³⁵² La jurisprudence de la CouEDH indique que l'exercice de la liberté d'expression implique « des devoirs et des responsabilités » correspondants,³⁵³ et que les expressions qui équivaudraient clairement au discours de haine ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la CEDH.³⁵⁴ En ce qui concerne les expressions qui relèveraient du champ d'application de l'article 10, la CouEDH insiste particulièrement sur le contexte dans lequel elles se produisent, les circonstances de l'affaire et les intentions du demandeur lorsqu'elle évalue si une infraction peut être justifiée comme étant nécessaire dans une société démocratique.³⁵⁵ Dans l'affaire *Féret c. Belgique*, qui concernait des remarques racistes lors d'une campagne électorale, la CouEDH explique sa compréhension « d'incitation à la haine ». Elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de démontrer un véritable appel à un acte de violence ou à un autre acte délictueux ; les atteintes aux personnes commises en les injuriant, en les ridiculisant ou en les diffamant constituent une incitation à la haine. Cela donnerait lieu à une « liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité » de certains groupes de la population.³⁵⁶ La qualité de parlementaire du requérant (qui jouait donc un rôle important dans le processus

345 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2010a), *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, 31 mars 2010.

346 *Ibid.*, paras. 1-5 de l'annexe.

347 *Ibid.*, paras. 6-8 de l'annexe.

348 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2010b), *Recommandation n° R 97(20)* du Comité des Ministres aux États membres sur le « discours de haine », 30 octobre 1997.

349 Conseil de l'Europe, Comité directeur pour les droits de l'homme (2013), *Rapport sur la mise en œuvre de la 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, CM(2013)36 add2, 2 mai 2013, para. 8. Lors de sa réunion du 22 janvier 2014, le Comité des Ministres a adopté une *décision sur le rapport sur la mise en œuvre*. Cette décision encourage les États membres à poursuivre leurs efforts de mise en œuvre des diverses dispositions de la Recommandation CM/Rec(2010)5.

350 Conseil de l'Europe, Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) (2012), *Document d'information sur le cinquième cycle de suivi de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI)*, 28 septembre 2012, point 9.

351 Voir, notamment, CouEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, 21 décembre 1999, para. 28. CouEDH, *Vejdeland et autres c. Suède*, n° 1813/07, 9 février 2012, para. 55.

352 CouEDH, *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09, 30 novembre 2010.

353 CouEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, 7 décembre 1976, para. 49.

354 CouEDH, *Jersild c. Danemark*, n° 15890/89, 23 septembre 1994, para. 35. CouEDH, *Norwood c. Royaume-Uni*, n° 23131/03, 16 novembre 2004.

355 CouEDH, *Sürek et Özdemir c. Turquie*, n° 23927/94 et 24277/94, 8 juillet 1999, para. 61. Oetheimer, M. (2009), « Protecting freedom of expression: the challenge of hate speech in the European Court of Human Rights case law », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 17, n° 3, p. 427.

356 CouEDH, *Féret c. Belgique*, n° 15615/07, 16 juillet 2009, para. 73 : « l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population ».

démocratique) ne justifiait pas ce discours. En effet, la CouEDH a souligné « qu'il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance ».³⁵⁷

En 2012, la CouEDH a de nouveau apprécié le droit à la liberté d'expression en vertu de l'article 10 de la CEDH par rapport aux actes et au langage haineux envers les personnes gays dans l'affaire *Vejdeland et autres c. Suède*.³⁵⁸ Cette affaire concernait plusieurs jeunes hommes qui distribuaient dans une école des dépliants contenant, entre autres, des déclarations selon lesquelles l'homosexualité était une maladie. Les déclarations ne recommandaient pas directement de commettre des actes haineux, mais contenaient des allégations graves et préjudiciables qui opéraient une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Dans sa décision, la CouEDH a estimé que les autorités nationales pouvaient considérer l'ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit à la liberté d'expression comme nécessaire pour la protection de la réputation et des droits d'autrui dans une société démocratique.³⁵⁹ Ce faisant, elle a souligné que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est aussi grave que la discrimination fondée sur « la race, l'origine ou la couleur ».³⁶⁰

En 2014, dans l'affaire *Mladina D.D. Ljubljana c. Slovénie*,³⁶¹ la CouEDH a examiné le droit d'un journaliste de recourir à un langage offensif dans un article de magazine. L'article ciblait un député slovène qui exprimait du mépris à l'égard des personnes homosexuelles au cours d'un débat parlementaire sur les unions civiles entre personnes de même sexe. La CouEDH a souligné qu'elle interprétait les déclarations polémiques du journaliste comme un contrepoint des remarques du député, qui présentait les personnes homosexuelles comme un groupe généralement indésirable de la population et pouvait favoriser des stéréotypes négatifs. La CouEDH a estimé que même le langage offensif qui ne relèverait pas de la protection de la liberté d'expression, si son objectif unique était d'insulter, peut être protégé par l'article 10 lorsqu'il sert un but simplement stylistique.³⁶² Dans un tel cas, la protection de la réputation du député ne peut se voir accorder plus de poids que le droit à la liberté d'expression du journaliste et l'intérêt général de la promotion de la liberté d'expression lorsqu'il s'agit de questions d'intérêt général. La CouEDH a donc conclu que les tribunaux nationaux, qui ont condamné le journaliste, ne sont pas parvenus à un juste équilibre entre

les intérêts concurrents et ont interféré avec le droit à la liberté d'expression du journaliste.³⁶³

La Recommandation CM/Rec(2010)5 appelle les États membres du Conseil de l'Europe à

*« prendre des mesures appropriées afin de combattre toutes les formes d'expression, notamment dans les médias et sur internet, qui peuvent raisonnablement être comprises comme susceptibles d'inciter, de propager ou de promouvoir la haine ou d'autres formes de discrimination à l'égard des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres ».*³⁶⁴

D'après la Recommandation, ces « discours » devraient être prohibés et condamnés publiquement en toute occasion, en tenant compte du droit à la liberté d'expression tel qu'interprété à l'article 10 de la Convention et de la jurisprudence de la CouEDH. Il est demandé aux États membres de « sensibiliser les autorités et les organismes publics à tous les niveaux concernant leur responsabilité de s'abstenir de faire des déclarations, notamment aux médias, pouvant raisonnablement être interprétées comme cautionnant de telles attitudes haineuses ou discriminatoires ». Par ailleurs, les autorités publiques et autres représentants de l'État devraient être encouragés à « promouvoir la tolérance et le respect des droits de l'homme des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dès lors qu'ils dialoguent avec les représentants principaux de la société civile, notamment les organisations de médias et de sport, les organisations politiques et les communautés religieuses ».³⁶⁵

Dans l'affaire *Identoba et autres c. Géorgie*, les requérants ont participé à une marche pacifique pour célébrer la Journée internationale contre l'homophobie. Ils étaient entourés de contre-manifestants qui les ont attaqués verbalement et physiquement. Des menaces de mort, des agressions physiques et des préjugés homophobes ont suscité de la peur et de l'anxiété intense chez les participants de la marche, cela s'est intensifié par l'échec de la police à les protéger. La CouEDH a jugé que le discours de haine homophobe peut s'apparenter à une forme de « traitement inhumain ou dégradant », interdit par l'article 3.³⁶⁶ Il résulte du jugement que, pour éviter les violations de l'article 3 de la CEDH, les États sont dans l'obligation positive de

357 CouEDH, *Féret c. Belgique*, n° 15615/07, 16 juillet 2009, para. 75.

358 CouEDH, *Vejdeland et autres c. Suède*, n° 1813/07, 9 février 2012.

359 *Ibid.*, paras. 47-60.

360 *Ibid.*, para. 55.

361 CouEDH, *Mladina D.D. Ljubljana c. Slovénie*, n° 20981/10, 17 avril 2014.

362 *Ibid.*, para. 45.

363 *Ibid.*, para. 47.

364 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2010a), 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.

365 *Ibid.*, Annexe, paras. 7-8.

366 CouEDH, *Identoba et autres c. Géorgie*, n° 73235/12, 12 mai 2015, para. 81.



protéger les personnes contre des attaques publiques liées à l'orientation sexuelle.

Parmi les autres organisations internationales, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et son Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) sont particulièrement engagés dans la lutte contre le discours de haine et le crime de haine. En 2009, une décision du Conseil ministériel de l'OSCE a défini les crimes de haine comme des actes criminels fondés sur des préjugés.³⁶⁷ Parmi ses activités, l'OSCE/BIDDH publie un rapport annuel sur le crime de haine qui, à partir de 2014, s'est transformé en site web consacré au signalement des crimes de haine, devenant ainsi une ressource interactive.³⁶⁸ D'après les informations collectées et publiées dans le rapport annuel de l'OSCE/BIDDH, les crimes ou incidents contre les personnes LGBT sont souvent caractérisés par un degré élevé de cruauté et de brutalité, impliquant souvent passage à tabac, torture, mutilation, castration ou même agression sexuelle, et peuvent entraîner la mort. Ils peuvent également prendre la forme de dommages causés aux biens de la personne, d'insultes ou d'attaques verbales, de menaces ou d'intimidation.³⁶⁹ Nonobstant le fait que les informations se basent largement sur des données officielles fournies par les gouvernements, le rapport annuel de l'OSCE/BIDDH attire l'attention sur le manque chronique de données fiables et exhaustives sur les crimes motivés par les préjugés.³⁷⁰ À cet égard, l'OSCE s'engage à améliorer les mécanismes de collecte de données sur les crimes de haine au niveau national et la comparabilité des informations relatives à la prévalence des crimes de haine au niveau international. C'est pour cette raison qu'en 2014, le BIDDH a publié un guide pratique sur la collecte et le contrôle des données sur le crime de haine.³⁷¹ Le document souligne expressément que le faible nombre de plaintes déposées par les victimes LGBT peut être le résultat de craintes quant à l'exposition de leur identité ou statut.

En 2014, le BIDDH a publié un autre guide pratique pertinent sur la poursuite des crimes de haine, dans lequel il a déclaré que les crimes de haine contre les personnes LGBT représentent un problème grave dans la région couverte par l'OSCE.³⁷² Ce document, élaboré en collaboration avec l'Association internationale des procureurs et poursuivants (AIPP), vise à aider les États participants à lutter de manière efficace et exhaustive contre les crimes de haine.

Enfin, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a exprimé sa grande préoccupation face aux actes de violence et de discrimination commis dans toutes les régions du monde contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et/ou identité de genre. Le rapport actualisé par le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, demandé par le Conseil³⁷³, a constaté que, bien que de nombreuses avancées aient été réalisées pour rendre plus égale la situation des personnes LGBTI, des violations graves et répandues des droits de l'homme étaient toujours perpétrées, trop souvent en toute impunité, contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre.

3.4.3. Discours haineux homophobe ou transphobe

Développements majeurs

- Depuis 2010, le nombre d'États membres de l'UE qui interdisent le discours haineux homophobe est passé de 13 à 20.
- Huit États membres de l'UE ont explicitement interdit le discours haineux fondé sur l'identité de genre dans leur code pénal.

367 Conseil ministériel de l'OSCE, Décision n° 9/09 sur la lutte contre les crimes de haine, 1^{er} décembre 2009.

368 OSCE, Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH), site web *Hate Crime Reporting*. À partir du 14 novembre 2014, les données de mises à jour pour 2013 étaient disponibles sur le site.

369 OSCE, BIDDH (2013), *Hate crimes in the OSCE region: incident and responses. Annual report for 2012*, Varsovie, novembre 2013.

370 *Ibid.* p. 7 et 92.

371 OSCE, BIDDH (2014a), *Hate crime data collection and monitoring: A practical guide*, Varsovie, OSCE, 29 septembre 2014, p. 2.

372 OSCE, BIDDH (2014b), *Prosecuting hate crimes: A practical guide*, Varsovie, OSCE, 29 septembre 2014, p. 33.

373 Le rapport actualisé du Haut-Commissaire sur les lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre a été publié le 4 mai 2015.

La Résolution du Parlement européen du 4 février 2014³⁷⁴ invite les États membres de l'UE à pénaliser l'incitation à la haine fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

Depuis mi-2015, 20 États membres (Autriche, Belgique, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Slovénie et Suède) qualifient d'infraction pénale l'incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ce chiffre ne tient pas compte du cas spécifique du harcèlement sur le lieu de travail qui, selon la Directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi, devrait être considéré comme une forme de discrimination et faire l'objet de sanctions effectives, proportionnelles et dissuasives qui peuvent être de nature pénale. En 2010, 13 États membres de l'UE pénalisaient explicitement l'incitation à la haine ou la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (Belgique, Danemark, Espagne, Estonie, France, Irlande, Lituanie, Pays-Bas, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Slovénie et Suède). Cela signifie que depuis 2010, huit États membres supplémentaires offrent une protection explicite contre l'incitation à la haine fondée sur l'orientation sexuelle (Autriche, Chypre, Croatie, Finlande, Grèce, Hongrie, Luxembourg et Malte). Seule la Roumanie a modifié sa législation pour ne plus y inclure l'orientation sexuelle de manière explicite.

Dans huit autres États membres (Allemagne, Bulgarie, Italie, Lettonie, Pologne, République tchèque, Roumanie et Slovaquie), l'incitation à la haine, à la violence et à la discrimination à l'encontre des personnes LGBTI n'est pas explicitement définie comme étant une infraction pénale. En 2014, seuls deux États ont explicitement limité les dispositions pénales existantes contre l'incitation à la haine pour la protection d'autres groupes que les personnes LGBTI (Bulgarie (articles 162 et 164 du Code pénal)³⁷⁵ et Italie (article 3 de la loi 654/1975)).³⁷⁶

Comme indiqué ci-dessus, en Autriche, Croatie, Finlande, Grèce, Hongrie et à Malte, des évolutions législatives en la matière ont eu lieu depuis la publication du rapport de 2010.

L'article 238, paragraphe 1 du Code pénal autrichien (*Strafgesetzbuch*, StGB)³⁷⁷ – en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012 – pénalise l'incitation publique à des actes de violence à l'encontre d'un groupe ou d'un membre d'un groupe sur la base de certaines caractéristiques

personnelles, notamment l'orientation sexuelle. L'incitation doit *explicitement* avoir lieu en raison de l'appartenance de cet individu ou de ce groupe d'individus à ce groupe, et être de nature à troubler l'ordre public ou être visible au grand public. L'article 283, paragraphe 2, interdit également l'agitation publique à l'encontre d'un groupe mentionné à l'article 283, paragraphe 1, ainsi que les insultes portant atteinte à la dignité humaine d'un tel groupe, pour autant que l'insulte vise à dénigrer le groupe et se fasse en public. Ces dispositions s'appliquent aussi aux questions transgenres ou de changement de genre.

En Croatie, le Code pénal (*Kazneni zakon*)³⁷⁸ dispose que toute incitation publique à la violence ou à la haine à l'encontre d'un individu ou d'un groupe de citoyens fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre est punissable (article 325). Bien que la police soit déterminée à entreprendre des actions en justice à l'encontre des individus qui tiennent un discours haineux, celles-ci doivent faire l'objet d'un suivi par le Bureau du procureur général de l'État. Si ce n'est pas le cas, la police peut faire usage de ses pouvoirs indépendants de poursuite pour poursuivre le discours haineux devant un tribunal correctionnel, mais seulement après avoir (re)classé le discours haineux comme trouble à l'ordre public. Il se peut donc que certains discours haineux ne soient pas traités comme tels.

En Finlande, le discours haineux peut constituer une incitation à la haine à l'encontre d'un groupe de la population au titre de la section 10 du chapitre 11 du Code pénal, qui sanctionne toute personne qui met à la disposition du public, diffuse au public ou garde publique une opinion ou un autre message menaçant, diffamant ou insultant un groupe spécifique en fonction de leurs caractéristiques. Cette disposition a été modifiée en 2011 pour couvrir explicitement l'orientation sexuelle³⁷⁹.

En Grèce, une législation récente punit l'incitation à des actions ou des actes pouvant entraîner la discrimination, la haine ou la violence à l'encontre d'individus ou d'un groupe d'individus définis, entre autres, sur la base de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre. Les sanctions introduites vont de 3 mois à 3 ans d'emprisonnement et les amendes de 5 000 EUR à 20 000 EUR. Ces sanctions sont renforcées si l'incitation donne effectivement lieu à une infraction. Les sanctions prévoyant un emprisonnement de plus d'un an entraînent également une déchéance des droits politiques. En outre, les sanctions sont renforcées lorsque l'auteur de l'infraction est un fonctionnaire ou un agent public agissant dans l'exercice de ses fonctions³⁸⁰.

374 Parlement européen (2014a), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

375 OSCE, BIDDH (2009), *Les crimes de haine : Prévention et Réponses*, p. 9.

376 Italie, Loi 654/1975 du 13 octobre 1975.

377 Autriche, Code pénal (*Strafgesetzbuch*, StGB), art. 283, 13 novembre 1998, tel que modifié.

378 Croatie, Code pénal (*Kazneni zakon*) (2011), *Journal officiel (Narodne novine)* 125/11, 144/12.

379 Finlande, Code pénal (*Rikoslaki/Strafflag*), Loi n° 39 du 19 décembre 1889, tel que modifiée par la loi n° 511/2011.

380 Grèce, Loi n° 927/1979 relative à la condamnation des actes ou activités visant à la discrimination raciale, art. 1^{er} ; Code pénal, art. 79 et 81A.

Depuis juillet 2013, le droit pénal hongrois³⁸¹ prévoit une protection explicite contre les discours et les crimes haineux fondés sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Toutefois, la disposition relative aux discours haineux n'est pas appliquée par la police. En outre, les tribunaux l'interprètent de manière restrictive, en estimant que l'incitation à l'encontre d'une communauté ne peut être établie que s'il existe un risque direct et immédiat que « l'incitation à la haine » donne lieu à des actes de violence. Les commentaires racistes, homophobes ou transphobes de nature générale qui n'atteignent pas ce degré de gravité ne sont pas sanctionnés. Après de nombreuses tentatives³⁸² d'introduction de sanctions pénales pour des formes moins sévères de discours haineux qui ont été jugées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle³⁸³, le parlement a adopté un amendement à la Constitution en mars 2013.³⁸⁴ La Constitution révisée contient une disposition générale favorisant la dignité au détriment de la liberté d'expression, et une disposition plus spécifique permettant à certaines communautés d'intenter une action en justice contre un discours offensant. Cependant, seules les communautés énumérées dans la disposition y sont autorisées. La disposition inclut le discours haineux fondé sur la nationalité, l'origine ethnique ou raciale, ou la religion, mais non le discours homophobe ou transphobe.

À Malte, la portée de la section 82 A du Code pénal,³⁸⁵ tel que modifié en 2012, a été étendue afin de couvrir l'incitation à la haine fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

En Italie, le Parlement est en train d'examiner une proposition de loi³⁸⁶ qui, si approuvée, étendrait le champ d'application des dispositions actuelles du droit pénal relatives à l'incitation à la haine, aujourd'hui explicitement limitées à la protection d'autres groupes que les personnes LGBTI. Néanmoins, la Chambre basse a approuvé une proposition législative introduisant un amendement disposant que les partis politiques, les représentants religieux et les associations suivant des

systèmes de convictions spécifiques ne seront pas poursuivis pour des discours pouvant être assimilés à une incitation à la haine. Si cet amendement est approuvé, il réduirait les effets de la loi interdisant les crimes de haine fondés sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. La proposition est toujours en cours d'examen, et son approbation reste incertaine.

À la mi-2015, huit États membres (Croatie, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Malte, Portugal et Royaume-Uni) ont adopté des lois protégeant l'« identité de genre » dans leur droit pénal. Les changements législatifs intervenus en Croatie, en Hongrie et à Malte sont décrits ci-dessus. Au Portugal, la loi n° 19/2013 du 21 février a modifié le Code pénal en y intégrant « l'identité de genre » en 2013.³⁸⁷ Au Royaume-Uni, l'« identité transgenre » est maintenant protégée par la loi. Jusqu'en 2010, elle n'était considérée que comme une « circonstance aggravante » dans les infractions pénales.³⁸⁸

En outre, il convient de noter que le Parlement espagnol a adopté une loi modifiant le Code pénal³⁸⁹ afin d'ajouter l'« identité sexuelle » aux caractéristiques protégées, aux côtés de l'orientation sexuelle. Plusieurs actes sont passibles de sanctions pénales selon la loi, notamment la promotion, l'encouragement, l'exaltation ou la justification de la violence, de l'hostilité, de la haine ou de la discrimination par tout moyen d'expression public, notamment dans les médias. Elle punit en outre les atteintes à la dignité des personnes à travers l'humiliation, le mépris ou le manque de respect à l'égard des membres d'un groupe protégé. Enfin, le projet de loi propose d'interdire les associations qui promeuvent la haine ou incitent à la haine à l'encontre de personnes, de groupes ou d'associations en raison de leur identité ou de leur orientation sexuelle, parmi d'autres motifs.

Malgré ces avancées législatives, les incidents relatifs aux discours haineux ne parviennent pas à faire l'objet de poursuites dans certains États membres. En Lituanie, par exemple, le parti politique Jeune Lituanie (*Jaunoji Lietuva*) a dévoilé en février 2011 le slogan « Pour une Lituanie sans bleu, noir et rouge et sans les tsiganes des campements » accompagné d'une photo représentant une personne habillée d'un drapeau arc-en-ciel.³⁹⁰ Plusieurs organisations lituaniennes de défense des droits

381 Hongrie, Loi n° C de 2012 sur le Code pénal (2012. évi C törvény a Büntető Törvénykönyvről), art. 216 et 332.

382 Hongrie, Proposition de loi n° T/3719 ; Hongrie, Loi n° IV de 1978 sur le Code pénal (1978. évi IV törvény a Büntető Törvénykönyvről), art. 181/A (adopté, mais jamais entré en vigueur) ; Hongrie, Proposition de loi n° T/6219 relative à la provision de moyens juridiques assurant une protection contre des actes graves portant atteinte à la dignité humaine (T/6219. számú törvényjavaslat az ember méltóságát súlyosan sértő egyes magatartásokkal szembeni védelem érdekében szükséges jogérvényesítési eszközök biztosításáról).

383 Hongrie, Cour constitutionnelle (2008), Décision n° 96/2008 (VII. 3.) du 3 juillet 2008 ; Hongrie, Cour constitutionnelle (2008), Décision n° 95/2008 (VII. 3.) du 3 juillet 2008.

384 Hongrie, Quatrième amendement à la Constitution hongroise (*Magyarország Alaptörvényének negyedik módosítása*), art. 5, para. 2.

385 Malte, Code Pénal (*Kodici Kriminali*), 10 juin 1854, tel que modifié en 2012.

386 Italie, Projet de loi du Sénat n° 1052, 2013.

387 Portugal, Loi 19/2013, 29e amendement au Code pénal, (*Lei n.º 19/2013, 29.ª alteração ao Código Penal*), 21 février 2013.

388 Royaume-Uni, Parlement (2012), Loi de 2012 relative à l'aide juridictionnelle, à la détermination des peines et à la condamnation des contrevenants (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*), section 65.

389 Espagne, Loi organique 1/2015 du 30 mars 2015 modifiant la loi organique 10/1995 du 23 novembre 1995 du Code pénal (*Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*).

390 Čekutis, R., Patriotai.lt (2011), « Patriotai Vilniuje balsuoja už partiją „Jaunoji Lietuva“ » n° 12, 4 février 2011.

fondamentaux ont porté plainte devant le procureur général au motif que le discours homophobe et raciste du parti violait la législation nationale relative aux partis et campagnes politiques.³⁹¹ Le 27 juin 2011, le procureur du district de Kaunas a clôturé l'enquête préliminaire en concluant que la campagne politique du parti n'incitait pas à la haine.³⁹² Les plaignants auraient pu faire appel de la décision du procureur conformément à l'article 214, paragraphe 5, du Code pénal,³⁹³ mais ils ne l'ont pas fait, au motif que les ONG lituaniennes ne possédaient pas les ressources humaines nécessaires pour poursuivre l'action en justice par elles-mêmes ni les ressources financières pour couvrir les frais d'avocat. Le parti Jeune Lituanie a remporté quatre sièges au sein du Conseil municipal de la ville de Kaunas.³⁹⁴

En 2011, il a été demandé à la police hongroise d'enquêter sur une affaire impliquant un groupe d'activistes affilié à un site web d'extrême droite qui, lors d'une marche des fiertés, ont brandi des pancartes appelant à l'extermination des homosexuels. Les pancartes montraient une corde, un triangle rose en référence à la persécution des homosexuels dans l'Allemagne nazie et les mots : « Nouveau traitement pour les gays ». La police a avancé que l'incident ne constituait pas une incitation à la haine à l'encontre d'une communauté (article 269). L'ONG requérante a fait appel de la décision, mais le Parquet a donné raison à la police et avancé que « brandir les pancartes incitait peut-être à la haine, mais n'a pas donné lieu à des actes de haine » et que par conséquent, l'incident « n'atteignait pas le niveau minimum requis pour faire l'objet de sanctions pénales ».³⁹⁵

Une analyse de la jurisprudence pertinente montre qu'il peut être difficile d'établir la responsabilité pénale dans les affaires de discours haineux devant les tribunaux. En Lituanie par exemple, conformément à la jurisprudence, le discours haineux doit avoir eu lieu de manière intentionnelle pour constituer une infraction pénale, c'est-à-dire qu'une personne devrait être consciente du

fait qu'à travers un message particulier, elle « ridiculise un groupe de résidents ou une personne spécifique, exprime du mépris, incite à la haine ou encourage la discrimination à l'encontre de ce groupe ou de cette personne sur la base de son sexe, de son orientation sexuelle, de son origine raciale, de sa nationalité, de sa langue, de son origine ethnique, de son statut social, de sa foi, de sa religion ou de ses convictions » et souhaite agir de la sorte. En d'autres termes, ces infractions doivent être commises intentionnellement.³⁹⁶ Dans le cadre d'affaires de discours haineux, lorsque les tribunaux déterminent l'intention d'un intervenant, ils demandent simplement à l'accusé d'expliquer ses intentions et n'analysent ni le contexte ni le contenu du message. En outre, les tribunaux rejettent parfois les conclusions des experts sans aucune explication.³⁹⁷ La Cour suprême lituanienne a créé un précédent particulièrement préoccupant dans un procès contre une personne ayant posté un commentaire homophobe en réaction à un article décrivant une manifestation appelée « Des baisers contre l'homophobie ». La Cour s'est penchée sur les actes des personnes décrites dans l'article, qui avaient organisé la manifestation contre l'homophobie et y avaient participé, et a conclu que parce que la manifestation avait été organisée sans l'autorisation des autorités et « n'avait pas tenu compte du fait qu'une vaste majorité de Lituaniens respectent les valeurs traditionnelles de la famille », la réaction du commentateur était normale. Le défendeur a été acquitté.³⁹⁸

En revanche, au Royaume-Uni, un homme a été condamné en 2012 après avoir distribué des brochures intitulées « Peine de mort ? » qui montraient l'image d'un pantin en bois pendu à une corde et affirmaient que la peine de mort était la seule façon d'éradiquer l'homosexualité de la société. La décision précisait qu'une simple critique de l'homosexualité ne constitue pas une infraction. La condamnation reposait sur le fait que les brochures distribuées étaient menaçantes et qu'en les distribuant, le défendeur avait l'intention d'inciter à la haine contre les homosexuels.³⁹⁹ Ceci a été la première affaire où la haine fondée sur l'orientation sexuelle a été avancée comme motif sur la base des dispositions relatives à l'incitation à la haine religieuse de la loi de 1986 relative à l'ordre public,⁴⁰⁰ telle que modifiée en 2008.⁴⁰¹

391 Hrimi.lt (2011), Demande d'ouverture d'une enquête préliminaire et d'application de mesures conservatoires temporaires (*Prašymas pradėti ikiteisminį tyrimą ir pritaikyti laikinąsias apsaugos priemones*), Hrimi.lt, 9 février 2011.

392 Lituanie, Parquet régional de la ville de Kaunas (*Kauno miesto apylinkės prokuratūra*), Décision de clôturer l'enquête préliminaire (*Nutarimas nutraukti ikiteisminį tyrimą*), 27 juin 2011.

393 Lituanie, Loi relative à l'approbation, la promulgation et la mise en œuvre du code de procédure civile. Code de procédure civile (Civilinio proceso kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. Civilinio proceso Kodeksas), n° 37-1341, 14 mars 2002.

394 Lituanie, Commission électorale suprême (*Vyriausioji rinkimų komisija*) (2014), Conseil municipal de Kaunas. Les sièges au conseil (*Kauno miesto taryba. Tarybos sudėtis*), 18 février 2014.

395 Hongrie, Parquet des districts VI et VII de Budapest (*Budapesti VI. és VII. Kerületi Ügyészség*) (2012), Décision n° B. VI-VII. 5303/2011/4, 29 novembre 2012.

396 Lituanie, Tribunal du district de Panevėžys (*Panevėžio apygardos teismas*), n° 1A-845-366/2011, 1^{er} décembre 2011.

397 *Ibid.*

398 Lituanie, Cour suprême lituanienne (*Lietuvos aukščiausiasis teismas*), n° 2K-677/2012, 18 décembre 2012.

399 Royaume-Uni, *Crown Court* de Derby, *R. c. Ikhaz Ali, Razwan Javed et Kabir Ahmed*, 2012.

400 Royaume-Uni, Parlement (1986), Loi de 1986 relative à l'ordre public (*Public Order Act 1986*), c. 64.

401 Royaume-Uni, Parlement (2008), Loi de 2008 sur la justice pénale et l'immigration (*Criminal Justice and Immigration Act 2008*), c. 4.

En Hongrie, un activiste a publié un article sous son propre nom sur un portail web d'extrême droite, dans lequel il incite les lecteurs à perturber la marche des fiertés. L'article contient des déclarations comme « nous devons faire une démonstration de force », « nous avons besoin de plus de poudre à canon », « nous pouvons leur tomber dessus à plusieurs endroits », « nous devons encore une fois montrer notre combativité » et « nous avons été héroïques l'année passée ». La Société Háttér a signalé l'affaire à la police, en affirmant qu'il s'agissait d'une incitation à la haine contre une communauté, d'une préparation à des actes de violence à l'encontre d'un membre d'une communauté et d'une préparation à des actes portant atteinte à la liberté de réunion. La police a ouvert une enquête sur les trois accusations, mais le service des procureurs n'a retenu que la dernière. Le tribunal du district central de Pest a déclaré le défendeur coupable de préparation à des actes portant atteinte à la liberté d'association, de réunion et de participer à des événements dans le cadre d'une campagne électorale. Alors que le défendeur affirmait que son intention n'était pas de promouvoir la violence, le tribunal a conclu que les déclarations étaient suffisantes pour établir que les articles appelaient à la violence, compte tenu également du contexte de ces déclarations et de leur impact potentiel sur les lecteurs.⁴⁰² Cette décision a fait l'objet d'un appel et a été confirmée par la Cour d'appel métropolitaine.⁴⁰³

Enfin, il convient de noter que dans certains États membres de l'UE dans lesquels l'incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination à l'encontre des personnes LGBTI n'est pas explicitement définie comme une infraction pénale, des infractions au libellé général ont parfois été utilisées pour protéger les personnes LGBTI contre des discours homophobes ou transphobes. Cela a été le cas dans neuf États membres (Allemagne, Bulgarie, Chypre, Italie, Lettonie, Luxembourg, Pologne, République tchèque et Slovaquie).

Une protection peut également être demandée au titre du droit civil ou administratif qui protège l'honneur, la dignité et les droits de la personne. En Italie, par exemple, où les dispositions pénales relatives au discours haineux n'incluent pas les déclarations homophobes en tant qu'infraction punissable, deux affaires impliquant de telles déclarations ont respectivement été tranchées sur la base du droit civil (en tant que dommage) et du droit administratif. Dans la première affaire, le défendeur a été reconnu coupable de diffamation à l'encontre de la victime. L'affaire portait sur des déclarations offensantes à l'encontre d'un homme politique lors d'un programme télévisé. Le Tribunal de Milan

a déclaré que les mots utilisés contre cette personne visaient à véhiculer une image des personnes LGBTI comme étant des êtres immoraux et à porter atteinte à leur dignité.⁴⁰⁴ L'agresseur verbal a par conséquent été condamné à payer une amende de 50 000 EUR. Dans la deuxième affaire, le directeur d'une université privée a expulsé un étudiant postuniversitaire pour un an à la suite de deux actes homophobes. Selon le tribunal administratif, écrire des propos offensants contre des personnes LGBTI et déchirer des affiches d'une association de soutien aux LGBTI lors de la Journée de la lutte contre l'homophobie constituent des actes visant à porter atteinte à la dignité des personnes LGBTI. Par conséquent, au vu de la gravité de ces actes, le tribunal administratif a jugé comme appropriée l'exclusion de l'étudiant de toute activité universitaire pendant un an, le code de conduite de l'université autorisant des expulsions d'une durée maximale de trois ans.⁴⁰⁵

Malgré la protection fournie par la législation générale, une analyse des affaires rassemblées par la FRA aux fins du présent rapport suggère que l'absence d'une législation pénale spécifique et d'orientations et de formations appropriées à l'intention de la police et des praticiens du droit rendent la réponse aux discours, menaces verbales ou abus de nature homophobe ou transphobe particulièrement difficile.

Pour une vue d'ensemble des dispositions du droit pénal relatives à « l'incitation à la violence et à la haine » couvrant explicitement l'orientation sexuelle, voir le [tableau 4](#).

3.4.4. Crimes de haine homophobes ou transphobes

Développements majeurs

- Quinze États membres de l'UE interdisent explicitement les crimes haineux à caractère homophobe dans leur code pénal. La pratique montre que dans certains autres États membres commettre une infraction pénale avec une motivation homophobe ou transphobe constitue une circonstance aggravante.
- Huit États membres de l'UE interdisent explicitement les crimes de haine dans leur code pénal.

Outre l'incrimination de certaines formes de déclarations homophobes ou transphobes en tant que

402 Hongrie, Tribunal du district central de Pest, Décision n° 17. B. 80.001/2011/6 du 22 mars 2011.

403 Hongrie, Cour métropolitaine de Budapest, Décision 31.Bf. 7662/2011/5.

404 Italie, Tribunal de Milan, Première chambre civile (*Tribunale di Milano - Prima sezione civile*), n° 12187, 13 octobre 2011.

