

ANNOTATIE

Semenya t. Zwitserland (EHRM, nr. 10934/21) – Onvoldoende rechtsbescherming tegen ongelijke behandeling van intersekse hardloopster

prof. mr. A.C. Hendriks

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 11-07-2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0711JUD001093421 (EHRC-2023-0187)

1. Het Hof oordeelt in de zaak *Semenya t. Zwitserland* over de uitsluiting van een intersekse hardloopster van internationale sportwedstrijden voor vrouwen. Deze uitsluiting was het gevolg van klaagsters weigering om een hormoonbehandeling te ondergaan. Aan deze uitspraak gingen diverse procedures vooraf, in laatste instantie bij het Zwitserse Federale Hof. Het EHRM had veel woorden nodig om de klachten te beoordelen om uiteindelijk te concluderen dat de uitsluiting van klaagster, die door het Federale Hof in stand waren gehouden, strijdig was met de normen van het EVRM. In deze noot beperk ik me tot de overwegingen van het Hof bij deze materiële beoordeling van de klachten. Doel is om na te gaan wat deze uitspraak betekent voor het onderscheid tussen mannen en vrouwen bij de sport en wat de gevolgen van de uitspraak zijn voor personen die niet duidelijk vallen in een van deze gendercategoriën.

2. Klaagster in deze zaak is de Zuid-Afrikaanse hardloopster Mokgadi Caster Semenya. Zij heeft diverse internationale, olympische en nationale hardlooptitels op haar naam staan. Al jarenlang bestaat er daarbij discussie over het gender van Semenya. Semenya is geboren als vrouw en doet ook als vrouw mee aan hardlooptwedstrijden. Haar fysieke kenmerken stemmen echter niet in alle opzichten overeen met die van een vrouw. Diverse personen

buiten Zuid-Afrika meenden dat Semenya vanwege haar afwijkende fysieke kenmerken, ook aangeduid als gender, een voordeel heeft boven ‘echte’ vrouwelijke hardlopers. De International Association of Athletics Federations (IAAF, thans World Athletics) had Semenya daarom verzocht mee te werken aan een geslachtsonderzoek. Daaruit kwam naar voren dat Semenya drie keer zoveel lichaamseigen testosteron heeft als een gemiddelde vrouw. Als gevolg daarvan besloot de IAAF op grond van de ‘Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Seks Development (DSD Regulations)’ om Semenya te verzoeken een hormoonbehandeling te starten om op die manier haar testosteronniveau te verlagen. Semenya had dit geweigerd. Daarom was het Semenya niet langer toegestaan deel te nemen aan internationale hardloophwedstrijden voor vrouwen.

3. Semenya vocht de uitsluiting aan. Klaagster beschouwt de toepassing van de DSD Regulations in haar situatie als discriminatie jegens een intersekse persoon, de wijze waarmee Semenya zich kennelijk identificeert. In een poging via arbitrage het geschil op te lossen werd de klacht in eerste instantie voorgelegd aan het Hof voor Sportarbitrage (CAS). Deze vorm van geschilbeslechting is verplicht volgens de internationale sportregels. Semenya werd in deze procedure ondersteund door de Zuid-Afrikaanse Atletiekbond (ASA). Een meerderheid van het CAS kwam tot de conclusie dat de DSD Regulations een ongelijke behandeling opleverden, maar wel noodzakelijk, redelijk en proportioneel waren om de doelen van de IAAF te bewerkstellings. In beroep werd de zaak beoordeeld door een lagere Zwitserse rechter en uiteindelijk door het Zwitserse Federale Hof, zoals eveneens verplicht volgens de internationale sportregels. Ook het Federale Hof oordeelde dat de DSD Regulations een geschikte, noodzakelijke en proportionele maatregel waren om de legitieme doelen van sport op basis van gelijkwaardigheid te dienen en om de ‘beschermd klasse’ te waarborgen. Met beschermd klasse doelt het IAAF op vrouwelijke sporters. Het Federale Hof voegde daaraan toe dat er geen sprake was van een verboden inbreuk op de persoonlijke integriteit van Semenya en dat Semenya de vrije keuze had om de hormoonbehandeling te weigeren.

4. Terwijl deze procedures liepen paste de IAAF de DSD Regulations aan. Deze regeling geldt sindsdien alleen voor hardlopers met XY chromosomen, dat wil zeggen de combinatie van geslachtshormonen die als mannelijk worden aangeduid. De DSD Regulations gelden niet meer voor hardlopers met XX chromosomen, hormonen die doorgaans bij vrouwen voorkomen. Bij Semenya is sprake van XY chromosomen, zodat de DSD Regulations op haar wel van toepassing blijven.

5. Hoe komt het Hof nu tot de conclusie dat de DSD Regulations discriminerend zijn jegens Semenya? Allereerst beziet het Hof daartoe of de uitsluiting van Semenya binnen de reikwijdte valt van het recht op privéleven zoals beschermd door art. 8 EVRM. Het Hof herinnert er in dit verband aan dat de DSD Regulations een inbreuk maken op de persoonlijke

identiteit van Semenya, waaronder haar geslacht en de verplichting om een medische behandeling te ondergaan.[1] Tevens wijst het Hof erop dat aan art. 8 EVRM het beginsel van individuele zelfbeschikking ten grondslag ligt.[2] Het Hof voegt daaraan toe dat onder art. 8 EVRM ook arbeidsgelateerde activiteiten vallen.[3] Van dat laatste is in het geval van Semenya sprake: zij wordt ernstig gehinderd door de DSD Regulations om haar beroep als hardlooper op internationaal niveau uit te oefenen. Daarmee valt de klacht binnen het bereik van art. 8 EVRM.

6. Volgens Semenya heeft de uitsluiting te maken met haar identiteit als intersekse persoon. Zij wordt door de DSD Regulations anders behandeld dan vrouwelijke hardlopers die niet onder deze regeling vallen – lees hardlopers met een XX chromosomenpaar. Tegelijkertijd wordt Semenya als intersekse persoon gelijk behandeld aan transgendermannen die een geslachtsveranderende operatie hebben ondergaan en aan cisgender mannen. Het Hof ziet hierin aanleiding om te bezien of het Zwitserse Federale Hof op juiste wijze heeft geoordeeld dat het onderscheid dat de DSD Regulations maken jegens bepaalde personen gerechtvaardigd is. Hieraan voegt het Hof toe dat onderscheid vanwege geslacht alleen gerechtvaardigd kan zijn in geval van redenen die solide en overtuigend zijn.[4] Voor het Hof is dit laatste aanleiding om de beoordeling van de klachten van Semenya door het CAS en het Zwitserse Federale Hof bijzonder kritisch te bezien, waarbij het Hof betreft dat Semenya alleen van deze rechtsgang gebruik kon maken op grond van de internationale sportregels. Het Hof concludeert vervolgens dat het Zwitserse Federale Hof te eenvoudig de internationale twijfels over de validiteit van de DSD Regulations en klachten van Semenya over de gezondheidsrisico's van de hormoonbehandeling heeft gepasseerd. Er was volgens het Hof daarom geen rechtvaardiging om het volgens de DSD Regulations gemaakte onderscheid te kunnen rechtvaardigen.

7. Vanwege de terughoudende wijze van toetsen door het Zwitserse Federale Hof oordeelt het Hof voorts dat Semenya een effectieve rechtsgang is onthouden. De toetsingsmogelijkheden van het Federale Hof waren op grond van de internationale sportregels beperkt tot een soort toetsing in cassatie. Aldus is volgens het Hof eveneens sprake geweest van een schending van art. 13 EVRM, in samenhang met art. 14 en 8 EVRM.