405 Italie, Tribunal administratif régional de Milan (*Tribunale Amministrativo Regionale di Milano*), 20 décembre 2011.

« discours haineux », plusieurs États membres ont également choisi de considérer l'existence d'une motivation homophobe ou transphobe comme une circonstance aggravante ou un facteur donnant lieu à des sanctions plus sévères dans le cadre d'autres infractions pénales de droit commun (qui sont par conséquent considérées comme des « crimes de haine »). Comme indiqué dans les rapports de 2008 et de 2010, commettre une infraction de droit commun, comme la violence à l'égard d'une personne et les dommages aux biens, avec une motivation homophobe ou transphobe est parfois considéré comme une circonstance aggravante.

Les actes de haine à l'encontre des personnes LGBTI restent largement répandus dans l'UE et donnent parfois lieu à des homicides. Les tribunaux ont dans certains cas mis en évidence la haine ou les préjugés en tant que mobile. En France, par exemple, trois individus ont été condamnés à des peines de prison pour tentative d'homicide et de torture en 2012. La Cour d'assises de Rouen a reconnu que l'infraction pénale avait été commise en raison de l'orientation sexuelle supposée de la victime.⁴⁰⁶ Dans le cas d'une autre affaire ayant eu lieu en Hongrie en 2013, le tribunal municipal de Debrecen a condamné un individu à une peine d'emprisonnement à perpétuité pour un homicide particulièrement cruel. Le tribunal a constaté que l'homicide était motivé par des préjugés à l'encontre des personnes homosexuelles, et a donc condamné l'auteur à une peine plus sévère.⁴⁰⁷

Depuis 2014, 15 États membres de l'UE (Belgique, Croatie, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Lituanie, Malte, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie et Suède) considèrent la motivation homophobe comme une circonstance aggravante ou comme un élément à prendre en compte lors de la détermination des peines, soit pour toutes les infractions de droit commun, soit pour un ensemble bien défini d'infractions pénales. Dans 11 autres États membres (Allemagne,⁴⁰⁸ Bulgarie, Chypre, Estonie, Irlande, Italie, Lettonie, Luxembourg, Pologne, République tchèque et Slovénie), cette motivation n'était pas considérée comme une circonstance aggravante dans les infractions pénales. En Autriche et aux Pays-Bas, les tribunaux prononcent des peines plus sévères pour les infractions pénales avec motivation homophobe, même si la législation ne le prévoit pas de manière explicite.

Il convient de mentionner les changements qui ont eu lieu en Autriche, en Croatie, en Hongrie, à Malte et en Slovaquie depuis 2010.

406 France, Cour d'assises de Rouen, 15 novembre 2012.

407 Hongrie, Tribunal municipal de Debrecen, Décision n° 25.B.48/2013/23 du 18 octobre 2013.

408 En Allemagne, cette motivation sera prise en compte lors de la détermination de la peine dans la mesure de l'éventail disponible, conformément à l'article 46, paragraphe 2 du Code pénal (*Strafgesetzbuch*, StGB).

En Autriche, conformément à une déclaration faite par le ministre fédéral de la Justice en août 2013⁴⁰⁹ en réponse à une enquête parlementaire, il est possible de considérer que l'homophobie constitue un motif particulièrement répréhensible et relève de l'article 33, paragraphe 1, point 5, du Code pénal (*Strafgesetzbuch* – StGB)⁴¹⁰ relatif aux circonstances aggravantes.

En Croatie, le Code pénal (*Kazneni zakon*)⁴¹¹ (article 87/12) définit le crime haineux comme un acte criminel motivé par l'un des motifs spécifiquement énumérés, dont l'orientation sexuelle et l'identité de genre. En outre, le code prescrit explicitement l'application de peines plus sévères pour certains actes criminels lorsqu'ils sont motivés par la haine.

En Hongrie, les notions d'orientation sexuelle et d'identité de genre ont été introduites dans les dispositions pertinentes en 2012, ce qui a renforcé les peines pour les infractions pénales commises pour une « raison de base » (article 216, ancien article 174/B)⁴¹². Les tribunaux ont avancé la motivation homophobe en tant que « raison de base » dans certaines affaires. Un raisonnement similaire a par exemple été suivi en 2013 dans une décision judiciaire concernant un meurtre homophobe⁴¹³. Toutefois, l'application de l'article 216 reste en général problématique. Dans de nombreuses affaires d'infractions pénales commises avec un mobile discriminatoire, les enquêtes et les poursuites judiciaires réalisées par les autorités ne le sont toujours pas sur la base de la disposition du Code adéquate.

À Malte, l'article 251 D du Code pénal,⁴¹⁴ tel que modifié en 2012, considère explicitement le fait de commettre une infraction en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre de la victime comme une circonstance aggravante.

En Slovaquie, un amendement apporté au Code pénal en 2013 a allongé la liste des circonstances aggravantes pour y inclure la haine fondée sur l'orientation sexuelle (article 140, point f).⁴¹⁵

409 Autriche, Ministère fédéral de la Justice (*Bundesministerium für Justiz*) (2013), Réponse à une enquête parlementaire (*Anfragebeantwortung*), 26 août 2013.

410 Autriche, Code pénal (*Strafgesetzbuch*, StGB), art. 33, para. 1, point 5, 13 novembre 1998.

411 Croatie, Code pénal (*Kazneni zakon*), *Journal officiel* (*Narodne novine*) 125/11, 144/12.

412 Hongrie, Loi n° XL de 2011 modifiant la loi n° IV de 1978 relative au Code pénal (2011. évi XL. törvény a Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény módosításáról), art. 216, 2011.

413 Hongrie, Tribunal municipal de Debrecen (*Debreceni Városi Bíróság*), Décision n° 25.B.48/2013/23 du 18 octobre 2013.

414 Malte, Code Pénal (*Kodiċi Kriminali*), 10 juin 1854, tel que modifié en 2012.

415 Slovaquie, *Zákon 204/2013, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov a o zmene a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony*, 25 juin 2013.

Il convient de noter qu'en Slovénie, la motivation homophobe est considérée comme circonstance aggravante uniquement en cas d'homicide.

Enfin, à la mi-2015, huit États membres de l'UE (Croatie,⁴¹⁶ Espagne,⁴¹⁷ France,⁴¹⁸ Grèce,⁴¹⁹ Hongrie, Malte,⁴²⁰ Portugal⁴²¹ et Royaume-Uni⁴²²) considéraient la haine fondée sur l'identité de genre comme une circonstance aggravante.

Le **tableau 4** donne une vue d'ensemble de la législation en vigueur dans le domaine concerné.

3.4.5. Trois défis principaux : le faible nombre de plaintes déposées, l'amélioration de la formation des forces de police et le manque de données statistiques

Développements majeurs

- Le faible nombre de crimes et discours haineux homophobes et transphobes faisant l'objet d'une plainte reste un problème dans les États membres de l'UE et a un impact négatif sur la quantité de données statistiques collectées à ce sujet, ainsi que sur leur qualité.
- Le faible nombre de plaintes déposées est principalement causé par le fait que les victimes ne croient pas en l'efficacité des autorités répressives. Certains États membres se sont efforcés de résoudre ce problème, par exemple en prévoyant une formation obligatoire sur les crimes de haine homophobes ou transphobes à l'intention des forces de police.

Le faible nombre de crimes et discours haineux fondés sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre faisant l'objet d'une plainte et le manque de données à leur sujet restent problématiques dans les États membres de l'UE. Ces questions sont intimement liées à la formation des forces de police car, comme décrit ci-dessous, les victimes de crimes de haine redoutent encore des réactions négatives de la part de la police ou considèrent que porter plainte est inutile. Le faible taux de signalement rend difficile la collecte de données statistiques sur les infractions pénales (qui ont fait l'objet d'un dépôt de plainte ou non).⁴²³

L'enquête réalisée à l'échelle de l'UE par la FRA révèle des niveaux très faibles de signalement parmi les répondants déclarant avoir été victimes de violence ou de harcèlement.⁴²⁴ Seuls 22 % des actes les plus graves qui ont été commis au cours des cinq dernières années à l'encontre des personnes interrogées en raison de leur orientation sexuelle ont fait l'objet d'une plainte déposée à la police. Pour les cas de harcèlement, ce chiffre tombe même à 6 %. Le faible taux de signalement des crimes de haine a également été mis en évidence par des enquêtes nationales, par exemple par l'ONG Stonewall, au Royaume-Uni en 2013⁴²⁵ et en Espagne.⁴²⁶ Les raisons pour lesquelles les victimes ne portent pas plainte suite à des actes de violence ou de harcèlement sont diverses. Parmi ces raisons figurent la conviction que déposer une plainte ne servirait à rien, la crainte que l'orientation sexuelle soit révélée à la famille ou aux amis, ou encore le fait de ne pas savoir où et comment dénoncer un incident.⁴²⁷

Le rapport Lunacek souligne donc le rôle clé joué par la police, les services répressifs et les juges pour garantir qu'une enquête soit menée efficacement, rapidement et de manière impartiale sur les allégations d'infractions pénales et autres incidents pour lesquels l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de la victime peut être raisonnablement soupçonnée d'avoir été l'un des motifs.⁴²⁸

416 Croatie, Code pénal (*Kazneni zakon*), *Journal officiel* (*Narodne novine*) 125/11, 144/12.

417 Espagne, Loi organique 1/2015 du 30 mars 2015 modifiant la loi organique 10/1995 du 23 novembre 1995 du Code pénal (*Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*).

418 France, Code pénal, art. 132-77.

419 Grèce, Législation sur les stupéfiants et autres dispositions (*Νόμος περί εξαρτησιογόνων ουσιών και άλλες διατάξεις*), n° 4139, 20 mars 2013.

420 Malte, Code Pénal (*Kodici Kriminali*), 10 juin 1854, tel que modifié en 2012.

421 Portugal, Loi n° 19/2013, 29^e amendement au Code pénal (*Lei n.º 19/2013, 29.ª alteração ao Código Penal*), 21 février 2013. Art. 132, para. 2, point f), art. 145, para. 2, et art. 240.

422 Royaume-Uni, Loi de 2003 sur la justice pénale (*Criminal Justice Act 2003*), telle que modifiée par la loi de 2012 relative à l'aide juridictionnelle, à la détermination des peines et à la condamnation des contrevenants (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*), art. 146, para. 2, point a), sous iii), art. 146, para. 2, point b), sous iii), et art. 146, para. 6.

423 FRA (2012a), *Mettre en évidence les crimes de haine dans l'Union européenne : reconnaître les droits des victimes*, p. 33.

424 FRA (2013), *Enquête sur la discrimination et la victimisation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dans l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications.

425 Stonewall (2013), *Homophobic hate crime: The gay British crime survey 2013*.

426 Espagne, Fédération nationale des lesbiennes, gays, transsexuels et bisexuels (*Federación Estatal de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales*) (2013), Étude de 2013 sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre en Espagne (*Estudio 2013 sobre discriminación por orientación sexual y/o identidad de género en España*), p. 38.

427 FRA (2013), *Enquête sur la discrimination et la victimisation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres dans l'Union européenne*.

428 Parlement européen (2014a), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

Dans l'enquête de la FRA, la crainte de réactions homophobes ou transphobes de la part des forces de police était l'une des raisons les plus fréquemment avancées pour ne pas déposer plainte.⁴²⁹ La formation des forces de police semble donc être un outil important pour remédier au faible nombre de plaintes déposées. À cet égard, le rapport Lunacek invite la Commission européenne (de concert avec les agences concernées) à faciliter les échanges de bonnes pratiques entre les États membres dans le domaine de la formation et de l'éducation des forces de police, des services répressifs, des juges et des services d'aide aux victimes.⁴³⁰

En janvier 2014, dans son rapport sur la mise en œuvre de la Décision-cadre, la Commission notait que les discours et crimes de haine ne font pas souvent l'objet d'un dépôt de plainte auprès de la police en raison de leur nature.⁴³¹ Cela vaut également pour les crimes commis avec un mobile discriminatoire lié à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre d'une autre personne.⁴³² Afin de remédier au faible nombre de plaintes déposées, la Commission a souligné que la mise en œuvre rapide de la Directive relative aux droits des victimes⁴³³ était essentielle pour protéger les victimes de discours et crimes de haine.

Depuis 2010, des modules de formation sur les crimes de haine homophobes et transphobes à l'intention des forces de police ont été introduits dans au moins six États membres (France,⁴³⁴ Danemark,⁴³⁵ Irlande,⁴³⁶

Italie,⁴³⁷ Pologne⁴³⁸ et Portugal⁴³⁹). Certains États membres de l'UE ont publié des lignes directrices spécifiques destinées à promouvoir de meilleures pratiques au sein des forces de police (Espagne,⁴⁴⁰ Pologne⁴⁴¹ et Roumanie,⁴⁴²). Dans au moins trois États membres (Irlande,⁴⁴³ Royaume-Uni⁴⁴⁴ et Suède⁴⁴⁵), de nombreux postes de police possèdent des officiers de liaison spécifiquement formés pour être des points de contact dans des cas de violence homophobe ou transphobe, et un grand nombre d'États s'efforce d'améliorer l'enregistrement des infractions et des crimes de nature discriminatoire. Certains États membres encouragent également les activités de mise en réseau : l'Irlande a élaboré une stratégie de sécurité pour la communauté LGBT dans la région métropolitaine de Dublin ; en Italie, la police et les *carabinieri* ont promu l'Observatoire de protection contre les actes discriminatoires *Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori*, OSCAD ; les Pays-Bas ont mis en œuvre un réseau de police LGBT appelé Du rose en bleu (*Roze in Blauw*).

Le séminaire international sur la « Formation policière au sujet des questions LGBT », qui s'est tenu à Budva, au Monténégro, en décembre 2012, est un exemple d'échange de pratiques encourageantes entre États dans le domaine de la formation et de l'éducation des

429 FRA (2013).

430 Parlement européen (2014a).

431 Commission européenne (2014b), *Rapport relatif à la mise en œuvre de la Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal*, COM (2014) 27 final, 27 janvier 2014, point 4.

432 FRA (2013).

433 Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la Décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, JO 2012 L 315/63. Les États membres doivent mettre en vigueur les lois, les règlements et les dispositions administratives nécessaires pour se conformer à la directive avant novembre 2015.

434 France, Ministère des Droits des femmes (2014), *Bilan d'étape du programme d'actions gouvernemental contre les violences et les discriminations homophobes*.

435 Danemark, Police de Fionie (*Fyns Politi*) (2012), La police de Fionie lutte contre les crimes de haine (*Fyns Politi bekæmper hadforbrydelser*), 14 novembre 2012 ; Institut danois des droits de l'homme (*Institut for Menneskerettigheder*) (2014), La police se prépare à enquêter sur les crimes de haine (*Politiet rustes til efterforskning af hadforbrydelser*), 21 mars 2014.

436 Irlande, Informations obtenues par l'intermédiaire de Craig Dwyer, responsable des politiques et programmes, Réseau pour l'égalité des gays et des lesbiennes (*Gay and Lesbian Equality Network*), 6 mars 2014.

437 Italie, Bureau national de lutte contre la discrimination raciale (UNAR) – Département pour l'égalité des chances (*Dipartimento Pari Opportunità*) (2013), *Stratégie nationale de prévention et de lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (2013-2015)*, Rome.

438 Pologne, Ministère de l'Intérieur (*Ministerstwo Spraw Wewnętrznych*), *Program zwalczania przestępstw na tle nienawiści*.

439 Portugal, Résolution n° 103/2013 du Conseil des ministres approuvant le plan d'action national V pour l'égalité entre les hommes et les femmes, la citoyenneté et la non-discrimination, 2014-2017 (*Resolução do Conselho de Ministros n.º 103/2013 que aprova o V Plano Nacional para a Igualdade de Género, Cidadania e Não-Discriminação, 2014-2017*).

440 Espagne, Plateforme pour la gestion de la diversité (2013), *Guide relatif à la gestion de la diversité par la police (Guía para la gestión policial de la diversidad)*.

441 Pologne, Service d'information de la police (*Informacyjny serwis policyjny*) (2013), *Po pierwsze człowiek*.

442 En Roumanie, un partenariat entre la police et l'Institut danois des droits de l'homme a abouti à l'élaboration de lignes directrices à l'intention des policiers, qui ont été distribuées dans les commissariats de Bucarest et lors de formations sur le pistage et la gestion des crimes de haines à l'encontre des personnes LGBT dispensées aux officiers de police.

443 Irlande, An Garda Síochána (2012), *National contact details for ELO/LGBT officers*, 2 novembre 2012.

444 Royaume-Uni, Police métropolitaine (2014), *Liaison de quartier pour les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres (Lesbian, gay, bisexual and transgender borough liaison)*.

445 Suède, Direction générale de la police nationale (*Rikspolisstyrelsen*), *Vérification de la capacité des autorités policières à détecter les crimes de haine et à enquêter sur ceux-ci : rapport de suivi 2013:4 (Inspektion av polismyndigheternas förmåga att upptäcka och utreda hatbrott: Tillsynsrapport 2013:4)*, p. 18.

forces de police.⁴⁴⁶ Des représentants des forces de police de Croatie, d'Italie, de Lettonie et de Pologne (ainsi que d'Albanie et du Monténégro), ainsi que des ONG actives dans le domaine concerné, ont participé à la conférence afin d'échanger leurs points de vue et des bonnes pratiques. L'un des objectifs était de créer un climat de confiance entre la police et la communauté LGBT. Le séminaire était organisé par le Conseil de l'Europe.

Enfin, les États membres doivent résoudre le problème majeur du manque de données au sujet des crimes de haine homophobes ou transphobes. La collecte officielle de données sur le crime de haine est essentielle afin de rendre ce type de crime visible à travers l'UE et de garantir que les États membres de l'UE répondent de manière efficace aux crimes de haine en tant que violation des droits fondamentaux.

En février 2014, le Parlement européen a demandé à la FRA d'aider les États membres à améliorer leur collecte de données comparatives sur les crimes de haine à l'encontre des personnes LGBT.⁴⁴⁷ La FRA a constaté que des mécanismes de collecte de données complets recensant toute une série de motivations discriminatoires, de caractéristiques des victimes et des auteurs ainsi que des informations complémentaires sur les incidents sont en place en Finlande, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Suède.⁴⁴⁸

Des exemples de pratiques encourageantes dans ce domaine ont été identifiés au Danemark, en France, en Finlande et en Espagne. Au Danemark, le ministère de l'Enfance, de l'Égalité des sexes, de l'Intégration et des Affaires sociales a publié en 2013 un appel d'offres dans le cadre d'un projet de cartographie de toutes les formes de crimes de haine.⁴⁴⁹ En France, le gouvernement a engagé une réforme du système statistique utilisé par le ministère de l'Intérieur et le ministère de la Justice afin d'obtenir des représentations précises et fiables des crimes et des infractions fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.⁴⁵⁰ En Finlande, l'École supérieure de police (*Poliisiammattikorkeakoulu/Polisyrkeshögskolan*) publie un rapport annuel sur les crimes de haine,⁴⁵¹ qui présente des cas de crimes de haine motivés par l'orientation réelle ou supposée de la victime, son identité transgenre ou son apparence. En Espagne, le ministère de l'Intérieur a publié en avril 2014 un rapport spécial sur les crimes de haine commis dans le pays en 2013,⁴⁵² qui fait état de 453 crimes de haine fondés sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle. Il n'est toutefois pas possible de ventiler davantage ces données pour obtenir une image plus précise des caractéristiques de ces crimes.

446 Conseil de l'Europe (2012), *Combating discrimination on the grounds of sexual orientation or gender identity, Activities*.

447 Parlement européen (2014a).

448 FRA (2012a), *Mettre en évidence les crimes de haine dans l'Union européenne : reconnaître les droits des victimes*, Luxembourg, Office des publications, 30 octobre 2012.

449 Appel d'offres publié sur le site web officiel à cette fin, udbud.dk.

450 France, SOS Homophobie (2013), *Rapport annuel 2013*, p. 100.

451 Tihveräinen, T. (2013), *Poliisin tietoon tullut viharikollisuus Suomessa 2012*, Tampere, Poliisiammattikorkeakoulu.

452 Espagne (2013), Rapport sur l'évolution des crimes de haine en Espagne en 2013 (*Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2013*), 24 avril 2013.

Tableau 4 : Dispositions du droit pénal relatives à « l'incitation à la haine » et aux « circonstances aggravantes » couvrant explicitement l'orientation sexuelle

Codes pays	L'incitation à la haine, la violence ou la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est une infraction pénale	Circonstance aggravante	Commentaires
AT	✓		L'article 283 du Code pénal relatif à l'incitation à la haine a été modifié le 1 ^{er} janvier 2012 et couvre aujourd'hui également l'orientation sexuelle. Conformément à une déclaration faite par le ministre fédéral de la Justice en août 2013 en réponse à une enquête parlementaire, il est possible de considérer que l'homophobie constitue un motif particulièrement répréhensible et relève de l'article 33, paragraphe 1, point 5, du Code pénal relatif aux circonstances aggravantes.*
BE	✓	✓	
BG			Les dispositions actuelles du droit pénal contre l'incitation à la haine limitent explicitement la protection aux groupes autres que les personnes LGBT. En décembre 2013, un projet de nouveau code pénal comprenait des « dispositions relatives à l'incitation à la haine » (articles 188 et 189) et des « circonstances aggravantes » (articles 110, 125, 208 et 589), qui couvrent explicitement l'orientation sexuelle. En février 2014, le projet était toujours en cours d'examen au parlement.
CY	✓		
CZ			Le Code pénal de 2009 ne contient aucune reconnaissance explicite des crimes de haine homophobes. Les personnes LGBT pourraient relever de la catégorie « groupe de personnes », couverte par l'incitation au crime et les circonstances aggravantes, mais il n'existe encore aucune jurisprudence. L'exposé des motifs de la loi ne définit pas non plus le terme. Celle-ci est entrée en vigueur en janvier 2010 et aucune jurisprudence pertinente n'existait en 2013.
DE			La législation relative aux discours haineux ne couvre pas explicitement la motivation homophobe, mais les tribunaux ont confirmé une interprétation large et, dans la pratique, les peines sont renforcées en conséquence.
DK	✓	✓	
EE	✓		Conformément à l'article 151 du code pénal, paragraphe 1, les activités qui incitent publiquement à la haine, à la violence ou à la discrimination fondée sur la nationalité, l'origine raciale, la couleur, le sexe, la langue, l'origine, la religion, l'orientation sexuelle , les convictions politiques ou le statut financier ou social et mettent en danger la vie, la santé ou la propriété d'une personne sont passibles d'une amende équivalente à 300 unités d'amende au maximum ou d'une peine d'emprisonnement. Un projet d'acte modifiant ces dispositions a été proposé. Toutefois, en avril 2014, aucune modification n'avait été apportée.
EL	✓	✓	
ES	✓	✓	
FI	✓	✓	
FR	✓	✓	
HR	✓	✓	
HU	✓	✓	
IE	✓		La motivation homophobe peut être prise en compte pour fixer la peine, mais cet aspect est laissé à la discrétion des tribunaux.
IT			Les dispositions actuelles du droit pénal contre l'incitation à la haine limitent explicitement la protection aux groupes autres que les personnes LGBT. Un projet de loi est en cours d'examen au parlement [Italie, Sénat, Projet de loi relative à la lutte contre l'homophobie et la transphobie (<i>Disposizioni in materia di contrasto all'omofobia e alla transphobia</i>), Projet de loi du Sénat n° 1052].
LT	✓	✓	
LU	✓		Les dispositions générales pourraient s'étendre aux personnes LGBT.
LV			La motivation homophobe peut être prise en compte pour fixer la peine, mais cet aspect est laissé à la discrétion des tribunaux.



Codes pays	L'incitation à la haine, la violence ou la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est une infraction pénale	Circonstance aggravante	Commentaires
MT	✓	✓	
NL	✓		La Directive sur la discrimination du Collège des procureurs généraux recommande d'alourdir de 50 à 100 % les peines infligées pour les crimes à caractère discriminatoire.**
PL			Les dispositions générales pourraient s'étendre aux personnes LGBT. Le Code pénal ne prévoit pas de motivation homophobe ou transphobe pour les crimes de haine. En général, les tribunaux décident de la peine dans les limites fixées par la loi. En vertu de l'article 53, paragraphe 2, du Code pénal, les tribunaux doivent tenir compte du mobile lors de la détermination de la peine.*** Le mobile peut également jouer un rôle dans l'adoption de mesures pénales spécifiques (<i>srodki karne</i>). Par exemple, en vertu de l'article 40 du Code pénal,**** un tribunal peut priver un individu de ses droits publics en cas d'emprisonnement d'une durée de plus de trois ans pour un crime commis avec un mobile particulièrement condamnable.
PT	✓	✓	L'orientation sexuelle constitue déjà l'un des mobiles possibles des crimes de haine prévus à l'article 240 du Code pénal et constitue une circonstance aggravante dans d'autres infractions. À la suite des modifications introduites par la loi 19/2013 du 21 février 2013, l'identité de genre est également incluse.*****
RO		✓	
SE	✓	✓	
SI	✓		La motivation homophobe est considérée comme une circonstance aggravante uniquement en cas d'homicide.
SK		✓	L'article 140 du Code pénal a été modifié en 2013 afin d'inclure la « haine fondée sur l'orientation sexuelle » dans les « mobiles spécifiques ». Si un crime est commis avec un mobile spécifique, il est considéré comme plus grave et la peine sera donc plus sévère. Le « mobile spécifique » n'est pas repris dans les circonstances aggravantes mais l'effet est le même.
UK (Angleterre et Pays de Galles)	✓	✓	La loi de 2008 sur la justice pénale et l'immigration, qui étend les dispositions relatives à l'incitation à la haine raciale ou religieuse de façon à inclure la motivation de l'orientation sexuelle, est entrée en vigueur le 23 mars 2010. Elle s'applique aussi à l'Écosse. La loi de 2003 sur la justice pénale a été modifiée en 2012 et étend à présent les circonstances aggravantes à l'hostilité fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité transgenre.
UK (Écosse)	✓	✓	La loi écossaise sur les infractions pénales aggravées par les préjugés, adoptée en juin 2009, est entrée en vigueur le 24 mars 2010. Elle inclut la motivation homophobe ou transphobe parmi les circonstances aggravantes.
UK (Irlande du Nord)	✓	✓	
	20	15	

Note : ✓ = applicable.

* Autriche, Ministère fédéral de la Justice (Bundesministerium für Justiz) (2013), Réponse à une enquête parlementaire (Anfragebeantwortung), 26 août 2013.

** Pays-Bas, Collège des procureurs généraux (Openbaar Ministerie) (2007, 2011), Instruction sur la discrimination (Aanwijzing discriminatie).

*** Pologne, Code pénal (Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 kodeks karny), 6 juin 1997, article 53, paragraphe 2 : « Lors de la détermination de la peine, le tribunal doit avant tout tenir compte de la motivation et du comportement de l'auteur [...] ».

**** Ibid., article 40, paragraphe 2 : « Le tribunal peut décider de priver le condamné de ses droits civils en cas de peine d'emprisonnement d'une durée minimale de trois ans pour une infraction commise avec un mobile particulièrement répréhensible. »

***** Portugal, Loi 19/2013, 29^e amendement au Code pénal, (Lei 19/2013, 29.^a alteração ao Código Penal), 21 février 2013.

Source : FRA, 2015

4

La situation des personnes intersexuées en matière de droits fondamentaux



Le présent document utilise le terme « intersexualité » pour désigner, de façon générique, certaines variations des caractéristiques physiques d'une personne qui ne correspondent pas aux définitions médicales strictes d'une personne de sexe masculin ou féminin. Ces caractéristiques peuvent être chromosomiques, hormonales et/ou anatomiques et peuvent être présentes à des degrés divers. De nombreuses variations des caractéristiques sexuelles sont immédiatement détectées à la naissance, ou même à un stade plus précoce. Parfois, ces variations ne deviennent visibles que plus tard, souvent à la puberté. Bien que la plupart des personnes intersexuées soient en bonne santé, un très faible pourcentage peut présenter des problèmes médicaux qui peuvent être mortels s'ils ne sont pas traités à temps.

« Intersexualité » est un terme collectif désignant plusieurs variations naturelles des caractéristiques sexuelles. Il ne s'agit pas d'un état de santé.

En médecine, certaines de ces variations sont regroupées sous le terme de « troubles du développement sexuel ». Toutefois, nombreux sont ceux qui rejettent cette classification, dont des activistes et des personnes intersexuées elles-mêmes, qui la considèrent comme stigmatisante et pathologisante.⁴⁵³ Il convient également de souligner que certaines personnes intersexuées ne souhaitent peut-être pas être identifiées en tant que telles.

Différentes pratiques, comme la délivrance d'actes de naissance et les traitements médicaux, peuvent avoir une incidence sur les droits fondamentaux des personnes intersexuées. L'article 1 de la Charte européenne des droits de l'homme protège par exemple la dignité humaine. Parmi les autres droits inscrits dans la Charte

figurent : le droit à l'intégrité de la personne (article 3) ; le respect de la vie privée et familiale (article 7) ; le droit de fonder une famille (article 9) ; et les droits de l'enfant, notamment le droit des enfants à exprimer leur opinion librement, celle-ci devant être prise en considération pour des sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité (article 24). Les personnes intersexuées sont aussi protégées par le principe de non-discrimination inscrit dans la Charte (article 21).

Les aspects essentiels du statut juridique d'une personne (par ex. l'enregistrement des naissances ou des décès), son statut social (par ex. l'accès aux services) ou son état de santé étant souvent définis par ce qu'on appelle la classification binaire en tant que personne de sexe masculin ou féminin, les personnes intersexuées sont souvent victimes de discrimination, car elles ne rentrent pas dans l'une de ces deux catégories en raison de leurs caractéristiques sexuelles. Cela peut également entraîner de graves violations de leur droit à l'intégrité physique et psychologique ainsi que d'autres droits fondamentaux.

4.1. Contexte

Principaux résultats

- Les personnes intersexuées sont confrontées à plusieurs défis liés au droit et à l'intervention médicale.
- Les professionnels du droit et de la santé devraient avoir davantage conscience de ces défis afin de veiller à ce que les droits fondamentaux des personnes intersexuées soient pleinement respectés, particulièrement durant l'enfance.

453 OII Intersex Network (2012), The Terminology of Intersex.

Dans l'UE, les questions liées à l'intersexualité ont progressivement été reconnues comme étant pertinentes pour la protection des droits fondamentaux. Toutefois, elles sont toujours largement considérées comme étant d'ordre médical et non pas d'ordre public. Ces dernières années, nombre d'évolutions au niveau de l'UE ont contribué à une meilleure compréhension des problèmes rencontrés par les personnes intersexuées. En 2013 par exemple, les « définitions de travail » fixées par le Conseil de l'Union européenne précisaient que les notions traditionnelles de masculinité et de féminité sont ancrées dans la culture.⁴⁵⁴ Le rapport Lunacek du Parlement européen, également adopté en 2013, recommande à la Commission européenne, aux États membres de l'UE et agences concernés de remédier au manque actuel en matière de connaissances, de recherche et de législation pertinente sur les droits humains des personnes intersexuées.⁴⁵⁵

Les États membres se sont également penchés sur ce sujet. En 2010 par exemple, le Comité italien sur la bioéthique a publié un rapport renforçant l'approche exclusivement médicale de la notion d'intersexualité, en rétablissant le modèle sexuel binaire en tant qu'« élément indispensable de l'identité personnelle ».⁴⁵⁶ Le Comité a cependant aussi souligné l'importance d'agir dans l'intérêt de l'enfant, en adoptant une approche au cas par cas et en évitant de réaliser une intervention chirurgicale et médicale avant que l'enfant ne puisse donner son consentement éclairé. En 2012, le Conseil allemand d'éthique a publié un avis exhaustif sur l'intersexualité présentant une série de recommandations destinées à protéger les droits des personnes intersexuées.⁴⁵⁷ Cet avis estime que les systèmes juridiques présument l'existence d'un binôme sexuel strict qui n'apparaît pas toujours dans la réalité. Outre les professionnels de la santé, les praticiens du droit et les décideurs politiques devraient également s'intéresser à la question de l'intersexualité. Toutefois, la plupart des organisations jouant un rôle dans la protection des droits des personnes intersexuées dans l'UE soutiennent les recommandations formulées par la Commission nationale suisse d'éthique pour la médecine humaine plutôt que celles adoptées dans les

États membres de l'UE. Dans ses recommandations, la Commission d'éthique souligne qu'en règle générale, un traitement d'assignation sexuelle ne doit être administré que si la personne concernée y consent. Elle met également en évidence le fait que les enfants intersexués et leurs parents devraient pouvoir bénéficier d'une aide et un soutien psychologique et considère que la protection de l'intégrité de l'enfant est essentielle.⁴⁵⁸

Une étude sur les personnes intersexuées publiée par le Bureau du plan social et culturel néerlandais en 2014 montre que la majorité des personnes intersexuées interrogées rencontrent des difficultés dans des situations sociales. Elles disent être « différentes », se sentir seules et éprouver de la honte et de la gêne.⁴⁵⁹ L'étude demandait que leurs expériences fassent l'objet d'études supplémentaires.

La société civile, notamment les organisations de personnes lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres, se penchent également de plus en plus sur la question de l'intersexualité. ILGA-Europe, par exemple, a commencé à travailler sur cette thématique en 2008.⁴⁶⁰ L'Organisation Intersex International Europe (OI) a été créée pour servir de plateforme de coopération entre les organisations de personnes intersexuées de plusieurs pays européens.⁴⁶¹ En Autriche, par exemple, l'Initiative homosexuelle de Salzbourg (*Homosexuelle Initiative Salzburg*, HOSI) a nommé un représentant pour les questions relatives aux personnes intersexuées (*Intersex-Beauftragte*). Des ONG spécialisées dans l'intersexualité ont également été mises sur pied, telles que l'Association autrichienne des personnes intersexuées (*Verein Intersexueller Menschen Österreich*) et la Plateforme autrichienne pour l'intersexualité (*Plattform Intersex Österreich*), un réseau indépendant d'ONG, de scientifiques et d'activistes qui vise à favoriser la discussion publique et à offrir des conseils et des informations.⁴⁶²

454 Conseil de l'Union européenne (2013), *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBT) persons*, Session du Conseil des affaires étrangères, Luxembourg, 24 juin 2013, p. 4.

455 Parlement européen (2014), *Rapport sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre* [2013/2183(INI)], Séance plénière n° A7-0009/2014 du 7 janvier 2014, Strasbourg, [point G, sous iv]

456 Italie, Comité national sur la bioéthique (*Comitato Nazionale di Bioetica*) (2010), *Les perturbations liées à la différenciation sexuelle chez les enfants : aspects bioéthiques (I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici)*, Rome, Presidenza del Consiglio dei Ministri, p. 18.

457 Allemagne, Conseil allemand d'éthique (*Deutscher Ethikrat*) (2012), *Intersexualität*, Berlin, Pinguin Druck.

458 Suisse, Commission nationale suisse d'éthique pour la médecine humaine (2012), *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'« intersexualité »*, Berne, novembre 2012, p. 18.

459 Lisdonk, J. (2014), *Leven met intersekse_DSD Een verkenend onderzoek naar de leefsituatie van personen met intersekse/DSD*, Bureau du plan social et culturel néerlandais, La Haye, août 2014, p. 60.

460 Voir le site web d'ILGA-Europe pour plus d'informations sur ses travaux en lien avec l'intersexualité.

461 Voir oiieurope.org.

462 Autriche, Ministère fédéral de l'Éducation, des Arts et de la Culture (*Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur*) (2012), *ganzschönintim*, p. 69.



4.2. Motifs de protection contre la discrimination

Principaux résultat

- Étant donné que la discrimination à l'encontre des personnes intersexuées porte sur des caractéristiques physiques (sexuelles), elle relève davantage de la discrimination sexuelle que de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre.

Le Conseil de l'Union européenne,⁴⁶³ le Parlement européen,⁴⁶⁴ le Conseil de l'Europe,⁴⁶⁵ le Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme⁴⁶⁶ et le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture⁴⁶⁷ ont tous souligné que les personnes intersexuées risquent de faire l'objet de discrimination pouvant entraîner des cas de mauvais traitements, en particulier durant l'enfance. Le document thématique sur les droits de l'homme et les personnes intersexes⁴⁶⁸ du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe donne également un aperçu des principaux droits de l'homme en jeu dans le cadre de la protection des personnes intersexuées.

La protection contre la discrimination prévue à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE est particulièrement pertinente pour le droit et les politiques de l'UE. L'UE a exercé sa compétence en la matière dans plusieurs domaines spécifiques touchant à la protection des personnes intersexuées, tels que

l'emploi, l'accès aux biens et aux services et la libre circulation.

Les politiques et recommandations de l'UE ont fréquemment abordé le sujet du traitement inégal des personnes intersexuées dans le cadre de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre. Toutefois, il convient de considérer cette inégalité comme une discrimination fondée sur le sexe, puisqu'elle est liée au sexe attribué à une personne à la naissance et à ses conséquences directes. Par exemple, une personne intersexuée à laquelle il a erronément été attribué le sexe féminin à la naissance peut se voir interdire d'épouser une femme dans des pays qui n'autorisent pas le mariage entre personnes de même sexe.

Il est également important de garder à l'esprit que l'intersexualité fait référence aux caractéristiques physiques d'une personne. Rien ne prouve qu'il existe un lien entre les caractéristiques sexuelles spécifiques et l'identité de genre ou l'orientation sexuelle. Les personnes intersexuées sont par conséquent tout aussi susceptibles que toute autre personne de s'identifier comme hétérosexuelles, bisexuelles, homosexuelles, transsexuelles, etc. Cependant, quelle que soit leur orientation sexuelle ou leur identité de genre, les personnes intersexuées devraient bénéficier de la protection contre la discrimination fondée sur le sexe inscrite à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. En ce qui concerne le droit dérivé de l'UE, il convient de noter que le rapport Lunacek invite la Commission européenne à formuler, de concert avec les agences concernées, « des lignes directrices précisant que les personnes transgenres et intersexuées sont incluses dans la notion de "sexe" au sens de la Directive 2006/54/CE [Directive concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (refonte)] » (point C, sous ii).⁴⁶⁹

Cependant, il semble que la Directive n'a jusqu'à présent pas été appliquée de cette façon. Les recherches de la FRA n'ont pas permis de clarifier s'il existe une législation ou une jurisprudence dans les États membres concernant une protection des personnes intersexuées contre la discrimination fondée sur le sexe. Le Conseil allemand d'éthique a déclaré que la discrimination à l'encontre des personnes intersexuées devait de manière générale entrer dans la catégorie de celle qui est fondée sur le sexe. Toutefois, dans la note explicative sur la loi générale allemande relative à l'égalité de

463 Conseil de l'Union européenne (2013), *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBT) persons*, Session du Conseil des affaires étrangères, Luxembourg, 24 juin 2013.

464 Parlement européen (2014), *Rapport sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre* [2013/2183(INI)], Séance plénière n° A7-0009/2014 du 7 janvier 2014, Strasbourg.

465 Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire (2013), *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, Résolution 1952, Strasbourg. Voir aussi Conseil de l'Europe (2014), *Un garçon, une fille ou une personne – la reconnaissance des personnes intersexes est insuffisante en Europe*, Le carnet des droits de l'homme du Commissaire, 9 mai 2014.

466 ONU, Haut-commissaire aux droits de l'homme (2011), *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, Conseil des droits de l'homme, Dix-neuvième session, Rapport n° A/HRC/19/41, 17 novembre 2011.

467 ONU, Rapporteur spécial sur la torture (2013), *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Juan E. Méndez*, Conseil des droits de l'homme, Vingt-deuxième session, Rapport n° A/HRC/22/53, 1^{er} février 2013.

468 Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme (2015), *Droits de l'homme et personnes intersexes*.

469 Parlement européen (2014), *Rapport sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre* [2013/2183(INI)], Séance plénière n° A7-0009/2014 du 7 janvier 2014, Strasbourg.

traitement, les questions liées à l'intersexualité entrent dans la catégorie « identité sexuelle ».⁴⁷⁰

Les organisations de la société civile actives dans le domaine de l'intersexualité soutiennent que la catégorie spécifique des « caractéristiques sexuelles » est celle qui identifie le mieux leurs besoins en ce qui concerne la protection contre la discrimination.⁴⁷¹ Malte est depuis peu devenu le premier (et unique) État membre de l'UE à prévoir explicitement une protection contre la discrimination fondée sur les « caractéristiques sexuelles ». La loi sur l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles,⁴⁷² adoptée récemment, exige l'élimination de la discrimination et le harcèlement illicites fondés sur les caractéristiques sexuelles de la part des services publics. Ces derniers sont également tenus de promouvoir l'égalité des chances pour tous, indépendamment de ces caractéristiques.⁴⁷³

Deux autres exemples positifs ont été identifiés en Espagne et au Royaume-Uni, tous deux au niveau régional. En Espagne, la loi 14/2012 du Pays basque relative à la non-discrimination sur la base de l'identité de genre comprend des références aux « personnes intersexuées »⁴⁷⁴ et appelle à la mise en place d'un soutien spécifique à leur intention. Au Royaume-Uni, la loi écossaise de 2009 sur les infractions aggravées par les préjugés inclut l'intersexualité dans sa très vaste définition de l'identité de genre (qui prévoit « un sexe masculin ou féminin non standard »),⁴⁷⁵ et considère donc l'intersexualité comme une forme d'identité de genre.

Dans au moins 10 États membres de l'UE (Bulgarie, Espagne, Estonie, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pologne, Portugal, Roumanie, et Slovaquie), la législation contient une liste ouverte de motifs de discrimination. Cette liste pourrait inclure l'intersexualité dans les caractéristiques protégées ou dans la catégorie « autres » des groupes sociaux, ce qui contribuerait à protéger les personnes intersexuées contre la discrimination. Toutefois, au vu de l'invisibilité sociale et juridique de la problématique de l'intersexualité dans la société et dans le système juridique, une telle approche pourrait également renforcer cette invisibilité. Les actes de discrimination à l'encontre des personnes intersexuées pourraient également rester impunis. Le recours à ce motif de protection reste très rare et, au vu de la faible jurisprudence en la matière, ses ramifications sont peu claires.

Dans sept États membres de l'UE, les décideurs politiques ou les tribunaux ont adopté des concepts plus larges, qui peuvent couvrir l'intersexualité de manière implicite. On retrouve notamment le concept de genre (en Autriche,⁴⁷⁶ au Danemark,⁴⁷⁷ en Finlande⁴⁷⁸ et aux Pays-Bas⁴⁷⁹), d'identité de genre (en Roumanie⁴⁸⁰ et en Slovénie⁴⁸¹), ou ces deux concepts en même temps (en Suède⁴⁸²).

L'intersexualité couvre un large éventail de caractéristiques sexuelles. Il est donc probable qu'en l'absence d'une législation spécifique visant à protéger les personnes intersexuées, chaque affaire sera abordée de manière différente même au sein de systèmes juridiques similaires.

470 Allemagne, Bundestag (2006), *BT-Drs. 16/1780*, 8 juin 2006, p. 31 ; Allemagne, Conseil allemand d'éthique (*Deutscher Ethikrat*) (2012), *Intersexualität*, Berlin, Pinguin Druck, p. 133.

471 Réunion européenne sur l'intersexualité (2014), *Statement of the European Intersex Meeting*, 8 octobre 2014, point 2.

472 Malte (2015), Loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre d'une personne et la réglementation des effets d'un tel changement, ainsi que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles d'une personne (*Att għar-rikonoxximent u registrazzjoni tal-generu ta' persuna u sabiex jirregola l-effetti ta' dik il-bidla, kif ukoll għarrikonoxximent u l-protezzjoni tal-karatteristiċi tas-sess ta' persuna*), 2 avril 2015.

473 *Ibid.*, art. 14.

474 Espagne (2012), Loi 14/2012 approuvée par le Parlement basque le 28 juin 2012 relative à la non-discrimination sur la base de l'identité de genre et à la reconnaissance des droits des personnes transsexuelles (*Ley de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales*), Journal officiel de l'État espagnol n° 172 du 19 juillet 2012, p. 51730-51739 (BOE-A-2012-9664).

475 Royaume-Uni, Parlement écossais (2009), *Loi écossaise de 2009 sur les infractions pénales aggravées par les préjugés [Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009]*, asp 8, sections 2 (2) et 2 (8).

476 Autriche, Médiateur pour l'égalité de traitement (*Gleichbehandlungsanwaltschaft*) (2013), *Gleichbehandlung für transgender Personen und intersexuelle Menschen*.

477 Danemark, Conseil pour l'égalité de traitement (*Ligebehandlingsnævnet*) (2013), Décision n° 249/2013, 27 novembre 2013.

478 Finlande, Médiateur pour l'égalité (2012), *Selvitys sukupuolivähemmistöjen asemasta*, Helsinki, Tasa-arvovaltuutettu.

479 Pays-Bas, Cour d'appel d'Arnhem (*Gerechtshof Arnhem*) (2005), affaire n° ECLI:NL:GHARN:2005:AU7290, 15 novembre 2005.

480 Informations du Centre de ressources juridiques du NCCD.

481 Slovénie, Défenseur du principe d'égalité (*Zagovorniknačelaenakosti*), avis n° 0921-22/2010-7 ; Slovénie, Défenseur du principe d'égalité (*Zagovorniknačelaenakosti*), avis n° 0921-41/2011-UEM/10.

482 Suède, Gouvernement suédois (2007), *Betänkande av Könstillhörighetsutredningen*, Changement d'identité de genre : proposition de nouvelle loi (*Ändradkönstillhörighet – förslag till ny lag*), Stockholm, SOU 2007/16., p. 39.

4.3. Déclaration du sexe à la naissance

Principaux résultats

- Les personnes intersexuées, en particulier les enfants, resteront vulnérables à la discrimination tant que les registres des naissances et les autres registres ne tiendront pas correctement compte des différentes identités sexuelles, et tant que leur intersexualité sera diagnostiquée comme une pathologie.
- Pour la protection des personnes intersexuées, des alternatives à la mention du genre dans les documents d'identité devraient être envisagées, ou la possibilité d'inclure une mention de genre « neutre ». Cela revêt une importance particulière pour les déclarations/ actes de naissance dans des situations où le sexe du nouveau-né n'est pas clair.

À l'exception des quelques évolutions législatives décrites ci-dessous, la législation relative à la déclaration des naissances dans les États membres de l'UE tend à considérer l'ensemble des individus comme étant soit de sexe masculin, soit de sexe féminin. Par conséquent, dans la plupart des États membres, il est obligatoire d'attribuer un sexe aux nouveau-nés intersexués, ce qui n'est pas toujours possible. Les personnes intersexuées sont souvent confrontées à un problème juridique pour la première fois lors de la délivrance de l'acte de naissance et de l'enregistrement. Cela a des implications très problématiques pour les enfants intersexués car les personnes chargées de la déclaration et de l'enregistrement des naissances (en particulier les parents ou d'autres membres de la famille responsables de l'enfant, les professionnels de la santé et les agents de l'état civil) se voient obligées de choisir officiellement le sexe de l'enfant. Dans ces situations, les parents bénéficient souvent d'un soutien psychologique insuffisant. Un tel soutien les aiderait à se confronter à la réalité de leur statut de parent d'un enfant intersexué, et donc à mieux répondre aux attentes sociales considérables et aux exigences légales et médicales auxquels ils, tout comme leur enfant, devront faire face.

Les exigences légales relatives à la certification et à l'enregistrement des naissances renforcent l'attente sociale selon laquelle tous les enfants doivent rentrer dans les catégories sexuelles existantes. Cela influence le sentiment qu'il existe un « besoin médical » de traitement ou d'intervention.

L'interaction des attentes légales, sociales et médicales crée un contexte où les droits de l'enfant à l'intégrité

physique et mentale et à s'exprimer librement peuvent être facilement ignorés. Les opinions de l'enfant doivent être prises en considération pour les sujets qui le concernent, en fonction de son âge et de sa maturité.

En ce qui concerne les actes de naissance, 18 États membres de l'UE prévoient des délais spécifiques pour la déclaration des naissances : une semaine en Autriche, en Belgique, en Bulgarie, en France, au Luxembourg et en Slovaquie, et plus longtemps à Chypre, au Danemark, en Espagne, en Grèce, en Hongrie, en Irlande, en Italie, à Malte, au Portugal, en Roumanie, au Royaume-Uni et en Slovénie. Parfois, la délivrance de l'acte de naissance est retardée par une communication préliminaire déposée par le personnel médical. Pour certains enfants intersexués, ce délai peut suffire pour permettre l'identification médicale d'un sexe « prépondérant », quels que soient les critères utilisés pour ce faire. L'enfant se verra alors attribuer le sexe « masculin » ou « féminin » au regard de la loi. Il est toutefois habituel que de très jeunes enfants intersexués se voient imposer un traitement médical, dont des opérations chirurgicales.⁴⁸³

Au moins quatre États membres de l'UE autorisent une mention de sexe neutre dans les actes de naissance, comme la mention « sexe inconnu » au Royaume-Uni. En Lettonie, le sexe n'est pas mentionné sur l'acte de naissance, mais la mention « sexe incertain » est autorisée dans les certificats médicaux délivrés par le personnel médical.⁴⁸⁴ Aux Pays-Bas, si le sexe d'un enfant est incertain, l'acte de naissance peut mentionner que le sexe n'a pu être déterminé. Un nouvel acte de naissance doit être rédigé dans les trois mois après la naissance et le premier est détruit. Dans ce nouvel acte, le sexe de l'enfant doit être spécifié sur la base d'un certificat médical. Si ce dernier n'est pas soumis ou si le sexe ne peut être déterminé, le nouvel acte de naissance doit mentionner qu'il n'est pas possible de déterminer le sexe de l'enfant. Lorsqu'une personne intersexuée décide de son identité sexuelle, elle peut modifier la déclaration conformément à l'article 1:24 du Code civil, sans limite de temps. Au Portugal, il est recommandé aux personnes déclarant une naissance au bureau de l'état civil de choisir un prénom qui peut être porté par les deux sexes pour les enfants intersexués. La

483 Agius, S. et Tobler, C. (éd.), Commission européenne (2012), *Les personnes trans et intersexuées : La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers*, Rapport du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Bruxelles.

484 Lettonie (2012), *Loi sur l'enregistrement des actes d'état civil (Civilstāvokļa aktu reģistrācijas likums)*, 29 novembre 2012, *Latvian Herald (Latvijas Vēstnesis)* 197(4800), 14 décembre 2012 ; Lettonie, Cabinet des ministres (*Ministru kabineta*) (2006), Règlement n° 265 *Les procédures d'enregistrement des documents médicaux (Noteikumi Nr. 265 "Medicīnisko dokumentu lietvedības kārtība")*, 4 avril 2006, 39. pielikums, *Latvian Herald (Latvijas Vēstnesis)* 57(3425), 7 avril 2006.

loi autorise la modification de l'acte de naissance une fois que le sexe peut être attribué avec une certaine précision.⁴⁸⁵

Le Conseil allemand d'éthique a recommandé d'autoriser l'utilisation d'une catégorie « autre » pour la mention du sexe dans les certificats.⁴⁸⁶ En Allemagne, il est possible de délivrer des actes de naissance ne mentionnant pas le sexe. Depuis le 1^{er} novembre 2013, il n'existe plus de date limite pour inclure cette mention.⁴⁸⁷

À Malte, à la suite de l'adoption de la loi sur l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles en avril 2015, la mention du sexe sur l'acte de naissance peut être reportée jusqu'à ce que l'identité de genre de l'enfant soit déterminée.⁴⁸⁸ Malte s'est également engagée à reconnaître les décisions de tribunaux compétents étrangers ou d'autorités responsables sur l'inclusion des mentions du sexe autres que masculin ou féminin, ainsi que d'omettre une telle mention.

Dans une certaine mesure, il est également possible de délivrer des actes de naissance sans mention du sexe en France et en Finlande. En France, une circulaire recommande aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour connaître le sexe « le plus probable », compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical.⁴⁸⁹ S'il existe une probabilité de traitements médicaux, il est possible, avec l'accord du procureur de la République, de ne pas spécifier le sexe de l'enfant s'il peut être déterminé dans un délai de trois ans à la suite des traitements.⁴⁹⁰

En Finlande, la non-mention du sexe donne lieu à un code d'identité personnel incomplet, pouvant entraîner des conséquences négatives. Par exemple, il est nécessaire de disposer d'un code personnel complet pour contacter les autorités, pour le paiement des salaires et pour ouvrir un compte en banque.

485 Informations fournies par l'Institut des registres et du notariat (*Instituto dos Registos e Notariado*, IRN).

486 Allemagne, Conseil allemand d'éthique (*Deutscher Ethikrat*) (2012), *Intersexualität*, Berlin, Pinguin Druck.

487 Allemagne (2013), Loi modifiant la législation relative à l'état civil (*Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)*), 7 mai 2013.

488 Malte (2015), Loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre d'une personne et la réglementation des effets d'un tel changement, ainsi que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles d'une personne (*Att għar-rikonoxximent u reġistrazzjoni tal-ġeneru ta' persuna u sabiex jirregola l-effetti ta' dik il-bidla, kif ukoll għarrikonoxximent u l-protezzjoni tal-karatteristiċi tas-sess ta' persuna*), 2 avril 2015, art. 21.

489 France, Ministère de la Justice (2011), *Circulaire relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation*, 28 octobre 2011.

490 Dan Christian Ghattas (2013), *Human Rights between the Sexes. A preliminary study on the life situations of inter* individuals*, Heinrich-Böll-Stiftung, p. 39.

Tant que la classification binaire du sexe persiste dans les mentalités, l'on ne pourra pas ressentir l'impact positif du contournement des exigences d'identification du sexe de l'enfant dans la pratique : même lorsque la législation ne rend pas cette classification obligatoire, les personnes chargées de l'accompagnement des enfants peuvent se sentir obligées de l'adopter afin de répondre aux attentes sociales et d'éviter de différencier les enfants intersexués.

Dans certains États membres de l'UE comme le Danemark, la France et les Pays-Bas, si l'acte de naissance comporte des erreurs, il est possible pour les personnes intersexuées de modifier la mention du sexe à un stade ultérieur sans avoir à répondre aux exigences fixées pour les personnes trans. En France, celles-ci comprennent : un diagnostic de la dysphorie de genre ; un traitement hormonal ou une adaptation physique ; une ordonnance judiciaire ; un avis médical ; une chirurgie génitale qui peut entraîner la stérilisation.

En général, les personnes intersexuées et celles responsables de l'accompagnement des enfants intersexuées doivent se fier en grande partie aux évaluations médicales externes lorsqu'il s'agit de certifier le sexe d'une personne intersexuée.

4.4. Traitement médical des enfants intersexués

Principaux résultat

- Les États membres de l'UE devraient éviter d'imposer des traitements médicaux de « normalisation sexuelle » aux personnes intersexuées sans leur consentement libre et éclairé. Cela contribuerait à prévenir les violations des droits fondamentaux des personnes intersexuées, en particulier les enfants, par des pratiques aux conséquences irréversibles.

En mai 2014, différents organes de l'ONU, dont l'Organisation mondiale de la santé (OMS), le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), l'ONU Femmes, le Programme commun coparrainé des Nations Unies sur le VIH/SIDA (ONUSIDA), le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), le Fonds des Nations Unies pour la population (FNUAP) et le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) ont publié une déclaration interinstitutions dans laquelle ils notent que :

« Les personnes intersexuées, en particulier, ont été soumises durant l'enfance à des opérations de chirurgie esthétique ou à d'autres opérations qui n'étaient pas nécessaires médicalement, entraînant la stérilisation, sans le consentement éclairé de la personne concernée, des parents ou des tuteurs. De telles pratiques ont été reconnues par les organismes internationaux de défense des droits de l'homme et les tribunaux nationaux comme constituant une violation des droits de l'homme. »

Aucunes données statistiques exhaustives relatives aux traitements médicaux ou aux opérations chirurgicales pratiquées sur les enfants intersexués n'existent en Europe. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a fait remarquer à plusieurs reprises que les enfants intersexués sont souvent soumis à des opérations chirurgicales, à des traitements hormonaux ou à d'autres traitements médicaux visant à leur imposer un sexe spécifique.⁴⁹¹ De telles opérations pratiquées sur des bébés ou de jeunes enfants intersexués peuvent être davantage motivées par des considérations esthétiques que par une nécessité médicale et peuvent conduire à une détermination du sexe et à une stérilisation à caractère irréversible.⁴⁹²

Dans sa Résolution 1952 (2013) sur le droit des enfants à l'intégrité physique, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe appelle ses États membres à « s'assurer que personne n'est soumis pendant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux esthétiques et non cruciaux pour la santé, [et à] garantir l'intégrité corporelle [...] aux personnes concernées ».⁴⁹³

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a de la même façon appelé les États à

« Abroger toute loi qui autorise les traitements médicaux invasifs ou irréversibles, notamment la chirurgie normalisatrice de l'appareil génital imposée, la stérilisation involontaire, ainsi que les expérimentations non conformes à l'éthique, les atteintes à la confidentialité des patients et les "thérapies réparatrices" ou "thérapies de conversion" pratiquées sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée. »⁴⁹⁴

491 Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme (2014), *Un garçon, une fille ou une personne – la reconnaissance des personnes intersexes est insuffisante en Europe*, Carnet des droits de l'homme, Strasbourg.

492 Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme (2014), *Les enfants LGBTI ont droit à la sécurité et à l'égalité*, Carnet des droits de l'homme, Strasbourg.

493 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (2013), Résolution 1952 (2013) sur le droit des enfants à l'intégrité physique (version finale), 1^{er} octobre 2013, para. 7.5.3.

494 ONU, Rapporteur spécial sur la torture (2013), p. 23.

Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture engage également les États à prohiber la stérilisation forcée ou obligatoire dans toutes les circonstances et à assurer une protection spéciale aux membres de groupes marginalisés.

Le droit international relatif aux droits de l'homme reconnaît la réalisation d'opérations chirurgicales ou de traitements médicaux sans le consentement du patient ou de son représentant légal, sauf si dictée par une urgence médicale, comme étant une forme de traitement cruel, inhumain et dégradant. La Conférence allemande des sénateurs et ministres des Länder chargés de l'égalité a comparé la chirurgie génitale réalisée sur des personnes intersexuées à la mutilation génitale féminine (MGF).⁴⁹⁵ Les mutilations génitales féminines sont internationalement reconnues comme une violation des droits des femmes et comme une forme de maltraitance de l'enfant, et ont été fortement condamnées par la Commission européenne⁴⁹⁶ et le Conseil de l'Union européenne.⁴⁹⁷ À Malte, la loi sur l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles⁴⁹⁸ interdit les traitements et/ou les interventions chirurgicales destinés à attribuer un sexe à un enfant qui peuvent être reportés jusqu'à ce que la personne concernée puisse donner son consentement éclairé, sauf circonstances exceptionnelles. La législation exige également qu'un accord soit conclu entre une équipe interdisciplinaire, nommée par le ministre de l'Égalité, et les personnes possédant l'autorité parentale ou le tuteur de l'enfant.⁴⁹⁹

Il existe peu d'informations sur l'existence de protocoles médicaux concernant le traitement des personnes intersexuées dans l'UE. En Autriche, en Espagne, en Estonie, en Finlande, en France, en Hongrie, en Irlande, en Italie, au Luxembourg et au Royaume-Uni, aucun protocole médical général et officiel n'est appliqué. En Suède, le Conseil national de la santé et du bien-être a élaboré des lignes directrices relatives au traitement des enfants intersexués. Celles-ci précisent que les enfants âgés de 2 à 12 ans ne doivent pas être soumis à des examens et à des procédures de chirurgie génitale. Dans

495 Selon la Conférence allemande des sénateurs et ministres des Länder chargés de l'égalité. Voir aussi Allemagne (2014), 24. Konferenz der Gleichstellungs- und Frauenministerinnen und -minister, -senatorinnen und -senatoren der Länder am 1./2. Oktober 2014 in Wiesbaden, TOP 8.1 para. 3.

496 Commission européenne (2013), *Vers l'éradication des mutilations génitales féminines*, COM(2013) 833 final, Bruxelles, 25 novembre 2013, p. 4.

497 Conseil de l'Union européenne (2014), *Conclusions du Conseil – Prévenir et combattre toutes les formes de violence à l'égard des femmes et des filles, y compris les mutilations génitales féminines*, réunion du Conseil « Justice et affaires intérieures », Luxembourg, 5 et 6 juin 2014, p. 2.

498 Malte (2015), *Loi pour la reconnaissance et l'enregistrement du genre d'une personne et la réglementation des effets d'un tel changement, ainsi que la reconnaissance et la protection des caractéristiques sexuelles d'une personne*.

499 *Ibid.*, art. 15.

la plupart des cas, il semble qu'une intervention chirurgicale génitale soit réalisée avant l'âge de six mois.⁵⁰⁰

En Autriche, les recommandations du rapport allemand précité,⁵⁰¹ la Société d'endocrinologie pédiatrique Lawson Wilkins (*Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society*, États-Unis) et la Société européenne d'endocrinologie pédiatrique servent de références. Ces deux institutions ont publié ce qu'on appelle la « Déclaration de consensus relative à la gestion des troubles liés à l'intersexualité » (*Consensus Statement on management of intersex disorders*, aussi connue sous le nom de « Consensus de Chicago »), dans laquelle elles proposaient de modifier la terminologie utilisée.⁵⁰² Des organisations de personnes intersexuées ont cependant critiqué ce document car il introduit le terme « troubles du développement sexuel » pour décrire les caractéristiques intersexuées. Ces organisations considèrent que ce terme assimile leurs caractéristiques sexuelles à une pathologie, et craignent qu'il ne justifie un traitement médical de « normalisation sexuelle ».⁵⁰³

Aux Pays-Bas, le « Consensus de Chicago » est également fréquemment utilisé comme référence, même si cela ne s'applique pas à tous les hôpitaux.⁵⁰⁴ La question n'est pas de juger la qualité du traitement, mais de savoir s'il respecte les normes en matière de droits de l'homme lorsqu'il est administré sans le consentement du patient même si la « pathologie » ne met pas sa vie en danger et ne l'affecte pas de manière grave.

Au Royaume-Uni, il existe des protocoles médicaux spécifiques pour des types spécifiques de caractéristiques sexuelles. Le site web du Service national de santé comprend aussi une page d'information générale⁵⁰⁵.

En Espagne, des protocoles relatifs à des formes spécifiques de caractéristiques intersexuées sont établis, notamment le protocole développé par l'Association espagnole de pédiatrie (*Asociación Española de*

Pediatría)⁵⁰⁶ et le protocole de l'Association européenne d'urologie.⁵⁰⁷ En France, le protocole relatif à la gestion d'une forme spécifique d'intersexualité (hyperplasie congénitale des surrénales par déficit en 21-hydroxylase) mentionne un traitement chirurgical durant les premiers mois suivant la naissance. Bien que le protocole ne fasse pas référence au consentement, il note que « les patientes et leurs parents doivent être accompagnés psychologiquement dans ce projet chirurgical ».⁵⁰⁸

La jurisprudence est également très réduite sur la question du traitement médical des personnes intersexuées. Dans une jurisprudence allemande importante, le tribunal régional de Cologne a reconnu la douleur et la souffrance d'une personne intersexuée qui 30 ans précédant l'affaire, avait été soumise à une opération chirurgicale sans recevoir d'informations adéquates.⁵⁰⁹ La requérante a intenté un procès pour dommages - au motif d'une attribution erronée de sexe et de mutilation physique - contre le chirurgien qui a pratiqué l'ablation de son utérus et de ses trompes de Fallope lorsqu'elle avait 18 ans. Le tribunal a estimé que l'opération avait été réalisée sans le consentement nécessaire et que la requérante n'avait pas été correctement informée par la partie défenderesse, soit le chirurgien. Ce dernier a été condamné à payer 100 000 EUR de dommages, plus les intérêts.⁵¹⁰

Il semble que des opérations chirurgicales de conversion sexuelle ou liées au sexe sont réalisées sur des enfants et des jeunes intersexués dans au moins 21 États membres de l'UE (Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Royaume-Uni, Slovaquie et Suède). La fréquence de ces opérations n'est cependant pas connue. Dans tous ces pays, le consentement du patient et/ou de son représentant légal est nécessaire pour réaliser l'opération, sauf en cas d'urgence médicale.

500 Suède, Conseil national de la santé et du bien-être (*Socialstyrelsen*) (2010), *Transsexuella och övriga personer med könsidentitetsstörningar – Rättsliga villkor för fastställelse av könstillhörighet samt vård och stöd*, 30 juin 2010.

501 Allemagne, Conseil allemand d'éthique (*Deutscher Ethikrat*) (2012), *Intersexualität*, Berlin, Pinguin Druck.

502 « Le Consensus de Chicago », voir : Lee, P.A. et al. (2006), *Consensus Statement on management of intersex disorders*, *Pediatrics*, Vol. 118, n° 2, p. e488–e500.

503 OII Intersex Network (2012), *The Terminology of Intersex*. Voir également : Suisse, Commission nationale suisse d'éthique pour la médecine humaine (2012), *Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur l'« intersexualité »*, Berne, novembre 2012, p. 9.

504 De Volkskrant (2010), *Kiezen om te leven als man, als vrouw of allebei tegelijk*, 22 mai 2010.

505 NHS Choices (2014), *Disorders of sex development*, 12 novembre 2014.

506 Espagne, Association espagnole de pédiatrie (*Asociación Española de Pediatría*) (2011), *Anomalías de la diferenciación sexual*.

507 Association européenne d'urologie (2010), *Guía clínica sobre urología pediátrica*.

508 France, Haute autorité de santé (HAS) (2011), *Hyperplasie congénitale des surrénales par déficit en 21-hydroxylase. Protocole national de diagnostic et de soins pour les maladies rares*, p. 16.

509 Allemagne, Tribunal régional de Cologne (*Landgericht Köln*) (2008), Affaire n° 25 O 179/07, 6 février 2008. Il convient de signaler que cette décision a été critiquée par des organisations de personnes intersexuées pour avoir adopté une approche médicalisée.

510 Allemagne, Tribunal régional de Cologne (*Landgericht Köln*) (2009), Affaire n° 25 O 179/07, 12 août 2009.

Dans huit États membres (Autriche, Belgique, Bulgarie, Estonie, Hongrie, Pologne, République tchèque et Suède), la législation ou la pratique médicale requiert le consentement du représentant légal, indépendamment de la capacité de l'enfant à décider. En Espagne, c'est le cas lorsque l'intervention médicale comporte un « risque sérieux » pour l'enfant.

Le consentement du patient est également légalement requis dans au moins 18 États membres (Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Danemark, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Slovaquie et Suède), à condition que l'enfant soit considéré comme ayant les facultés cognitives nécessaires et la capacité de décider. Dans 14 États membres (Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Danemark, Espagne, Irlande, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Slovaquie et Suède), l'on considère que l'enfant possède ces capacités une fois qu'il atteint un certain âge.

Toutefois, il est souvent fait preuve de flexibilité lors de l'évaluation de ces capacités, aussi bien dans les États membres qui fixent un âge de référence spécifique (par exemple 12 ans en Belgique, 14 ans en Allemagne, Autriche et Bulgarie, 15 ans en Slovaquie et 16 ans en Lituanie et au Royaume-Uni) que dans les États membres qui exigent une évaluation individuelle (par exemple la Finlande, la France et l'Italie). Si cette flexibilité est nécessaire au vu des différences au niveau du développement cognitif, elle comporte le risque d'imposer des procédures médicales à des enfants contre leur propre volonté.