8. De redenen van drie van de zeven rechters om een dissenting opinion te schrijven hangen samen met hun visie op de ontvankelijkheid van de klachten van Semenya. In hun optiek gaat het hier om een geschil met betrekking tot een Zuid-Afrikaanse atlete, dat betrekking heeft op maatregelen van de IAAF (een particuliere organisatie) die haar beletten deel te nemen aan atletiekwedstrijden over de hele wereld. Weliswaar heeft het Zwitserse Federale Hof in laatste instantie uitspraak gedaan in de kwestie, maar omdat het in eerste instantie gaat om een arbitraal vonnis dat is gewezen door een partij die geen ingezetene van Zwitserland is (het

CAS), heeft het Zwitserse Federale Hof maar zeer beperkte mogelijkheden om dat vonnis te toetsen. De drie dissenting rechters vinden dat de meerderheid veel te ver is gegaan door zich in dit geval bevoegd te achten om over de kwestie te oordelen. Daardoor krijgt het EVRM een wereldwijde werkingssfeer die niet voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof en die bovendien niet bedoeld kan zijn door de opstellers van het EVRM. Het drietal rechters met een dissenting opinion meent dan ook dat het Hof zich onbevoegd had moeten verklaren om over de zaak te oordelen. Dat het Hof de zaak toch inhoudelijk heeft onderzocht, heeft volgens hen alleen met het onderwerp te maken. In zekere zin ten overvloede gaan de dissenters wel ook nog in op het oordeel van het Hof over de inhoud. Ook op dat punt zijn zij het niet eens met de beoordeling door de meerderheid, wat verklaart dat ook het eindoordeel van het Hof zelf door slechts vier van de zeven rechters wordt onderschreven.

9. Deze uitspraak van het Hof is, los van de vraag of het Hof bevoegd was te oordelen over de klachten van Semenya, daarmee gebaseerd op de overtuiging van het Hof dat het Zwitserse Federale Hof strikter had moeten toetsen en dat de DSD Regulations ongerechtvaardigd onderscheid maken op basis van geslacht. In het bijzonder dat laatste oordeel van het Hof vind ik niet overtuigend.

10. Zonder te willen suggereren dat ik deskundige ben op het gebied van sport, wordt bij veel krachtsporten – van boksen, voetbal, zwemmen tot onder andere hardlopen – onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen. Dat laatste hangt samen met de opvatting dat mannen doorgaans meer fysieke kracht hebben dan vrouwen. Zonder onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen zouden dan vrijwel altijd mannen een sportwedstrijd winnen.

Vanuit dit perspectief is het begrijpelijk dat bijvoorbeeld de IAAF, thans World Athletics, onderscheid maakt tussen mannelijke en vrouwelijke sporters en niet iedereen wil toelaten tot de vrouwencompetitie. Om deze reden heeft de IAAF ook de DSD Regulations opgesteld, die rekening houdt met DSD sporters, kortweg transgender sporters genoemd. De mijns inziens kernvraag die ten grondslag ligt aan deze uitspraak is daarom: is het gerechtvaardigd om onderscheid te maken tussen mannelijke en vrouwelijke sporters? En zo ja, aan de hand van welke criteria moeten we dan bepalen wie een mannelijke dan wel een vrouwelijke sporter is – en hoe om te gaan met sporters die niet duidelijk kunnen worden aangemerkt als man of vrouw, in het bijzonder transgender sporters?

11. Mijns inziens kan niet worden ontkend dat mannen doorgaans andere fysieke kenmerken hebben dan vrouwen. Er is evenwel geen juridische plicht om mannelijke en vrouwelijke sporters bij sportwedstrijden te scheiden. Maar door geen onderscheid te maken tussen biologische geslachten betekent dit dat vrouwelijke sporters vrijwel nooit sportwedstrijden zullen winnen die gericht zijn op zaken als snelheid, fysieke kracht etc. Dat is niet bevorderlijk

voor de deelname van vrouwen aan dit soort sporten en kan vrouwen ook anderszins benadelen. Gelet hierop wordt het maken van onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke sporters bij veel vormen van sport toelaatbaar geacht. Het valt mij op dat het Hof aan deze principiële vraag voorbijgaat en zich alleen richt op het onderscheid naar geslacht bij de erkenning als vrouwelijke hardloper volgens de DSD Regulations.