L'évaluation des facultés cognitives d'un enfant, ainsi que de sa capacité à décider constitue une question plus large qui concerne celle de la participation de l'enfant à la prise de décision par rapport aux sujets qui le concerne. Si l'existence de mécanismes de participation des enfants adéquats est particulièrement

importante, dans ce contexte, les principales considérations semblent être les suivantes :

- quel est l'âge minimum à partir duquel un enfant peut être impliqué dans la prise de décision ? Les différences du développement sexuel qui apparaissent ou qui sont constatées avant ou après la puberté compliquent davantage cette question. Dans ce contexte, n'exiger le consentement de l'enfant que si celui-ci est âgé de 15 ans ou plus, comme par exemple au Danemark, en Espagne, en Irlande, en Lituanie, en Pologne, au Royaume-Uni et en Slovaquie, peut paraître inapproprié ;
- l'intervention doit-elle être reportée ou faut-il chercher à obtenir le consentement des parents lorsqu'un enfant est jugé comme étant incapable de décider ? Dans au moins six États membres de l'UE (Allemagne, Autriche, Hongrie, Malte, Pays-Bas et Suède), les pratiques actuelles ou les lignes directrices du gouvernement révèlent une tendance à reporter l'intervention jusqu'à ce que l'enfant soit jugé capable de décider s'il souhaite suivre un traitement médical qui n'est pas strictement nécessaire pour protéger la santé. Des opérations chirurgicales de « normalisation sexuelle » ou de chirurgie esthétique sont cependant encore réalisées sur des enfants sans leur consentement éclairé ;
- que faire lorsqu'un enfant peut décider mais que le consentement d'un représentant parental ou légal est également requis, mais qu'ils ne sont pas d'accord concernant la marche à suivre ? La réponse varie en fonction des États membres. En Italie et en Pologne, par exemple, la décision revient à un tribunal des tutelles, tandis qu'en Lituanie et en Lettonie, elle revient au personnel médical. Dans une affaire traitée par la Cour fédérale de justice allemande, qui n'était pas directement liée à l'intersexualité, le droit des parents à décider du traitement médical a été limité par l'opposition de l'enfant, compte tenu du fait que retarder l'intervention ne mettait pas en danger sa santé.⁵¹¹

511 Allemagne, Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) (2006), VI ZR 74/05, 10 octobre 2006.

Tableau 5 : Exigences relatives aux actes de naissance et aux interventions médicales sur des enfants

Codes pays	Actes de naissance			Interventions médicales sur des enfants			Commentaires
	Mention du sexe non requise	Mention de sexe indéterminé ou inconnu autorisée	Reporté en cas de doute	Chirurgie réalisée dans le pays	Consentement de l'enfant nécessaire (à partir de l'âge prévu)*	Consentement du représentant légal nécessaire**	
AT			Jusqu'à sept jours	✓	14 ans (flexible)	✓	Le ministère de la Santé tend aujourd'hui à reporter les traitements médicaux irréversibles le plus longtemps possible
BE			Jusqu'à trois mois	✓	12 ans (flexible)	✓	Aucune procédure ne garantit que l'enfant exerce son droit à consentir à un traitement médical
BG			Jusqu'à sept jours	✓	16 ans (flexible)	✓	
CY			Jusqu'à 15 jours				
CZ				✓		✓	
DE	✓			✓	14 ans (flexible)	Jusqu'aux 14 ans de l'enfant	Le droit des parents à consentir à un traitement médical sur un enfant est limité par la protection des intérêts de l'enfant
DK			Jusqu'à 14 jours	✓	15 ans	Jusqu'aux 15 ans de l'enfant	La décision des parents concernant le traitement médical doit être prise dans le meilleur intérêt de l'enfant, et celui-ci doit être impliqué dans la prise de décision chaque fois que cela est possible
EE				✓	?	✓	Informations manquantes ; seul un cas documenté depuis 1992
EL			Jusqu'à 10 jours	?			
ES			Jusqu'à huit jours	✓	16 ans	Jusqu'aux 16 ans de l'enfant	Si une intervention médicale comporte un risque sérieux pour l'enfant, les parents doivent être impliqués dans le processus, même si l'enfant est âgé de plus de 16 ans
FI	✓			✓	Flexible	Si l'enfant est jugé incapable de décider	Les patients doivent toujours être traités sur la base d'une « entente mutuelle » entre le patient et ses représentants légaux
FR	✓		Jusqu'à trois jours	✓	Flexible	Si l'enfant est jugé incapable de décider	
HR		?		?			La loi relative au registre national exige la mention du sexe sur l'acte de naissance, mais stipule également que certains champs peuvent être marqués comme « indéterminés » pour des raisons de force majeure
HU			Jusqu'à 30 jours	✓		✓	Un enfant de plus de 16 ans peut désigner un autre adulte que ses parents pour consentir au traitement médical. Dans la pratique, on cherche normalement toujours à obtenir le consentement de l'enfant de plus de 14 ans et les traitements irréversibles sont reportés jusqu'à l'âge légal lorsque cela est possible.
IE			Jusqu'à trois mois	✓	16 ans	Jusqu'aux 16 ans de l'enfant	



Codes pays	Actes de naissance			Interventions médicales sur des enfants			Commentaires
	Mention du sexe non requise	Mention de sexe indéterminé ou inconnu autorisée	Reporté en cas de doute	Chirurgie réalisée dans le pays	Consentement de l'enfant nécessaire (à partir de l'âge prévu)*	Consentement du représentant légal nécessaire**	
IT			Jusqu'à 10 jours	✓	Flexible	Si l'enfant est jugé incapable de décider	Le Comité national sur la bioéthique recommande d'inclure une note dans les actes de naissance des enfants dont le sexe est incertain afin de faciliter un changement de sexe dans les documents par la suite, si nécessaire
LT				✓	16 ans (flexible)	Jusqu'aux 16 ans de l'enfant	Les actes de naissance ne mentionnent pas le sexe de l'enfant ; toutefois, les noms et les codes d'identification personnels sont spécifiques au genre
LU			Jusqu'à cinq jours				Le Projet de loi n° 6568 autoriserait l'abandon de la mention du sexe dans les actes de naissance
LV		✓		✓	14 ans	Jusqu'aux 14 ans de l'enfant	L'opposition d'un enfant à un traitement médical peut être ignorée par l'intermédiaire d'une décision médicale avec l'accord des représentants légaux du patient, même si celui-ci est âgé de plus de 14 ans Les copies d'actes de naissance ne précisent pas le sexe de la personne
MT				✓		✓	Selon certaines sources, les enfants sont habituellement impliqués dans les processus d'information et de prise de décision s'ils sont jugés capables de comprendre
NL	✓			✓	12 ans	Jusqu'aux 16 ans de l'enfant	Le ministre de l'Éducation, de la Culture et des Sciences a déclaré qu'il convenait d'éviter la réalisation de traitements médicaux non vitaux ou leur réalisation trop précoce. Dans la pratique, les enfants sont informés des différentes procédures médicales à partir de l'âge de 10 ans.
PL				✓	16 ans	✓	
PT		✓	Jusqu'à 20 jours	?			
RO			Jusqu'à 14 jours	?			Les seules informations disponibles sur les traitements médicaux proviennent d'une déclaration de la Caisse nationale d'assurance maladie, qui porte sur le remboursement des coûts liés aux traitements.
SE				✓	12 ans	✓	L'enfant subit généralement une opération chirurgicale avant l'âge de deux ans, et elle est en général évitée entre deux et douze ans
SI			Jusqu'à 15 jours	✓	15 ans (flexible)	Jusqu'à ce que l'enfant soit jugé capable de décider	
SK			Jusqu'à trois jours ouvrables	?			
UK		✓	Jusqu'à 42 jours (21 jours en Écosse)	✓	16 ans (flexible)	Jusqu'aux 16 ans de l'enfant	

Notes : ✓ = applicable ; ? = doute.

* À condition qu'il soit prouvé ou présumé que le mineur possède les facultés cognitives et la capacité de jugement nécessaires.

** À l'exception des cas d'urgence médicale.

Source : FRA, 2015

5

Les « membres de la famille » dans le contexte de la libre circulation, du regroupement familial et de l’asile



Développement majeur

- Le droit de l’Union européenne (UE) réglemente la libre circulation des citoyens de l’UE, le regroupement familial pour les ressortissants de pays tiers et l’asile pour les personnes ayant besoin d’une protection internationale. Des directives spécifiques définissent le terme « membre de la famille » à ces fins spécifiques. L’ensemble des directives incluent le partenaire de même sexe ou le conjoint dans leur définition de « membre de la famille ».

Dans le droit de l’UE, il existe trois directives essentielles lorsqu’il s’agit de définir le terme « membre de la famille » : la Directive sur la libre circulation,⁵¹² la Directive relative au regroupement familial⁵¹³ et la Directive relative aux conditions requises (refonte).⁵¹⁴ Elles ont toutes des champs d’application différents et

leurs définitions de « membres de la famille » varient légèrement.

La Directive sur la libre circulation concerne les conditions d’exercice du droit des citoyens de l’Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.⁵¹⁵ Parmi les membres de la famille figurent le conjoint et le partenaire avec lequel le citoyen de l’Union a contracté un partenariat enregistré (sous certaines conditions).⁵¹⁶ La Directive exige aussi des États membres qu’ils favorisent l’entrée et le séjour du partenaire avec lequel le citoyen de l’Union a une relation durable, dûment attestée.⁵¹⁷

La Directive relative au regroupement familial fixe les conditions dans lesquelles est exercé le droit au regroupement familial dont disposent les ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des États membres.⁵¹⁸ Elle ne s’applique pas aux ressortissants de pays tiers membres de la famille d’un citoyen de l’Union.⁵¹⁹ Conformément à la Directive, les États membres autorisent l’entrée et le séjour du conjoint du bénéficiaire d’une protection internationale.⁵²⁰ Les États membres peuvent également autoriser l’entrée et le séjour du partenaire non marié ressortissant d’un pays tiers qui entretient une relation durable et stable dûment attestée avec le regroupant, ou du ressortissant de pays tiers qui est lié au regroupant par un partenariat enregistré.⁵²¹

512 Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l’Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le Règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les Directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l’intérêt pour l’EEE), JO L 158 du 30 avril 2004, p. 77-123.

513 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251 du 3 octobre 2013, p. 12-18.

514 Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d’une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L 337 du 20 décembre 2011, p. 9-26.

515 Directive sur la libre circulation, p. 77-123, art. 1, sous a).

516 *Ibid.*, art. 2, para. 2, points a) et b).

517 *Ibid.*, art. 3, para. 2, point b).

518 Directive relative au regroupement familial, p. 12-18, art. 1.

519 *Ibid.*, art. 3, para. 3.

520 *Ibid.*, art. 4, para. 1, point a).

521 *Ibid.*, art. 4, para. 3.

La Directive relative aux conditions requises (refonte) fixe des règles relatives aux conditions que les ressortissants des pays tiers ou les apatrides doivent remplir pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale.⁵²² Selon la Directive, parmi les membres de la famille figurent entre autres : le conjoint du bénéficiaire d'une protection internationale ou son partenaire non marié engagé dans une relation stable, si le droit ou la pratique en vigueur dans l'État membre concerné assimile la situation des couples non mariés à celle des couples mariés dans le cadre de son droit sur les ressortissants de pays tiers.⁵²³

Les personnes LGBTI sont confrontées à différents problèmes selon la nationalité de leur partenaire de même sexe (citoyen de l'UE ou ressortissant de pays tiers). Le présent chapitre traite de la possibilité offerte aux citoyens de l'UE s'installant dans un autre État membre d'obtenir un droit d'entrée et de séjour pour leur partenaire de même sexe, que celui-ci soit citoyen de l'UE ou ressortissant d'un pays tiers, ainsi que de la possibilité offerte aux ressortissants de pays tiers, y compris à ceux qui jouissent du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire, de faire venir leur partenaire de même sexe en qualité de membre de leur famille. La citoyenneté n'est pas le seul aspect à prendre en compte, car la relation formelle entre les partenaires de même sexe peut aussi donner lieu à des différences de traitement dans certains États membres. Le présent chapitre examine donc la position des conjoints, des partenaires enregistrés et des couples de fait de même sexe ayant une relation durable.

Il convient de noter qu'en vertu des Directives susmentionnées, les enfants sont considérés comme des « membres de la famille ». Les questions relatives aux enfants gravitent généralement autour de deux situations : lorsque les deux partenaires LGBTI sont les parents légaux de l'enfant et s'installent dans un État membre où les couples de même sexe ne sont pas officiellement reconnus comme parents ; et lorsque le parent légal est un ressortissant LGBTI d'un pays tiers (que les partenaires soient citoyens de l'UE ou non).

522 Directive relative aux conditions requises (refonte), p. 9-26, art. 1.

523 *Ibid.*, art. 2, sous j).

5.1. Élaboration d'un cadre juridique de base

Développements majeurs

- La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, tout comme les couples de sexe différent, les couples de même sexe jouissent du droit à la vie familiale. Si un État membre reconnaît les partenariats enregistrés, il ne peut agir de façon discriminatoire envers les personnes cherchant à conclure un tel partenariat en raison de leur orientation sexuelle.
- La CouEDH a conclu que lorsque les gouvernements ne garantissent pas la disponibilité d'un cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection des unions entre personnes de même sexe, l'article 8 de la CEDH est violé.
- Certains États membres de l'UE ne reconnaissent pas encore les familles composées de personnes de même sexe. Cela affecte négativement la liberté de circulation des couples de même sexe. Pour remédier à cela, la Commission a publié un livre vert sur la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil et un autre sur le droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne.

Plusieurs développements ont eu lieu au niveau de l'UE depuis la publication du rapport de 2010.

Dans sa Résolution du 24 mai 2012 sur la lutte contre l'homophobie en Europe, le Parlement européen invite la Commission européenne et les États membres à veiller à ce que la Directive sur la libre circulation soit mise en œuvre sans opérer de discrimination selon l'orientation sexuelle (paragraphe 4).⁵²⁴ En outre, dans sa Résolution du 4 février 2014, le Parlement européen indique que la Commission européenne devrait formuler des lignes directrices pour veiller à ce que la Directive sur la libre circulation et de la Directive relative au regroupement familial « soient mises en œuvre de manière à garantir le respect de toutes les formes juridiquement reconnues de la famille dans le droit interne des États membres ».⁵²⁵

524 Parlement européen (2010), Résolution sur la lutte contre l'homophobie en Europe, P7_TA(2012) 0222, Bruxelles, 24 mai 2012.

525 Parlement européen (2014a), para. 4, point H), sous i).

Dans l'intervalle, la Commission européenne a publié un livre vert sur la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil et un autre sur le droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne.⁵²⁶ Ces deux documents abordent les problèmes auxquels sont confrontés les couples de même sexe et leurs enfants lorsqu'ils s'installent dans un autre État membre de l'UE, lorsqu'ils exercent leur liberté de circulation en tant que citoyens de l'UE ou lorsqu'ils cherchent à faire venir des membres de leur famille (voir les sections 5.2 et 5.3). La plupart des problèmes auxquels les livres verts tentent de remédier résultent des différents traitements juridiques réservés aux couples de même sexe et à leurs enfants par les États membres de l'UE.

La libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil sont par exemple problématiques pour les couples de même sexe s'installant dans un État membre qui ne les reconnaît pas. Dans ces États, leurs liens familiaux légaux sont suspendus lorsqu'ils passent la frontière. Les différentes façons de reconnaître les liens familiaux dans les États membres de l'UE rendent de plus en plus difficile la reconnaissance mutuelle des documents d'état civil. Les liens familiaux créés par d'autres institutions que le mariage deviennent sans objet dans les États membres où ces institutions n'existent pas et où les institutions étrangères ne sont pas reconnues. Ce problème concerne aussi bien les couples de sexe différent que les couples de même sexe. Bien que le Comité économique et social européen (CESE)⁵²⁷ et le Comité des régions⁵²⁸ aient formulé des avis sur le livre vert sur la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil, la Commission européenne n'a encore pris aucune initiative législative à cet égard.

Le second livre vert traite de la nécessité d'harmoniser l'interprétation et l'application de la Directive relative au regroupement familial dans les États membres et d'offrir aux citoyens de l'UE une même protection dans tous les États membres. En réponse aux suggestions reçues lors de la consultation publique, la Commission européenne a formulé des lignes directrices sur la mise en œuvre de la Directive relative au regroupement familial à l'intention des États membres.⁵²⁹

Les avancées de l'Union en matière de reconnaissance des familles LGBTI (notamment la jurisprudence de la CJUE, présentée au chapitre 2) ont coïncidé avec celles résultant de la jurisprudence de la CouEDH. En juin 2010, dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, la CouEDH a estimé que la relation qu'entretient un couple de même sexe qui cohabite et est de fait dans une relation stable relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple de sexe différent se trouvant dans la même situation.⁵³⁰ La CouEDH a confirmé cette décision dans l'arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* en juillet 2010, ainsi que dans l'arrêt *X. et autres c. Autriche* en février 2013.⁵³¹ Plus récemment, dans l'arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce*, la Grande Chambre de la CouEDH a estimé qu'en excluant les couples de même sexe du champ d'application de la loi n° 3919/2008 sur le pacte de vie commune, la Grèce avait violé l'article 14 (interdiction de discrimination) et l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la CEDH.⁵³² Enfin, dans l'arrêt historique *Oliari et autres c. Italie*, la CouEDH a estimé qu'en ne garantissant pas la disponibilité d'un cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection des unions entre personnes de même sexe, le gouvernement avait failli aux obligations qui lui incombent au titre de l'article 8 de la Convention.⁵³³

526 Commission européenne (2010b), *Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil*, COM(2010) 747 final, Bruxelles, 15 décembre 2010 ; Commission européenne (2011b), *Le droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne (Directive 2003/86/CE)* COM(2011) 735 final, Bruxelles, 15 novembre 2011.

527 Comité économique et social européen (2011a), *Avis sur le « Livre vert – Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil »* COM(2010) 747 final, JO 2011 C 248, p. 113-117.

528 Comité des régions (2012), *Avis sur « Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil »*, JO 2012 C 54, p. 23-27.

529 Commission européenne (2014c), *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant les lignes directrices pour l'application de la Directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial*, COM(2014) 210 final, Bruxelles, 3 avril 2014.

530 CouEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010, para. 94.

531 CouEDH, *P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010, para. 30 ; *X et autres c. Autriche*, n° 19010/07, 19 février 2013, para. 95.

532 CouEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013.

533 CouEDH, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, 21 juillet 2015, para. 185.

5.2. Libre circulation

5.2.1. Entrée et séjour des conjoints de même sexe

Développements majeurs

- Bien que la Directive sur la libre circulation ne fasse pas de distinction entre les conjoints de même sexe et de sexe différent, certains États membres de l'UE excluent le conjoint de même sexe du concept de « membre de la famille » pour ce qui concerne la libre circulation.
- Onze États membres de l'UE ont introduit le mariage entre personnes de même sexe dans leur législation et ne font pas de distinction entre les conjoints de même sexe et de sexe différent, y compris aux fins de la libre circulation.
- Dans six États membres de l'UE, le conjoint de même sexe est considéré comme un partenaire enregistré aux fins de la libre circulation.

La Directive sur la libre circulation ne fait pas de distinction entre les conjoints de sexe différent et de même sexe. Tous les États membres de l'UE sont par conséquent tenus de les traiter de la même manière en matière d'entrée et de séjour. Toutefois, les couples de même sexe mariés ne sont pas traités de la même manière dans l'ensemble des États membres en raison de différentes législations nationales. Alors que certains États membres semblent exclure le conjoint de même sexe du concept de « conjoint », d'autres ne font pas la distinction entre les conjoints de même sexe et de sexe différent en matière de droits d'entrée et de séjour. De même, alors que certains États membres assimilent le mariage entre personnes de même sexe conclu à l'étranger à un partenariat enregistré, dans d'autres pays, la situation n'est pas claire ou elle est en train de changer.

Au moment de rédiger le présent rapport, 11 États membres de l'Union européenne autorisent le mariage des couples de même sexe. En 2010, ils n'étaient que cinq à le faire : la Belgique, l'Espagne, la Suède, les Pays-Bas et le Portugal. Entre cette période et octobre 2015, six autres ont rejoint le groupe : le Danemark (2012),⁵³⁴

534 Danemark, Loi sur le mariage (*Ægteskabsloven* §1, *lovbekendtgørelse*), Loi consolidée n° 1052, 14 novembre 2012.

la France (2013),⁵³⁵ le Royaume-Uni (2014),⁵³⁶ le Luxembourg (2015),⁵³⁷ la Finlande (2014, en vigueur le 1^{er} mars 2017)⁵³⁸ et l'Irlande (2015).⁵³⁹ En Slovénie, bien que le Parlement ait adopté un projet de loi relative à l'égalité d'accès au mariage le 3 mars 2015, celle-ci n'est pas encore entrée en vigueur du fait d'un référendum sur la question organisé le 20 décembre 2015.

Fin 2014, au moins sept États membres (Bulgarie, Chypre, Grèce, Hongrie, Lettonie, Pologne et Slovaquie) semblaient exclure le conjoint de même sexe du concept de « conjoint » dans les contextes jugés importants pour la présente analyse. Dans certains des pays cités, un conjoint de même sexe peut se voir accorder les droits d'entrée et de séjour en tant que partenaire de vie enregistré ou non (voir la sous-section suivante pour plus de détails). Le rapport de 2010 de la FRA concluait que tout refus d'accorder ces droits constituerait une forme de discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle en violation de l'article 26 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, du principe général d'égalité et de l'interdiction de discrimination réaffirmée à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux.⁵⁴⁰

En 2014, 12 États membres (huit en 2010) ne faisaient clairement pas la distinction entre un conjoint de même sexe et un conjoint de sexe différent d'un citoyen de l'UE étranger en matière de droits d'entrée et de séjour (Belgique, Danemark, Espagne, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède). Compte tenu des changements qui ont eu lieu fin 2014, ce chiffre est passé à 13 en ajoutant la Finlande, où le mariage homosexuel doit être autorisé en 2017.

L'augmentation du nombre d'États membres autorisant le mariage entre personnes de même sexe a un autre effet dans le sens où les États membres qui ne protègent pas les couples de même sexe mariés peuvent être incités à prendre position sur cette question. En l'absence de lois nationales reconnaissant leur statut, les citoyens de l'UE qui s'installent dans ces États avec leur famille seront contraints de s'adresser aux tribunaux et aux autorités administratives du pays pour promouvoir la non-discrimination de leur vie familiale, reconnue par la Charte des droits fondamentaux de l'UE

535 France, Loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, 17 mai 2013.

536 Royaume-Uni, Parlement (2014b), Loi de 2013 sur le mariage (des couples de même sexe), Parlement du Royaume-Uni, 15 janvier 2014.

537 Luxembourg, Loi du 4 juillet 2014, n° 125, Réforme du mariage, 4 juillet 2014.

538 Voir la section relative à la législation du site web du Parlement finlandais : web.eduskunta.fi/Resource.php/pubman/templates/56.htm?id=7139.

539 Irlande, Loi n° 35 de 2015 sur le mariage, signée par le Président irlandais le 29 octobre 2015.

540 FRA (2010), *Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre : Mise à jour 2010 (Analyse juridique comparative)*, p. 46

et la Convention européenne des droits de l'homme. Cela peut cependant donner lieu à différents résultats, comme le démontrent les évolutions ayant eu lieu en Italie et à Chypre. En Italie, les tribunaux de Reggio d'Émilie et de Pescara⁵⁴¹ ont estimé que les couples mariés de même sexe à l'étranger doivent être traités de la même manière que ceux de sexe différent en ce qui concerne le droit à la libre circulation. Ces arrêts ont été confirmés par une note de clarification du ministère de l'Intérieur.⁵⁴² En revanche, à Chypre, la Cour suprême a confirmé une décision du département « Migration » refusant le traitement d'un conjoint de même sexe d'un citoyen chypriote en tant que membre de la famille en raison de la législation du pays qui ne reconnaît pas leur mariage.⁵⁴³

Dans quatre États membres (Estonie, Lituanie, Croatie et Roumanie), la situation n'est pas claire ou elle est en train de changer. En Estonie, conformément à la loi sur le droit de la famille, tout mariage conclu entre personnes de même sexe est considéré comme nul (article 10).⁵⁴⁴ Le ministère de l'Intérieur (*Siseministerium*) a déclaré qu'il ne voyait pas pourquoi le conjoint de même sexe ne pourrait être considéré comme un conjoint au sens de la loi sur la nationalité européenne (*Euroopa Kodaniku Seadus*) si leur mariage a été conclu dans le respect de la législation applicable dans leur pays d'origine.⁵⁴⁵ Toutefois, le Conseil national de la police et des gardes-frontières (*Politsei- ja Piirivalveamet*) a précisé en 2004 que cette approche ne serait adoptée qu'en ce qui concerne la loi sur la nationalité européenne. Dans la loi sur les étrangers (*Välismaalaste Seadus*), le terme « conjoint » serait interprété de manière plus restrictive et le mariage entre personnes de même sexe ne serait pas considéré comme un motif de séjour régulier. Cela signifie que le terme « conjoint » est interprété différemment selon qu'il s'agisse du conjoint de même sexe d'un citoyen de l'UE n'étant pas estonien ou du

conjoint de même sexe d'un citoyen estonien. Il n'existe aucun exemple tiré de la pratique courante pour confirmer ou contester cette interprétation. Entre-temps, le 9 octobre 2014, le Parlement estonien a adopté la loi sur le partenariat enregistré,⁵⁴⁶ en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Il reste encore à voir dans quelle mesure cette loi affectera les règles en matière de droits d'entrée et de séjour des personnes LGBT.

La situation est également peu claire en Roumanie, où l'article 277 du Code civil, entré en vigueur en 2011, interdit les partenariats et le mariage entre personnes de même sexe et refuse explicitement de reconnaître les partenariats et mariages contractés dans d'autres pays.⁵⁴⁷ Dans le même temps, le point 4 du même article stipule explicitement que les dispositions juridiques relatives à la libre circulation des citoyens de l'UE/EEE restent applicables. Le nouveau code civil ne précise pas les ramifications du conflit potentiel entre ces deux dispositions. De même, en Croatie, la loi sur le partenariat à vie a été promulguée le 15 juillet 2014. Cette loi rend les couples de même sexe et les couples mariés égaux au regard de la loi, sauf en ce qui concerne l'adoption. Dans le même temps, la loi sur les étrangers (et plus particulièrement son article 162) exclut les couples de même sexe de la définition de la famille, en se basant sur la définition de l'union civile fixée dans la loi sur la famille.⁵⁴⁸ La loi sur les étrangers ne fait toutefois pas référence à la loi sur la famille en ce qui concerne la notion de mariage, ce qui pourrait permettre aux mariages entre personnes de même sexe contractés dans un autre État membre de l'UE d'être reconnus aux fins de la libre circulation. Enfin, le Code civil lituanien définit le mariage comme un accord formel entre un homme et une femme. Toutefois, selon le département de la migration au sein du ministère de l'Intérieur (*Migracijos departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*),⁵⁴⁹ qui est la principale institution gouvernementale délivrant des permis de séjour aux étrangers en Lituanie, une personne ayant conclu un mariage ou un partenariat entre personnes de même sexe avec un citoyen de l'UE est considérée comme un membre de la famille de ce citoyen au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la loi relative au statut juridique des étrangers (*Užsieniečių teisinės padėties įstatymas*).⁵⁵⁰

541 Italie, Tribunal de Reggio d'Émilie (*Tribunale di Reggio Emilia*) (2012), X c. *Questore di Reggio Emilia*, *Décision n° 15*, 13 février 2012 ; Tribunal de Pescara (*Tribunale di Pescara*) (2013), G. c. *Questore di Pescara*, *Décision*, 15 janvier 2013.

542 Italie, Ministère de l'Intérieur (*Ministero dell'Interno*) (2012b), Note sur les unions entre personnes de même sexe – permis de séjour au titre du Décret législatif n° 30/2007 (*Circolare sulle unioni tra persone dello stesso sesso – Titolo di soggiorno ai sensi del decreto legislativo n. 30/2007*), n° 8996, 5 novembre 2012.

543 Chypre, Cour suprême de la République de Chypre – Compétence de révision (Ανώτατο Δικαστήριο Κύπρου – Αναθεωρητική Δικαιοδοσία) (2010), *Thadd Correia, Savvas Savva c. République de Chypre représentée par le directeur du département « Registre de l'état civil et migration »*, *Décision n° 1582/2008*, 22 juillet 2010 (*Thadd Correia, Σάββας Σάββας vs Κυπριακή Δημοκρατία μέσω Διευθυντή Τμήματος Αρχείου Πληθυσμού και Μετανάστευσης, Αρ. Απόφασης 1582/2008, 22 Ιουλίου 2010*).

544 Estonie, Loi sur le droit de la famille (*Perekonnaseadus*), 18 novembre 2009, section 10.

545 Estonie, Mme Grete Kaju, conseillère juridique pour le département des politiques de migration et de contrôle aux frontières, ministère de l'Intérieur (*Siseministerium*) (2008), entretien téléphonique, 8 avril 2008.

546 Estonie, Parlement (*Riigikogu*), Loi sur le partenariat (*Kooseluseadus*), 9 octobre 2014.

547 Roumanie, Loi n° 289/2009 relative au Code civil (*Legea 289/2009 privind Codul Civil*), 17 juillet 2009.

548 Croatie, Loi sur la famille (*Obiteljski zakon*) (2003), *Journal officiel (Narodne novine)* n° 116/03, 16 juillet 2003.

549 Lituanie, Département de la migration au sein du ministère de l'Intérieur de la République de Lituanie (*Migracijos departamentas prie Lietuvos Respublikos Vidaus reikalų ministerijos*) (2014), Communication du point focal national, Lituanie, 19 février 2014.

550 Lituanie, Loi relative au statut juridique des étrangers (*Įstatymas dėl užsieniečių teisinės padėties*), n° 73-2539, 29 avril 2004.

Dans cinq États membres (Allemagne, Autriche, Finlande, République tchèque et Slovaquie), un mariage entre personnes de même sexe contracté à l'étranger est assimilé à un partenariat enregistré, et le conjoint de même sexe est par conséquent considéré comme un membre de la famille. (C'est également le cas en Finlande, où, comme cela a été mentionné ci-dessus, le mariage entre personnes de même sexe devrait entrer en vigueur en 2017). En Autriche, le ministère fédéral de l'Intérieur (BMI) a publié en août 2011 un arrêté indiquant que les couples de même sexe mariés à l'étranger ont également le droit de faire venir les membres de leur famille (*Familiennachzug*).⁵⁵¹ Cet arrêté ne décrit le mariage de couples de même sexe provenant d'autres pays que comme un partenariat enregistré, le mariage entre personnes de même sexe n'étant pas autorisé en Autriche. Les couples de même sexe ne jouissaient jusqu'alors pas explicitement de ce droit.

5.2.2. Entrée et séjour des partenaires enregistrés

Développements majeurs

- Dix-neuf États membres de l'UE octroient des droits d'entrée et de séjour aux partenaires enregistrés.
- Six États membres de l'UE semblent toujours refuser ces droits aux partenaires enregistrés de même sexe de citoyens de l'UE.
- Dans trois États membres de l'UE, la situation n'est pas claire.

En ce qui concerne le statut du partenaire avec lequel un citoyen de l'Union contracte un partenariat enregistré, la Directive sur la libre circulation dispose que seuls les États d'accueil dont la législation nationale considère que « les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage » sont tenus d'accorder les droits d'entrée et de séjour aux partenaires enregistrés (de même sexe). Il semble que la même règle s'applique aux États membres d'accueil autorisant le mariage entre personnes de même sexe (11 en octobre 2015). Qu'ils soient ou non tenus de le faire en vertu du droit de l'UE, en 2014, 19 États membres accordaient les droits d'entrée et de séjour aux partenaires enregistrés. En 2010, ils étaient 14 (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark,

Espagne, Finlande, Hongrie, Irlande,⁵⁵² Luxembourg,⁵⁵³ Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni et Suède). En 2014, cinq autres États membres avaient rejoint le groupe (France,⁵⁵⁴ Lettonie,⁵⁵⁵ Malte,⁵⁵⁶ Slovaquie⁵⁵⁷ et Slovaquie⁵⁵⁸). Il est rappelé que ces informations sont susceptibles d'être modifiées en raison de la disparité des pratiques et de la jurisprudence (ou de l'absence de jurisprudence) au niveau national dans les cas où la législation est silencieuse ou peu claire à cet égard.

Parmi les 19 États membres énumérés ci-dessus, la situation en Lettonie et en Slovaquie présente un intérêt particulier. Comme expliqué ci-dessous, ces États membres ne reconnaissent pas les partenariats enregistrés. Les couples LGBTI qui contractent un partenariat enregistré à l'étranger sont cependant considérés comme des membres de la famille (tout comme les partenaires de fait ayant une relation durable en Lettonie⁵⁵⁹) aux fins de l'entrée et du séjour des citoyens de l'UE et des membres de leur famille.⁵⁶⁰ Toutefois, dans les deux États membres, les couples de même sexe composés de citoyens de pays tiers ne sont pas considérés comme des membres de la famille. Ils ne le sont que si, au minimum, l'un des partenaires est un citoyen de l'UE.

Les cas de la Lettonie et de la Slovaquie mettent en évidence les liens complexes entre la législation nationale et la législation de l'Union. Dans neuf États membres (Bulgarie, Chypre, Grèce, Italie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Slovaquie), la législation nationale ne prévoit pas la possibilité pour les couples de même sexe de conclure un partenariat enregistré ou de se marier. En Grèce et en Lituanie, la législation

551 Autriche, Ministère fédéral de l'Intérieur (*Bundesministerium für Inneres*) (2011), Informations concernant les partenariats enregistrés contractés à l'étranger avant la loi sur le partenariat enregistré (*Information betreffend (gleichgeschlechtliche) Partnerschaften, die vor Inkrafttreten des EPG geschlossen wurden, im Ausland geschlossene Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern und Namenseintragen von Österreichern in ausländischen Geburtsurkunden*), GZ. : BMIVA1300/0213-III/2/2011, 19 août 2011.

552 Irlande, Loi n° 24 sur le partenariat civil et certains droits et obligations des cohabitants légaux, autorisant la reconnaissance d'unions entre personnes de même sexe, qu'il s'agisse d'un mariage ou d'une union civile, contractées à l'étranger, section 5, 19 juillet 2010.

553 Luxembourg, Loi n° 125 sur la réforme du mariage, 4 juillet 2014.

554 France, Loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, 17 mai 2013.

555 Lettonie, Cabinet des ministres (*Ministru kabineta*) (2011), Règlement n° 675 – Procédures relatives aux citoyens de l'UE et aux membres de leur famille voyageant et séjournant en République de Lettonie (*Noteikumi Nr. 675, Kārtība, kādā Savienības pilsoņi un viņu ģimenes locekļi ieceļo un uzturas Latvijas Republikā*), 30 août 2011.