12. De IAAF en de DSD Regulations beschouwen vrouwelijke sporters als 'beschermde klasse'. Wellicht daarom bestaan er alleen regels om bepaalde sporters die niet of onvoldoende kunnen aantonen dat zij vrouw zijn niet toe te laten tot wedstrijden voor vrouwen. Dat is op zich al bijzonder; kennelijk is iedereen die geen vrouw is volgens de sportregels man. Maar jegens welke groep wordt er nu onderscheid gemaakt bij twijfels over het biologische geslacht van een hardloper? Semenya had zich op het standpunt gesteld dat zij vanwege haar intersekse identiteit werd achtergesteld ten opzichte van vrouwen. Feitelijk gaat het Hof aan dit klachtonderdeel voorbij; het Hof meent dat sprake is van onderscheid op basis van geslacht. Daarbij beziet het Hof of er binnen de groep vrouwen sprake is geweest van onderscheid in soortgelijke situaties, maar haalt het Hof alleen rechtspraak aan waarin mannen minder gunstig worden behandeld dan vrouwen. Dat is verwarrend.

Eveneens is het onduidelijk waarom het Hof oordeelt dat de DSD Regulations ten onrechte geen onderscheid maken tussen transgenders die een geslachtsveranderende operatie hebben ondergaan en intersekse personen, zoals Semenya. Naar de letter van de DSD Regulations wordt er uitsluitend onderscheid gemaakt tussen hardlopers die XX dan wel XY chromosomen hebben. Dat betekent dat sporters met XX chromosomen automatisch als vrouw worden aangemerkt, maar dat bij sporters met XY chromosomen wordt onderzocht of zij lichamelijk voldoende vrouwelijk zijn. Dus met wie vergelijkt het Hof Semenya nu en waarom? Ik kan het Hof hierin niet goed volgen.

Hoe het ook zij, naar mijn mening maken de DSD Regulations onderscheid naar het soort chromosomen van personen. Hierbij is dus sprake van onderscheid naar biologisch geslacht, terwijl Semenya had gesteld dat zij vanwege haar intersekse *identiteit* werd gediscrimineerd. Anders dan het Hof suggereert kunnen personen met een transgender of intersekse identiteit niet altijd als biologische man of vrouw worden aangemerkt, voor zover ze dat al wensen. Evenmin kan dit dilemma worden opgelost door personen die een geslachtsveranderende behandeling hebben ondergaan te differentiëren van intersekse personen, zoals het Hof doet. Er is gewoonweg sprake van verschillende categorieën personen, die niet puur binair kunnen worden ingedeeld. Het onderscheid dat het Hof zelf aanlegt door te stellen dat er binnen de categorie vrouwelijke hardlopers bepaalde groepen ten onrechte wel of ten onrechte niet worden ingedeeld als gelijk, maakt de door het Hof gekozen oplossing van deze zaak alleen maar nodeloos ingewikkeld.