556 Malte, Loi relative aux unions civiles (*Att tal-2014 dwar l-Unjonijiet Ċivili*), 17 avril 2014.

557 Slovaquie, Loi sur les étrangers (*Zakon o tujciah*), 15 juin 2011.

558 Slovaquie, Loi n° 404/2011 relative au séjour des étrangers (*Zákon o pobyte cudzincov*), 21 octobre 2011, art. 2, para. 5, point g).

559 Lettonie, Cabinet des ministres (*Ministru kabineta*) (2011), Règlement n° 675, Procédures relatives aux citoyens de l'UE et aux membres de leur famille voyageant et séjournant en République de Lettonie (*Noteikumi Nr. 675, "Kārtība, kādā Savienības pilsoņi un viņu ģimenes locekļi ieceļo un uzturas Latvijas Republikā"*), 30 août 2011.

560 Slovaquie, Loi n° 404/2011 relative au séjour des étrangers (*Zákon o pobyte cudzincov*), 21 octobre 2011, art. 2, para. 5 et art. 43, para. 1.

en la matière autorise uniquement la conclusion d'un partenariat enregistré entre deux personnes de sexe différent (bien que cela soit considéré comme discriminatoire en vertu de la jurisprudence de la CouEDH,⁵⁶¹ voir [section 4.1](#)). Dans tous ces États membres, à l'exception de la Lettonie et de la Slovaquie soit les partenaires enregistrés de même sexe ne sont pas considérés comme des membres de la famille en matière d'entrée et de séjour, soit la situation n'est pas claire. Ceci est le cas en Lettonie et en Slovaquie si au moins l'un des partenaires est un citoyen de l'UE.

La situation en matière de partenariats enregistrés est particulièrement floue en Croatie, en Estonie et en Roumanie. Il est impossible de prédire si la loi relative aux partenariats enregistrés récemment adoptée en Estonie (en vigueur le 1^{er} janvier 2016) affectera les droits d'entrée et de séjour des partenaires enregistrés de citoyens de l'Union.⁵⁶² Bien que la législation roumaine ne prévoit pas la possibilité pour les couples de même sexe de conclure un partenariat enregistré et que le Code civil interdise la reconnaissance des partenariats enregistrés conclus à l'étranger, les dispositions juridiques relatives à la libre circulation de citoyens d'États membres de l'UE ou de l'EEE en Roumanie demeurent applicables (voir [section 5.2.1](#)).⁵⁶³ L'absence de décisions judiciaires ou administratives au sujet de cette législation [et en l'absence d'arrêts de la CJUE concernant l'article 2, paragraphe 2, point b), de la Directive sur la libre circulation relatif aux partenariats enregistrés] rend la situation peu claire. En Croatie, la loi sur le partenariat à vie et la loi sur les étrangers semblent également transmettre des messages contradictoires. Bien que la loi sur le partenariat à vie assimile un couple de même sexe en partenariat enregistré à un couple marié à tout point de vue au niveau juridique, sauf en ce qui concerne l'adoption, l'octroi du statut de membre de la famille au partenaire de même sexe dépend de la loi sur les étrangers, qui ne tient pas compte des partenariats enregistrés contractés à l'étranger (voir [section 4.2.1](#) pour plus détails concernant la Roumanie et la Croatie).

Comme mentionné dans la section précédente, certains États membres de l'UE reconnaissent les partenaires enregistrés LGBT de même sexe en tant que membres de la famille, en raison de la citoyenneté européenne du partenaire et malgré l'absence de législation en la matière. Deux États membres (la Lettonie et la Slovaquie) semblent accorder des droits d'entrée et de résidence aux partenaires enregistrés de citoyens de l'Union, mais pas aux partenaires enregistrés de ressortissants de pays tiers. Cela signifie qu'un citoyen LGBTI

de l'Union qui contracte un partenariat enregistré avec un ressortissant de pays tiers pourrait ne pas exercer pleinement son droit à la libre circulation dans ces pays.

En conclusion, six États membres semblent ne pas accorder de droits d'entrée et de séjour aux partenaires enregistrés de même sexe de citoyens de l'Union (Bulgarie, Chypre, Grèce, Italie, Lituanie et Pologne). Il semble que ces États membres n'y soient pas tenus car leur législation nationale ne reconnaît pas les partenariats enregistrés.

5.2.3. Entrée et séjour des partenaires de fait

Développement majeur

- Tous les États membres de l'UE sont tenus de favoriser l'entrée et le séjour du partenaire de fait d'un citoyen de l'UE, pourvu que les partenaires aient été membres du même ménage dans leur pays d'origine ou qu'ils entretiennent une « relation durable, dûment attestée ». Cette disposition étant assez vague, son application au niveau national varie.

Lorsque l'État d'origine ne prévoit aucune forme de partenariat enregistré ou de mariage pour les couples de même sexe, ou que ces derniers choisissent de ne pas y avoir recours, leur relation existe purement de fait. Dans de tels cas, conformément à l'article 3, paragraphe 2, de la Directive sur la libre circulation, l'État membre d'accueil se doit de « favorise[r] l'entrée et le séjour » du partenaire. Cette obligation s'applique uniquement si a) les partenaires étaient membres du même ménage dans leur pays d'origine ou b) ils entretiennent une « relation durable, dûment attestée ». Cette obligation, qui conformément à la dernière phrase de l'article 3, paragraphe 2, requiert que l'État membre d'accueil entreprenne un examen approfondi de la situation personnelle de chaque individu cherchant à obtenir un permis d'entrée et de séjour et qu'il motive tout refus d'entrée ou de séjour visant ces personnes, n'est pas subordonnée à l'existence dans l'État membre d'accueil d'une forme de partenariat enregistrée assimilée à un mariage.

Le rapport de 2010 a conclu que dans la grande majorité des États membres, il n'existait pas de lignes directrices claires concernant la façon d'attester l'existence d'un ménage commun ou d'une « relation durable ». La situation n'a pas connu d'évolution fondamentale depuis lors. Si cette incertitude peut s'expliquer par la nécessité de ne pas limiter artificiellement les voies de preuve, il existe un risque d'application arbitraire

561 CouEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013, para. 92.

562 Estonie, Parlement (*Riigikogu*), Loi sur le partenariat (*Kooseluseadus*), 9 octobre 2014.

563 Roumanie, Loi n° 289/2009 relative au Code civil (*Legea 289/2009 privind Codul Civil*), 17 juillet 2009, art. 277.

des critères utilisés par les administrations nationales entraînant une discrimination envers les partenaires de même sexe cohabitants ou unis par une relation durable. Des orientations plus précises sur la mise en œuvre de ces dispositions faciliteraient la tâche des administrations nationales, contribueraient à la sécurité juridique et limiteraient les risques d'arbitraire et de discrimination. Il en va de même pour ce qu'il faut entendre exactement par l'« obligation de favoriser », une expression vague qui, en l'absence de critères spécifiques et inclusifs (à l'exception de l'obligation d'entreprendre un examen approfondi de la situation personnelle et de motiver tout refus), n'a pas nécessairement de conséquences dans la pratique.

Comme cela a déjà été noté, la plupart des États membres n'ont connu aucune évolution depuis 2010. Au Luxembourg, la loi relative à l'immigration ne reconnaît pas les partenariats non enregistrés.⁵⁶⁴ Toutefois, le ministère de l'Immigration peut autoriser le partenaire non enregistré d'un citoyen de l'UE à rester au Luxembourg si, dans son pays d'origine, il dépend ou est membre du ménage du citoyen de l'UE, ou si ce dernier doit prendre soin de son partenaire en raison de graves problèmes de santé. Par conséquent, la loi relative à l'immigration ne reflète pas la formulation de la Directive concernant le partenaire avec lequel le regroupant entretient une « relation durable et stable dûment attestée » (article 12).⁵⁶⁵ De même, en Lettonie, le Règlement n° 675, contrairement à la loi relative à l'immigration, reconnaît comme un membre de la famille élargie le partenaire avec lequel un citoyen de l'Union entretient une relation depuis au moins deux ans.⁵⁶⁶

5.2.4. État civil, transmission de documents et reconnaissance mutuelle

Développements majeurs

- La Commission européenne a publié trois documents portant sur le problème des différences de protection des familles de personnes de même sexe dans les États membres de l'UE : un livre vert sur la promotion de la libre circulation des documents et deux propositions relatives à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de droit de la famille.
- Ces propositions ont été débattues pour la dernière fois au sein du Conseil « Justice et affaires intérieures » le 4 décembre 2014, et ont fait l'objet de négociations sous les Présidences italiennes et luxembourgeoises. En 2010, la Commission européenne a publié un livre vert sur la promotion de la libre circulation des documents et a lancé une vaste consultation des parties intéressées sur comment promouvoir la reconnaissance des documents relatifs aux principaux événements de la vie d'une personne qui sont élaborés dans son État membre d'origine dans un autre État membre. En 2013, la Commission européenne a soumis une proposition législative au Parlement européen à ce sujet. Le Parlement a adopté la proposition avec quelques modifications, et au 15 juin 2015, elle était toujours en cours d'examen au Conseil.

L'action de l'UE dans ces domaines pourrait avoir d'importantes conséquences si elle permet d'aboutir à un consensus autour du principe selon lequel l'évaluation de la validité des actes d'état civil doit uniquement avoir lieu en vertu de la loi du pays d'enregistrement, conformément à l'interdiction de la « double réglementation » déjà établie comme un fondement du marché commun. Du point de vue de la libre circulation des personnes LGBTI, cela signifierait que l'État membre de destination n'aurait pas le droit de réévaluer la validité d'un mariage ou d'un partenariat jugé valide conformément à la loi de l'État membre dans lequel il a été contracté. Sous un tel régime, les États membres définiraient les conditions d'accès au mariage ou à d'autres institutions juridiques similaires en ce qui concerne tous les aspects internes n'étant pas en lien avec le droit de l'UE. Ces aspects sont au cœur de l'actualité dans les États membres qui n'autorisent actuellement pas le mariage entre personnes de même sexe. En Italie par exemple, une récente décision du tribunal de Grosseto

564 Luxembourg, Loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration, 10 septembre 2008.

565 Luxembourg, Loi du 8 décembre 2011 modifiant la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, 3 février 2012.

566 Lettonie, Cabinet des ministres (*Ministru kabineta*) (2011), Règlement n° 675, Procédures relatives aux citoyens de l'UE et aux membres de leur famille voyageant et séjournant en République de Lettonie (*Noteikumi Nr. 675, Kārtība, kādā Savienības pilsoņi un viņu ģimenes locekļi ieceļo un uzturas Latvijas Republikā*), 30 août 2011.

a entraîné le lancement d'une campagne de sensibilisation du public visant particulièrement les maires des différentes villes au sujet de la transcription des certificats de mariages de couples de même sexe délivrés à l'étranger.⁵⁶⁷ Sur les conseils juridiques de l'ONG *Avvocatura per i diritti LGBT*, Rete Lenford, plusieurs maires ont décidé de transcrire ces mariages dans le registre d'état civil de leur ville. Le ministère de l'Intérieur a contesté l'initiative au motif que le mariage entre personnes de même sexe n'était pas autorisé en Italie.⁵⁶⁸

En ce qui concerne les conséquences du mariage et du partenariat enregistré sur le patrimoine, la Commission européenne a présenté le 16 mars 2011 deux propositions législatives relatives à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de droit de la famille.⁵⁶⁹ Ces propositions présentent différentes règles relatives à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions pour les couples mariés et les partenariats enregistrés. Le Conseil a décidé de consulter le Comité économique et social européen (CESE) au sujet de ces propositions, à la suite de quoi ce dernier a adopté un avis en 2011.⁵⁷⁰ Le CESE partage le point de vue de la Commission européenne selon lequel il convient d'éliminer l'insécurité juridique et la discrimination à l'encontre des droits de propriété des couples internationaux. Le CESE a suggéré la création d'un espace dans lequel il serait possible de fournir les mêmes garanties à tous les couples internationaux en ce qui concerne les conséquences pour leur régime matrimonial.

Le 25 avril 2012, le Président du Parlement européen a demandé à la FRA de rendre un avis sur la proposition

de règlement relatif aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Dans sa demande, le Président note que si les couples mariés peuvent déterminer la loi applicable en vertu des articles 16 et 18 de la proposition de la Commission européenne relative aux régimes matrimoniaux, la proposition relative aux partenariats enregistrés ne prévoit pas la même possibilité pour les partenaires enregistrés. L'article 15 de la proposition relative aux partenariats enregistrés fait référence à la « loi de l'État de son enregistrement » en tant que seule loi applicable. Dans son avis, la FRA a conclu que la proposition de règlement ne fournissait pas de raisons valables pour refuser aux partenaires enregistrés un choix comparable à celui offert aux couples mariés, ce qui peut constituer une violation du principe d'égalité de traitement en vertu du droit de l'UE.⁵⁷¹ Par la suite, le 17 décembre 2012, le Conseil a organisé un débat public sur les deux propositions de règlement. Ce dernier a abouti à un large consensus sur les orientations politiques proposées pour faire progresser les travaux des experts.⁵⁷² Conformément à une procédure législative spéciale (consultation du Parlement), le Parlement européen a adopté le 10 septembre 2013 deux résolutions législatives sur les propositions où il approuve les propositions de la Commission européenne en apportant des modifications.⁵⁷³ Le Parlement a tenu compte de l'avis de la FRA en introduisant un amendement à l'article 15 de la proposition relative aux partenariats enregistrés afin qu'il autorise les partenaires enregistrés à déterminer quelle loi s'applique au régime patrimonial de leur partenariat enregistré. Les propositions ont été débattues pour la dernière fois au sein du Conseil « Justice et affaires intérieures » le 4 décembre 2014, et ont fait l'objet de négociations sous les Présidences italiennes (2014) et luxembourgeoises (2015) du Conseil.

567 Italie, Tribunal de Grosseto (*Tribunale di Grosseto*) (2014), *X et Y c. Officier de l'état civil de Grosseto (Ufficiale dello stato civile di Grosseto)*, décision, 3 avril 2014.

568 Italie, Ministère de l'Intérieur (*Ministero dell'Interno*) (2014), Circulaire sur la transcription des mariages (*Circolare in materia di trascrizione dei matrimoni*), 7 octobre 2014.

569 Commission européenne (2011c), *Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux*, COM(2011) 126 final, Bruxelles, 16 mars 2011 ; Commission européenne (2011d), *Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, COM(2011) 127 final, Bruxelles, 16 mars 2011.

570 Comité économique et social européen (2011b), *Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux » COM(2011) 126 final – 2011/0059 (CNS)* et la « Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » COM(2011) 127 final – 2011/0060 (CNS), JO 2011 C 376, p. 87–91.

571 FRA (2012b), *Opinion 1/2012 on the Proposal for a regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships*, Vienne, 31 mai 2012.

572 Conseil de l'Union européenne (2012), *Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux ; Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés – Débat d'orientation*, ST 16878 2012 INIT, Bruxelles, 30 novembre 2012.

573 Parlement européen (2013a), *Résolution législative sur la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux [COM(2011) 126 – C7-0093/2011 – 2011/0059(CNS)]*, P7_TA(2013) 0338, Strasbourg, 10 septembre 2013 ; Parlement européen (2013b), *Résolution législative sur la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés [COM(2011) 127 – C7-0094/2011 – 2011/0060(CNS)]*, P7_TA(2013) 0337, Strasbourg, 10 septembre 2013.

5.3. Regroupement familial en vertu du droit de l'UE en matière de migration

5.3.1. Contexte

Développement majeur

- La Directive relative au regroupement familial doit s'appliquer dans le respect des droits fondamentaux, de manière non discriminatoire.

Comme cela a déjà été mentionné, la Commission européenne a publié un livre vert relatif au droit au regroupement familial en 2011.⁵⁷⁴ En 2012, elle a lancé une consultation publique et organisé une audition publique à l'occasion du Forum européen sur l'intégration. La consultation a abouti à un consensus selon lequel il n'était pas nécessaire de reformuler la Directive relative au regroupement familial pour autant que la Commission européenne garantisse la pleine mise en œuvre des règles existantes, ouvre des procédures d'infraction le cas échéant et élabore des lignes directrices au sujet de certaines questions précises.⁵⁷⁵

En 2014, dans une communication au Parlement européen et au Conseil, la Commission européenne a formulé des lignes directrices à l'intention des États membres pour l'application de la Directive relative au regroupement familial.⁵⁷⁶ La Commission européenne a souligné que la Cour de justice de l'Union européenne avait confirmé que l'article 4, paragraphe 1,

*« impose aux États membres des obligations positives précises, auxquelles correspondent des droits subjectifs clairement définis, puisqu'il leur impose, dans les hypothèses déterminées par la Directive, d'autoriser le regroupement familial de certains membres de la famille du regroupant sans pouvoir exercer leur marge d'appréciation ».*⁵⁷⁷

574 Commission européenne (2011b), *Livre vert relatif au droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne (Directive 2003/86/CE)*, COM(2011) 735 final, Bruxelles, 15 novembre 2011.

575 Forum européen sur l'intégration (FEI) (2012), Septième réunion du Forum européen sur l'intégration : Audition publique sur le droit au regroupement familial des ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne (*Seventh meeting of the European Integration Forum : Public hearing on the right to family reunification of third-country nationals living in the EU*), Bruxelles, du 31 mai au 1^{er} juin 2012.

576 Commission européenne (2014c), *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant les lignes directrices pour l'application de la Directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial*, COM(2014) 210 final, Bruxelles, 3 avril 2014.

577 *Ibid.* La Commission fait référence à l'arrêt de la CJUE dans l'affaire C-540/03, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, 27 juin 2006, para. 60.

Les États membres possèdent uniquement une marge d'appréciation concernant les points suivants : a) ils peuvent décider d'étendre le droit au regroupement familial aux membres de la famille qui ne sont ni le conjoint, ni les enfants mineurs ; b) ils peuvent subordonner l'exercice du droit au regroupement familial au respect de certaines exigences si la Directive l'autorise ; et c) ils peuvent conserver une certaine marge d'appréciation pour vérifier si les exigences établies par la Directive sont respectées et pour mettre en balance les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble, dans chaque circonstance de fait.⁵⁷⁸ Toutefois, les dérogations doivent être interprétées de manière stricte. La marge d'appréciation reconnue aux États membres ne doit pas être utilisée d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la Directive, qui est de favoriser le regroupement familial, ou à l'effet utile de celle-ci.⁵⁷⁹

La Commission européenne a également souligné que la Directive doit être interprétée et appliquée conformément aux droits fondamentaux et, plus particulièrement, au droit au respect de la vie privée et familiale, au principe de non-discrimination, aux droits de l'enfant et au droit à un recours effectif, consacrés par la CEDH et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.⁵⁸⁰

5.3.2. Statut des conjoints de même sexe

Développement majeur

- Douze États membres de l'UE (Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Irlande, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède) traitent les conjoints de même sexe et de sexe différent de la même façon en matière de regroupement familial.

La Directive relative au regroupement familial exige des États membres qu'ils autorisent l'entrée et le séjour du conjoint du regroupant. Elle s'applique aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des États membres de l'UE, y compris ceux qui bénéficient du statut de réfugié. La Directive ne définit pas le terme « conjoint ». Les États membres sont toutefois dans l'obligation, au titre de l'article 6,

578 Par analogie avec l'arrêt de la CJUE dans l'affaire C-540/03, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, 27 juin 2006, paras. 54, 59, 61 et 62.

579 CJUE, C-578/08, *Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, 4 mars 2010, para. 43.

580 Commission européenne (2014c). La Commission fait référence à l'arrêt de la CJUE dans l'affaire C-578/08, *Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, 4 mars 2010, paras. 43 et 44.

paragraphe 1 et 3, du Traité sur l'Union européenne (TUE), de se conformer à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi qu'aux principes généraux du droit de l'UE.⁵⁸¹ Par exemple, le refus d'accorder à un conjoint de même sexe le droit de rejoindre le regroupant pourrait perturber la vie privée et la vie familiale. Si un tel refus empêche la poursuite d'une relation durable, par exemple parce que la relation ne peut être entretenue ailleurs en raison du harcèlement subi par les personnes LGBTI dans les pays dont les personnes concernées sont des ressortissants ou dans les pays où ces personnes pourraient s'installer, le refus pourrait constituer une violation de l'article 8 de la CEDH et de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

La Directive devrait être mise en œuvre sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le conjoint de même sexe d'un regroupant doit donc se voir accorder les mêmes droits que ceux dont bénéficie le conjoint de sexe différent.

Dans ce contexte, 11 États membres (Belgique, Danemark, Espagne, France, Irlande, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède) ne font pas de différence entre les conjoints de même sexe et de sexe différent en matière de regroupement familial. Il est probable que les évolutions ayant eu lieu en Finlande, où le mariage entre personnes de même sexe devrait être autorisé en 2017, feront passer ce nombre à 12. La situation a changé depuis 2010, en particulier dans les États membres qui autorisent le mariage entre personnes de même sexe. Conformément à la loi luxembourgeoise de 2014 relative au mariage et à l'adoption, les conjoints de même sexe provenant de pays où le mariage entre personnes de même sexe est reconnu peuvent être réunis. La loi couvre le mariage entre un citoyen luxembourgeois et un ressortissant étranger. À la suite de l'entrée en vigueur de la loi sur le mariage en 2015, les mariages contractés à l'étranger seront reconnus au Luxembourg. Auparavant, selon la jurisprudence, les mariages entre personnes de même sexe légalement contractés en dehors du Luxembourg avaient les mêmes effets juridiques que les partenariats enregistrés à l'intérieur du pays.⁵⁸² Au Royaume-Uni, la loi de 2013 sur le mariage (des couples de même sexe) prévoit que les mariages entre personnes de même

sexe doivent obligatoirement être reconnus en tant que mariages en Angleterre et au Pays de Galles. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 13 mars 2014, tandis qu'en Écosse, des dispositions similaires sont entrées en vigueur le 16 décembre 2014. En France, la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, adoptée le 17 mai 2013, étend le concept de conjoint, au titre des articles L. 411-1 et L. 411-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), afin d'inclure les partenaires de même sexe.

Les 17 États membres restants ne traitent pas les conjoints de même sexe comme des conjoints légaux, puisqu'ils n'autorisent pas le mariage entre partenaires de même sexe (au vu des évolutions ayant eu lieu en Finlande, où des lois autorisant le mariage entre personnes de même sexe ont été adoptées, ce nombre pourrait tomber à 16 d'ici 2017). Trois de ces États membres (Allemagne, Autriche et République tchèque) traitent probablement les conjoints de même sexe comme des partenaires enregistrés aux fins du regroupement familial.

Il convient de signaler la situation spécifique de l'Italie, où les couples de même sexe n'ont pas accès au mariage et où le Décret législatif n° 5/2007, qui met en œuvre la Directive relative au regroupement familial, ne reconnaît pas le droit au regroupement familial aux couples de même sexe mariés. Une distinction est par conséquent faite entre les ressortissants de pays tiers et les conjoints citoyens de l'UE. S'agissant de ces derniers, le ministère de l'Intérieur a publié une circulaire précisant que lorsqu'un conjoint de même sexe est un citoyen de l'UE, ou que les deux conjoints le sont, il doit être considéré comme un membre de la famille.⁵⁸³

5.3.3. Statut des partenaires de même sexe

Développements majeurs

- Dix-sept États membres de l'UE accordent le droit au regroupement familial aux partenaires de même sexe de ressortissants de pays tiers.
- Onze États membres de l'UE semblent ne pas accorder le droit au regroupement familial au partenaire non marié du regroupant, qu'il soit de même sexe ou non.

⁵⁸¹ Conformément au considérant 2 de la directive relative au regroupement familial, « les mesures concernant le regroupement familial devraient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale qui est consacrée dans de nombreux instruments du droit international. La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par l'article 8 de la convention européenne pour la protection des droits humains et des libertés fondamentales et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

⁵⁸² Luxembourg, Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, n° 19509 du rôle, 3 octobre 2005.

⁵⁸³ Italie, Ministère de l'Intérieur (*Ministero dell'Interno*) (2012b), Note sur les unions entre personnes de même sexe – permis de séjour au titre du Décret législatif n° 30/2007 (*Circolare sulle unioni tra persone dello stesso sesso – Titolo di soggiorno ai sensi del decreto legislativo n. 30/2007*), n° 8996, 5 novembre 2012.

En vertu de l'article 4, paragraphe 3, de la Directive relative au regroupement familial, les États membres décident d'autoriser ou non l'entrée et le séjour du partenaire non marié ou enregistré du regroupant. Le principe de non-discrimination (tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme) implique que si un État membre décide d'étendre le droit au regroupement familial aux partenaires non mariés unis par une relation stable et durable et/ou aux partenaires enregistrés, cet avantage devrait être accessible à tous les partenaires de ces catégories, et pas uniquement aux partenaires de sexe différent.

À l'heure actuelle, 17 États membres accordent le droit au regroupement familial aux partenaires de même sexe de ressortissants de pays tiers. Dix d'entre eux (Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Pays-Bas, Portugal,⁵⁸⁴ Royaume-Uni et Suède) étendent ce droit aux partenaires de même sexe de fait, tandis que les sept autres (Allemagne, Hongrie, Irlande, Luxembourg, Malte, République tchèque et Slovaquie) limitent ce droit aux partenariats enregistrés. Trois de ces États membres (Allemagne, Autriche et République tchèque) traitent probablement les conjoints de même sexe comme des partenaires enregistrés aux fins du regroupement familial.

La Directive relative au regroupement familial n'étend pas au partenaire non marié du regroupant le même droit au regroupement familial que celui accordé au conjoint du regroupant, que le pays d'origine des partenaires de même sexe les autorise à se marier ou non. Par conséquent, les individus de sexe différent autorisés à se marier jouissent d'un plus grand droit au regroupement familial que les individus de même sexe ne disposant pas de cette possibilité, ce qui peut être assimilé à une discrimination indirecte.

Dans certains États membres, les partenaires de même sexe n'ayant pas contracté de partenariat enregistré

peuvent tout de même obtenir un permis d'entrée et de séjour, mais pour des motifs formels autres que le regroupement familial. En France, lorsque la situation d'un ressortissant d'un pays tiers ne satisfait pas aux conditions de regroupement familial, il peut demander un permis de séjour temporaire portant la mention « vie privée et vie familiale ».⁵⁸⁵

Les 11 États membres restants (Bulgarie, Chypre, Croatie, Estonie, Grèce, Italie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Slovaquie) semblent ne pas étendre le droit au regroupement familial au partenaire non marié du regroupant, quel que soit son sexe.

Dans certains États membres, tels que l'Estonie ou la Slovaquie, cette restriction peut être contournée si le partenaire peut démontrer qu'il se trouve en situation de dépendance financière ou sociale. Cette possibilité est prévue par la Directive relative au regroupement familial, qui définit les normes minimales que les États membres de l'Union européenne sont libres de dépasser (article 3, paragraphe 5).⁵⁸⁶

Depuis 2010, quatre États membres supplémentaires reconnaissent le droit au regroupement familial des partenaires non mariés engagés dans une relation stable et durable. En France et au Portugal, cette reconnaissance est due au fait que leur statut, dans le contexte du regroupement familial, a été assimilé à celui des couples de même sexe mariés. Dans deux autres cas, elle résulte de l'introduction de lois nationales relatives aux partenariats enregistrés (Malte) et de modifications à d'autres lois nationales (Slovénie).

Le **tableau 6** résume la situation dans les États membres de l'UE en ce qui concerne la reconnaissance des membres de la famille de même sexe aux fins de la libre circulation, de l'asile et du regroupement familial.

584 Portugal, Loi n° 29/2012, premier amendement de la loi n° 23/2007 du 4 juillet 2007 approuvant le cadre juridique pour l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire portugais ainsi que leur sortie et leur éloignement (*Lei n.º 29/2012, primeira alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*), 9 août 2012, art. 98 à 108.

585 France, Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – CESEDA modifié par loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, art. 18, art. L. 313-11, paras. 3, 4 et 7.

586 Parmi ces États membres figurent le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni, bien qu'ils n'adhèrent pas à la directive relative au regroupement familial.



Tableau 6 : Inclusion des partenaires de même sexe mariés et non mariés dans la définition de « membre de la famille » aux fins de la libre circulation, de l'asile et du regroupement familial

Code pays	Libre circulation*		Regroupement familial		Asile		Commentaires
	Conjoint de même sexe	Partenaire de même sexe	Conjoint de même sexe	Partenaire de même sexe	Conjoint de même sexe	Partenaire de même sexe	
AT	✓	✓	✓	✓	✓	✓	Les conjoints de même sexe sont considérés comme des partenaires enregistrés aux fins de la libre circulation et du regroupement familial.
BE	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
BG							
CY					?		La Directive relative aux conditions requises a été transposée dans la législation nationale sans que la partie de définition faisant référence aux « couples non mariés engagés dans une relation stable » y soit intégrée. La définition de « membre de la famille » inclut uniquement : le conjoint du bénéficiaire du statut de réfugié ; les enfants mineurs du bénéficiaire du statut de réfugié, à condition qu'ils soient non mariés et à sa charge ; et les parents du bénéficiaire du statut de réfugié, à condition qu'ils soient à sa charge. Par conséquent, cette définition ne couvre pas les couples non mariés, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels. L'argument avancé par les autorités à cet égard est qu'il n'existe aucune discrimination car la loi ne fait pas de distinction entre les couples hétérosexuels et homosexuels. Toutefois, cette position ne tient pas compte du fait que les couples hétérosexuels peuvent se marier, et donc satisfaire aux conditions préalables fixées par la loi, ce qui n'est pas le cas des couples homosexuels.
CZ	✓	✓	✓	✓	✓	✓	Les conjoints de même sexe sont considérés comme des partenaires enregistrés aux fins du regroupement familial. Seuls les partenaires enregistrés peuvent bénéficier des droits relatifs au regroupement familial et à l'asile.
DE	✓	✓	✓	✓	✓	✓	Les conjoints de même sexe sont considérés comme des partenaires enregistrés aux fins de la libre circulation et du regroupement familial. Depuis 2013, la loi relative à la libre circulation met les partenaires enregistrés et les conjoints sur un pied d'égalité. Le principe de l'égalité de traitement est respecté pour ce qui est du regroupement familial et de l'asile. Seuls les partenaires enregistrés peuvent bénéficier du droit au regroupement familial.
DK	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
EE	?	?			?		
EL							Dans les affaires jointes <i>Vallianatos et autres c. Grèce</i> , la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a estimé, dans un arrêt rendu le 7 novembre 2013, qu'en excluant les couples de même sexe du champ d'application de la loi n° 3919/2008 sur le pacte de vie commune, la Grèce avait violé l'article 14 (interdiction de discrimination) et l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme.
ES	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
FI	✓	✓	✓	✓	✓	✓	Les conjoints de même sexe sont considérés comme des partenaires enregistrés aux fins de la libre circulation.
FR	✓	✓	✓	✓	✓	?	
HR	?	?				?	La définition de la famille utilisée dans la loi sur les étrangers aux fins de la libre circulation et du regroupement familial ne comprend pas les conjoints ou les partenaires homosexuels. La loi relative au droit d'asile reprend la définition de la famille utilisée dans la loi sur les étrangers.
HU		✓		✓		✓	Alors qu'il n'existe aucune restriction explicite quant à la reconnaissance des conjoints de même sexe en matière d'immigration, le mariage entre personnes du même sexe n'étant généralement pas reconnu, il peut 1) ne pas être reconnu du tout ou 2) être reconnu en tant que partenariat enregistré, et donc être traité de la même façon que le mariage. Il n'existe pas de jurisprudence soutenant l'une ou l'autre option. À l'exception du partenaire d'un citoyen hongrois ou de l'UE, seuls les partenaires enregistrés sont reconnus, les partenaires de fait ne le sont pas.

Code pays	Libre circulation*		Regroupement familial		Asile		Commentaires
	Conjoint de même sexe	Partenaire de même sexe	Conjoint de même sexe	Partenaire de même sexe	Conjoint de même sexe	Partenaire de même sexe	
IE	✓	✓	✓	✓	✓	✓	Irlande, Loi n° 35 de 2015 sur le mariage, signée par le Président irlandais le 29 octobre 2015.
IT	✓						
LT	?				✓	✓	
LU	✓	✓	✓	✓		✓	Les conjoints de même sexe sont considérés comme des partenaires enregistrés aux fins du regroupement familial. Seuls les partenaires enregistrés peuvent bénéficier du droit au regroupement familial.
LV	✓	✓					L'article 3, paragraphe 4, du Règlement n° 586 du Cabinet des ministres relatif à l'entrée et au séjour inclut dans sa définition de « membre de la famille » une personne dépendant d'un citoyen de l'Union ou de son conjoint et ayant été membre du ménage d'un citoyen de l'Union dans le précédent pays de résidence. Le Règlement n° 675 du Cabinet des ministres (Procédures applicables aux citoyens de l'UE et aux membres de leur famille qui circulent et séjournent en République de Lettonie) dispose qu'un partenaire avec qui un citoyen de l'Union entretient une relation depuis au moins deux ans ou un partenaire avec qui un citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré peut être considéré comme un membre de la famille élargie du citoyen de l'Union.
MT	✓	✓	✓	✓	✓	✓	Les conjoints de même sexe sont considérés comme des partenaires enregistrés aux fins de la libre circulation et du regroupement familial. Seuls les partenaires enregistrés peuvent bénéficier du droit au regroupement familial. La situation devrait changer avec l'introduction de la loi relative aux unions civiles.
NL	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
PL							
PT	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
RO	?	?					
SE	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
SI	✓	✓	✓	✓	✓	✓	La législation nationale prévoit un régime juridique de partenariat enregistré. La nouvelle loi sur les étrangers (<i>Zakon o tujcih</i>), adoptée en 2011, accorde aux citoyens LGBT de l'UE ou de pays tiers le droit au regroupement avec leur partenaire enregistré et certains membres de la famille (par ex. les enfants, les enfants de l'un des partenaires enregistrés). Cette loi a été modifiée en 2014 pour accorder aux personnes LGBT pouvant bénéficier d'une protection internationale le droit au regroupement avec leur partenaire enregistré et certains membres de la famille. Les amendements introduits en 2014 sont entrés en vigueur en janvier 2015. Les conjoints de même sexe sont probablement traités comme des partenaires enregistrés. Les partenaires LGBT non enregistrés ne jouissent pas de ce droit, même s'ils entretiennent une relation durable, car l'ordre juridique slovène reconnaît uniquement la cohabitation/l'union durable entre partenaires de sexe différent. Cette situation pourrait changer si la proposition de loi présentée par le gouvernement en avril 2014 est adoptée.
SK		✓					
UK	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
TOTAL	18	19	16	17	15	7	

Note : ✓ = applicable ; ? = ambigu/peu clair.

* Dans la grande majorité des États membres, il n'existait pas de lignes directrices claires concernant la façon d'attester l'existence d'un ménage commun ou d'une « relation durable » aux fins de l'article 3, paragraphe 2, de la directive relative à la libre circulation.

Source : FRA, 2015



5.4. Membres de la famille des personnes LGBTI aspirant à l’asile

Développements majeurs

- Douze États membres de l’UE ne font pas de différence entre les époux de même sexe et de sexe différent de demandeurs d’asile.
- Les partenaires enregistrés de même sexe semblent jouir du droit de séjour dans 16 États membres de l’UE.

Cette section porte sur le cadre juridique régissant les demandes de statut de réfugié introduites par des personnes LGBTI dont le partenaire de même sexe a obtenu l’asile. À cet égard, l’article 23 de la Directive relative aux conditions requises (refonte) exige des États membres qu’ils veillent à ce que l’unité familiale puisse être maintenue. La Directive ne modifie pas la définition de « membre de la famille » en ce qui concerne les partenaires de même sexe non mariés. Conformément à l’article 2, point j), dans le contexte de l’asile et/ou de la protection subsidiaire, les « membres de la famille » comprennent le conjoint et le partenaire non marié engagé dans une relation stable, si le droit ou la pratique en vigueur dans l’État membre concerné assimile la situation des couples non mariés à celle des couples mariés dans le cadre de son droit sur les ressortissants de pays tiers. Cette disposition peut s’avérer trop limitée pour les demandeurs d’asile LGBTI, car ceux-ci proviennent souvent de pays ne reconnaissant pas le mariage entre personnes de même sexe ou d’autres formes de relations entre personnes de même sexe, ou parce que rares sont les États membres qui ne font pas de distinction entre les couples non mariés et les couples mariés dans leur droit sur les ressortissants de pays tiers. Cela signifie qu’il est possible que le partenaire de même sexe d’une personne bénéficiant d’une protection internationale se voit refuser l’octroi d’un permis de séjour.

En ce qui concerne le droit national, il demeure difficile de savoir si les partenaires de même sexe sont couverts par la définition actuellement fixée à l’article 2, point j), laquelle n’est pas appliquée de manière homogène dans l’UE.

Seuls 13 États membres (Autriche,⁵⁸⁷ Belgique,⁵⁸⁸ Danemark,⁵⁸⁹ Espagne,⁵⁹⁰ Finlande,⁵⁹¹ France,⁵⁹² Irlande,⁵⁹³ Lituanie,⁵⁹⁴ Pays-Bas,⁵⁹⁵ Portugal,⁵⁹⁶ Royaume-Uni,⁵⁹⁷ Slovénie⁵⁹⁸ (dès janvier 2015) et Suède⁵⁹⁹) ne font pas de différence entre les conjoints de même sexe de réfugiés (un statut assez rare) et les conjoints de sexe différent. En 2010, ils n’étaient cependant que huit (Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède), ce qui signifie que d’importants progrès ont été réalisés à cet égard sur une période relativement courte.

Il peut être difficile de déterminer si les partenaires enregistrés sont inclus dans la définition de « membre de la famille » car il existe une grande ambiguïté et un manque de lignes directrices claires. Parfois, les lois nationales relatives aux étrangers ne sont pas alignées sur le droit privé international, ce qui entraîne une insécurité juridique. Dans certains cas, la loi nationale ne définit pas le concept de « membre de la famille » ou

587 Autriche, Loi fédérale sur le séjour et l’établissement des étrangers (*Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich, Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, NAG*), 1^{er} janvier 2006, modifiée en dernier lieu par le BGBl. I n° 144/2013.

588 Belgique, Arrêté royal sur l’accès au territoire, le séjour, l’établissement et l’éloignement des étrangers, 8 octobre 1981, art. 88.

589 Selon les informations fournies par l’expert national du réseau de recherche de la FRA, les partenaires LGBTI sont considérés comme des membres de la famille dans le contexte de l’asile et/ou de la protection subsidiaire s’ils sont cohabitants, sur un pied d’égalité avec les partenaires de sexe différent.

590 Espagne, Loi relative au droit d’asile et à la protection subsidiaire (*Ley reguladora de derecho de asilo y de la protección subsidiaria*), 30 octobre 2009, n° 12.

591 Finlande, Loi sur les étrangers (*Ulkomaalaislaki/ Utlänningslag*), 30/2004, 30 avril 2004.

592 France, Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile – CESEDA, 24 novembre 2004.

593 Irlande, Loi n° 35 de 2015 sur le mariage, signée par le Président irlandais le 29 octobre 2015.

594 Lituanie, Loi relative au statut juridique des étrangers (*Jstatymas dėl užsieniečių teisinės padėties*), n° 73-2539, 29 avril 2004.

595 Selon les informations fournies par l’expert national du réseau de recherche de la FRA, le partenaire de même sexe et d’autres membres de la famille d’un réfugié peuvent obtenir un permis de séjour au titre du droit d’asile (*verblijfsvergunning asiel*). Cela concerne le conjoint ou l’enfant mineur du réfugié ainsi qu’un étranger qui, en qualité de conjoint ou d’enfant majeur, dépend du réfugié à un degré tel qu’il appartient par conséquent à la famille du réfugié.

596 Portugal, Loi n° 9/2010 du 31 mai 2010 (*Lei N° 9/2010 de 31 de Maio – Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*), autorise le mariage entre personnes de même sexe. En vertu de cette loi, les partenaires de même sexe mariés ou non mariés sont légalement reconnus comme des membres de la famille.

597 Royaume-Uni, Règles relatives à l’immigration (*Immigration Rules*), partie 11, para. 349, remplacées à partir du 9 octobre 2006 (HC 28).

598 Slovénie, Loi modifiant la loi sur les étrangers (*Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o tujcih*), 3 avril 2014.

599 Suède, Loi sur les étrangers (*Utlänningslagen*) 2005:716, 29 septembre 2005.

ne spécifie pas si la notion de « partenaire » couvre les partenaires de même sexe, et il n'existe aucune jurisprudence dans un sens ou dans l'autre. Cette situation risque de désavantager les parties concernées. Il semble que 16 États membres accordent le droit de séjour aux partenaires enregistrés de même sexe (Allemagne,⁶⁰⁰ Autriche,⁶⁰¹ Belgique,⁶⁰² Danemark,⁶⁰³ Espagne,⁶⁰⁴ Finlande,⁶⁰⁵ Hongrie,⁶⁰⁶ Irlande,⁶⁰⁷ Lituanie,⁶⁰⁸ Luxembourg,⁶⁰⁹ Pays-Bas,⁶¹⁰ Portugal,⁶¹¹ République tchèque,⁶¹² Royaume-Uni⁶¹³, Slovénie (dès janvier 2015),⁶¹⁴ et Suède⁶¹⁵). En 2010, ils n'étaient que 12 à le faire (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark,

Espagne, Finlande, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, République tchèque, Royaume-Uni et Suède).

Cependant, en Hongrie, où le mariage entre personnes de même sexe n'est pas autorisé mais où les couples de même sexe peuvent conclure un partenariat enregistré, les incohérences juridiques peuvent entraîner des situations problématiques. Les conjoints de même sexe peuvent obtenir le droit à l'asile en tant que partenaires enregistrés ou réfugiés ou ne pas être reconnus du tout comme des membres de la famille et voir leur demande rejetée.⁶¹⁶

À Malte, on ignore si l'introduction des unions civiles aura une incidence sur la définition des membres de la famille dépendants dans la loi sur les réfugiés, qui couvre uniquement les couples mariés,⁶¹⁷ parce que la loi relative aux unions civiles ne fait pas référence à la loi sur les réfugiés.

Dans certains cas, le droit national n'accorde le droit de séjour aux partenaires de même sexe que si un partenariat enregistré a été contracté préalablement dans le pays d'origine. Cette condition semble problématique dans la mesure où on peut supposer que la grande majorité des demandeurs d'asile fuient des pays qui persécutent les personnes LGBTI et qui ne possèdent pas de régime de partenariat enregistré. En Allemagne, en Autriche, en Belgique, en Croatie, en Irlande, en Lituanie, au Luxembourg, en République tchèque et en Slovénie, le droit de séjour des partenaires de même sexe des demandeurs d'asile ou des réfugiés est limité aux partenaires enregistrés et ne couvre pas les cohabitants non mariés ou non enregistrés.

En Croatie, la loi sur les étrangers (article 56)⁶¹⁸ exclut explicitement les couples de même sexe de la définition de « membre de la famille » aux fins de l'octroi d'un permis de séjour facilitant le regroupement familial. D'autre part, la loi relative au droit d'asile⁶¹⁹ dispose que les couples engagés dans une relation stable seront considérés comme des membres de la famille s'ils peuvent prouver qu'ils entretiennent une relation durable au moyen d'une adresse commune où

600 Allemagne, Loi relative à la procédure d'asile (*Asylverfahrensgesetz*), 26 juin 1992.

601 Autriche, Loi relative à l'installation et au séjour, 1^{er} janvier 2006, modifiée en dernier lieu par le BGBl. I n° 144/2013.

602 Belgique, Arrêté royal sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, 8 octobre 1981, art. 88.

603 Selon les informations fournies par l'expert national du réseau de recherche de la FRA, les partenaires LGBTI sont considérés comme des membres de la famille dans le contexte de l'asile et/ou de la protection subsidiaire s'ils sont cohabitants, sur un pied d'égalité avec les partenaires de sexe différent.

604 Espagne, Loi relative au droit d'asile et à la protection subsidiaire (*Ley reguladora de derecho de asilo y de la protección subsidiaria*), n° 12/2009, 30 octobre 2009.

605 Finlande, Loi sur les étrangers (*Ulkomaalaislaki/Utlänningslag*), 301/2004, 30 avril 2004.

606 Hongrie, Loi n° XXIX de 2009 relative au partenariat enregistré et à la législation connexe ainsi qu'à la modification d'autres statuts afin de faciliter la preuve de cohabitation (*2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatáról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról*), 1^{er} juillet 2009.

607 Irlande, Loi de 2010 sur le partenariat civil et certains droits et obligations des cohabitants légaux, 19 juillet 2010.

608 Lituanie, Loi relative au statut juridique des étrangers (*Jstatymas dėl užsieniečių teisinės padėties*), n° 73-2539, 29 avril 2004.

609 Luxembourg, Texte coordonné de la loi du 5 mai 2006 relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection, 3 juillet 2013.

610 Selon les informations fournies par l'expert national du réseau de recherche de la FRA, le partenaire de même sexe et d'autres membres de la famille d'un réfugié peuvent obtenir un permis de séjour au titre du droit d'asile (*verblijfsvergunning asiel*). Cela concerne le conjoint ou l'enfant mineur du réfugié ainsi qu'un étranger qui, en qualité de conjoint ou d'enfant majeur, dépend du réfugié à un degré tel qu'il appartient par conséquent à la famille du réfugié.

611 Portugal, Loi n° 9/2010 du 31 mai 2010 (*Lei N° 9/2010 de 31 de Maio - Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*), autorise le mariage entre personnes de même sexe. En vertu de cette loi, les partenaires de même sexe mariés ou non mariés sont légalement reconnus comme des membres de la famille.

612 République tchèque, Loi sur les étrangers (*Zákon o pobytu cizinců*), 30 novembre 1999.

613 Royaume-Uni, Règles relatives à l'immigration (*Immigration Rules*), partie 11, para. 349, remplacées à partir du 9 octobre 2006 (HC 28).

614 Slovénie, Loi modifiant la loi sur les étrangers (*Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o tujcih*), 3 avril 2014.

615 Suède, Loi sur les étrangers (*Utlänningslagen*) 2005:716, 29 septembre 2005.

616 Hongrie, Loi n° LXXX de 2007 relative à l'asile (*2007. évi LXXX. törvény a menedékjogról*), art. 2, point j) ; Hongrie, Loi n° XXIX de 2009 relative au partenariat enregistré et à la législation connexe ainsi qu'à la modification d'autres statuts afin de faciliter la preuve de cohabitation, art. 3.

617 Malte, Loi sur les réfugiés (*Att dwar ir-Rifugjati*), 1^{er} octobre 2001, telle que modifiée par la loi VIII de 2004 et la notification juridique 40 de 2005, art. 2.

618 Croatie, Loi sur les étrangers (*Zakon o strancima*) (2011), *Journal officiel (Narodne novine)* n° 130/11, 16 novembre 2011, refonte publiée au *Journal officiel (Narodne novine)* n° 74/13, 19 juin 2013.

619 Croatie, Loi relative au droit d'asile (*Zakon o azilu*) (2007), *Journal officiel (Narodne novine)* n° 79/07, 13 juillet 2007, modifiée par la loi n° 143/13 (*Zakon o azilu*), 2 décembre 2013.

ils résident depuis au moins trois ans, par exemple. Par conséquent, bien que la loi relative au droit d'asile ne le prévoit pas explicitement, il semble que la définition de « membre de la famille » permettrait aux partenaires de même sexe d'être considérés comme tels aux fins de l'octroi du droit d'asile. Toutefois, cette apparente contradiction entre la loi sur les étrangers et la loi relative au droit d'asile pourrait permettre aux autorités d'interpréter cela de façon à justifier le refus d'octroyer un permis de séjour aux partenaires de même sexe ou aux réfugiés.

Comme mentionné ci-dessus, la Directive relative aux conditions requises (refonte) n'a pas modifié la définition de « membre de la famille » en ce qui concerne le statut des partenaires (de même sexe) non mariés, qu'ils soient dans une relation enregistrée ou de fait. Par conséquent, les États membres peuvent refuser d'accorder un droit de séjour aux partenaires de même sexe de demandeurs d'asile et de réfugiés, mais uniquement lorsque leur législation nationale relative aux ressortissants de pays tiers établit une distinction entre les partenaires non mariés et les conjoints. La Cour européenne des droits de l'homme a clairement indiqué que reconnaître certains droits aux couples de sexe différent non mariés mais non aux couples de même sexe constitue une discrimination à l'encontre des personnes LGBTI.⁶²⁰ C'est pourquoi il convient d'appliquer le même principe de non-discrimination aux partenaires de même sexe de demandeurs d'asile et de réfugiés qu'aux partenaires de sexe différent non mariés, qu'ils soient assimilés à des couples mariés ou non.

Le régime ainsi mis en place pourrait rester problématique au vu du principe d'égalité de traitement : dans la très grande majorité des cas, les personnes LGBTI ayant besoin d'une protection internationale sont originaires de juridictions qui n'autorisent pas le mariage entre personnes de même sexe ni les partenariats enregistrés, et cette impossibilité de se marier, associée à la législation d'un État membre qui n'accorde pas aux couples non mariés un traitement similaire à celui accordé aux couples mariés dans son droit relatif aux étrangers, engendre une situation dans laquelle les droits au regroupement familial des réfugiés LGBTI sont moins étendus que ceux dont jouissent les réfugiés hétérosexuels. Cette différence pourrait être incompatible avec l'interdiction de la discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, puisque les partenaires de même sexe n'ont souvent pas accès au mariage. Le nombre d'États membres qui autorisent le mariage des couples de même sexe ou leur proposent un régime juridique similaire continue d'augmenter. La CouEDH,

dans les affaires *Kozak*,⁶²¹ *Schalk et Kopf*,⁶²² *P.B. et J.S.*⁶²³ et *Vallianatos*,⁶²⁴ a clarifié l'obligation de reconnaître le droit au respect de la vie familiale des couples de même sexe. Toutefois, afin d'accorder des droits substantiels aux couples de même sexe qui ne sont pas mariés, les États membres doivent mettre en œuvre la Directive relative aux conditions requises (refonte) conformément au nouveau considérant 38 qui précise que :

« Lorsqu'ils décident du droit aux avantages prévus dans la présente Directive, les États membres devraient tenir dûment compte [...] des situations individuelles de dépendance, vis-à-vis du bénéficiaire d'une protection internationale, de parents proches qui se trouvent déjà dans l'État membre et ne sont pas des membres de la famille dudit bénéficiaire. »

En 2013, la Suède a évalué une affaire impliquant un couple de même sexe non marié de demandeurs d'asile originaires d'Ouganda.⁶²⁵ Le Conseil des migrations a d'abord accordé le droit d'asile à un partenaire et l'a refusé à l'autre partenaire. Quelques jours plus tard, le couple s'est marié en Suède, et, peu de temps après, le second partenaire a à nouveau soumis une demande de permis de séjour au titre de son mariage. Il lui a été demandé de retourner en Ouganda afin de demander le regroupement familial. Toutefois, puisque retourner en Ouganda présentait un risque de persécution en raison de son orientation sexuelle, le droit d'asile lui a finalement été accordé en 2013.

5.5. Enfants de couples de même sexe

Développements majeurs

- Les enfants devraient grandir dans un milieu familial. Les États membres de l'UE sont tenus de veiller à ce que les enfants de couples de même sexe ne soient pas séparés de leurs parents contre leur volonté et à ce que toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État membre ou de le quitter aux fins du regroupement familial soit considérée par les États membres dans un esprit positif, avec humanité et diligence.

620 CouEDH, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, 24 juillet 2003 ; *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010 ; *Vallianatos et autres c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013, para. 92 ; *P.B et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010, para. 34.

621 CouEDH, *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010.

622 CouEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, 24 juin 2010.

623 CouEDH, *P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010.

624 CouEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013.

625 Landes, D. (2013), « Gay Ugandan couple to remain in Sweden », *The Local*, 1^{er} mars 2013.

La Directive relative à la libre circulation inclut dans la notion de « membre de la famille » « les descendants directs » de citoyens de l'Union ou de leur conjoint ou partenaire [tel que défini à l'article 2, paragraphe 2, point b)]. Ces descendants comprennent deux catégories : ceux qui sont âgés de moins de 21 ans et ceux qui sont âgés de plus de 21 ans. Afin de bénéficier du droit au regroupement familial, le descendant doit prouver sa dépendance vis-à-vis du citoyen de l'Union ou du partenaire de celui-ci. Toutefois, le statut des enfants qui ne sont pas des descendants, comme les enfants placés en famille d'accueil, soulève des questions.

Dans ses lignes directrices de 2009 destinées à améliorer la transposition et l'application de la Directive relative à la libre circulation,⁶²⁶ la Commission européenne déclare que :

« la notion de descendants et ascendants directs s'étend aux enfants et parents adoptifs ainsi qu'aux mineurs accompagnés d'un tuteur légal permanent. En cas de garde temporaire, les enfants et parents adoptifs peuvent avoir des droits en vertu de la Directive, en fonction de la force du lien qui les unit dans le cas d'espèce. »

Il convient de rappeler que les enfants adoptés sont pleinement protégés par l'article 8 de la CEDH.⁶²⁷ La Commission européenne ajoute également qu'il n'existe aucune restriction quant au degré de parenté. Cela implique que la notion de descendant couvre les petits-enfants et les arrière-petits-enfants. Bien que la Directive ne le précise pas, la Commission européenne note que les autorités nationales peuvent demander aux intéressés d'apporter la preuve du lien de parenté allégué.

La Directive couvre les enfants du conjoint.⁶²⁸ Il s'agit d'une situation courante parmi les parents LGBTI, probablement en particulier dans les États membres qui n'autorisent pas deux individus de même sexe à être chacun le parent légal d'un enfant. Certains couples d'hommes ont recours à la gestation pour autrui pour concevoir un enfant. Deux arrêts récents de la CouEDH

traitent de la possibilité de refuser l'enregistrement d'une ordonnance étrangère qui octroie aux couples de sexe différent ayant eu recours à la gestation pour autrui à l'étranger, le statut de parents légaux de l'enfant. Selon la Cour, dans de tels cas, la marge d'appréciation est limitée à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit de l'enfant au respect de sa vie privée doit en particulier être protégé (article 8 de la CEDH).⁶²⁹ Puisqu'il est nécessaire d'appliquer le principe général de l'intérêt supérieur de l'enfant, le fait que les parents soient de même sexe ou de sexe différent semble dénué de pertinence dans ce contexte.

La Directive relative à la libre circulation et la Directive relative au regroupement familial présentent certaines différences. L'article 4, paragraphe 1, de cette dernière dispose que les « enfants mineurs », y compris les enfants adoptés du regroupant ou de son conjoint, ont droit au regroupement familial à condition que le regroupant ou son conjoint ait le droit de garde et en ait la charge. Cette disposition semble donner lieu à davantage de restrictions que la Directive relative à la libre circulation, selon laquelle « les descendants directs » incluent les enfants de moins de 21 ans qui ne sont pas à charge et les enfants en charge, même s'ils sont âgés de plus de 21 ans.

L'article 4, paragraphe 2, de la Directive relative au regroupement familial contient des dispositions facultatives donnant la possibilité aux États membres d'autoriser l'entrée et le séjour des descendants majeurs célibataires.

Dans ses lignes directrices pour l'application de la Directive relative au regroupement familial,⁶³⁰ la Commission européenne note qu'en vertu de l'article 5, paragraphe 5, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans tous les actes relatifs aux enfants. Les États membres doivent dès lors tenir compte du bien-être de l'enfant et de la situation familiale conformément au principe du respect de la vie familiale, tel que reconnu par la Convention relative aux droits de l'enfant et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne a estimé que⁶³¹ l'article 5, paragraphe 5, et le considérant 2 imposent, lorsque l'administration d'un État membre examine une demande, d'interpréter

626 Commission européenne (2009), *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la Directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*, COM(2009) 313 final, Bruxelles, 2 juillet 2009.

627 Commission européenne des droits de l'homme, *X c. Belgique et Pays-Bas*, n° 6482/74, 10 juillet 1975 ; Commission européenne des droits de l'homme, *X c. France*, n° 9993/82, 5 octobre 1982 ; CouEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, n° 21830/93, 22 avril 1997.

628 CJUE, Arrêt dans l'affaire C-413/99, *Baumbast et R contre Secretary of State for the Home Department*, 17 septembre 2002, para. 57.

629 CouEDH, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, 26 juin 2014 ; CouEDH, *Labassee c. France*, n° 65941/11, 26 juin 2014. Les deux arrêts sont devenus définitifs au titre de l'article 44, paragraphe 2, de la Convention le 26 septembre 2014.

630 Commission européenne (2014c), *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant les lignes directrices pour l'application de la Directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial*, COM(2014) 210 final, Bruxelles, 3 avril 2014.

631 CJUE, Arrêt dans l'affaire C-356/11, *O. et S. c. Maahanmuuttovirasto*, et C-357/11, *Maahanmuuttovirasto c. L.*, 6 décembre 2012, para. 80.



et d'appliquer la Directive à la lumière du respect de la vie privée et familiale⁶³² et des droits de l'enfant⁶³³ consacrés dans la Charte.

La CJUE a également estimé⁶³⁴ que pour l'épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant, ce dernier doit grandir dans le milieu familial,⁶³⁵ que les États membres doivent veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre son gré⁶³⁶ et que toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État membre ou de le quitter aux fins de réunification familiale soit considérée par les États membres dans un esprit positif, avec humanité et diligence.⁶³⁷

En outre, la CJUE a reconnu⁶³⁸ que le droit au respect de la vie privée ou familiale doit être lu en corrélation avec l'obligation de prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant,⁶³⁹ et en tenant compte de la nécessité pour un enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents (s'il en a deux).⁶⁴⁰

La situation des enfants de couples de même sexe soulève une question particulière dans les États membres où les partenaires de même sexe ne sont pas légalement reconnus. En principe, l'enfant déclaré d'un citoyen de l'UE ne devrait rencontrer aucun problème lors de l'exercice de son droit à la libre circulation. En revanche, les enfants déclarés d'un ressortissant de pays tiers ayant contracté un partenariat enregistré avec un citoyen de l'UE de même sexe ne jouissent pas de la même protection de manière uniforme. Cette situation a été signalée en Bulgarie, en Grèce et en Estonie.

Dans d'autres États membres, la situation est en train de changer au vu du renforcement de la reconnaissance et de la protection des couples de même sexe. En France par exemple, la Cour de cassation a estimé en 2012 que la transcription sur les registres de l'état civil français d'un certificat d'adoption étranger reconnaissant deux individus non mariés de même sexe comme parents « est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation ».⁶⁴¹ Le mariage des couples de personnes de même sexe ayant été autorisé en 2013, ce

jugement devrait être revu, puisque la nouvelle loi sur le mariage offre aux couples de même sexe la possibilité d'adopter, créant ainsi un nouveau principe général dans le droit français de la filiation. Néanmoins, lorsque la législation nationale sur les couples de même sexe n'offre pas de protection spécifique à leurs enfants, la pleine jouissance par ces derniers de leur droit à la libre circulation reste incertaine.

En ce qui concerne la protection internationale, la Directive relative aux conditions requises (refonte) n'inclut pas explicitement les enfants de couples de même sexe ou d'un parent LGBTI célibataire. Toutefois, l'article 2, point j), de la Directive inclut dans la notion de « membres de la famille », dans le contexte de l'asile et/ou de la protection subsidiaire, « les enfants mineurs des couples ou du bénéficiaire d'une protection internationale, à condition qu'ils soient non mariés et sans tenir compte du fait qu'ils sont légitimes, nés hors mariage ou adoptés selon les définitions du droit national ». Un « mineur » est défini comme un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride âgé de moins de 18 ans.

Les recherches effectuées aux fins de l'élaboration du présent rapport n'ont pas permis de recenser des cas de demandes de permis de séjour soumises par des partenaires de même sexe et leurs enfants en tant que « membres de la famille ». On pourrait faire valoir que conformément à la Directive relative aux conditions requises (refonte), les enfants de couples de même sexe ou dont un parent est LGBTI doivent se voir accorder un droit de séjour lorsque l'un de leurs parents bénéficie d'une protection internationale. Dans le même temps, il semble qu'une protection internationale devrait être accordée au tuteur légal ou à l'adulte responsable de l'enfant LGBTI bénéficiaire d'une protection internationale. Le considérant 38 de la Directive relative aux conditions requises (refonte) fait référence à « l'intérêt supérieur de l'enfant », dont les États membres doivent tenir dûment compte lorsqu'ils décident du droit aux avantages qu'elle prévoit.

632 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 7.

633 *Ibid.*, art. 24, paras. 2 et 3.

634 CJUE, Arrêt dans l'affaire C-540/03, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, 27 juin 2006, para. 57.

635 ONU, Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, sixième considérant du préambule.

636 *Ibid.*, art. 9, para. 1.

637 *Ibid.*, art. 10, para. 1.

638 CJUE, Arrêt dans l'affaire C-540/03, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, 27 juin 2006, para. 58.

639 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 24, para. 2.

640 *Ibid.*, art. 24, para. 3.

641 France, Cour de cassation, Décision n° 11-30262, 7 juin 2012.

6

Asile et protection internationale pour les personnes LGBTI



Les personnes LGBTI cherchent asile dans les États membres de l'Union européenne car elles peuvent être victimes de persécution et de harcèlement dans leur pays d'origine. Le présent chapitre examine la situation juridique des personnes LGBTI aspirant à une protection internationale. Tout d'abord, il se penche sur l'approche juridique et institutionnelle adoptée par l'Union européenne en ce qui concerne les personnes LGBTI demandant l'asile. Ensuite, il examine si, et dans quelle mesure, le droit de l'UE considère l'orientation sexuelle et l'identité de genre comme motifs de reconnaissance du droit d'asile. Troisièmement, il analyse la façon dont la Cour de justice de l'Union européenne interprète la Directive relative aux conditions requises et passe en revue les arrêts les plus récents rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans ce domaine. Enfin, il examine certaines questions récurrentes, notamment l'évaluation de la crédibilité du demandeur et la question de savoir si l'on peut attendre de lui qu'il cache des aspects de son identité afin d'éviter d'être persécuté, qui sont étroitement liées au refus d'accorder une protection internationale aux personnes LGBTI.

6.1. Contexte juridique et institutionnel

Développement majeur

- La Directive relative aux conditions requises (refonte) inclut l'orientation sexuelle et l'identité de genre parmi les caractéristiques dont il convient de tenir compte lors de l'évaluation de l'appartenance d'un individu à un groupe social spécifique nécessitant une protection internationale.

La Convention de 1951 relative au statut des réfugiés⁶⁴² et la Directive relative aux conditions requises (refonte)⁶⁴³ sont actuellement les principaux textes juridiques gouvernant le droit à la protection internationale, soit le statut de réfugié et le statut de protection subsidiaire. L'objectif de la Directive est d'établir des normes relatives à l'octroi par les États membres d'une protection internationale aux ressortissants de pays tiers et aux apatrides et au contenu de cette protection.

Elle confirme les principes qui sous-tendent la Directive 2004/83/CE du Conseil (relative aux conditions requises),⁶⁴⁴ mais contient un certain nombre de changements importants destinés à atteindre des normes plus élevées en ce qui concerne la reconnaissance et le contenu de la protection internationale. La nouveauté la plus importante concernant les personnes LGBTI est l'inclusion explicite de l'identité de genre parmi les caractéristiques personnelles dont il convient de tenir compte lors de l'évaluation des motifs de persécution et de l'appartenance d'une personne à un « certain groupe social » nécessitant une protection internationale. L'orientation sexuelle était déjà explicitement incluse dans la version 2004 de la Directive.

642 ONU, Assemblée générale, *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, Recueil des traités des Nations Unies, vol. 189, p. 137.

643 La directive relative aux conditions requises (refonte) est entrée en vigueur le 21 décembre 2013.

644 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 2004 L 304.

Ni la Directive de 2004 ni la Directive de refonte ne s'appliquent au Danemark.⁶⁴⁵ L'Irlande et le Royaume-Uni continuent à appliquer la Directive de 2004.⁶⁴⁶

Les instruments juridiques du régime d'asile européen commun (RAEC) suivants sont également pertinents pour les demandeurs d'asile LGBTI :

- la Directive sur les procédures d'asile (refonte),⁶⁴⁷ établit les normes relatives aux procédures dans les États membres de l'UE, et introduit des références à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans son texte. Les États membres doivent donc offrir aux demandeurs LGBTI des garanties de procédure spécifiques en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre. Ces demandeurs devraient se voir accorder un soutien adéquat, et notamment disposer de suffisamment de temps, afin de créer les conditions requises pour qu'ils aient effectivement accès aux procédures et pour qu'ils puissent présenter les éléments nécessaires pour étayer leur demande de protection internationale (article 11). En outre, les États membres doivent veiller à ce que la personne chargée de mener l'entretien soit compétente pour tenir compte de la situation personnelle et générale dans laquelle s'inscrit la demande, notamment l'orientation sexuelle ou l'identité de genre du demandeur (article 15) ;
- la Directive relative aux conditions d'accueil (refonte)⁶⁴⁸ a pour objectif de garantir le respect des droits fondamentaux des demandeurs concernés, notamment en établissant les conditions matérielles d'accueil et en garantissant l'égalité de traitement des demandeurs dans l'ensemble de l'Union. Conformément à la Directive, les États membres doivent prévenir la violence, notamment la violence fondée sur le genre, dans les locaux d'hébergement. La définition de « personne vulnérable » fixée à l'article 21 peut aussi inclure les personnes LGBT demandant l'asile ;
- le Règlement de Dublin (refonte)⁶⁴⁹ établit les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite par un

ressortissant de pays tiers ou un apatride. Il fixe des critères destinés à éviter la séparation de membres de la famille qui sont également LGBTI lorsqu'ils introduisent une demande de protection internationale (considérants 14 à 16 et articles 8 à 11).

En février 2014, le Parlement européen a adopté une Résolution dans laquelle il invite la Commission européenne et les agences concernées à travailler de concert afin de garantir que les législations nationales mettant en œuvre la Directive relative aux conditions requises (refonte) et la Directive relative aux conditions d'accueil (refonte) tiennent compte des enjeux spécifiques liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.⁶⁵⁰

6.1.1. Rôle des fonctionnaires responsables des demandes d'asile, des institutions internationales et des ONG

Développement majeur

- Les autorités de certains États membres de l'UE en charge du traitement et de l'évaluation des demandes d'asile introduites par des personnes LGBTI comptent dans leur personnel des experts en matière de questions LGBTI.

En Belgique, par exemple, un fonctionnaire de l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile est exclusivement chargé du traitement des demandes d'asile ou de protection subsidiaire fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

Plusieurs agences internationales et ONG fournissent un soutien essentiel dans le cadre de la gestion des demandes d'asile introduites par des personnes LGBTI.

Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) contribue de manière importante, notamment en fournissant une aide technique. Les principes directeurs du HCR sur la protection internationale n° 9 (« Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés ») fournissent une orientation interprétative juridique concernant l'évaluation des demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre à l'intention des gouvernements,

645 Directive relative aux conditions requises (refonte), considérant 51.

646 *Ibid.*, considérant 50.

647 Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), JO 2013 L 180.

648 Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), JO 2013 L 180.

649 Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), JO 2013 L 180.