13. Wat had het Hof anders moeten doen? Vooraf moet worden opgemerkt dat het Hof alleen een uitspraak kan doen op de klachten zoals aan hem worden voorgelegd. Semenya had, zoals gezegd, geklaagd over onderscheid jegens haar enkel en alleen als intersekse persoon. Door de combinatie van XY chromosomen en het hoge testosteronniveau wordt Semenya op grond van de DSD Regulation feitelijk aangemerkt als man. Zij kan dit alleen voorkomen, en als vrouw door de IAAF worden aangemerkt, door in te stemmen met een hormonale verlaging van haar testosteronniveau. Moet hieruit dan niet de conclusie worden getrokken dat Semenya als intersekse persoon in feite het onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke hardlopers betwist? Althans, dat zij meent dat zij ten onrechte als man wordt aangemerkt terwijl zij heel haar leven lang al vrouw is en nu ineens haar testosteronniveaus moet verlagen – een eis die niet aan ‘echte’ vrouwen wordt gesteld? Of moeten we zeggen: de indeling tussen mannelijke en vrouwelijke hardlopers is niet goed van toepassing op personen met een transgender identiteit die geen genderveranderende ingreep hebben ondergaan? Maar wat doen we dan in geval van non-binaire en intersekse personen? Moeten die dan de geslachtsgerelateerde identiteit kiezen die zo dicht mogelijk aanligt bij hun biologische? Of moeten we voor deze sporters een aparte categorie maken? Of, moeten we dan het onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke sporters opheffen? Danwel moeten we zeggen dat sporters als Semenya gewoon pech hebben dat hun wensen niet worden vervuld? Dit zijn principiële vragen waarvan het Hof doorgaans meent dat die binnen de beleidsvrijheid van verdragsstaten om hierover te oordelen.[5] Dat laatste lijkt mij in de onderhavige zaak ook het meest voor de hand liggend en aansluitend bij de vaste jurisprudentie van het Hof. De uitspraak van het Hof biedt sportorganisaties in ieder geval niet veel duidelijkheid over hoe te handelen in geval van intersekse en transgender sporters.

14. De conclusie bij deze uitspraak is wat mij betreft daarom dat het Hof zichzelf in een lastig pakket heeft gebracht door de criteria waaraan vrouwelijke sporters moeten voldoen inhoudelijk te beoordelen en daarbij zelf de relevante vergelijkingsgroepen te bepalen. Het Hof concludeert ten onrechte dat de reglementen van de IAAF binnen de categorie vrouwen onderscheid maken ten opzichte van een intersekse persoon naast transgender personen. Het Hof roept rechterlijke instanties bovendien op om regels inzake onderscheid naar geslacht bij sporters strikt te toetsen. Maar zolang onderscheid naar biologisch geslacht in de sport is toegestaan – iets dat naar mijn mening in veel situaties terecht is – zullen er zaken blijven komen van individuen die ten onrechte menen dat zij (niet) als behorend van een bepaald geslacht zijn aangemerkt, terwijl het Hof tegelijkertijd maar weinig aangrijpingspunten biedt om die zaken te beoordelen. Wellicht had het Hof er dus beter aan gedaan, zoals de dissenters ook suggereren, om de zaak onbehandeld te laten. We zullen zien of de Grote Kamer zich later over deze zaak buigt, ook vanwege de krappe meerderheid van vier tegen drie rechters.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

[1] *A.P., Garçon en Nicot t. Frankrijk*, EHRM 6 april 2017, nr. 79885/12, 52471/13 en 52596/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512, «EHRC» 2017/13.

[2] *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, ECLI:CE:ECHR:2002:0429JUD000234602, *NJ* 2004/543, m.nt. Alkema, «EHRC» 2002/47, m.nt. Gerards en Janssen

[3] *Denisov t. Oekraïne*, EHRM (GK) 25 september 2018, 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, «EHRC» 2018/245, m.nt. Gerards.

[4] *Konstantin Markin t. Rusland*, EHRM (GK) 22 maart 2012, nr. 30078/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0322JUD003007806, «EHRC» 2012/117, m.nt. Gerards en *Beeler t. Zwitserland*, EHRM (GK) 11 oktober 2022, nr. 78630/12, ECLI:CE:ECHR:2022:1011JUD007863012, «EHRC» 2022/259, m.nt. Gerards.

[5] *Y t. Frankrijk*, EHRM 31 januari 2023, nr. 76888/17, ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817, «EHRC» 2023/71, m.nt. Hendriks en De Vries; *O.H. en G.H. t. Duitsland*, EHRM 4 april 2023, nr. 53568/18, ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD005356818, «EHRC» 2023/105 en *A.H. e.a. t. Duitsland*, EHRM 4 april 2023, nr. 7246/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD000724620, «EHRC» 2023/98, m.nt. Hendriks.