650 Parlement européen (2014a), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, para. 4, point k), sous i).

des praticiens du droit, des décideurs politiques et du système judiciaire.⁶⁵¹

Au niveau de l'UE, le Règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 a établi un Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) en mai 2010.⁶⁵² Le préambule rappelle les « grandes disparités » qui subsistent entre les États membres en ce qui concerne l'octroi de la protection internationale et les formes que celle-ci revêt, malgré la création du régime d'asile européen commun (RAEC). Comme cela est souligné à la section 5.4, c'est particulièrement le cas pour les demandeurs d'asile LGBTI. Conformément aux articles 1^{er} et 2 du règlement, le rôle de l'EASO est d'améliorer la mise en œuvre du RAEC, de renforcer la coopération entre les États membres et d'apporter un appui opérationnel aux États membres, notamment une expertise technique et scientifique. L'importance du rôle de l'EASO est reconnue par la Résolution du Parlement européen adoptée en février 2014, qui invite l'EASO à travailler de concert avec la Commission européenne afin de garantir qu'il soit tenu compte des enjeux spécifiques liés à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre lors de la mise en œuvre et du suivi de la législation relative à l'asile.⁶⁵³ L'EASO a développé un programme de formation professionnelle qui vise à soutenir les États membres dans le développement et le renforcement des qualifications et des compétences de leurs fonctionnaires chargés du traitement des demandes d'asile. Le programme de formation de l'EASO comprend un module sur le genre, l'identité de genre et l'orientation sexuelle. Le Parlement européen a invité la Commission européenne et les États membres à veiller à ce que les professionnels de l'asile, y compris les personnes chargées des entretiens et les interprètes, reçoivent une formation adéquate pour gérer les enjeux spécifiques aux personnes LGBTI.⁶⁵⁴ Il invite également l'EASO, lorsque celui-ci collecte des informations sur le pays d'origine des demandeurs d'asile, à veiller à ce que la situation juridique et sociale des personnes LGBTI dans leur pays d'origine soit systématiquement consignée et que ces informations soient mises à la disposition des personnes chargées de statuer sur les demandes d'asile, dans le cadre des informations sur le pays d'origine.⁶⁵⁵

Au vu du nombre croissant de personnes cherchant une protection internationale dans l'UE, les États membres

ont recours à des listes de pays d'origine « sûrs » pour accélérer les procédures d'asile. Ces listes sont toutefois élaborées sans aucune mention du risque spécifique de persécution fondée sur l'orientation sexuelle par des organismes publics ou des acteurs non étatiques. Depuis la décision adoptée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) le 20 novembre 2009, la liste utilisée en France comprend 19 États (Albanie, Arménie, Bénin, Bosnie-Herzégovine, Cap-Vert, Croatie, Géorgie, Ghana, Inde, Kosovo, Macédoine, Madagascar, Mali, Maurice, Mongolie, Sénégal, Serbie, Tanzanie et Turquie).⁶⁵⁶ Les personnes originaires de ces pays ne peuvent bénéficier d'avantages temporaires ou de permis de séjour. Leurs demandes font l'objet d'une procédure accélérée et leurs recours n'ont pas d'effet suspensif, ce qui signifie qu'elles peuvent être expulsées avant que la Cour nationale du droit d'asile (CNDA, auparavant la CRR) n'examine leur recours. Toutefois, selon ILGA-Europe, certains de ces États possèdent une législation explicitement homophobe qui interdit les activités et les relations entre personnes de même sexe. Au Ghana, en Inde, au Sénégal et en Tanzanie, par exemple, celles-ci sont passibles d'emprisonnement.⁶⁵⁷

Les ONG constituent une ressource clé à cet égard. Le bulletin hebdomadaire du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (ECRE), par exemple, fournit des informations au sujet des dernières évolutions en matière d'asile et de protection des réfugiés en Europe.⁶⁵⁸ Le Réseau juridique européen en matière d'asile (ELENA), un réseau de praticiens du droit, fournit des services individuels de conseil et de représentation.⁶⁵⁹

Les ONG soutiennent les demandeurs d'asile LGBTI au niveau national et européen, en leur fournissant une assistance juridique et sociale et en coopérant avec les autorités publiques et les organismes de promotion de l'égalité.

En 2014, ILGA-Europe⁶⁶⁰ a formulé des lignes directrices pour la transposition de la Directive relative aux conditions requises (refonte) et de la Directive relative aux conditions d'accueil (refonte), et en particulier les dispositions qui ont un impact sur les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de

651 ONU, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), Principes directeurs du 23 octobre 2012, HCR/GIP/12/01.

652 Règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, JO 2010 L 132.

653 Parlement européen (2014a), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, para. 4, point k), sous i).

654 *Ibid.*, para. 4, point k), sous ii).

655 *Ibid.*, para. 4, point k), sous iii).

656 L'Albanie et le Niger ont été rayés de la liste à la suite d'une décision du Conseil d'État en 2008 (France, Conseil d'État, n° 295443, 13 février 2008). L'Albanie a été à nouveau ajoutée à la liste, de même que la Géorgie et le Kosovo, le 16 décembre 2013. Pour en savoir plus : www.asylumineurope.org/reports/country/france/overview-main-changes-previous-report-update.

657 ILGA (2014), *Maps on lesbian and gay rights in the world*.

658 Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (ECRE), *Bulletin hebdomadaire*.

659 ECRE, Réseau juridique européen en matière d'asile (*European Legal Network on Asylum*, ELENA).

660 Pour plus d'informations sur les outils juridiques et les publications d'ILGA-Europe, voir www.ilga-europe.org/home/issues/asylum_in_europe.

genre.⁶⁶¹ La même organisation a publié une étude sur les bonnes pratiques relatives aux demandeurs d'asile en Europe.⁶⁶² En Suède, la Fédération pour les droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres (*Riksförbundet för homosexuella, bisexuella och transpersoners rättigheter*, RFSL) a élaboré un plan de travail pour 2012-2014 qui établit un ordre de priorité pour les travaux internationaux portant sur les personnes LGBTI et leurs droits fondamentaux, notamment les questions relatives à l'asile.⁶⁶³ Dans le cadre du plan de travail, la RFSL s'engage à sensibiliser davantage le personnel de l'Office de l'immigration (*Migrationsverket*) et du ministère des Affaires étrangères (*Utrikesdepartementet*).

Certaines autorités tendent à limiter les efforts consacrés aux personnes lesbiennes, gays et bisexuelles, en excluant les personnes trans et intersexuées car elles introduisent plus rarement des demandes d'asile. Toutefois, cela empêche également les autorités de renforcer leurs capacités relatives aux personnes trans et intersexuées, ce qui rend leur identification difficile. Elles ne figurent donc pas dans les statistiques. Le risque de persécution des personnes trans et intersexuées est pourtant très élevé dans de nombreux pays, et les autorités compétentes en matière d'asile ne sont pas assez sensibilisées à ce problème. La résolution du Parlement européen sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre inclut spécifiquement les personnes trans et intersexuées dans ses recommandations.⁶⁶⁴

6.2. L'orientation sexuelle et l'identité de genre en tant que motifs de reconnaissance du statut de réfugié

L'article 10, paragraphe 1, de la Directive relative aux conditions requises (refonte) prévoit le concept général de protection des individus persécutés en raison de leur « appartenance à un certain groupe social ».

661 Tsourdi, E. (2014), *Laying the ground for LGBT sensitive asylum decision-making in Europe: Transposition of the Recast Asylum Procedures Directive and of the recast Reception Conditions Directive*, Bruxelles, ILGA-Europe.

662 Jansen, S. (2014), *Good practices related to asylum applicants in Europe*, Bruxelles, ILGA-Europe.

663 Suède, RFSL, Plan de travail 2012-2014 de la Fédération suédoise pour les droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres (RFSL Versamhetsplan 2012-2014).

664 Parlement européen (2014), Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, para. 4.G.

Outre les groupes identifiés sur la base de caractéristiques comme l'ethnicité, la religion et la nationalité, le point d) de l'article définit comme « certain groupe social » un groupe dont les membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une conviction à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce. La définition précise également que le groupe en question possède une identité propre dans le pays d'origine parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante. La Directive identifie parmi ces groupes ceux dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle, ou une identité de genre. Le deuxième paragraphe du nouveau considérant 30 de la Directive précise que :

*« aux fins de la définition d'un certain groupe social, il convient de prendre dûment en considération les questions liées au genre du demandeur – notamment l'identité de genre et l'orientation sexuelle, qui peuvent être liées à certaines traditions juridiques et coutumes, [...] dans la mesure où elles se rapportent à la crainte fondée du demandeur d'être persécuté ».*⁶⁶⁵

6.2.1. Orientation sexuelle

Développement majeur

- Parmi les États membres de l'UE, seule l'Estonie semble ne pas considérer l'orientation sexuelle comme un motif légitime d'octroi d'une protection internationale.

À l'exception de l'Estonie, en 2014, le droit de l'ensemble des États membres de l'UE accorde explicitement le statut de réfugié aux individus persécutés en raison de leur orientation sexuelle. La législation mettant en œuvre la Directive relative aux conditions requises de 2004 en Estonie⁶⁶⁶ ne précise pas ce qui est entendu par « appartenance à un groupe social spécifique » en tant que motif de persécution. Le ministère estonien de l'Intérieur a signalé que la notion de « groupe social spécifique » a été interprétée comme couvrant l'orientation sexuelle. Toutefois, le peu d'informations disponibles sur les pratiques existantes indique que cette inclusion est pourtant implicite.⁶⁶⁷

665 Directive relative aux conditions requises (refonte).

666 Estonie, Loi sur l'octroi de la protection internationale aux étrangers (*Välismaalasele rahvusvahelise kaitse andmise seadus*), 14 décembre 2005.

667 Information fournie lors d'une conversation privée avec l'expert national de la FRA concerné.

Comme l'explique le considérant 51 de la Directive relative aux conditions requises (refonte), le Danemark n'a pas mis en œuvre la Directive relative aux conditions requises et n'est pas lié par celle-ci, ni soumis à son application. Il est toutefois lié par la Convention de Genève de 1951. Avant 2012, si un demandeur affirmait qu'il risquait d'être victime de persécution ou d'autres formes de préjudices en raison de son orientation sexuelle et/ou de son identité de genre, les autorités danoises compétentes en matière d'asile l'indiquaient dans l'évaluation réalisée au titre de la section 7 de la loi sur les étrangers (*Udlændningeloven*). Les demandeurs se voyaient toutefois accorder un permis de séjour au titre de la section 7, paragraphe 2 (protection subsidiaire), à la suite d'une évaluation des circonstances spécifiques de chaque cas individuel plutôt qu'un statut de réfugié au titre de la section 7, paragraphe 1, qui fait référence à l'appartenance à un « groupe social » en tant que motif de persécution. Cela signifie qu'avant 2012, les autorités danoises ne considéraient généralement pas l'orientation sexuelle du demandeur comme un motif de persécution aux fins de l'octroi du statut de réfugié. Elles examinaient si l'individu était bel et bien persécuté dans le pays d'origine et s'il existait un risque qu'il soit exposé à la peine de mort ou à la torture en cas d'expulsion.

Toutefois, à la suite de deux arrêts rendus par la Commission de recours des réfugiés (*Flygtningenævnet*) en 2012 portant sur des personnes transgenres,⁶⁶⁸ les personnes LGBTI sont aujourd'hui reconnues comme appartenant à un groupe social spécifique en raison de leur orientation sexuelle et/ou de leur identité de genre et bénéficient du statut de réfugié au titre de la section 7, paragraphe 1. En janvier 2013 par exemple, la Commission de recours des réfugiés a accordé l'asile à un homme homosexuel originaire d'Afghanistan sur la base d'un risque présumé de persécution en raison de son orientation sexuelle plutôt que sur la base de preuves d'une persécution antérieure. Quelques mois plus tard, la Commission de recours des réfugiés a accordé l'asile à une femme lesbienne originaire de l'Ouganda pour un motif analogue,⁶⁶⁹ et plusieurs autres affaires faisant suite aux précédents de 2012 ont été jugées depuis lors.

6.2.2. Identité de genre

Développement majeur

- Très peu d'informations sont disponibles sur les États membres qui accordent une protection internationale en raison de l'identité de genre. Des 22 États membres de l'UE qui ont mis en œuvre la Directive relative aux conditions requises (refonte), au moins cinq ont inclus l'identité de genre dans leur législation pertinente.

La Directive relative aux conditions requises (refonte) étend la protection offerte aux individus appartenant à un certain groupe social aux personnes trans, puisque celles-ci forment un « groupe social » spécifique dont les membres partagent une caractéristique commune et possèdent une identité propre en raison des perceptions de la société d'origine. La version actuelle de l'article 10, paragraphe 1, point d), fait clairement référence à l'identité de genre et énonce plus clairement l'obligation pour les États membres de reconnaître l'identité de genre comme un motif de persécution, ce qui pourrait entraîner l'octroi d'une protection internationale aux personnes trans. La version antérieure du même article de la Directive relative aux conditions requises de 2004 faisait plus vaguement référence à l'identité de genre, en stipulant que « les aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération, sans pour autant constituer en soi une présomption d'applicabilité du présent article ».⁶⁷⁰

Les données collectées par la FRA jusqu'à présent ne clarifient pas entièrement comment les États membres ont mis en œuvre le nouvel article 10, devant être transposé avant le 21 décembre 2013, et quelle a été l'incidence sur la jurisprudence, par exemple. Fin 2014, la Directive relative aux conditions requises (refonte) avait été mise en œuvre dans 22 États membres de l'UE. Parmi ceux-ci, au moins la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, le Portugal et la Slovénie incluent l'« identité de genre » dans les lois transposant le nouvel article 10. La Bulgarie, l'Espagne et la France n'avaient pas mis en œuvre la Directive relative aux conditions requises (refonte) au 21 décembre 2013.⁶⁷¹

668 Danemark, Commission de recours des réfugiés (*Flygtningenævnet*) (2014), *Flygtningenævnets beretning 2013*, août 2014, p. 337-347.

669 Danemark, Commission de recours des réfugiés (*Flygtningenævnet*), Décision ugan/2013/4.

670 Certaines versions linguistiques du texte rendent encore plus difficile le fait de garantir le caractère inclusif. La version française, par exemple, parle d'« aspects relatifs à l'égalité entre hommes et femmes ».

671 Le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni ont décidé de ne pas participer à l'adoption de la directive, ils ne sont donc pas tenus de la mettre en œuvre. EUR-Lex (2014), *Results of the search on National Implementing Measures of the recast Qualification Directive (72011L0095*)*.

En Croatie, la loi relative au droit d'asile (*Zakon o azilu*),⁶⁷² promulguée en 2007, inclut la persécution des personnes LGBTI comme motif pour l'octroi du droit d'asile, du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire. L'article 2, qui inclut l'orientation sexuelle parmi les motifs spécifiques, stipule explicitement que les caractéristiques personnelles liées au sexe ou à l'identité de genre d'un individu doivent être prises en compte dans l'interprétation du terme générique « persécution d'un groupe spécifique sur la base d'une caractéristique commune ».

6.3. L'orientation sexuelle et l'identité de genre dans la jurisprudence des cours européennes

Développement majeur

- La Cour de justice de l'Union européenne a joué un rôle essentiel en clarifiant la façon dont les demandes d'asile fondées sur la caractéristique protégée de l'orientation sexuelle doivent être évaluées.

Différents rapports ont identifié des préoccupations récurrentes relatives aux refus d'accorder une protection internationale aux personnes LGBTI.⁶⁷³ La CJUE et la Cour européenne des droits de l'homme ont déjà répondu à certaines de ces préoccupations. Il est intéressant de noter que les approches adoptées par la CJUE et la CouEDH en ce qui concerne l'octroi d'une protection internationale en raison de l'orientation sexuelle sont parfois divergentes, notamment sur des questions clés pour les demandeurs d'asile LGBTI, comme la question de savoir si l'on peut obliger les demandeurs à cacher leur orientation sexuelle pour éviter d'être persécuté.

Fin 2013 et fin 2014, la CJUE a rendu deux arrêts importants portant spécifiquement sur la situation des demandeurs d'asile LGBTI. Le premier arrêt, *X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*,⁶⁷⁴ rendu en 2013, aborde des aspects spécifiques de la reconnaissance du statut de réfugié en raison de l'orientation sexuelle. L'affaire traite de a) l'appartenance à un certain groupe social ; b) l'existence de règles qui sanctionnent

pénalement les actes homosexuels ; c) l'obligation de discrétion. Le second arrêt, *A, B, et C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, rendu en 2014, se concentre sur les méthodes admissibles pour évaluer la crédibilité des déclarations d'un demandeur concernant son orientation sexuelle.⁶⁷⁵

Dans le premier arrêt, la Cour a estimé que la Directive relative aux conditions requises doit être interprétée en ce sens que lorsque les actes librement consentis entre personnes du même sexe sont réprimés pénalement dans le pays d'origine, les personnes homosexuelles devraient être considérées comme appartenant à un certain groupe social.⁶⁷⁶ La Cour a estimé que les deux conditions fixées à l'article 10, paragraphe 1, point d) pour identifier un certain groupe social, soit les caractéristiques communes et le fait d'être perçu comme différent par la société, sont cumulatives.⁶⁷⁷ Cette interprétation est contradictoire avec celle de la Convention de Genève dans les principes directeurs du HCR,⁶⁷⁸ qui considère ces deux conditions comme étant alternatives et non cumulatives.

La CJUE a également jugé que la seule existence d'une législation pénalisant des actes homosexuels ne saurait être considérée comme un acte affectant le demandeur d'une manière si significative qu'il atteigne le niveau de gravité qui est nécessaire pour considérer que cette pénalisation constitue une persécution au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la directive.⁶⁷⁹ La Cour a cependant précisé qu'« une peine d'emprisonnement qui sanctionne des actes homosexuels et qui est effectivement appliquée dans le pays d'origine ayant adopté une telle législation doit être considérée comme étant une sanction disproportionnée ou discriminatoire et constitue donc un acte de persécution ».⁶⁸⁰

675 CJUE, Affaires jointes C-148/13 à C-150/13, *A (C-148/13), B (C-149/13) et C (C-150/13) c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 2 décembre 2014.

676 CJUE, Affaires jointes C-199/12 à C-201/12, *X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7 novembre 2013, para. 49.

677 *Ibid.*, para. 45.

678 ONU, HCR (2012a), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 9 : Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 23 octobre 2012, HCR/GIP/12/01 ; HCR (2002), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 2 : « L'appartenance à un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés*, 7 mai 2002, HCR/GIP/02/02.

679 CJUE, Affaires jointes C-199/12 à C-201/12, *X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7 novembre 2013, para. 56. En ce qui concerne la pénalisation des actes librement consentis entre personnes du même sexe, voir HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n° 9*, paras. 26 à 29.

680 CJUE, Affaires jointes C-199/12 à C-201/12, *X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7 novembre 2013, para. 61.

672 Croatie, Loi relative au droit d'asile (*Zakon o azilu*) (2007).

673 Voir par exemple Jansen, S. et Spijkerboer, T. (2011), *Fleeing homophobia: Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, Amsterdam, COC Nederland/Vrije Universiteit Amsterdam ; Jansen, S. (2014), *Good practices related to asylum applicants in Europe*, Bruxelles, ILGA-Europe.

674 CJUE, Affaires jointes C-199/12 à C-201/12, *X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7 novembre 2013.

Ce dernier aspect de l'arrêt de la CJUE représente une importante avancée car certains États membres de l'UE ne considèrent pas l'existence ou l'application d'une législation pénale sanctionnant les actes homosexuels comme un acte de persécution. La seule existence d'une législation pénalisant les actes librement consentis entre personnes du même sexe a un impact social, même lorsqu'elle n'est pas appliquée. Une telle législation encourage les comportements homophobes et empêche les personnes homosexuelles de demander et d'obtenir une protection juridique.

La Cour a également examiné ce qu'on appelle l'« obligation de discrétion », au titre de laquelle la demande de statut de réfugié a parfois été rejetée au motif que le demandeur pouvait éviter d'être persécuté en cachant son orientation sexuelle dans le pays d'origine. La CJUE a estimé qu'obliger les membres d'un groupe social partageant la même orientation sexuelle à cacher leur identité est contraire à la reconnaissance d'une caractéristique à ce point essentielle pour l'identité d'une personne qu'il ne devrait pas être exigé qu'elle y renonce.⁶⁸¹ En ce qui concerne la discrétion, aucune règle n'exige des décideurs qu'ils tiennent compte de la possibilité pour un demandeur d'éviter d'être persécuté en faisant preuve d'une réserve plus grande qu'une personne hétérosexuelle dans l'expression de son orientation sexuelle.⁶⁸²

Le 2 décembre 2014, la CJUE a rendu un deuxième jugement important. Dans l'arrêt *A, B, et C c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, la CJUE examine les méthodes admissibles pour évaluer la crédibilité du demandeur dans le cadre d'une demande d'asile fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour souligne que l'évaluation doit tenir compte du statut individuel ainsi que de la situation personnelle du demandeur.⁶⁸³ Elle ajoute que lors de l'entretien avec le demandeur, son incapacité à répondre à des questions portant sur des notions stéréotypées associées aux personnes homosexuelles ne saurait constituer un motif suffisant en vue de conclure au défaut de crédibilité des déclarations du demandeur quant à son orientation sexuelle.⁶⁸⁴ Les interrogatoires concernant les détails des pratiques sexuelles du demandeur sont contraires au droit au respect de la vie privée et familiale (article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).⁶⁸⁵ L'arrêt établit également que les autorités compétentes en matière d'asile ne peuvent accepter des éléments de preuve tels que l'accomplissement par les demandeurs d'actes

démontrant leur orientation sexuelle, ou leur soumission à des « tests » en vue d'établir leur orientation sexuelle, ou encore la production par les demandeurs de preuves telles que des enregistrements vidéo de leurs actes intimes. Ces éléments de preuve seraient de nature à porter atteinte à la dignité humaine, dont le respect est garanti par l'article 1^{er} de la Charte.⁶⁸⁶

Enfin, la CJUE explique également que le seul fait qu'un demandeur n'ait pas dévoilé son orientation sexuelle à la première occasion qui lui a été donnée en vue d'exposer les motifs de persécution, ne peut permettre de conclure au défaut de crédibilité des déclarations du demandeur quant à son orientation sexuelle.⁶⁸⁷

Il est intéressant de noter que l'approche de la CouEDH semble différer en partie de celle de la CJUE sur des questions très similaires.⁶⁸⁸ L'affaire *M.E. c. Suède* porte sur une demande introduite par les autorités suédoises pour l'expulsion d'une personne homosexuelle vers la Libye pour une courte durée afin qu'elle dépose une demande de regroupement familial avec son conjoint, un citoyen suédois. Le requérant a avancé que séjourner en Libye, même pour quelques mois, entraînerait le risque de subir de mauvais traitements en raison de son orientation sexuelle, ce qui est contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le requérant a décidé de ne pas révéler son orientation sexuelle à sa famille en Libye. Sur cette base, la CEDH a estimé qu'il avait fait un « choix délibéré de vivre discrètement » pour des « raisons d'ordre privé » plutôt que par crainte de persécutions. L'obliger à rester discret sur sa vie privée en Libye pendant une période d'environ quatre mois « ne saurait en soi être suffisant pour considérer que le seuil requis par l'article 3 de la Convention est atteint ».⁶⁸⁹

En ce qui concerne la Libye, où les actes homosexuels sont passibles d'emprisonnement en vertu du Code pénal libyen, la CouEDH a estimé qu'il n'existait pas suffisamment de preuves pour conclure que « les autorités libyennes persécutent activement les homosexuels ». Le requérant a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la CouEDH, qui lui a été accordé. Toutefois, dans l'intervalle, l'office des migrations a délivré un permis de séjour permanent en Suède au requérant et la requête a donc été rayée du rôle.⁶⁹⁰

La position adoptée par la CouEDH contraste à la fois avec celle du Comité des droits de l'homme des Nations

681 CJUE, Affaires jointes C-199/12 à C-201/12, *X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7 novembre 2013, paras. 45 et 46.

682 *Ibid.*, para. 75.

683 CJUE, Affaires jointes C-148/13 à C-150/13, *A (C-148/13), B (C-149/13) et C (C-150/13) c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 2 décembre 2014, para. 57.

684 *Ibid.*, para. 63.

685 *Ibid.*, para. 64.

686 *Ibid.*, para. 65.

687 *Ibid.*, para. 71.

688 CouEDH, *M.E. c. Suède*, n° 71398/12, 26 juin 2014.

689 *Ibid.*, para. 88.

690 *Ibid.*, para. 39.

Unies⁶⁹¹ et celle du Comité des Nations Unies contre la torture,⁶⁹² qui ont tous deux reconnus que même s'il n'existe aucune preuve de l'existence d'une persécution active fondée sur l'orientation sexuelle, la seule existence de dispositions pénalisant les actes homosexuels suffit à déclencher l'obligation de non-refoulement imposée à l'État d'accueil.

L'arrêt de la CouEDH contraste également avec la Recommandation CM/Rec(2010)5 aux États membres⁶⁹³ adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui, au point 43, indique que « les États membres devraient en particulier s'assurer que les demandeurs d'asile ne sont pas envoyés dans un pays où leur vie ou leur liberté seraient menacées [...] en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre », et pas uniquement si « ils risquent d'être soumis à des tortures, à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

En résumé, la jurisprudence de la CJUE a joué un rôle essentiel dans la définition de la mise en œuvre appropriée des normes européennes en matière d'octroi de la protection internationale sur la base de l'orientation sexuelle. Elle a également permis de renforcer le niveau de protection des droits des personnes LGBTI.

Lorsqu'une personne qui demande une protection internationale en raison de son orientation sexuelle fuit un pays qui pénalise les actes librement consentis entre personnes du même sexe, cette personne doit être considérée comme appartenant à un « certain groupe social » aux fins de l'octroi de la protection internationale. Lorsque la sanction pénale pour des actes entre personnes du même sexe est l'emprisonnement et que cette sanction est appliquée dans le pays d'origine, la sanction elle-même peut constituer un « acte de persécution ».

En outre, les autorités compétentes en matière d'asile ne peuvent attendre d'un demandeur qu'il dissimule son orientation sexuelle dans son pays d'origine, ni qu'il fasse preuve de réserve dans l'expression de son orientation sexuelle. Durant la procédure d'asile, le statut individuel et la situation personnelle du demandeur doivent être prises en considération. Il est interdit

de poser des questions détaillées sur les pratiques sexuelles. L'absence de réponse d'un demandeur à des questions stéréotypées ne peut constituer en soi un motif suffisant en vue de conclure au défaut de crédibilité des déclarations du demandeur quant à son orientation sexuelle. Les autorités compétentes en matière d'asile ne peuvent « tester » l'orientation sexuelle du demandeur. La divulgation de l'orientation sexuelle à un stade ultérieur de la procédure de demande de protection internationale ne peut constituer en soi un motif suffisant en vue de conclure au manque de crédibilité des déclarations du demandeur quant à son orientation sexuelle.

6.4. Questions spécifiques liées à la protection internationale des personnes LGBT

Développements majeurs

- Le manque de statistiques sur les cas de réfugiés LGBTI constitue un problème général que les États membres et l'Union européenne devraient résoudre.
- Le manque de données officielles rend plus difficile l'évaluation et le renforcement du régime d'asile de l'UE afin de garantir la protection des droits fondamentaux des personnes LGBTI.

La CJUE et la CouEDH n'ont pas encore traité d'importants aspects de la protection internationale, ce qui soulève des questions. Tout d'abord, en ce qui concerne la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les États membres de l'UE pourraient refuser de reconnaître la nécessité d'une protection internationale même dans les cas où le pays d'origine ne pénalise pas explicitement les actes librement consentis entre personnes du même sexe ou n'applique pas la législation pertinente. Ce refus pourrait revenir à ignorer la situation sociale dans le pays d'origine et les éventuels actes de persécution posés par des acteurs non étatiques à l'encontre des personnes LGBTI. En effet, l'homophobie et la transphobie n'ont pas besoin de cadre juridique pour être ancrées et manifestées dans la société. Dans la pratique, les attitudes homophobes et transphobes peuvent être profondément ancrées dans les mentalités et continuer de prévaloir bien après la modification de la loi.

Les menaces, les traitements inhumains ou dégradants et les assassinats, parfois commis par des membres de la famille de la victime, sont souvent socialement

691 ONU, Comité des droits de l'homme (HRC) (2013), *Communication n° 2149/2012 : Comité des droits de l'homme : Constatations adoptées par le Comité à sa 108e session (8-26 juillet 2013)*, CCPR/C/108/D/2149/2012, 26 septembre 2013, www.refworld.org/cgi-bin/telexis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5264f2024.

692 ONU, Comité contre la torture (2011), *Mondal c. Suède*, CAT/C/46/D/338/2008, 7 juillet 2011, www.refworld.org/docid/4eeb3bdc2.html.

693 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 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, 31 mars 2010.



justifiés en invoquant une atteinte à l'« honneur ». Les personnes LGBTI n'ont donc généralement pas la possibilité de demander la protection des autorités locales si celles-ci partagent la même conception de la « honte » et de l'« honneur ». En effet, ces autorités pourraient tolérer, voire faciliter ces actes de persécution.

Au cours de la période couverte par le présent rapport, des États membres de l'UE comme la Bulgarie, le Danemark et l'Espagne exigeaient d'une personne demandant l'asile en raison de son orientation sexuelle ou son identité de genre qu'elle prouve avoir fait l'objet de sanctions judiciaires.⁶⁹⁴

Cela laisse à penser que les autorités compétentes en matière d'asile pourraient ne pas accepter l'argument selon lequel l'orientation sexuelle ou l'identité de genre du demandeur pourrait entraîner des persécutions si cette orientation ou identité était exprimée ou révélée. Comme dans d'autres types de demandes pour lesquelles les persécutions sont le fait d'acteurs non étatiques, le principal critère devrait être la disponibilité ou non d'une protection efficace de la part de l'État. Dans certains États membres de l'UE, les autorités ont conclu que lorsque les actes homosexuels sont explicitement sanctionnés pénalement dans le pays d'origine, mais que cette interdiction ne concerne que les actes « ostentatoires » et ne s'étend pas à une pénalisation de l'« identité » LGBTI, la crainte d'être persécuté n'est pas justifiée. Cela suggère que les personnes homosexuelles devraient donc vivre une vie de chasteté ou de secret.

La tendance à refuser des demandes de protection internationale au motif de l'absence de persécution dans le pays d'origine si le demandeur a caché son homosexualité ou s'il s'est abstenu de toute « manifestation extérieure » devrait disparaître à la suite de l'arrêt rendu par la CJUE en 2013 dans l'affaire *X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*. La Cour a estimé que « le fait [que le demandeur] pourrait éviter le risque en faisant preuve d'une réserve plus grande qu'une personne hétérosexuelle dans l'expression de son orientation sexuelle n'est, à cet égard, pas à prendre en compte [...] ».⁶⁹⁵ Il convient également de noter qu'aucune obligation similaire n'est imposée aux demandeurs qui affirment courir un risque de persécution pour d'autres motifs, comme la religion ou les opinions politiques.

L'arrêt interprète également la directive relative aux conditions requises et note que : « la seule existence d'une législation pénalisant des actes homosexuels ne saurait être considérée comme un acte affectant le demandeur d'une manière si significative qu'il atteigne le niveau de gravité qui est nécessaire pour considérer que cette pénalisation constitue une persécution ». Cela ne tient cependant pas compte du fait que même si elles ne sont que sporadiquement, rarement voire jamais appliquées, les lois pénales interdisant les actes librement consentis entre personnes du même sexe peuvent mettre les personnes LGBTI dans des situations extrêmement difficiles, du même ordre que la persécution.⁶⁹⁶ Ce type de situations survient souvent lors de l'évaluation de demandes d'asile introduites par des ressortissants de pays qui ne font « que » pénaliser les actes librement consentis entre personnes du même sexe considérés comme un « comportement ostentatoire ».

Contrairement à la CJUE, la cour de cassation italienne a estimé en 2012 qu'il n'est pas nécessaire qu'une sanction pénale soit effectivement appliquée dans le pays d'origine, et que l'évaluation doit apprécier le niveau de désapprobation sociale et d'homophobie dans le pays d'origine, qui est renforcé par l'existence de dispositions pénales. L'affaire impliquait un homme homosexuel originaire du Sénégal, où l'homosexualité est sanctionnée par le droit pénal. Il a été conclu que sa crainte d'être persécuté en raison de son homosexualité s'il retournait dans son pays d'origine était justifiée.⁶⁹⁷

La jurisprudence analysée dans le cadre du présent rapport montre que dans de nombreux États membres, l'arrêt rendu par la CJUE en 2013 n'a pas encore eu d'incidence sur la situation des personnes LGBTI demandant l'asile.

En Allemagne, l'Office fédéral pour les migrations et les réfugiés (*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, BAMF) a refusé d'accorder le statut de réfugié ou une protection subsidiaire à un homme homosexuel du Nigéria. Le tribunal administratif de Ratisbonne (*Verwaltungsgericht*) a estimé que la législation nigériane relative aux homosexuels « doit être considérée comme une sanction disproportionnée ou discriminatoire et constitue donc un acte de persécution » et donne donc droit à l'asile.⁶⁹⁸ En l'espèce, aucun droit d'asile n'a cependant été accordé car le demandeur a été incapable de prouver être entré sur le territoire national sans transiter par un pays sûr dans lequel il

694 Jansen, S. et Spijkerboer, T. (2011), *Fleeing homophobia: Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, Amsterdam, COC Nederland/Vrije Universiteit Amsterdam, p. 24 ; Bulgarie, Tribunal administratif d'Haskovo (*Административен съд Хасково*), Décision n° 224/2013, affaire n° 254/2013, 22 août 2013.

695 CJUE, Affaires jointes C-199/12 à C-201/12, *X, Y et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7 novembre 2013, para. 75.

696 ONU, HCR (2012b), *Principes directeurs sur les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, HCR, 23 octobre 2012, para. 27.

697 Italie, Cour de cassation (*Corte di Cassazione*), affaire n° 15981, 20 septembre 2012.

698 Allemagne, Tribunal administratif (*Verwaltungsgericht*) de Ratisbonne, affaire RN 5 K 13.30226, 19 novembre 2013.

aurait pu échapper aux persécutions. À la lumière du risque réel de persécution, le demandeur s'est toutefois vu accorder une suspension de l'ordre d'expulsion.

Les difficultés rencontrées par les demandeurs d'asile LGB quand il s'agit de prouver l'existence de persécutions sont illustrées par la jurisprudence des États membres en la matière.

En Bulgarie par exemple, la Cour administrative suprême a confirmé le rejet d'une demande introduite par un citoyen nigérian homosexuel car elle a prêté foi à un rapport élaboré par l'Agence nationale pour les réfugiés. Ce rapport affirmait que même si l'homosexualité est passible de la peine de mort dans certaines régions du Nigéria, les garanties constitutionnelles en matière de protection et de libre circulation étaient suffisantes pour garantir la sécurité du demandeur.⁶⁹⁹ Au Luxembourg, un arrêt rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg⁷⁰⁰ en 2012 a rejeté une demande introduite par un homme homosexuel originaire de Serbie, qui affirmait avoir subi des agressions physiques de la part des membres de sa famille en raison de son orientation sexuelle. Le tribunal a estimé qu'il était incapable de prouver l'existence de persécutions.

Toutefois, il convient de souligner en général que dans de nombreux États membres, les autorités nationales en charge des réfugiés manquent de données statistiques sur les cas de réfugiés LGBTI. Ce manque constitue un problème général que les États membres et l'Union européenne devraient traiter.⁷⁰¹ Le manque de données officielles rend plus difficile l'évaluation des différents cas et le renforcement du régime d'asile européen afin de garantir la protection des droits fondamentaux des personnes LGBTI. La mise en œuvre de bonnes pratiques telles que la fourniture de conseils pratiques, l'établissement de normes en matière de collecte de données au niveau national et la collecte de ces données faciliterait cette évaluation et ce renforcement.

6.5. La question de la dissimulation

Développement majeur

- Les personnes LGBTI ne devraient pas être tenues d'avoir dissimulé leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine pour que leur demande de protection internationale puisse être reçue.

L'approche de certains États membres envers l'obligation de « discrétion » a évolué entre 2010 et 2014. Dans un arrêt rendu en juillet 2010,⁷⁰² la Cour suprême du Royaume-Uni a précisé que les préjugés et les stéréotypes ne peuvent intervenir dans les décisions relatives aux demandes d'asile, et celles-ci doivent reposer sur le droit d'une personne à vivre son homosexualité librement et ouvertement.⁷⁰³

Plusieurs arrêts rendus par la Cour suprême d'Irlande (*Irish High Court*) depuis 2010 concernant des demandes d'asile ont clairement indiqué que les personnes en charge de l'évaluation des demandes fondées sur l'orientation sexuelle ne peuvent pas rejeter celles-ci au motif que le demandeur peut éviter d'être persécuté en restant discret sur son orientation sexuelle dans son pays d'origine.⁷⁰⁴

En Finlande, la Cour administrative suprême (*Korkein hallinto-oikeus/Högsta förvaltningsdomstolen*) a statué en janvier 2012⁷⁰⁵ qu'on ne peut attendre d'un individu qu'il dissimule sa véritable identité sexuelle, même si cela lui permettrait d'éviter le risque de persécution. Le demandeur en question était un homme homosexuel originaire d'Iran, un pays où les personnes homosexuelles risquent la peine de mort. La Cour estime que même si un individu avait auparavant dissimulé son identité sexuelle pour des raisons sociales, culturelles ou religieuses, une fois que les autorités du pays d'origine prennent connaissance de l'orientation sexuelle du demandeur, il serait contraire à la convention de 1951

699 Bulgarie, Cour administrative suprême, cinquième chambre (*Върховен административен съд, пет-членен състав*), Décision n° 2193/2011, affaire n° 12542/2010, 14 février 2011.

700 Luxembourg, Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, n° 30447 du rôle, affaire n° 30447, 13 juin 2012.

701 Règlement (CE) n° 862/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 relatif aux statistiques communautaires sur la migration et la protection internationale, et abrogeant le règlement (CEE) n° 311/76 du Conseil relatif à l'établissement de statistiques concernant les travailleurs étrangers (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 199 du 31 juillet 2007, p. 23 à 29, art. 3 et 4.

702 Royaume-Uni, Cour suprême, *HJ (Iran) et HT (Cameroun) c. Secretary of State for the Home Department*, UKSC 31, 7 juillet 2010. Voir aussi le mémoire d'amicus curiae du HCR dans cette affaire, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department – Case for the first intervener (the United Nations High Commissioner for Refugees)*, 19 avril 2010, www.unhcr.org/refworld/docid/4bd1abbc2.html.

703 Royaume-Uni, Cour suprême, *HJ (Iran) et HT (Cameroun) c. Secretary of State for the Home Department*, UKSC 31, 7 juillet 2010, para. 78.

704 Irlande, *SA c. Refugee Appeals Tribunal*, IEHC 78, 2012.

705 Finlande, Cour administrative suprême (*Korkein hallinto-oikeus/Högsta förvaltningsdomstolen*), KHO 2012:1, 2012, www.refworld.org/docid/4f3cdf7e2.html.

relative au statut des réfugiés de continuer à attendre du demandeur qu'il dissimule son orientation sexuelle.

En France, le Conseil d'État (le plus haut tribunal administratif français) a clarifié certaines questions en 2012 dans une affaire où la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) avait refusé d'accorder le statut de réfugié à un homme originaire de la République démocratique du Congo au motif qu'il n'avait pas exprimé publiquement son orientation sexuelle dans son pays d'origine et que la législation congolaise n'interdit pas l'homosexualité. Le Conseil d'État a annulé cette décision, en estimant que l'octroi du statut de réfugié sur la base de l'appartenance à un certain groupe social fondé sur une orientation sexuelle commune ne nécessite pas que le demandeur manifeste publiquement son orientation sexuelle car « le groupe social n'est pas institué par ceux qui le composent, ni même du fait de l'existence objective de caractéristiques qu'on leur prête mais par le regard que portent sur ces personnes la société environnante ou les institutions ». Le Conseil d'État a ajouté que le fait qu'il n'existe aucune disposition pénale répressive spécifique contre l'homosexualité est sans incidence sur l'appréciation de la réalité des persécutions.⁷⁰⁶

D'autres pays ont également adopté des approches plus sensibles et plus factuelles. Aux Pays-Bas, la circulaire relative aux étrangers précise que les demandeurs LGB ne devraient pas être tenus de dissimuler leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine. Le 27 juin 2009,⁷⁰⁷ la circulaire relative aux étrangers a été modifiée pour préciser également que lorsque les actes librement consentis entre personnes du même sexe sont pénalisés dans le pays d'origine, il ne devrait pas être exigé du demandeur qu'il ait fait appel à la protection des autorités dans ce pays. Le 18 décembre 2013, la section d'administration du Conseil d'État⁷⁰⁸ a rendu deux arrêts concernant des demandeurs d'asile originaires de Sierra Leone et du Sénégal, dans lesquels elle a estimé que le secrétaire d'État ne pouvait pas exiger des demandeurs d'asile qu'ils fassent preuve d'une certaine réserve dans leur mode de vie.

En Allemagne, l'Office fédéral pour les migrations et les réfugiés (*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, BAMF) a modifié sa politique en matière de migration à la suite de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire de

persécution religieuse *Y et Z c. Allemagne*⁷⁰⁹ et a supprimé l'obligation de discrétion.⁷¹⁰

En conclusion, conformément à la jurisprudence de la CJUE, les personnes LGBTI ne devraient pas être tenues d'avoir dissimulé leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine pour que leur demande de protection internationale puisse être reçue. Elles devraient être autorisées à exprimer un trait fondamental de leur personnalité (comme l'orientation sexuelle), notamment à travers leur comportement et leurs relations. En ce qui concerne la pénalisation d'actes librement consentis entre personnes du même sexe, il n'est pas nécessaire que la crainte de la personne LGBTI de subir des persécutions soit fondée ou de prouver que les personnes LGBTI forment un « certain groupe social ».

6.6. Évaluation de la crédibilité

Développement majeur

- Les autorités ne peuvent évaluer la crédibilité des demandeurs d'asile à travers des questions stéréotypées ou des questions concernant les détails de leurs pratiques sexuelles. Il n'est pas non plus autorisé de « tester » l'homosexualité d'un demandeur.

La CJUE a partiellement répondu à la question de savoir si et comment une demande de protection internationale fondée sur l'orientation sexuelle peut être vérifiée dans l'arrêt rendu en décembre 2014 dans l'affaire *A (C-148/13)*, *B (C-149/13)* et *C (C-150/13) c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*.⁷¹¹

La CJUE a noté que la directive relative aux conditions requises (refonte) exige des autorités compétentes qu'elles déterminent la crédibilité du récit d'un demandeur lorsqu'elles évaluent les demandes de statut de réfugié, y compris celles fondées sur l'appartenance à un certain groupe social fondé sur l'orientation sexuelle. Lorsqu'elles procèdent à leurs inspections, les autorités compétentes doivent se conformer à la Charte des droits fondamentaux de l'UE, en particulier ses articles 1^{er} et 7. Comme mentionné ci-dessus, cela

706 France, Conseil d'État, *M. B.*, n° 349824, 27 juillet 2012.

707 Pays-Bas (2009), Circulaire de 2000 relative aux étrangers (*Vreemdelingencirculaire 2000*), section C2/2.10.2, telle que modifiée en 2009. L'amendement de 2009 [publié au Journal officiel (*Staatscourant*) 2009 n° 115] a été introduit à la suite d'une suggestion de l'organisation LGBT nationale COC Nederland.

708 Pays-Bas, Section d'administration du Conseil d'État (*Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State*), *affaires* n° 201109928 et 201012342/1/V2, 18 décembre 2013.

709 Cour de justice de l'Union européenne, Affaires jointes *C71/11* et *C99/11*, *Bundesrepublik Deutschland c. Y (C71/11)*, *Z (C99/11)*, 5 septembre 2012.

710 Allemagne, Office fédéral pour les migrations et les réfugiés (*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, BAMF) (2012), *Lettre de la BAMF au député Volker Beck* du 27 décembre 2012.

711 CJUE, Affaires jointes *C-148/13* à *C-150/13*, *A (C-148/13)*, *B (C-149/13)* et *C (C-150/13) c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 2 décembre 2014.

signifie que les autorités ne peuvent évaluer la crédibilité d'un demandeur d'asile à travers des questions stéréotypées (point 63) ou des questions concernant les détails de leurs pratiques sexuelles (point 64). Il n'est pas non plus autorisé de « tester » l'homosexualité d'un demandeur (point 65). Conformément à cette jurisprudence, il convient de considérer des pratiques comme les « tests phallométriques », recensées dans la version 2010 du présent rapport, comme étant contraires au droit de l'UE. La CJUE a également précisé que la révélation tardive de l'orientation sexuelle ne peut constituer en soi un motif suffisant en vue de conclure au défaut de crédibilité du demandeur (point 71).

En 2013, la CouEDH s'est penchée sur la question du moment de la révélation de l'orientation sexuelle dans l'affaire *M.K.N. c. Suède*, portant sur le rejet de la déclaration d'un ressortissant iraquien selon laquelle il était homosexuel.⁷¹² La CouEDH a relevé que le requérant n'avait révélé son orientation sexuelle qu'à un stade très tardif. Le requérant a déclaré avoir entretenu une relation avec un partenaire de même sexe, tué en Iraq, et a, dans le même temps, exprimé lors de la procédure l'intention de vivre avec sa femme et ses enfants lors de la procédure. Dans la lignée de ses décisions antérieures, la CouEDH a estimé qu'au vu de l'ensemble des circonstances, la déclaration du requérant concernant la relation homosexuelle n'était pas crédible car il n'avait pas fourni d'explication satisfaisante quant au fait qu'il n'ait déclaré son homosexualité que de manière tardive, tant dans la procédure nationale que dans la procédure devant la CouEDH.⁷¹³

Les décisions de la CJUE concernant les méthodes d'évaluation des demandes fondées sur l'orientation sexuelle sont conformes aux principes directeurs non contraignants du HCR sur les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, publiés le 23 octobre 2012.⁷¹⁴ Les principes directeurs disposent que « l'auto-identification en tant que personne LGBTI doit être prise comme une indication de l'orientation sexuelle et/ou de l'identité de genre du demandeur » [point 63, sous i)]. L'existence d'une présomption remettant en question la crédibilité des déclarations relatives à l'homosexualité de la personne demandant une protection internationale est en soi une source de préoccupation. Dans le même document, le HCR souligne que tout doute doit profiter au demandeur d'asile et que la crédibilité de son témoignage ne doit pas être remise en question simplement parce que la

personne ne correspond pas aux stéréotypes relatifs aux personnes LGBT (point 60). Le HCR ajoute que le « "contrôle" médical de l'orientation sexuelle d'un demandeur est une violation des droits fondamentaux de la personne humaine et ne doit pas être utilisé » (point 65). Enfin, il déclare qu'une personne ne doit pas être automatiquement considérée comme hétérosexuelle simplement parce qu'elle est, ou a été, mariée, a des enfants ou s'habille conformément aux normes sociales dominantes [point 63, sous vi)]. L'étude de la prise de conscience et de l'expérience du demandeur quant à son identité sexuelle, plutôt qu'un interrogatoire détaillé à propos de ses actes sexuels, peut contribuer de manière plus efficace à l'appréciation de la crédibilité du demandeur (point 62).

La CJUE ayant rendu son arrêt dans l'affaire *A (C-148/13)*, *B (C-149/13)* et *C (C-150/13) c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* le 2 décembre 2014, il n'a pas été possible d'évaluer son impact sur la jurisprudence et la pratique nationales.⁷¹⁵ En Hongrie, où aucun changement n'a eu lieu depuis l'adoption de la législation pertinente en 2007, l'Office de l'immigration et de la nationalité (*Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, BÁH*) aurait demandé, dans certains cas, l'avis d'experts en psychiatrie concernant l'orientation sexuelle de demandeurs d'asile. Aucune réglementation spécifique n'exige qu'un tel avis soit demandé, mais les règles générales de la procédure administrative autorisent les autorités à le faire.⁷¹⁶

Les tribunaux du Royaume-Uni ont abordé à maintes reprises la question de la preuve de l'orientation sexuelle. À cet égard, un arrêt rendu par un « first-tiers tribunal » en juillet 2013 rejetant la demande d'un homme originaire du Cameroun indiquait :

*Il n'existe aucune preuve en l'espèce que le requérant soit gay, à l'exception de ses propres déclarations et des documents camerounais produits. Il n'a en particulier entretenu aucune autre relation avec des hommes, et il n'existe aucun élément prouvant son homosexualité dans la communauté gay du Royaume-Uni.*⁷¹⁷

Dans une directive sur la politique en matière d'asile publiée le 11 février 2015, le ministère de l'Intérieur prend note des arrêts de la CJUE dans les affaires C-148/13, C-149/13 et C-150/13 et explique quelles méthodes pourraient être utilisées, au vu de ces arrêts, par les autorités

712 CouEDH, *M.K.N. c. Suède*, n° 72413/10.

713 CouEDH, *M.K.N. c. Suède*, n° 72413/10, para. 43.

714 ONU, HCR (2012b), *Principes directeurs sur les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, HCR, 23 octobre 2012 ; voir également : HCR (2013), *Written Observations of the United Nations High Commissioner for Refugees* dans les affaires A et autres (C-148/13, 149/13 et 150/13), 21 août 2013, C-148/13, C-149/13 et C-150/13.

715 CJUE, Affaires jointes C-148/13 à C-150/13, *A (C-148/13)*, *B (C-149/13)* et *C (C-150/13) c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 2 décembre 2014.

716 Hongrie, Loi n° CXL de 2004 sur les règles générales des procédures et services administratifs (2004. évi CXL. törvény a közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól), art. 5, para. 1, point a).

717 Royaume-Uni, First-tier Tribunal, *Man from Cameroon, Hatton Cross*, juillet 2013.



compétentes en matière d'asile lors de l'évaluation de la crédibilité des demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle.⁷¹⁸

En Bulgarie, les autorités ont jugé factice et infondée une demande introduite par un homme bisexuel marié originaire du Liban qui était persécuté par sa famille et sa femme après que ceux-ci aient découvert qu'il entretenait une liaison avec un autre homme. Sa demande d'asile a été rejetée car il avait une femme et des enfants.⁷¹⁹

En l'espèce, la crédibilité du demandeur quant à son homosexualité a été remise en question sur la base du fait qu'il avait eu des relations hétérosexuelles antérieures desquelles sont nés des enfants. Cependant, lors du traitement de ces affaires, il convient de garder à l'esprit que de nombreuses personnes lesbiennes et gays se marient pour tenter de se conformer aux

normes hétérosexuelles et donc éviter l'ostracisme et l'exclusion de leur famille et de leur communauté. Ils se marient parfois de force ou se marient volontairement à une personne de sexe différent et décident par la suite de reconnaître leur homosexualité. La distinction entre l'orientation sexuelle en tant qu'« identité » et en tant que « comportement » est souvent considérée comme pertinente à cet égard. Toutefois, en août 2012, un tribunal du Royaume-Uni⁷²⁰ a cru un requérant qui déclarait être gay bien qu'il ait été marié et ait trois enfants. L'arrêt précisait :

« Il n'y a rien de suspicieux dans le fait que le requérant n'ait pas eu de relations sexuelles au Royaume-Uni entre 2008 et 2011. Un homme gay n'est pas tenu d'avoir des relations sexuelles pour "prouver" son homosexualité, de la même façon qu'un homme hétérosexuel n'y est pas tenu pour son hétérosexualité. »

718 Royaume-Uni, Ministère de l'Intérieur (2015), Directive sur la politique en matière d'asile : Aspects relatifs à l'identité sexuelle dans la demande d'asile (*Asylum Policy Instruction. Sexual identity issues in the asylum claim*), 11 février 2015.

719 Jansen, S. et Spijkerboer, T. (2011), *Fleeing homophobia: Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, Amsterdam, COC Nederland/Vrije Universiteit Amsterdam, p. 59.

720 Royaume-Uni, Arrêt du tribunal, août 2012, cité par le UK Lesbian & Gay Immigration Group (2013), p. 18.

Conclusions

Le présent rapport présente les principales tendances concernant les droits fondamentaux des personnes LGBTI dans l'Union européenne au cours des cinq dernières années, tendances qu'il peut être utile de prendre en considération lors de l'analyse des actions à entreprendre au niveau de l'UE et des États membres.

En ce qui concerne la reconnaissance juridique du genre, un nombre croissant d'États membres adhère à l'idée que l'identité de genre est principalement une question d'autodétermination individuelle. Les organes juridiques et scientifiques ont pris d'importantes mesures pour « dépathologiser » le transsexualisme et le transgénérisme au cours des quatre dernières années. On constate également un assouplissement des conditions à remplir pour pouvoir modifier le nom et le sexe enregistrés sur les documents officiels, comme la chirurgie génitale avec stérilisation ou le fait de ne pas être marié, entraînant le divorce obligatoire/automatique. Le Danemark, Malte et l'Irlande ont adopté une législation autorisant la reconnaissance juridique du genre pour les personnes trans sur la base de leur autodétermination, supprimant ainsi l'exigence d'un diagnostic médical. Des progrès ont été réalisés quant au renforcement de l'accès des enfants trans à la reconnaissance juridique du genre, bien que ceux-ci aient été lents.

Les conditions et les procédures liées aux traitements de réassignation sexuelle et à la reconnaissance juridique du changement de sexe restent vagues, médicalisées et lourdes dans de nombreux États membres. Il reste à établir si les révisions actuelles des grandes normes médicales internationales auront une incidence rapide sur la législation en vigueur et les pratiques.

Le nombre des États membres qui élargissent la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au-delà du monde de l'emploi aux autres domaines visés par la Directive sur l'égalité raciale n'a cessé de croître. En 2014, l'interdiction de cette discrimination couvrait l'ensemble des domaines visés par la Directive dans 13 États membres (ce n'était le cas que dans 10 États membres en 2010). Toutefois, sept États membres n'ont pas encore étendu l'interdiction de la discrimination à l'ensemble de ces domaines (10 États membres en 2010). Une grande majorité des États membres (26) ont étendu le mandat de leurs organismes de promotion de l'égalité de façon à couvrir la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Même si ces réalisations au niveau des États membres ont largement contribué à la protection des personnes LGBTI contre la discrimination fondée sur tous les motifs, le problème de la « hiérarchie des motifs » subsiste au niveau de la législation générale de l'UE. Le

Conseil n'a pas encore adopté la proposition de directive « horizontale » de lutte contre les discriminations de la Commission européenne (la « Directive sur l'égalité de traitement »), qui interdirait la discrimination fondée sur tous les motifs visés par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans tous les domaines de la vie couverts par la Directive sur l'égalité raciale. Les progrès réalisés en ce qui concerne l'adoption de cette proposition de directive restent lents au vu de la difficulté d'obtenir l'unanimité au sein du Conseil.

La reconnaissance de l'identité de genre en tant que motif de discrimination reste inégale à travers les États membres de l'UE. En vertu du droit de l'UE, les personnes qui ont suivi ou qui souhaitent suivre un processus de conversion de genre sont protégées contre les discriminations fondées sur le « sexe ». De récentes évolutions soulignent de plus en plus l'établissement de l'identité de genre en tant que motif de protection autonome, mais à l'heure actuelle, le cadre relatif à la protection varie toujours selon les États membres. Tout d'abord, certains États membres protègent les personnes trans contre la discrimination « sexuelle » tandis que d'autres invoquent différents motifs, notamment le « changement de genre » ou l'« identité sexuelle ». Deuxièmement, dans certains États membres, la législation offre une protection explicite contre la discrimination fondée sur l'identité de genre, tandis que dans d'autres cette protection découle de l'usage des tribunaux et des organismes de promotion de l'égalité. Troisièmement, dans d'autres États membres, on ne sait toujours pas précisément quel est le motif de protection couvrant les personnes trans. Le mandat des organismes de promotion de l'égalité ne comprend souvent aucune indication quant aux personnes trans, ce qui entraîne des lacunes dans leur protection. Seuls huit États membres ont mis en œuvre des lois prévoyant une protection contre la discrimination fondée sur l'« identité de genre » et l'« expression de genre », outre le changement de genre. L'inclusion explicite du motif de l'« identité de genre » dans les versions futures de la directive concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux biens et services pourrait apporter une solution, comme l'a recommandé le Parlement européen dans le rapport Lunacek.

Bien que le droit de l'UE n'oblige pas les États membres à étendre l'institution du partenariat enregistré aux couples de même sexe ou à autoriser le mariage entre personnes de même sexe, des prestations sociales liées à l'emploi sont de plus en plus accordées au partenaire suite à la jurisprudence rendue par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que les tribunaux dans un certain nombre

d'États membres. Il est donc devenu de plus en plus difficile de traiter les couples de même sexe de manière moins favorable que les couples de sexe différent.

En ce qui concerne la liberté de réunion et d'expression des personnes LGBTI, on constate des améliorations dans plusieurs États membres où des marches des fiertés se sont déroulées sans incidents. Depuis 2010, deux types de manifestations publiques organisées contre les droits des personnes LGBTI ont eu lieu. Tout d'abord, des manifestations homophobes contre les marches des fiertés ont pris place dans au moins 13 États membres, et d'autres, ces manifestations ont gagné en taille et en fréquence. Les manifestations visibles de haine de la part de mouvements d'extrême droite xénophobes et/ou de groupes religieux se sont également intensifiées. Ensuite, des réactions négatives face aux mesures législatives ou administratives qui reconnaissent les droits des personnes LGBTI ont commencé à prendre la forme de manifestations et de protestations ponctuelles. Certaines ne sont pas explicitement anti-LGBTI mais s'érigent contre l'égalité d'accès à des droits spécifiques, ce qui pourrait avoir un impact particulièrement négatif sur l'exercice des droits fondamentaux des personnes LGBTI.

Plusieurs États membres de l'UE ont adopté des législations ou instauré des pratiques visant à promouvoir l'éducation et le dialogue afin de lutter contre les attitudes négatives envers les personnes LGBTI. En revanche, dans certains États membres, on a également assisté à diverses tentatives d'introduction d'une législation interdisant la soi-disant « promotion de l'homosexualité » et les relations entre personnes de même sexe en public, et plus particulièrement en présence d'enfants. Une telle législation est toujours en vigueur en Lituanie, malgré les vives préoccupations exprimées par le Parlement européen à cet égard.

En ce qui concerne les réponses aux agressions et à la victimisation à travers le droit pénal, 13 États membres érigeaient le discours de haine homophobe en infraction pénale de façon explicite depuis 2010, et sept autres États membres ont modifié leur droit pénal depuis lors. Huit États membres ont également rendu les discours de haine transphobes passibles de sanctions pénales. En outre, un nombre croissant d'États membres considèrent la motivation homophobe et transphobe comme une circonstance aggravante dans les infractions pénales. En 2015, 15 États membres de l'UE considéraient explicitement la motivation homophobe comme telle.

Le nombre d'États membres autorisant les couples de même sexe à se marier ou à conclure un partenariat enregistré n'a cessé d'augmenter, bien que neuf États membres n'offrent toujours aucune de ces deux possibilités. Onze États membres de l'UE ont autorisé le

mariage entre partenaires de même sexe, alors qu'ils n'étaient que cinq en 2010. Le manque d'accès à ces deux institutions affecte de manière significative le droit à la libre circulation des couples de même sexe. La Directive relative à la libre circulation oblige les États membres à autoriser l'entrée des partenaires enregistrés en tant que « membres de la famille » uniquement lorsque les partenariats sont considérés comme équivalents au mariage dans la législation nationale de l'État de destination. Les demandes introduites par les conjoints LGBTI de citoyens de l'UE visant à être reconnus comme des « membres de la famille » dans les pays qui ne reconnaissent pas le mariage entre personnes de même sexe soulignent la différence qui existe entre les législations nationales de ces pays et le droit l'UE. Néanmoins, dans 11 États membres de l'UE, aucune distinction n'est faite entre le conjoint de sexe différent et le conjoint de même sexe aux fins de l'octroi des droits d'entrée et de séjour (c'était le cas dans huit États membres en 2010). De même, 19 États membres octroient des droits d'entrée et de séjour aux partenaires enregistrés de même sexe, alors qu'ils étaient 14 à le faire en 2010. Dans les États membres restants, les partenaires de même sexe ne sont toujours pas reconnus.

En ce qui concerne le regroupement familial pour les ressortissants de pays tiers, plusieurs États membres semblent accorder un droit d'entrée et de séjour au conjoint de même sexe du regroupant. Néanmoins, la majorité des États membres de l'UE étendent le droit au regroupement familial aux conjoints, aux partenaires enregistrés ou aux partenaires de fait de même sexe originaires de pays tiers. En ce qui concerne les enfants, tel que le reconnaît la CJUE, il convient de tenir compte non seulement de leur droit au respect de leur vie privée ou familiale, mais également de la nécessité d'un développement complet et harmonieux de leur personnalité. Lors de l'application de la Directive relative à la libre circulation, de la Directive relative au regroupement familial et de la Directive relative aux conditions requises (refonte), les États membres doivent tenir compte du besoin de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents, y compris lorsque les parents ont le même sexe.

Conformément à l'article 24, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, les États membres sont tenus de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. Les enfants de couples de même sexe sont cependant victimes de discrimination indirecte dans les États membres de l'UE qui ne reconnaissent pas légalement les partenaires de même sexe. Dans certains cas, cette discrimination indirecte devient une discrimination directe fondée sur la nationalité, car si un enfant est l'enfant légal ou naturel d'un citoyen de l'UE, son droit à la libre circulation ne devrait pas être limité.



On constate une tendance positive dans la protection internationale accordée aux personnes LGBTI. À l'exception de l'Estonie, tous les États membres de l'UE incluent explicitement l'orientation sexuelle en tant que motif de persécution permettant l'obtention du statut de réfugié dans leur législation. Toutefois, les personnes trans ne bénéficient toujours pas du même degré de reconnaissance, même si la Directive relative aux conditions requises (refonte) inclut explicitement l'identité de genre parmi les caractéristiques personnelles à prendre en compte lors de l'évaluation des demandes d'asile. Un autre problème est l'approche adoptée par plusieurs États membres quand il s'agit de prouver une persécution fondée sur l'orientation sexuelle. Alors que certains États membres de l'UE reconnaissent le risque de persécution moyennant la preuve que l'homosexualité est socialement stigmatisée dans le pays d'origine, d'autres exigent encore pour cela que l'homosexualité soit considérée comme une infraction pénale et que des sanctions concrètes soient infligées dans le pays d'origine. Certains États membres refusent toujours d'accepter qu'il existe un risque de persécution parce qu'ils considèrent qu'il est simplement loisible au demandeur de cacher son orientation sexuelle dans son pays d'origine. La jurisprudence de la CJUE a clarifié les exigences à cet égard. Alors que la seule existence d'une législation pénalisant les actes homosexuels n'implique pas automatiquement l'existence d'un risque de persécution, ce qui signifie que la législation doit effectivement être appliquée à cette fin, les personnes LGBTI ne peuvent être juridiquement tenues de dissimuler leur orientation sexuelle.

La CJUE a en outre établi des critères importants pour l'évaluation de l'orientation sexuelle déclarée des demandeurs d'asile. Selon la CJUE, les autorités nationales compétentes ne peuvent :

- poser des questions détaillées sur les pratiques sexuelles des demandeurs d'asile ;
- autoriser des éléments de preuve tels que l'exécution par les demandeurs d'actes démontrant leur orientation sexuelle ;
- soumettre les demandeurs à des « tests » visant à prouver leur orientation sexuelle ;
- autoriser des éléments de preuve tels que des enregistrements vidéo de leurs actes intimes, car ceux-ci seraient de nature à porter atteinte à la dignité humaine.

De même, la révélation tardive de l'orientation sexuelle (en tant que motif de protection internationale) ne peut constituer en soi un motif suffisant en vue de conclure au défaut de crédibilité du demandeur.

Enfin, la situation des personnes intersexuées, analysée pour la première fois par la FRA dans le présent rapport, est caractérisée par le fait que le système juridique de la plupart des États membres de l'UE adopte un modèle strictement binaire du sexe, qui ne reflète pas la réalité des caractéristiques sexuelles de ces personnes. Cette approche a une incidence importante sur leur statut juridique. Les parents, les tuteurs légaux et le personnel médical responsables de l'accompagnement des enfants sont, par exemple, obligés d'attribuer à chaque nouveau-né l'un des deux sexes (« masculin » ou « féminin ») reconnus par la loi, même si ceux-ci ne correspondent peut-être pas aux caractéristiques sexuelles de l'enfant. Heureusement, au moins quatre États membres de l'UE autorisent déjà la mention d'un sexe neutre dans les actes de naissances. L'impact positif de cette possibilité peut ne pas être ressenti dans la pratique tant que la classification binaire du sexe persiste dans les mentalités : même lorsque la législation ne rend pas cette classification obligatoire, les personnes chargées de l'accompagnement des enfants peuvent se sentir obligées de l'adopter afin de répondre aux attentes sociales et d'éviter de différencier les enfants intersexués.

L'imposition de traitements médicaux de « normalisation sexuelle », notamment des opérations chirurgicales, aux enfants intersexués afin de faire correspondre leur sexe à la classification binaire est une pratique répandue. Elle suscite toujours des questions en matière de droits fondamentaux. Certains États membres ont relevé l'âge minimum requis pour l'imposition de tels traitements dans le but d'impliquer les patients dans la prise de décision. Les progrès réalisés à cet égard restent toutefois inégaux, et des opérations chirurgicales de conversion sexuelle ou liées au sexe sont réalisées sur des enfants et des jeunes intersexués dans au moins 21 États membres.

Pour conclure, même si l'on constate une évolution encourageante vers une meilleure protection des droits des personnes LGBTI dans l'UE, et dans certains États membres en particulier, peu de choses ont changé dans d'autres pays depuis le précédent rapport de 2010, et dans d'autres encore, on observe des reculs. L'absence d'une approche uniforme et d'un cadre d'action cohérent avec des échéances claires pour le respect des droits des personnes LGBTI est problématique ; les actions futures devront être mieux coordonnées au niveau de l'Union européenne. Cette coordination devrait idéalement reposer sur une approche synergique susceptible de mobiliser les outils législatifs, financiers et de coordination des politiques non seulement à court terme, mais aussi à long terme.

Comment prendre contact avec l'Union européenne?

En personne

Dans toute l'Union européenne, des centaines de centres d'information Europe Direct sont à votre disposition. Pour connaître l'adresse du centre le plus proche, visitez la page suivante: <http://europa.eu/contact>

Par téléphone ou courrier électronique

Europe Direct est un service qui répond à vos questions sur l'Union européenne.

Vous pouvez prendre contact avec ce service:

- par téléphone: via un numéro gratuit: 00 800 6 7 8 9 10 11 (certains opérateurs facturent cependant ces appels),
- au numéro de standard suivant: +32 22999696;
- par courrier électronique via la page <http://europa.eu/contact>

Comment trouver des informations sur l'Union européenne?

En ligne

Des informations sur l'Union européenne sont disponibles, dans toutes les langues officielles de l'UE, sur le site internet Europa à l'adresse <http://europa.eu>

Publications de l'Union européenne

Vous pouvez télécharger ou commander des publications gratuites et payantes sur le site EU Bookshop à l'adresse suivante: <http://publications.europa.eu/eubookshop>. Vous pouvez obtenir plusieurs exemplaires de publications gratuites en contactant Europe Direct ou votre centre d'information local (<http://europa.eu/contact>).

Droit de l'Union européenne et documents connexes

Pour accéder aux informations juridiques de l'Union, y compris à l'ensemble du droit de l'UE depuis 1951 dans toutes les versions linguistiques officielles, consultez EUR-Lex à l'adresse suivante: <http://eur-lex.europa.eu>

Données ouvertes de l'Union européenne

Le portail des données ouvertes de l'Union européenne (<http://data.europa.eu/euodp>) donne accès à des ensembles de données provenant de l'UE. Les données peuvent être téléchargées et réutilisées gratuitement, à des fins commerciales ou non commerciales.

HELPING TO MAKE FUNDAMENTAL RIGHTS A REALITY FOR EVERYONE IN THE EUROPEAN UNION

Alors que les droits des personnes lesbiennes, gays, bissexuelles, transgenres et intersexuées (LGBTI) font l'objet d'une reconnaissance accrue dans l'Union européenne (UE), de nombreux obstacles au plein exercice de leurs droits fondamentaux subsistent. Le présent rapport est une mise à jour de l'édition 2010 de l'analyse juridique comparative de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre de la FRA intitulée *Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*. Il présente les tendances et les développements au niveau national et de l'UE en se concentrant sur l'accès au genre et sa reconnaissance juridique, la non-discrimination dans le domaine de l'emploi, la liberté d'expression et de réunion ainsi que la liberté de circulation, le regroupement familial et l'asile, y compris l'octroi de la protection internationale aux personnes LGBTI et aux membres de leur famille. Le présent rapport se penche en outre pour la première fois en détail sur la situation des droits fondamentaux des personnes intersexuées. En identifiant tant les progrès accomplis que les reculs et les défis restants, il fournit un aperçu complet du statut actuel des droits LGBTI et constitue une ressource précieuse pour les acteurs à tous les niveaux qui œuvrent pour l'élimination de la discrimination à l'encontre de la communauté LGBTI.

FRA – AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Vienne – Autriche
Tél. +43 158030-0 – Fax +43 158030-699
fra.europa.eu – info@fra.europa.eu
facebook.com/fundamentalrights
linkedin.com/company/eu-fundamental-rights-agency
twitter.com/EURightsAgency



Office des publications